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

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 10

КИЇВ 2011

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 Національної академії правових наук України

Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 10, 2011 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, 2011. – 216 с.

Збірник наукових праць Інституту приватного права і підприємництва НАПрН України має на меті висвітлення широкого кола актуальних теоретико-методологічних та приватно-правових проблем, серед яких: фундаментальні та прикладні аспекти цивільного права та цивільного процесу; проблеми договірних правовідносин; розвиток сучасного житлового права; актуальні питання господарського права та сучасні тенденції міжнародного приватного права в Україні та зарубіжних країнах.

Для вчених-правознавців, викладачів, докторантів, працівників органів 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 НАПрН України
(протокол № 1 від 26 січня 2011 р.)

Р е д а к ц і й н а к о л е г і я :
О. Д. Крупчан **(головний редактор),**
М. К. Галянтич **(заст. гол. редактора)**, *І. Е. Берестова, В. А. Васильєва,*
О. М. Вінник, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, В. В. Комаров,
В. В. Костицький, Н. С. Кузнєцова, І. М. Кучеренко, В. В. Луць,
Р. А. Майданик, Н. М. Мироненко, 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 НАПрН 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 НАПрН України, 2011
© Автори статей, 2011

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО
ВИПУСК 10
Київ 2011

ЗМІСТ

Крупчан О. Д. Удосконалення державного регулювання підприємницької діяльності на сучасному етапі **3**

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

Стефанчук Р. О. Поняття та форми систематизації цивільного законодавства **7**

Довгерт А. С. Новелізація 2010 року міжнародного приватного права в Україні **12**

Беляневич О. А. До питання про принцип верховенства права в адміністративному судочинстві **15**

Рабінович С. П. Природно-правові принципи в європейських кодифікаціях цивільного права **19**

Невмержицький Є. В. Проблеми протидії криміналізації підприємницької діяльності **22**

Шаркова І. М. Питання розмежування античних першоджерел та історіографії римсько-правової концепції добросовісності (bona fides) **27**

Гринько С. Д. Шкода як умова виникнення деліктних зобов'язань за дореволюційним правом України: порівняльно-правовий аналіз **31**

Шевченко О. М. Розроблення проблем громадянського суспільства в працях українських вчених-емігрантів міжвоєнного періоду XX ст. **35**

II. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Заіка Ю. О. Система деліктів в цивільному праві України **41**

Берестова І. Е. Суб'єктивне право як засіб реалізації приватного інтересу **44**

Мироненко Н. М., Штефан О. О. Організація колективного управління – специфічний суб'єкт у авторсько-правових відносинах **47**

Чудик-Білоусова Н. І., Черняк О. Ю. Право споживача на отримання інформації про товар: порівняльно-правовий аспект **53**

Первомайський О. О. Особливості участі суб'єктів публічного права у спадкових відносинах **57**

Саракун І. Б. Діяльність Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку щодо охорони права на участь в управлінні акціонерним товариством **62**

Слободянюк С. О. Окремі аспекти становлення та розвитку інституту державної реєстрації речових прав в Україні **66**

Миронова Г. А. Представництво пацієнта медичної установи у цивільному праві України **69**

Корнієнко Ю. І. Цивільно-правове регулювання звернення стягнення на предмет іпотеки **73**

Литвиненко О. М. Правові проблеми встановлення поняття «право державної власності» **75**

Хортюк О. В. Правове регулювання відносин щодо охорони ділової репутації юридичної особи **78**

Лапечук П. І. Захист цивільних прав громадян на водокористування: законодавчий процес **82**

Кочин В. В. Визначення поняття «непідприємницька юридична особа приватного права» **85**

Янчук І. А. Вітчизняна юридична термінологія на позначення понять цивільного права: особливості семантичної природи юридичних термінів **88**

Бичкова С. С. Юридична природа цивільного процесуального правового статусу осіб **91**

Хіміч С. П. Зустрічний позов як процесуальний засіб захисту інтересів відповідача **95**

Бесарабчик В. О. Допустимість письмових доказів у цивільному судочинстві України **99**

III. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Гриняк А. Б. Правова природа договору підряду на проектні та пошукові роботи: окремі аспекти **103**

Вавженчук С. Я. Основоположні підходи щодо впливу договору контрактації сільськогосподарської продукції на охорону трудових прав працівників контрагентів **106**

Зозуляк О. І. Сутність договору як правової форми, у якій реалізується цивільна правосуб'єктність юридичних осіб **109**

Тверезенко О. О. Класифікація договорів у сфері інтелектуальної власності **112**

Пленюк М. Д. Відповідальність сторін договору підряду за прострочення виконання договірних зобов'язань **119**

Шаркова Г. Ю. Оплатне надання консультаційних послуг (консалтинг) у сфері аудиту **122**

Оплачко Л. П. Історичний аспект виникнення відносин за кредитним договором **126**

IV. **ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН**

Галянтич М. К. Правові принципи у житловому праві України: проблеми правозастосування **131**

Фігель А. А. Окремі питання захисту житлових прав фізичних осіб **133**

Солтис Н. Б. Набуття права власності на житло за заповітом **136**

V. **ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ**

Поєдинок В. В. Форми та засоби державного регулювання інвестиційної діяльності **141**

Безух О. В. Правове оформлення відносин у економічній конкуренції **144**

Лукач І. В. Деякі аспекти державного регулювання корпоративних відносин суб'єктів недержавного сектору економіки **148**

Кологойда О. В. Сучасні тенденції удосконалення законодавства, що регулює відносини на фондовому ринку України **152**

Полюхович В. Особливості використання світового досвіду у процесі формування моделі державного регулювання фондового ринку України **156**

Сергійко О. В. Механізми державного регулювання малого підприємництва **159**

Біленко М. С. Термінологічне тлумачення понять нормативного регулювання господарської діяльності в особливих зонах господарського ризику **164**

Юдіцький О. Л. Шляхи удосконалення законодавства України про закупівлю товарів, робіт, послуг за державні кошти **169**

Закорецька Л. О. Захист права інтелектуальної власності в Україні, Великій Британії та Угорщині **171**

VI. **МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО: РОЗВИТОК І ГАРМОНІЗАЦІЯ**

Король В. І. Правові засади реалізації геоекономічної політики Європейського Союзу: інтеррегіональний вимір **175**

Білоусов Ю. В. Окремі тенденції формування євро-орієнтованого цивільного процесуального права **178**

Бондаренко-Зелінська Н. Л. Впровадження медіації у судовий процес як складова наближення законодавства України до європейських стандартів **181**

Ватрас В. А. Визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом сімейного права **185**

Стефанчук М. О., Лисюк О. Ю. Проблеми запровадження інституту кредитних історій в Україні: порівняльно-правовий аспект **188**

Молодико К. Ю. Системи страхування (гарантування) вкладів : новітні тенденції **192**

Посикалюк О. О. Право на зображення за цивільним правом Франції **196**

Гайдулін О. О. Концепція нового європейського jus commune та питання систематизації загальних принципів контрактного права **199**

Нагнибіда В. І. Підстави припинення сервітутних прав у законодавстві України та зарубіжних країн **203**

Гарієвська М. Б. Проблемні питання визнання мирової угоди в Україні та Німеччині **207**

Шупінська О. В. Колізійно-правове регулювання відносин власності при спадкуванні **209**

Черних Ю. С. Парасолькова клаузула в українських двосторонніх угодах про захист інвестицій: нові виклики для юридичної науки **213**

УДОСКОНАЛЕННЯ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

Крупчан О. Д.,

академік НАПрН України, директор НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Підприємницька діяльність є основою економічної могутності і, відповідно, безпеки держави. Ця теза вже стала постулатом, оскільки підтверджена багаторічним досвідом економічно розвинених країн.

Глибинність її змісту виявляється у тому, що економічна міць і безпека держави в цілому визначається, насамперед, рівнем життя її громадян.

Становлення України як економічно незалежної держави та необхідність перебудови економічної системи відповідно до вимог світової економіки, забезпечення її конкурентоспроможності зумовлює науковий інтерес щодо необхідності підвищення ролі держави в процесах розвитку як ринкової економіки загалом, так і підприємництва зокрема, оскільки саме органи влади із залученням сучасних засобів регулювання мають запроваджувати оптимальні організаційно-правові підходи до економік різних країн і територій. На думку сучасних дослідників, «проектування і прийняття норм зобов'язане орієнтуватися на досягнення загальної соціально-економічної мети господарського законодавства – сприяння підвищенню ефективності суспільного виробництва, забезпечення соціальної орієнтованості економіки» [1, с. 21].

Саме тому слід усувати наявні перешкоди на шляху розвитку підприємництва, а для цього необхідно, перш за все, їх викласти, використовуючи конкретні факти, новітнє законодавство, чинну нормативно-правову базу.

Окремі аспекти державного регулювання підприємницької діяльності в правовому аспекті аналізуються у працях таких сучасних російських і українських вчених-юристів, як: Є. П. Губін, В. С. Бєлих, В. В. Долинська, І. В. Дойніков, Д. В. Задихайло, Н. Є. Карягін, Н. І. Клейн, М. І. Кулагін, П. Г. Лахно, В. К. Мамутов, В. М. Мандриця, Л. А. Морозова, О. М. Олейник, О. П. Подцерковний, В. Ф. Попондопуло, О. П. Рябченко, Н. О. Саніахметова, Ю. А. Тихомиров та ін. Разом з тим для більш чіткого визначення напрямів удосконалення державного регулювання підприємницької діяльності необхідно й надалі продовжувати наукові дослідження у цій сфері.

З огляду на викладене вище бажаним було б окреслення та розробка нових наукових напрямів і практичних спрямувань щодо правових засад державного регулювання підприємницької діяльності в Україні.

Однією з найбільш актуальних проблем на сьогодні залишається неефективність системи державного нагляду (контролю) у сфері господарської (підприємницької) діяльності. Так, за експертними оцінками, в 2010 р. здійснено перевірки майже 90 % підприємств України.

Найбільша кількість перевірок суб'єктів господарювання припадає на державну податкову службу, органи пожежного нагляду, державну санітарно-епідеміологічну службу тощо. У 2010 р. цими органами здійснено перевірки на кожному другому підприємстві країни, що в більшості випадків негативно вплинуло на стабільність функціонування цих підприємств, зважаючи, крім усього іншого, на наслідки світової економічної кризи, що мають місце в Україні.

Принциповим також залишається питання про необхідність контролю з боку державних установ за безпосередньою щоденною діяльністю підприємницьких структур, що, по суті, є державним втручанням під назвою «регулювання».

Незважаючи на проголошені підходи всебічної підтримки, розвитку й регулювання підприємницької діяльності за допомогою зменшення оперативного втручання з боку держави в її здійснення (Укази Президента України від 3 вересня 2007 р. № 816/2007, від 9 серпня 2008 р. № 698/2008), сьогодні право контролю мають понад 25-ти органів державного керування. Ними розробляються відповідні нормативні акти, дотримуватися яких у повному обсязі практично неможливо.

Слід також зазначити, що багато хто із цих органів здійснює контролюючу діяльність на «госпрозрахунковій» основі. Йдеться про те, що частина стягнутих ними коштів у вигляді штрафних санкцій надходить не до бюджету, а у безпосереднє розпорядження таких органів. Тобто створюються умови, через які ці відомства зацікавлені саме у порушеннях власних нормативних актів, оскільки подібні дії дають можливість накладати штрафні санкції та одержувати певну їх частку на статутні потреби. Відповідно до такої зацікавленості спотворюється зміст відповідних нормативних актів, що дає можливість багатозначного їх трактування і сумнівного застосування.

Також у 2010 році набула поширення негативна (всупереч законодавству) практика роботи податкових органів, коли вони за надуманими, а, частіше, взагалі без пояснення причин, відмовлялися приймати подані в строк звіти підприємств для того, щоб застосувати до останніх дію положень законодавства про відповідальність за порушення строків надання податкової звітності.

Отже, результати регуляторної політики держави в сфері господарської діяльності ще не стали дієвим інструментом підвищення ефективності діяльності, по-перше, самих регуляторних органів, по-друге, також всієї господарської сфери. Перегляд регуляторних актів, в основному, носить формальний характер, не проводиться системної оцінки реалізації регуляторної політики в пріоритетних галузях економіки, а окремі регуляторні акти приймаються з порушенням основних принципів регуляторної політики.

Розв'язанням накопичених проблем у господарській сфері мав би стати Податковий кодекс України, прийняття якого 19 листопада 2010 р. було ініційовано Кабінетом Міністрів України. З набранням чинності цим кодифікованим актом планувалося зближення податкового й бухгалтерського обліків. Позиція Кабінету Міністрів України полягала в тому, що об'єкт оподатковування, в основному, планувався визначатися податком на прибуток підприємств, виходячи з даних бухгалтерського обліку платника податків [2].

Тобто з прийняттям нового Податкового кодексу України очікувався, насамперед, ретельний перегляд платником податків власної облікової політики, і, за потреби, внесення до неї відповідних уточнень, що стало б значним полегшенням для виробництв і підприємств. Таким бачили новий Податковий кодекс України його розробники.

Представники малого й середнього бізнесу кардинально по-іншому сприйняли наслідки впровадження нового

Податкового кодексу України. У випадку його прийняття вони пророкували поетапне знищення малого й середнього бізнесу, як результат скасування кодексом спрощеної системи оподатковування і єдиного податку, наслідком чого стали масові акції протесту.

Новий Податковий кодекс України, на думку підприємців, міг залишити без роботи мінімум 2 млн. українців, а всього в сфері єдиної системи оподатковування працює близько 4 млн. громадян, які могли б однозначно постраждати – втратити робочі місця.

Реагуючи на масові акції протесту, Президент України частково ветував прийнятий Верховною Радою України Податковий кодекс України, в його текст були внесені істотні змістовні зміни, після чого в оновленому вигляді цей кодифікований акт було прийнято Верховною Радою України та підписано Президентом України 2 грудня 2010 року [2].

Так, у Податковому кодексі України залишилася діюча до його прийняття спрощена система оподатковування, обліку й звітності суб'єктів малого підприємництва.

У Податковому кодексі України містяться положення, що з 1 січня 2011 року до внесення змін до розділу XIV Податкового кодексу України в частині оподатковування суб'єктів малого підприємництва Указ Президента України «Про спрощену систему оподатковування, обліку й звітності суб'єктів малого підприємництва» від 03.07.1998 року № 727 (з наступними змінами) і абзац двадцять восьмий пункту 1 статті 14 розділу IV Декрету Кабінету Міністрів України «Про прибутковий податок із громадян» від 26.12.1992 року № 1392 застосовуються з урахуванням низки особливостей.

Зокрема, платники єдиного податку не є платниками наступних податків і зборів, зазначених Податковим кодексом України як: податок на прибуток підприємств; податок на прибуток фізичних осіб (для фізичних осіб-підприємців); податок на додану вартість по операціях з поставки товарів і послуг, місце надання яких розташовано на митній території України, за винятком податку на додану вартість, що сплачується юридичними особами, які вибрали ставку оподатковування 6 відсотків; земельний податок, крім земельного податку за земельні ділянки, що не використовуються для ведення підприємницької діяльності тощо.

До того ж, Президент України вніс зміни й щодо збереження діючої ставки єдиного податку на рівні 200 грн. при отриманні річного прибутку не більше 500 тис. грн. для фізичних осіб-підприємців (у такий спосіб було задоволено основну вимогу підприємців-мітингувальників), окрім якої підприємці сплачують внесок до Пенсійного фонду у розмірі 300 грн. Діюча спрощена система оподатковування може бути застосована як фізичними особами-підприємцями, так і юридичними особами.

Загальновизнано, що для вирішення будь-яких завдань і реалізації державної політики органи влади повинні мати відповідну компетенцію і бути інституціонально представлені в рамках певної системи, зокрема для вирішення завдань розвитку економіки й підприємництва. З огляду на те, що згідно із ст. 19 Конституції України органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень і у спосіб, передбачений Конституцією та законами України, ця компетенція має визначатися відповідно до закону.

У п.12 ст. 92 Конституції України зазначається, що виняткова законами України визначається організація і діяльність органів виконавчої влади. Вважаємо, що компетенція цих органів повинна визначатися саме на законодавчому рівні, тому що саме компетенція є «альфою» і «омегою» організації діяльності органів виконавчої влади «будь-якого рівня»

Разом із тим розділ 7 Конституції України, на жаль, визначаючи загальну компетенцію Кабінету Міністрів України, не встановлює меж повноважень інших органів виконавчої влади, механізмів їх взаємодії і підпорядкування Уряду. Спеціальних законів про статус і повноваження галузевих міністерств та інших, переважної більшості центральних органів виконавчої влади, які своєю реальною діяльністю впливають на підприємницькі структури та розвиток підприємництва, не прийнято.

Раніше відповідно до п. 9 ст. 116 Конституції України в її редакції, що діяла з грудня 2004 року до 30 вересня 2010 року, Кабінет Міністрів України створював, реорганізовував і ліквідував міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, діючи в межах коштів, передбачених на утримання органів виконавчої влади. Ця конституційна вимога повністю була продубльована в Законі України «Про Кабінет Міністрів України».

Проте схожих законів про компетенцію центральних органів виконавчої влади, як основного елемента їхньої організації, із змінами до Конституції України, внесеними у грудні 2004 року, не було прийнято, що поставило під загрозу можливість буквального виконання положень Конституції України.

Положення про відповідні міністерства затверджувалися постановами Кабінету Міністрів України, проте у ст. 21, 23 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» відсутні повноваження Уряду щодо визначення компетенції міністерств як органів господарського управління та порядку їх реалізації.

Таким чином, питання законодавчого визначення компетенції державних органів господарського управління і порядку реалізації цієї компетенції у сфері господарської діяльності й підприємництва дотепер залишаються не врегульованими.

На теперішній час, у зв'язку з поновленням дії Конституції України в редакції 1996 року, Президенту України поновлено повноваження щодо створення, реорганізації і ліквідації за поданням Прем'єр-міністра України міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, що діють у межах коштів, передбачених на їх утримування.

Не беручи під сумнів повноваження Президента України щодо вибудови системи центральних органів виконавчої влади (створення, реорганізації, ліквідації), можна лише стверджувати, що конституційна вимога про те, що лише нормативні акти, що стосуються їх компетенції, мають набувати вигляду і рівня виключно законів.

На нашу думку, поліпшенню і підвищенню ефективності державно-правового регулювання підприємницької діяльності навряд чи буде сприяти ліквідація Державного комітету України з питань регуляторної політики й підприємництва, що мав статус центрального органу виконавчої влади. Відповідно до Указу Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 09.12.10 р. № 1085/2010 функції у сфері реалізації державної політики з питань розвитку підприємництва, регулювання цінової політики (крім питань реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців) покладені на нове, створене цим Указом

Президента України, Міністерство економічного розвитку й торгівлі України, яке очолив Перший віце-прем'єр України.

Лише в 2010 році за ініціативою Держкомпідприємництва було скасовано ліцензування 2046 з 2268 (90,2 %) видів робіт та 23 з 78 (27 %) видів діяльності, встановлено необмежений термін дії більшості ліцензій, введено декларативний принцип при відкритті бізнесу, кількість дозволів зменшена з 227 до 91. Також у сфері спрощення входу та виходу з бізнесу було ухвалено закон про електронну реєстрацію. Крім того, був прийнятий закон, за яким за кожним центральним органом виконавчої влади залишився лише один контролюючий орган. Проголосувала Верховна Рада і за підготовлений Держкомпідприємництвом закон про прискорений перегляд усіх регуляторних актів, який дозволить провести ревізію нормативної бази за всі роки незалежності та скасувати ті акти, які створюють бар'єри для розвитку бізнесу.

Саме за його участю (Міністерства) Кабінет Міністрів України спрямовує і координує діяльність таких центральних органів виконавчої влади «економічного блоку» як Державна служба експортного контролю України, Державна служба статистики України, Державна служба технічного регулювання України, Державне агентство з енергоефективності й енергозбереження України, Державне агентство резерву України, Державне агентство України з керування державними корпоративними правами й майном [3].

Розмірковуючи про це, вважаємо, що цьому новому Міністерству, принаймні, на період становлення, який може охопити приблизно 1,5 − 3 роки, на жаль, буде не до розв'язання актуальних завдань у сфері державного регулювання підприємницької діяльності.

Певна річ, що проблемами правового регулювання підприємницької діяльності в конкретній галузі будуть займатися і новостворені й реорганізовані міністерства, і інші центральні органи виконавчої влади. Проте, по суті, за весь період незалежності України органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування не встановлено необхідного зворотного зв'язку із суб'єктами господарювання, неприбутковими об'єднаннями підприємців, що має наслідком відсторонення їх від участі у формуванні державної політики в сфері господарської діяльності. При цьому вже налагоджені зв'язки, що накопичувались протягом останніх років, навряд чи будуть збережені новим Міністерством.

У цих умовах руйнування умов і засад розвитку підприємництва в нашій країні, на нашу думку, підприємницька сфера зіштовхнеться із посиленням бюрократизму й відомчості. Тому ліквідація такого центрального органу виконавчої влади як Державний комітет України з питань регуляторної політики й підприємництва виглядає, принаймні, незрозумілою.

Також прикладом певної невизначеності фактичного і юридичного статусу центрального органу виконавчої влади є Державна комісія з цінних паперів і фондового ринку, яка виступає державним органом, підпорядкованим Президентові України і підзвітним Верховній Раді України. Законом України «Про державне регулювання ринку цінних паперів» не визначений статус Державної Комісії як органу виконавчої влади, але зрозуміло, що фактично це орган виконавчої влади й він має безпосереднє відношення до реалізації економічної політики. Проте механізм взаємодії цього органу з Кабінетом Міністрів України жодним документом не визначений і саме це викликає багато запитань.

Ще одним напрямом державної економічної політики, визначеним законодавством України, є антимонопольно-конкурентна політика, спрямована на створення оптимального конкурентного середовища суб'єктів господарювання. Так, згідно зі ст. 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції» державна політика в сфері розвитку економічної конкуренції і обмеження монополізму в господарській діяльності, проведення заходів щодо демонополізації економіки, фінансова, матеріально-технічна, інформаційна, консультативна та інша підтримка суб'єктів господарювання, що сприяє розвитку конкуренції, здійснюється уповноваженими органами державної влади, органами місцевого самоврядування та органами адміністративно-господарського управління і контролю.

Єдиним безпосередньо уповноваженим органом у сфері економічної конкуренції є Антимонопольний комітет України, що відповідно до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» є державним органом зі спеціальним статусом, який зберігся за ним і за Указом Президента України від 9 грудня 2010 року № 1085. Основною метою діяльності Антимонопольного комітету України є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності.

Антимонопольний комітет України підконтрольний Президентові України та підзвітний Верховній Раді України відповідно до ст. 2 Закону України «Про Антимонопольний комітет України». При цьому за час своєї діяльності Антимонопольний комітет України не провів майже жодного заходу щодо сприяння розвитку конкуренції, зосереджуючи увагу (виключно за йому відомими причинами) на розгляді справ про порушення економічної конкуренції у період кризи, що впливали на конкурентне середовище, а інколи знищували конкуренцію у таких сферах економіки як торгівля нафтопродуктами або м'ясом.

Антимонопольний комітет України не несе жодної відповідальності та не ініціює жодних заходів щодо поновлення конкуренції і розвитку підприємництва. Тобто необхідного впливу на підвищення ефективності підприємницької діяльності Антимонопольного комітету України не здійснює, і це висновок не лише науковців, а й практиків.

Крім того, ще одним із напрямів розвитку підприємницької діяльності бачився проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо скасування свідоцтва про державну реєстрацію юридичної особи та фізичної особи-підприємця реєстр № 7516 від 24.12.2010 р.», спрямований на спрощення й удосконалення процедури державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності і поданий суб'єктом законодавчої ініціативи народними депутатами Н. Королевською та К. Ляпіною від Комітету з питань промислової і регуляторної політики та підприємництва, у якому пропонується запровадити принцип здійснення діяльності юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців без свідоцтва про державну реєстрацію.

Аналізуючи цей законопроект, необхідно зазначити значну ймовірність настання негативних наслідків, які в подальшому настануть при скасуванні свідоцтва про державну реєстрацію юридичної особи та фізичної особи-підприємця. Так, у випадку виключення ч. 7 ст. 21 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» можна передбачити чинність виписки безстроково оскільки на сьогодні, відповідно до ч. 7 діючого Закону виписка з Єдиного державного реєстру є чинною протягом

30-ти календарних днів з дати її видачі. Така ситуація може призвести до того, що нечесні суб'єкти підприємництва подаватимуть застарілі відомості про себе, а контрагенти не зможуть їх перевірити, оскільки (незважаючи на прийняття Закону України «Про доступ до публічної інформації») доступ до Єдиного державного реєстру є обмеженим.

Крім того, говорячи про доступ до Єдиного державного реєстру, не слід виключати й того, що навіть за умови його відкритості, на жаль, не кожен громадянин зможе безперешкодно скористатись ним, оскільки рівень комп'ютеризації у нашій державі бажає бути кращим, що може потягнути за собою ряд махінацій, а згодом і значну кількість судових спорів. І, нарешті, не слід забувати й про фіскальну політику держави, яка значно недоодержить надходжень до бюджету, в той час як законодавець створить умови для реєстрації суб'єктом підприємницької діяльності будь-якої особи (навіть соціально неадаптованої та незахищеної), що призведе до низки судових тяжб із особами, які не в змозі виконувати взяті на себе зобов'язання.

Виходячи із вищенаведеного, можна зробити висновок про певну поспішність у прийнятті цього законопроекту, оскільки сьогодні рівень ринкових відносин не знаходиться ще на такому рівні, щоб беззаперечно сприйняти такі зміни. По-перше, заміна свідоцтва про державну реєстрацію оригіналами документів із записом державного реєстратора та випискою із Єдиного державного реєстру не завжди сприятиме спрощенню у сфері підприємництва. По-друге, не слід забувати й про різного роду махінації, які відбуватимуться при поданні виписок, які, як стає зрозуміло із проекту Закону, тепер будуть чинні безстроково.

При розгляді питань реалізації державної економічної політики необхідно зосередитися на безумовному виконанні всіма органами державної влади Закону України «Про принципи державної регуляторної політики в сфері господарської діяльності», прийнятого з метою вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративно-правових відносин між регуляторними органами, іншими органами державної влади і суб'єктами господарювання. Недопустимо прийняття економічно недоцільних і неефективних регуляторних актів, зниження рівня втручання держави в безпосередньо господарську діяльність суб'єктів господарювання й усунення перешкод для розвитку господарської діяльності, що здійснюється у межах, порядку й способом, встановленими Конституцією і законами України.

Припустимо, що цей Закон створений лише для того, щоб його не виконувати, у тому числі самою Верховною Радою України, що його прийняла. Яскравим прикладом вищезазначеного є прийняття чисельних змін до бюджету країни у 2009–2010 роках, завдяки чому істотно й постійно змінювалися умови господарської діяльності суб'єктів господарювання. У свою чергу, це вплинуло на чисельні інституціональні структури у сфері господарювання, вільні економічні зони, суб'єктів інноваційної діяльності, малий бізнес, а також позбавило суб'єктів господарювання можливості нормально планувати свою діяльність і розвиватися.

Такі дії мають безпосередній вплив, а також блокують реалізацію багатьох напрямів економічної політики держави. Органи державної влади, Президент України, як гарант Конституції України, повинні забезпечити дію верховенства права, що прямо передбачено статтями 8, 19 Основного Закону нашої держави [4, 258].

Тому одним з основних завдань розвитку законодавства про господарську діяльність і підприємництво на сьогодні є забезпечення системності в підходах до державного регулювання, приглушення його адміністративних методів шляхом визначення оптимальної компетенції органів державної влади та місцевого самоврядування і механізмів її реалізації в умовах ринкових засобів ведення господарства, що надає змогу суб'єктам господарювання самостійно приймати рішення в умовах саме регулятивних систем і явищ, таких, наприклад, як конкуренція.

Отже, пріоритетними напрямами, які спрямовані на вдосконалення державного регулювання господарської діяльності, можуть бути такі:

– усунення застосування необґрунтованих підходів і методів у здійсненні заходів державного нагляду (контролю) органами державної виконавчої влади й органами місцевого самоврядування;

– подальше спрощення дозвільної системи й мінімізація видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню;

– залучення неприбуткових об'єднань підприємців до формування основних принципів державної регуляторної політики;

– недопущення політизації діяльності регуляторних органів;

– подальше й постійне спрощення системи оподаткування, зокрема, шляхом скорочення кількості видів податків, зборів, удосконалення адміністрування, реформування законодавства відносно оподаткування на додану вартість;

– усунення технічних бар'єрів при здійсненні окремих видів господарської діяльності;

– невідкладний розгляд питання про відновлення і підвищення статусу уповноваженого органу в сфері державної регуляторної політики й підприємництва як вищого органу виконавчої влади;

– збільшення фінансово-кредитної підтримки при стимулюванні розвитку підприємництва;

– недопущення неправомірного втручання державних органів і органів місцевого самоврядування у діяльність суб'єктів господарювання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Хозяйственное право*. Учебник / Под ред. Мамутова В. К. – К.: Юринком Унтер, 2002. – С. 21.
2. *Податковий кодекс України* від 02. 12. 2010 // Голос України від 04. 12. 2010. – № 229–230.
3. *Пискотин М. И.* Социализм и государственное управление. – М.: Наука, 1984. – С. 172–181, 233–238.
4. *Павлішенко І. Б., Босик О. В.* Державне регулювання підприємництва в Україні: напрями та пріоритети / Збірник науково-технічних праць. – Львів. –2009. – С. 258–263.

ПОНЯТТЯ ТА ФОРМИ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Стефанчук Р. О.,

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

В статті розглянуто ознаки, поняття та основні форми систематизації цивільного законодавства, визначено поняття «системи» як загальнофілософської та правової категорії, напрацьовано пропозиції щодо сучасного розуміння застосування форм систематизації цивільного законодавства.

Ключові слова: система, систематизація законодавства, облік, інкорпорація, консолідація, кодифікація, новелізація.

Законодавство – це матерія, яка перебуває у перманентному розвитку. Воно, наче живий організм, формується, розростається в змісті та обсязі, має свої недоліки та «хвороби», але все одно невпинно прогресує, отримує нові складові та невідомі раніше відтінки. Але цей процес не є хаотичним, він має свою мету, завдання, і головне – спрямований на своєчасне та адекватне забезпечення мінливих запитів суспільства.

Досліджуючи феномен законодавства, переважна більшість вчених відмічають його системний та ієрархічний характер. Так, на думку М. М. Марченка, системність джерел позитивного права від початку «закладена» в їхній природі та у характері правових феноменів, що існують та функціонують не окремо, а тим паче – не ізольовано один від одного, а в тісному взаємозв'язку та взаємодії один із одним. У силу цього, на його думку, найбільш адекватним та ефективним підходом до їх пізнання буде *системний підхід* [19, с. 98 – 99].

Розглядаючи поняття «системи», слід зауважити, що на сьогодні не існує єдиного розуміння як «системи» в цілому, так і «системного підходу» зокрема. Таке розуміння, у першу чергу, зумовлено роллю та значенням цих категорій для науки. Доволі влучно, на нашу думку, висловив це бачення К. Боулдінг, який зазначав, що система «… є скелетом науки в тому розумінні, що її метою є розробка основ та структур систем, на яких нарощуються плоть та кров окремих дисциплін та окремих предметів дослідження в їх русі до впорядкованого та послідовного тіла знань» [9, с. 124].

Однак навіть таке узагальнене розуміння аксіології систем та системного підходу не приносить якоїсь єдності в загальне розуміння поняття «система». Саме тому в загальнотеоретичному та філософському значенні поняття «система» має безліч хоча і споріднених, проте різних за змістом понять. Так, під поняттям «система» в літературі розуміють: «впорядковану певним чином множину елементів, які пов'язані між собою та утворюють при цьому певну цілісну єдність» [30, с. 90]; «спосіб впорядкування онтологічно незалежних елементів, які поєднуються за функціональною ознакою» [34]; «певну сукупність елементів (речей, властивостей, ознак, понять, тобто будь-яких дискретних утворень матеріального та духовного характеру), що знаходяться у певному взаємозв'язку, який надає даній сукупності цілісний характер» [12, с. 5]; «певне впорядкування організованої множини елементів, що утворюють певну цілісність, властивості якої не зводяться до властивостей елементів, що її складають» [11, с. 49]; «множинність пов'язаних між собою елементів, що складають певне цілісне утворення» [40, с. 320]; «цілісна сукупність елементів, у якій всі елементи настільки пов'язані один із одним, що виступають по відношенню до оточуючих умов та інших систем як єдине ціле» [35, с. 161]; «множинність пов'язаних між собою елементів (будь-якої природи), що мають той чи інший вид впорядкованості за певними властивостями та зв'язками, а також наділені відносно стійкою єдністю, яка характеризується внутрішньою цілісністю, що відображається у відносній автономії поведінки та (або) існуванні цієї множинності в оточуючому середовищі» [38, с. 48 – 49] та ін. Аналізуючи таку розпорошеність у розумінні поняття «система», В. Н. Садовський та Е. Г. Юдін правильно вказують, що «… вживання терміна «система» різними авторами та в різних науках суттєво відрізняються одне від одного – і не лише за значеннями, що належать їм, а й, що важливіше, за змістовними та формальними принципами, що лежать в їх основі: нерідко в їх використанні просто віддають данину моді або ж виходять з надзвичайно широкого розуміння зміни характеру досліджуваних об'єктів (системних об'єктів); інколи під їх вживання підводять філософську та загальнонаукову базу і т. ін. Якщо врахувати, що кожен дослідник спирається на своє розуміння поняття «система» …, то ми виявляємось перед фактично безбережним морем відтінків у тлумаченні цього поняття» [31, с. 7, 12]. Водночас слід погодитись із висловленою в літературі думкою, що наскільки б не різнились вказані визначення, в поняттях роду та виду різних систем «… все ж таки міститься дещо, що відображає об'єктивно існуюче загальне, а саме – взаємопов'язану множинність» [6, с. 31]. З огляду на це слід визнати, що загальними родовими та видовими ознаками різноманітних систем є такі.

Насамперед, система повинна характеризуватися наявністю певної *множини* структурних, таких що формують будь-яку соціальну, біологічну чи іншу систему *елементів*, які повинні розглядатись як одиниці аналізу. Але, на відміну від простих, довільно отриманих складових частин системи, елемент виділяється своєю однорідністю та органічністю входження в систему, що створюється ним разом з іншими елементами [8, с. 56; 32, с. 29]. Стосовно системного аналізу цивільного законодавства структурними елементами виступають *джерела цивільного права (як правило, нормативно–правові акти різної юридичної сили).*

Наступною характерною ознакою системи повинна стати наявність *системоутворюючих зв'язків* між елементами. Важливість визначення поняття «зв'язок» зумовлюється, в першу чергу, тим, що без нього немає та й не може бути будь-якої системи. На думку окремих науковців,

поняття «зв'язок» традиційно пов'язується та розглядається у єдності із такими поняттями як «відношення» та «взаємодія», які є вихідними в описі систем різної природи. Адже, на їх думку, «… будь-яка зміна здійснюється через взаємодію, взаємозв'язок, взаємовідношення. І саме тому на підставі вказаних понять набагато частіше формуються наукові положення» [32, с. 30 – 31]. Слід зауважити, що коли йдеться про зв'язок між елементами системи, то для її нормального існування та функціонування до уваги слід брати не будь-які зв'язки, а саме ті, які носять характер системоутворюючих. При цьому потрібно погодитись з авторами, які вважають, що для системи важливі не лише зовнішні системоутворюючі зв'язки, які забезпечують зовнішню єдність системи, а й внутрішні системоутворюючі зв'язки, які забезпечують її внутрішню диференціацію і будуються на засадах доповнення як однорідних, так і різнорідних елементів [7, с. 53]. Що стосується системи цивільного законодавства, то відповідними зовнішніми системоутворюючими зв'язками будуть *приватні (цивільні) відносини*, на регулювання яких спрямовані відповідні правові норми, що містяться у вищезазначених джерелах цивільного права. У свою чергу, внутрішніми системоутворюючими зв'язками тут буде виступати *ієрархія цих законодавчих актів*, яка визначає їх у відповідність та залежність між собою.

Ще однією характерною ознакою системи є її *цілісність*. Вона виникає внаслідок взаємозв'язку та взаємодії елементів, що складають цю систему [1; 2; 3]. Рівень цілісності системи напряму залежить від розвитку зв'язків, що існують між структурними елементами тієї чи іншої системи. Це означає, що чим сильніші системоутворюючі зв'язки між структурними елементами системи, тим вищим є рівень цілісності системи, якщо ж зв'язок між елементами носить характер нестійкого, то говорити про цілісність системи не доводиться. У цьому випадку, як правильно зазначає Д. А. Керимов, ми матимемо справу не з системою, а з сумативною цілісністю [14, с. 252]. Продовжуючи цю думку, О. Є. Мєшкова стверджує, що така ознака системи як цілісність означає принципову незведеність властивостей системи до суми властивостей, що складають її елементи та невиведеність з останніх властивостей цілого, тобто елементи при взаємодії в рамках системи один з одним та з зовнішнім середовищем змінюють свій зміст та внутрішню будову. Дещо, що взяте само по собі, – це одне, а коли воно розглядається в складі системи – інше, так як властивості елемента залежать від його відношень всередині системи з іншими елементами [20, с. 87]. Продовжуючи питання про цілісність системи, слід зауважити, що вершиною розвитку системи та її завершеності є досягнення нею вищого рівня цілісності [4, с. 14 – 22; 5, с. 98 – 103; 32, с. 31 – 32]. Водночас потрібно підкреслити, що при цьому йтиметься не про абсолютну, а про відносну категорію «завершеності», так як і про відносний характер цілісності тієї чи іншої системи, в тому числі і системи цивільного законодавства.

Останньою важливою характерною ознакою системи, на нашу думку, є *наявність у складових елементах системи певної автономії та відносної самостійності у відношенні один до одного, а у системи в цілому – автономії та відносної самостійності у відношенні до оточуючого середовища*. Важливість цієї ознаки підкреслюється в науковій літературі. Так, Д. А. Керімов зазначав, що «… відносна самостійність системного правового цілого зумовлює відносну автономність її функціонування, ступінь якої визначає рівень даної системи. Але відсутність взагалі будь-якої системи позбавляє ціле характеру системи» [14, с. 252]. Водночас в літературі правильно зазначається, що наявність такої автономії та відносної самостійності жодним чином не впливає на певну ієрархічність побудови, що виражається у розумінні будь-якої системи як елемента системи більш високого рівня [39, с. 19]. Стосовно системи цивільного законодавства слід відмітити, що *кожний елемент цієї системи є автономним та відносно самостійним у відношенні з іншими, а загальна система особистих немайнових прав фізичної особи має аналогічні характеристики у відношенні з іншими системами, які складають загальну систему національного законодавства*.

З огляду на вищенаведене слід зробити висновок, що під *системою цивільного законодавства* слід розуміти *зумовлене внутрішніми та зовнішніми чинниками поєднання джерел цивільного права у погоджене, впорядковане і єдине ціле та одночасний їх поділ на відповідні внутрішньо диференційовані складові, що наділені відносною самостійністю та автономністю функціонування.*

Беручи до уваги вищенаведене, у найбільш загальному розумінні ми можемо допустити, що поняття «*систематизація цивільного законодавства*» – це діяльність певних суб'єктів, що спрямована на створення та підтримання системи цивільного законодавства.

Розглядаючи значення систематизації для законодавства, в літературі відмічають, що систематизація законодавства необхідна, по-перше, для його подальшого розвитку, адже аналіз і оброблення чинних нормативних актів, групування правових приписів за певною схемою, створення внутрішньоєдиної системи актів є необхідною умовою ефективності правотворчої діяльності, сприяє усуненню прогалин, протиріч у чинному законодавстві. І, по-друге, вона забезпечує сприятливі умови щодо реалізації права, можливість оперативно знаходити і правильно тлумачити всі необхідні норми. Крім того, систематизація є необхідною передумовою цілеспрямованого і ефективного правового виховання, наукових досліджень, навчання студентів [37]. При цьому, на думку Є. О. Суханова, саме для цивільного законодавства першочерговим завданням є вирішення проблеми про його систематизацію та впорядкування, оскільки нормативно–правові акти, що входять до цивільного законодавства, створюють доволі значний за обсягом законодавчий масив, що разом з тим ускладнює ознайомлення щодо встановлення необхідних взаємозв'язків між різними актами, що складають його [10, с. 85].

Визначаючи поняття систематизації законодавства в цілому, потрібно зазначити, що в літературі з цього питання немає єдиної думки. Як правильно зазначає О. І. Ющик, практично всі автори пов'язують поняття «систематизації» з приведенням законодавства до «певної», «науково обґрунтованої», «єдиної», «упорядкованої», «нормально функціонуючої», «внутрішньо узгодженої», «несуперечливої» тощо системи [15, с. 89]. Детально аналізуючи переважну більшість з них, автор доходить

висновку, що під поняттям систематизація законодавства слід розуміти специфічну (нормотворчу) юридичну діяльність державного апарату, змістом якої є системне упорядкування і розвиток положень чинних нормативно–правових актів з метою підвищення ефективності законодавства [15, с. 68]. Приблизно така сама позиція відображена і в чинному законодавстві. Так, відповідно до Положення про порядок здійснення обліку та систематизації законодавства в органах та установах юстиції України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 15 квітня 2004 р. № 31/5 під поняттям «**систематизація законодавства**» розуміють засіб реформування, упорядкування законодавства, зведення його до певної внутрішньоузгодженої системи. За допомогою систематизації усуваються недоліки, повтори, застарілі норми тощо. Це процес зведення актів законодавства до єдності шляхом внутрішньої та зовнішньої обробки їх змісту [24].

Систематизація законодавства здійснюється в одній із форм, однак саме питання про форми систематизації залишається в літературі відкритим. Аналіз наукових праць свідчить про те, що в науці немає єдиної точки зору щодо переліку форм. До найуживаніших форм систематизації пропонується віднести:

1) збір державними органами, підприємствами, фірмами та іншими установами та організаціями чинних нормативних актів, їх опрацювання та розташування за певною системою, зберігання, а також видання довідок зацікавленим органам, установам, окремим особам на їх запит (*облік нормативних актів*);

2) підготовка та видання різного роду зібрань та збірників нормативно–правових актів (*інкорпорація законодавства*);

3) підготовка та прийняття укрупнених актів на базі об'єднання норм розрізнених актів, виданих з одного питання (*консолідація законодавства*);

4) підготовка та прийняття нових актів (типу кодексів), у яких вміщуються норми попередніх актів, які виправдали себе, так і нові нормативні приписи (*кодифікація законодавства*) [33, с. 20 – 21; 21, с. 219].

Інколи в літературі виділяють як форму систематизації законодавства його *новелізацію*, тобто опублікування в новій редакції [23, с. 14]. В іншій літературі виокремлюють *загальні* та *галузеві* форми систематизації, де в першому випадку проводять впорядкування нормативних актів, які є однорідними за значенням та юридичною силою, а в іншому – нормативних актів за окремими галузями права [13, с. 91]. Тому розглянемо усі вказані форми та співвіднесемо їх із поняттям «систематизація цивільного законодавства».

Облік законодавства здійснюється з метою забезпечення точною і повною інформацією про чинне законодавство України, надання допомоги органам державної влади, органам місцевого самоврядування, їх службовим та посадовим особам, а також громадянам в оперативному пошуку законодавчих актів. При цьому сам *облік законодавства* слід розуміти як діяльність зі збору, зберігання та підтримки у контрольному стані чинного законодавства України, а також зі створення та підтримання відповідної пошукової системи, яка забезпечує розшук необхідної інформації серед масиву актів, що взяті на облік.

З огляду на це, як правильно відзначається в літературі, слід виділяти такі принципи організації обліку законодавства:

1. Повнота інформаційного масиву, що забезпечує фіксацію і обсяг довідкової інформації, відсутність прогалин в інформаційному масиві.

2. Достовірність інформації, що заснована на використанні офіційних джерел опублікування нормативних актів, а також на своєчасній фіксації внесених змін до актів, які входять до інформаційного фонду.

3. Зручність використання, необхідна для оперативного і ефективного пошуку відомостей про право [37].

При цьому виділяють декілька форм обліку законодавства:

а) журнальний;

б) картотечний;

в) ведення контрольних текстів діючих нормативних актів;

г) автоматизований облік законодавства.

Журнальний облік законодавства – це найбільш проста форма обліку законодавства, сутність якої полягає у фіксації реквізитів нормативних актів у спеціальних журналах. Такий облік може вестися за такими принципами:

а) хронологічним (тобто всі нормативні акти, які підлягають обліку, реєструються в журналі (журналах) відповідно до дати їх прийняття);

б) алфавітним (тобто всі нормативні акти, які підлягають обліку, реєструються за предметними рубриками, що розташовуються в алфавітному порядку);

в) системно–предметним (тобто всі нормативні акти, які підлягають обліку, реєструються за відповідними рубриками, що розташовуються за системно–галузевим принципом).

Картотечний облік законодавства – це більш складна форма обліку, яка здійснюється шляхом створення системи карток (картотеки), яка формується за визначеними критеріями. На картках можуть бути зафіксовані або основні реквізити акта (вид акта, його заголовок, дата видання, місце офіційного опублікування), або повний текст акта. Рубрики та картотеки визначаються на базі виробленого заздалегідь словника чи рубрикатора. Пошук відповідних картотек здійснюється як ручним способом, так і напівавтоматизованим або, навіть, автоматизованими режимами (картки з крайовою перфорацією, пересувні полиці, тиражування необхідних карток тощо). Розміщення карток у картотеці відбувається також за хронологічним, алфавітним чи предметно–галузевим принципом. При цьому слід відмітити, що використання останнього принципу у створенні класифікатора є найефективнішим, оскільки формує картотеку відповідно до затвердженого класифікатора. В Україні на сьогодні наказом Міністерства юстиції України від 2 червня 2004 р. № 43/5 затверджено Класифікатор галузей законодавства України [27], який використовуватиметься для ведення Єдиного державного реєстру нормативно–правових актів, інших електронних баз даних правової інформації та формування зібрань чинного законодавства України [22]. При цьому слід зазначити, що Класифікатор галузей законодавства України є однією з методологічних засад систематизації та кодифікації законодавства, важливим інструментом, без якого неможлива ефективна законодавча діяльність. Він не тільки надає змогу отримувати досить повну і точну інформацію про акти законодавства, а й сприяє їх упорядкуванню та систематизації. Класифікатор має забезпечити предметне розміщення масиву законо-

давства, в тому числі відомчих нормативно-правових актів, полегшити процес створення систематизованого зібрання актів законодавства.

Предметна класифікація являє собою ієрархічну систему юридичних понять з універсальним обсягом як галузей права, що відповідають галузям законодавства, кожна з яких має розвинуту загальну частину, так і комплексних, регулюючих різні сфери діяльності, що відображають весь масив законодавства.

Слід зазначити, що визначена частина рубрик (підрубрик) Класифікатора є правомірною з точки зору структури відповідної галузі законодавства або галузі юридичної науки. Класифікатор має свої специфічні цілі, і його структура не повинна механічно повторювати структуру відповідних галузей законодавства. Одним з критеріїв виділення тієї чи іншої рубрики (підрубрики) визнається наявність визначеного, достатньо розвиненого масиву нормативно-правових приписів.

Важливим фактором, що впливає на побудову науково обґрунтованої системи класифікації, є зв'язок Класифікатора з загальними законами, які мають стати своєрідним каркасом будь-якої формуючої правової системи. Принцип необхідної повноти Класифікатора передбачає, що в ньому повинна знайти своє відображення система галузі в цілому, враховуючи всі її правові інститути.

Важливим моментом у роботі по створенню Класифікатора є його рубрикація. Класифікатор забезпечує необхідну послідовність розташування розділів (рубрик), що відображають реально існуючі системні зв'язки в законодавстві. Орієнтовним початком для здійснення адекватного відображення таких системних зв'язків є предмет правового регулювання. Механізм, про який ідеться, передбачає чітко побудовану систему взаємних відсилок між рубриками, що надає можливість вирішити проблему можливості практичного використання класифікатора, що забезпечить його внутрішні зв'язки та в результаті сприяє більш ефективному проведенню робіт по систематизації законодавства.

Однак слід враховувати, що окремі розділи Класифікатора, залежно від обсягу та специфіки нормативного матеріалу, можуть мати складну внутрішню структуру.

В умовах динамічного розвитку законодавства Класифікатор має бути особливо сприятливим до всіх змін, які відбуваються в праві та житті суспільства. Отже, головними його характеристиками є стабільність і, водночас, сприятливість до змін законодавства, що передбачає вдосконалення структури Класифікатора залежно від нових тенденцій і напрямів розвитку правової системи, нових категорій основних, системоутворюючих законів.

Враховуючи, що законодавство перебуває в постійному розвитку, Міністерством юстиції України здійснює постійний розвиток та подальше вдосконалення Класифікатора галузей законодавства України у зв'язку із змінами в законодавстві та на основі обґрунтованих пропозицій органів державної виконавчої влади, місцевого самоврядування.

Таким чином, Класифікатор галузей законодавства України повинен відображати існуючу модель законодавства, яка спрямована на перспективу його розвитку. По суті, Класифікатор – це основа створення стандарту в галузі класифікації актів законодавства, яка дає можливість охопити великий обсяг нормативного матеріалу та паралельно здійснювати інформаційний пошук та систематизацію законодавства.

Ведення контрольних текстів чинних нормативних актів – це форма обліку законодавства, за якої до текстів офіційних видань нормативних актів вносяться відмітки про відміну, зміну, доповнення таких актів чи їх окремих частин із вказівкою тих актів, на підставі яких здійснюються вказані відмітки.

Автоматизований облік законодавства – це новітня форма обліку законодавства, яка здійснюється шляхом застосування комп'ютерної техніки та створення електронних баз нормативних актів. Ця форма обліку законодавства має безспірний пріоритет серед інших. Насамперед, це можливість створення найповніших баз даних із правовою інформацією, куди можуть увійти не лише нормативні акти, а й їх проекти, коментарі до них, практика застосування, зарубіжне законодавство, ін.-формація про офіційне оприлюднення цього нормативного акта, посилання на нього в інших нормативних актах тощо. На сьогодні саме автоматизована система обліку законодавства є найбільш застосовуваною серед інших. При цьому вона існує як на рівні окремих органів державної влади, так і на рівні приватних ініціатив. Зокрема, при Міністерстві юстиції України створений та функціонує Єдиний державний реєстр нормативно–правових актів, який був створений та впроваджений в дію на підставі Указу Президента України від 27 червня 1996 року № 468/96 [25], Постанови Кабінету Міністрів України від 23 квітня 2001 року № 376 [28] та відповідних наказів Міністерства юстиції України [26; 29]. В свою чергу, на рівні комерційних автоматизованих систем доволі активно розвивають свої електронні ресурси ІАЦ «Ліга», правові системи «НАУ», «Законодавство України» тощо. Вказані інформаційно–пошукові системи містять величезну кількість правових актів та пов'язаних із ними інформаційних документів, а також нададуть можливість здійснювати їх пошук за різноманітними даними, а саме: видом документа, органом, що його видав, назвою, номером, датою прийняття та набрання чинності тощо.

Інкорпорація – це форма систематизації нормативних актів, за якою вони об'єднуються повністю чи частково у тематичні збірники чи видання, які видаються для широкого використання. Як правильно зазначається в юридичній літературі, інкорпорація є засобом «ущільнення» законодавства, оскільки дає змогу не враховувати офіційно скасовані документи, виключаючи повторення нормативних актів [13, с. 84].

За своєю сутністю інкорпорація, як і облік, належить до низьких рівнів систематизації законодавства. Її особливість полягає в тому, що нормативні акти, які входять до збірника, включаються туди без будь-яких змін у їх змісті, разом з тим форма відповідного нормативного акта може бути піддана певним змінам, адже, зазвичай, в інкорпорованих збірниках тексти нормативних актів друкуються з урахуванням наступних офіційних змін та доповнень, із вказівкою на офіційні реквізити тих актів, якими внесені відповідні корективи, відсутні відомості про осіб, що підписали нормативний акт тощо.

У науковій літературі інкорпорація законодавства має свій поділ залежно від різних класифікуючих ознак. Так,

залежно від юридичної сили збірників, що видаються, вирізняють за суб'єктом, що здійснює інкорпорацію, такі види:

а) офіційна (що здійснюється від імені правотворюючого органу та офіційно ним схвалюється);

б) напівофіційна (що здійснюється за дорученням правотворюючого органу спеціально уповноваженими органами);

в) неофіційна (що здійснюється органами, які не мають спеціальних повноважень).

Найбільш популярна на сьогодні є неофіційна інкорпорація, яка доволі успішно здійснюється та видається комерційними компаніями з різних напрямів законодавства, наприклад, Бюлетень законодавства та юридичної практики України. Крім цього, за характером розташування законодавства вирізняють такі види інкорпорації:

а) хронологічна (що здійснюється шляхом розташування нормативних актів послідовно за датою їх видання (офіційного опублікування, набрання чинності тощо) [17; 18];

б) тематична (що здійснюється шляхом розташування нормативних актів за тематичними розділами, залежно від їх змісту та галузевої чи іншої системної належності). При цьому в останньому виді інкорпорації всередині розділів нормативні акти можуть бути розташовані чи за юридичною силою (ієрархією), чи за хронологічним порядком. І наостанок, залежно від обсягу нормативного матеріалу, який охоплюється у відповідному інкорпорованому збірнику, виділяють:

а) генеральну (що включає в себе усе законодавство відповідної сфери);

б) часткову (що включає у себе лише основні нормативні акти з питань збірника).

Консолідація – це форма систематизації нормативних актів, за якою велика кількість нормативних актів з одного і того самого питання чи споріднених питань об'єднують в один укрупнений нормативний акт, який набуває чинності, а акти, на підставі яких він створювався, втрачають силу. При цьому ознакою консолідації є те, що, попри зміну форми зміст правового регулювання залишається незмінним.

З огляду на сутність консолідації вже слід визнати, що вона є більш складною формою систематизації, оскільки може розглядатись як форма правотворчості [21, с. 228], в результаті якої здійснюється структурно-редакційна правка актів, забезпечується єдиний стиль викладу та одноманітність у застосуванні термінів, усуваються суперечності, дубляж, паралелізм тощо. Метою консолідації є зручність у користуванні нормативним матеріалом, чіткість, конкретність та однозначність положень нормативного акта. Тому дана форма систематизації є певним переходом між інкорпорацією та кодифікацією.

Кодифікація – це найвища форма систематизації законодавства, в результаті якої на підставі аналізу попередніх нормативних актів з певної сфери створюється новий нормативний акт, який спрямований на заміну попереднього законодавства (як за формою, так і за змістом правового регулювання) і приведення його у відповідну систему. Значення кодифікації полягає в тому, що в результаті відбувається всебічна внутрішня переробка нормативного матеріалу, відбувається його галузево–інституційна структуризація (системне впорядкування) норм однієї юридичної сили та галузевої належності, які спрямовані на єдине, максимально чітке та одноманітне регулювання та охорону відповідних суспільних відносин.

Результатом кодифікації є створення *кодифікаційного акта*, під яким розуміють упорядкувальний зведений стабілізаційний нормативно-правовий акт, що містить відносно завершену систему уніфікованих нормативних положень, які є вичерпними або базовими для системного комплексного регулювання певної відособленої предметної сфери суспільних відносин [15, с. 89]. При цьому на практиці згаданий кодифікаційний акт не обов'язково повинен мати назву «кодекс». До кодифікаційних актів можуть належати і «основи законодавства», «статут», «положення», «правила», «порядок», «інструкція» тощо.

Повертаючись до питання кодифікації цивільного законодавства, слід відмітити, що все ж таки основним кодифікаційним актом є Цивільний кодекс України. Щоправда, складний, тривалий та неоднозначний процес кодифікації цивільного законодавства в Україні призвів до суттєвого розпорошення положень Цивільного кодексу, який задумувався розробниками як єдиний «кодекс приватного права» [16]. Однак виокремлення Сімейного кодексу України та положень про міжнародне приватне право, прийняття окремо Господарського кодексу України створили цілу низку проблем щодо втілення цієї мрії. Водночас сьогодні на часі нова робота щодо вдосконалення положень кодифікації цивільного законодавства України. Наші найближчі сусіди (Європейський Союз, Казахстан, Російська Федерація) вже давно приступили до цієї роботи і нам вже слід скористатись їх досвідом [36]. Необхідним нам також вбачається вироблення правової політики з цього питання, а також згуртування усіх кращих наукових шкіл у вирішенні вказаних питань. Адже систематизація цивільного законодавства – це шлях його подальшого розвитку, а вдосконалення його у світлі останніх тенденцій його розвитку у країнах-сусідах дасть можливість не лише розчистити та структурувати наш нормативний масив, уніфікувати його до світових положень, а й наблизити нашу правову політику до тих тенденцій, які на сьогодні є актуальними у світі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Bertalanffy L.* General Systems Theory. Foundations. Development. Applications / L. Bertalanffy. – N.Y.: George Braziller, 1968. – 295 p.

2. *Klir G.* An approach to General Systems Theory / G. Klir. – N.Y.: Van Nostrand Reinhold Co, 1969. – 323 p.

3. *LoPucki L.* The Systems Approach to Law / L. LoPucki // Cornel Law Review. – 1997. – № 3. – P. 479 – 523.

4. *Аверьянов А. Н.* Категория «система» в диалектическом материализме / А. Н. Аверьянов. – М.: Мысль, 1974. – 70 с.

5. *Аверьянов А. Н.* Система: философская категория и реальность / А. Н. Аверьянов. – М.: Мысль, 1976. – 188 с.

6. *Аверьянов А. Н.* Системное познание мира: методологические проблемы / А. Н. Аверьянов. – М.: Политиздат, 1985. – 263 с.

7. *Аверьянов А. Н.* Системообразующие факторы / А. Н. Аверьянов // Философские науки. – 1981. – № 6. – С. 51 – 62.

8. *Аверьянов А. Н.* Система и элемент / А. Н. Аверьянов, Б. Г. Базалин // Материалистическая диалектика: В 5-ти т. / В. П. Бранский, В. В. Ильин, А. С. Кармин и др. / Под общ. ред. Ф. В. Константинова, В. Г. Марахова. – Т. 1: Объективная диалектика. – М.: Мысль, 1981. – 374 с.

9. *Боулдинг К.* Общая теория систем – скелет науки / К. Боулдинг // Исследования по общей теории систем. – М.: Прогресс, 1969. – С. 106 – 124.

10. *Гражданское право*: В 4-х т. Том I : [учебн.] / В. С. Ем, Н. В. Козлова, С. М. Корнеев и др. / Отв. ред. Е. А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 724 с.

11. *Зотов В. Д.* Очерки социальной философии / В. Д. Зотов, В. Н. Шевченко, В. Х. Делокаров. – М.: Наука, 1994. – 207 с.

12. *Кедров В. М.* Принцип историзма в его приложении к системному анализу развития науки / В. М. Кедров // Системные исследования. Ежегодник. – М.: Наука, 1974. – С. 3 – 11.

13. *Керимов Д. А.* Законодательная техника / Д. А. Керимов. – М.: Норма–Инфра, 1998. – 127 с.

14. *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права) / Д. А. Керимов. – М.: Аванта+, 2001. – 560 с.

15. *Кодифікація законодавства* України: теорія, методика, техніка / [Ю. С. Шемшученко, О. І. Ющик, Л. М. Горбунова та ін.] / За заг. ред. О. І. Ющика. – К.: Парламентське видавництво, 2007. – 208 с.

16. *Кодифікація приватного* (цивільного) права України / А. С. Довгерт, О. А. Підопригора, Д. В. Боброва та ін. / За ред. А. С. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – 336 с.

17. *Кодифікація цивільного* законодавства на українських землях: у 2–х томах / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К.: Правова єдність, 2009. – Т. 1. – 1168 с.

18. *Кодифікація цивільного* законодавства на українських землях: у 2–х томах / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К.: Правова єдність, 2009. – Т. 2. – 1240 с.

19. *Марченко М. Н.* Источники права: [учебн. пособ.] / М. Н. Марченко. – М.: ТК Велби; Проспект, 2005. – 760 с.

20. *Мешкова О. Е.* Теория систем в правовых явлениях / О. Е. Мешкова // Вестник Омского университета. – 1997. – Вып. 2. – С. 86 – 89.

21. *Общая теория* права / Под ред. А. С. Пиголкина. – М.: Изд–во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1998. –384 с.

22. *Офіційний сайт* Міністерства юстиції України [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0/2970.

23. *Очерки кодификации* и новеллизации буржуазного гражданского права: [сб. науч. тр.] / Под ред. З. М. Черниловского. – М.: ВЮЗИ, 1983. – 135 с.

24. *Положення про порядок* здійснення обліку та систематизації законодавства в органах та установах юстиції України. затв. наказом Міністерства юстиції України від 15.04.2004 р. № 31/5 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v31-5323-04.

25. *Про Єдиний державний* реєстр нормативно-правових актів: Указ Президента України від 27.06.1996 р. № 468/96 // Урядовий кур'єр. – 1996. – 4 липня. – № 122 – 123.

26. *Про затвердження Інструкції* про порядок та умови одержання інформації з інформаційного фонду Єдиного державного реєстру нормативно–правових актів : наказ Міністерства юстиції України від 26.06.2002 р. № 57/5 // ОВУ. – 2002. – № 27. – Ст. 1306.

27. *Про затвердження Класифікатора* галузей законодавства України: наказ Міністерства юстиції України від 2 червня 2004 року № 43/5 // Юридичний вісник України. – 2004. – Липень. – № 28.

28. *Про затвердження порядку* ведення Єдиного державного реєстру нормативно–правових актів та користування ним: Постанова Кабінету Міністрів України від 23 квітня 2001 року № 376 // ОВУ. – 2001. – № 17. – Ст. 747.

29. *Про затвердження Порядку* та розмірів плати за надання права доступу, користування та одержання інформації з інформаційного фонду Єдиного державного реєстру нормативно–правових актів: наказ Міністерства юстиції України від 31.03.2003 р. № 25/5 // ОВУ. – 2003. – № 14. – Ст. 640.

30. *Садовский В. Н.* Основания общей теории систем: логико-методологический анализ / В. Н. Садовский. – М.: Наука, 1974. – 279 с.

31. *Садовский В. Н.* Задачи, методы и приложения общей теории систем / В. Н. Садовский, Э. Г. Юдин // Исследования по общей теории систем. – М.: Прогресс, 1969. – С. 3 – 23.

32. *Синельников Б. М.* Системный подход в научном познании / Б. М. Синельников, В. А. Горшков, В. П. Свечников. – М.: Прогресс–Традиция, 1999. – 387 с.

33. *Систематизация законодательства* в Российской Федерации / Под ред. А. С. Пиголкина. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 382 с.

34. *Солонин Ю. Н.* Между системностью и целостностью [Электронный ресурс] / Ю. Н. Солонин. – Режим доступа: http://n-kronov.chat.ru/Solonin.html.

35. *Спиркин А. Г.* Курс марксистской философии / А. Г. Спиркин. – М.: Наука, 1965. – 258 с.

36. *Стефанчук Р. О.* Шляхи реформування цивільного законодавства: погляд на Захід та на Схід / Р. О. Стефанчук // Право України. – 2009. – № 8. – С. 53 – 61.

37. *Теорія держави* і права. Академічний курс: [підручн.] / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

38. *Тюхин В. С.* Системно-структурный подход и специфика философского знания / В. С. Тюхин // Вопросы философии. – 1968. – № 11. – С. 45 – 52.

39. *Философская энциклопедия* / Гл. ред. Ф. В. Константинов. – Т. 5. – М.: Сов. энцикл., 1970. – 740 с.

40. *Философский словарь* / Под ред. М. М. Розенталя, П. Ф. Юдина. – М.: Изд-во Политлитературы, 1968. – 432 с.

Signs, concept and the basic forms of systematization of the civil legislation are considered in the article, the concept of «system» as methodological and legal category is defined, the propositions of modern understanding of application of forms of systematization of the civil legislation are turned out.

В статье рассмотрены признаки, понятия и основные формы систематизации гражданского законодательства, определено понятие «системы» как общефилософской и правовой категории, наработаны предложения относительно современного понимания применения форм систематизации гражданского законодательства.

НОВЕЛІЗАЦІЯ 2010 РОКУ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Довгерт А. С.,

професор, доктор юридичних наук, член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, головний
науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті аналізуються нові положення у системі внутрішнього колізійного права та норм міжнародного цивільного процесу, які запроваджені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права» від 21 січня 2010 р. Наводяться пропозиції подальшого покращення національного відгалуження міжнародного приватного права.

Ключові слова: міжнародне приватне право, колізійна норма, міжнародний цивільний процес.

1. Вступ. Сучасне міжнародне приватне право (МПрП) складається, переважно, з двох масивів норм. Найбільшим з них є уніфіковані за допомогою міжнародних договорів та звичаїв колізійні та матеріальні (в тому числі процесуальні) норми. Але до тих пір, поки МПрП не стане повністю уніфікованим правом, значна роль у регулюванні міжнародних приватноправових відносин зберігається за національними відгалуженнями МПрП, зокрема, за названими нормами внутрішніх джерел права.

Важливим кроком у реформуванні внутрішніх колізійних та процесуальних правил МПрП стало прийняття у 2005 Закону України «Про міжнародне приватне право» (Закон про МПрП) [1]. Вперше у законодавчій історії країни основні внутрішньодержавні колізійні та процесуальні приписи МПрП були кодифіковані в одному документі. За задумами його розробників, він повинен стати стрижнем всього внутрішнього колізійного та міжнародного процесуального права [2, с.7 – 45]. В прикінцевих положеннях Закону про МПрП передбачалося у стислі строки привести у відповідність з ним інші закони України та нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади.

Подальше удосконалення національного відгалуження МПрП мусить відбуватися не лише через зміни вказаних актів, а й через постійне покращення головного кодифікаційного документа у цій сфері, в якому, незважаючи на всю його прогресивність та модерність, з самого початку містилися чисельні недоліки [3]. Першою спробою такого удосконалення після реформи 2005 р. стало прийняття 21 січня 2010 р. Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права» (Закон від 21 січня 2010 р.) [4].

Нижче аналізуються результати цієї спроби та наводиться авторське бачення шляхів продовження формування якісної системи внутрішніх колізійних та процесуальних правил МПрП.

2. Зміни у Законі про МПрП. Законом від 21 січня 2010 р. запропоновано 10 змін до цієї кодифікації, з яких 8 пов'язані лише з редакційними уточненнями назв двох розділів (VI та VII) та викладу деяких статей (ст. 1; 12; 77; 79; 80). Серед цих уточнень варто відмітити заміну слів «основним правопорядком» у ч. 1 ст. 12 словами «основами правопорядку», в результаті чого усунуто явну технічну помилку, а також корегування назви VI розділу, яка нині відповідає змісту вміщених у розділі норм (назва «Колізійні норми зобов'язального права» змінилася на назву «Колізійні норми щодо договірних зобов'язань»).

Крім редакційних уточнень в Законі про МПрП зроблено дві суттєвих зміни вельми дискусійного характеру. Перша з них стосується форм вияву іноземного елемента у приватноправових відносинах. Українська кодифікація МПрП 2005 р. відтворила поширену у теорії права думку, відповідно до якої існують три групи (або форми вияву) іноземного елемента [5, с.18 – 19], зокрема, останній може виявлятися у суб'єктній складовій правовідносин, а саме: коли хоча б один учасник таких правовідносин є іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою. Законом від 21 січня 2010 р. внесено ще одну категорію учасників – громадяни України, які проживають за межами України.

Зрозуміло, що за роки незалежності держави стрімко зросла кількість таких громадян, і це вимагає від законодавця передбачати для окремих ситуацій спеціальні правила. Наприклад, у ст. 257 (у новій редакції, запровадженій Законом від 21 січня 2010 р.) Цивільного процесуального кодексу (ЦПК) встановлено, що підсудність справ за заявою такого громадянина про встановлення факту, що має юридичне значення, визначається ухвалою судді Верховного суду України. На нашу думку, це правило та йому подібні не входять до складу норм МПрП, тому що правовідносини складаються між вітчизняними особами, у даному випадку між громадянином України і судом. Внутрішнє процесуальне право лише відреагувало на специфічну ситуацію. Так само можна сказати і про матеріальні приватноправові відносини між громадянином України, які мешкають за кордоном, та особами, що проживають або мають місцезнаходження в Україні. Такі правовідносини можуть стати міжнародними (що надає можливість запустити нормативний механізм МПрП) лише у разі вияву іноземного елемента в об'єктній складовій чи в юридичному складі. Таким чином, на нашу думку, сам факт проживання громадянина України за кордоном не є барвником «міжнародності» приватноправових відносин.

Друга зміна у Законі про МПрП дискусійного характеру полягає у виключенні міжнародних звичаїв із числа джерел колізійного права. Слід зазначити, що довгий час у світовій науці точиться дискусія про те, чи може міжнародний звичай бути джерелом колізійного права [6, 99 – 103]. Вітчизняна доктрина МПрП завжди виходила з того, що з певних питань колізії законів (принцип *rei sitae*, принцип *lex voluntatis*) можливо спиратися на міжнародний звичай як джерело права [6, с.103].

Оцінюючи зміни до Закону про МПрП в цілому, слід констатувати, що, окрім деяких термінологічних уточнень, ніяких інших покращень в ньому не відбулося, а запропоновані концептуальні зміни носять вельми сумнівний характер. Тим часом поле для дійсного удосконалення документа безмежне. Наведемо деякі приклади.

Перш за все, варто закінчити з термінологічною плутаниною та усунути ряд неточностей, пов'язаних із структурою Закону про МПрП. Так, в усьому його тексті слова «право держави» замінити на слова «право країни». В п. 6 ст.1 виправити поняття «правової кваліфікації». Правова кваліфікація – це не «визначення права, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом», як там записано, а тлумачення фактичних обставин справи та колізійних норм відповідно до права певної країни. Далі, в Законі про МПрП (ст. 17; 18) йдеться чомусь не про приватну право- та дієздатність, а й про цивільну, що не тільки не відповідає сфері регулювання Закону про МПрП, а й породжує значні ускладнення при правозастосуванні. Протиріччя, що існують між структурою Закону про МПрП та структурою приватного (цивільного) права України, були б усунуті, якби розділ про право інтелектуальної власності розміщувався після речового права, як це вимагає структура Цивільного кодексу України, а розділ про трудові відносини – після спадкового права, а не навпаки.

Деякі положення Закону про МПрП треба скасувати. Так, принципам сучасного міжнародного співробіт-

ництва не відповідає ст.11 Закону, яка встановлює принцип взаємності при застосуванні іноземного права.

Але найбільшої праці потребує внесення нових статей чи суттєвих їх змін та доповнень.

З огляду на сучасні тенденції розвитку міжнародних комерційних відносин і враховуючи факт дедалі більшого визнання концепції транснаціонального торгового права (*lex mercatoria*) в юридичній доктрині і практиці, ч.1 ст. 5 Закону можна викласти у такій редакції: «У випадках, передбачених законом, учасник (учасники) правовідносин може здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Цей вибір не обмежується вибором права конкретної країни і може включати вибір норм транснаціонального характеру, наприклад, таких як «загальні принципи права», *lex mercatoria* або «аналогічні положення». Таке формулювання згаданої статті спирається на положення Преамбули Принципів УНІДРУА (Цілі Принципів), а також на ст. 1:101 (3) (a) Принципів європейського контрактного права, де йдеться про те, що згадані Принципи застосовуватимуться тоді, коли сторони контракту «домовилися, що їхній договір буде регулюватися «загальними принципами права», «*lex mercatoria*» або «аналогічними положеннями». Така редакція ст. 5 значно підвищила б ступінь автономії волі сторін правовідносин.

На нашу думку, модифікації потребує також інститут застосування іноземного права. Оскільки при застосуванні іноземного права суд встановлює не стільки зміст **норми** іноземного права, скільки встановлює **саме** іноземне право, тобто його зміст, існування, автентичність тощо, ст. 8 Закону про МПрП слід викласти у відповідній новій редакції. Крім того, в кодифікації відсутній загальний принцип застосування, який полягає в тому, що іноземне право застосовується так само, як воно застосовується в країні свого походження. Цей принцип варто закріпити в окремій новій статті.

Після набрання чинності Регламентів ЄС щодо вирішення колізій законів у сферах договірних та недоговірних зобов'язань було б незайвим по-новому опрацювати відповідні розділи у Законі про МПрП.

Колізійні правила щодо трудових відносин (розділ VII Закону про МПрП) треба також переформулювати, враховуючи досвід європейського МПрП. В них, по-перше, необхідно передбачити можливість вибору права для сторін трудового договору, а по-друге, вони повинні охоплювати більше ситуацій міжнародної праці та бути двосторонніми (а не односторонніми, як нині) колізійними нормами. Зокрема, розділ VII (при скасуванні статей 53 і 54) міг би мати такий вигляд:

«Стаття 52. Право, що застосовується до трудового договору

1. Сторони трудового договору можуть у письмовій формі обрати право, що застосовується до трудового договору. Проте такий вибір не може погіршувати становище працівника порівняно з імперативними нормами права, яке підлягало б застосуванню за відсутності вибору права.

2. У разі відсутності вибору права сторонами договору, якщо з усіх обставин не випливає, що трудові відносини мають більш тісний зв'язок із правом іншої країни, до трудових відносин застосовується:

1) право країни, у якій працівник звичайно виконує свою роботу за договором, навіть якщо він перебуває у відрядженні на певний строк для роботи закордоном;

2) право країни, у якій знаходиться звичайне місце діяльності підприємця, через якого був найнятий працівник, якщо працівник переважно здійснює роботу не в одній країні;

3) право прапора або іншого розпізнавального знака, під яким судно або літак курсує, якщо робота виконується на цих транспортних засобах».

Пропозиції, які стосуються удосконалення розділів Закону про МПрП щодо міжнародного цивільного процесу, наводяться нижче.

3. Зміни в інших законах, що містять положення колізійного права. Прийняття у 2005 р. базового закону про МПрП вимагало перегляд усіх законів України, що містять колізійні правила. Проте в прикінцевих положеннях кодифікації передбачалося внесення змін лише до Сімейного кодексу України (СК України), до Законів про зовнішньоекономічну діяльність та про заставу. Зокрема, із СК України вилучалися всі колізійні норми (ст. 275 – 281; 288 – 292), так як у Законі про МПрП сформульовані нові правила вирішення колізій у сфері шлюбно-сімейних відносин. Через повне врегулювання колізійних питань форми та змісту договорів в Законі про МПрП виключалися також відповідні положення в Законах про зовнішньоекономічну діяльність (ч. 6 –15 ст.6) та про заставу (розділ VIII).

У поле зору Закону від 21 січня 2010 р. потрапили ще два акти. Так, в Кодексі законів про працю припинила існування колізійна норма в сфері міжнародної праці, а відповідна стаття (ст. 8) перетворилася на відсильну до Закону про МПрП, в якому колізійні правила для трудових відносин з іноземним елементом представлені у більшому обсязі. У Господарському кодексі України скасовані колізійні положення щодо форми та змісту зовнішньоекономічного договору (ч. 2 –5 ст. 382) та замість них наводиться положення про те, що відповіді на ці питання треба дивитися у Законі про МПрП.

Таким чином, на сьогодні внесено зміни до п'яти законів, що містять колізійні правила. Але ними не вичерпується перелік таких законів. Наприклад, ще не переглядався Кодекс торгового мореплавства, який був прийнятий ще у 1995 р., та багато інших законів. Приведення цих актів у відповідність з Законом про МПрП залишається невідкладним завданням. Крім того, варто зазначити, що вибудовування повної та узгодженої системи внутрішніх колізійних норм передбачає не лише скасування колізійних правил інших законів, що дублюють або перебувають у протиріччі з правилами базової кодифікації, а й розробку новел. Наприклад, на порядок денний висувається конструювання колізійних норм у сфері цінних паперів, якими (нормами) можна було б доповнити відповідний закон.

4. Зміни у процесуальних законах. Законом від 21 січня 2010 р. найбільше змін внесено до ЦПК України та Господарського процесуального кодексу України (ГПК). І це не дивно, так як в Законі про МПрП не вдалося провести відносно повну кодифікацію норм міжнародного цивільного процесу. Останній був фактично «розірваний» між трьома актами: Законом про МПрП, ЦПК України та ГПК Укаїни. Замість того, щоб зосередити правила для розгляду справ з іноземним елементом в базовій кодифікації МПрП та, відповідно, скасувати їх в ЦПК і ГПК, законодавець знову почав балансувати між трьома актами.

Названі процесуальні кодекси (до них з технічних причин додано і Кодекс адміністративного судочинства) доповнено однаковими дуже просторими положеннями щодо судових доручень (звернення судів із судовими дорученнями до іноземного суду або іншого компетентного органу іноземної держави; зміст і форма судового доручення про надання правової допомоги; виконання в Україні судових доручень іноземних судів; виконання судового доручення іноземного суду про вручення виклику до суду чи інших документів; виконання судових доручень закордонними дипломатичними установами України). Зрозуміло, що виникає питання про доцільність включення великої кількості однакових норм до всіх процесуальних кодексів. Технічно виправданим було б вміщення норм про судові доручення лише до Закону про МПрП, як це зроблено відносно норм про судовий імунітет (Законом від 21 січня 2010 р. виключені відповідні статті із ЦПК та ГПК) та інституту підсудності справ з іноземним елементом (для цього інституту в результаті змін у ЦПК та ГПК сформульовані лише відсильні норми до законів та міжнародних договорів). Останні зміни вкрай важливі, так як вони усунули протиріччя, що існували між положеннями про міжнародну підсудність ГПК та Закону про МПрП.

В ЦПК та ГПК дублюючими залишилися також положення щодо процесуальних прав та обов'язків іноземних осіб, хоча цей інститут вичерпно визначено у Законі про МПрП (Законом від 21 січня 2010 р. лише модифіковано відповідні статті кодексів: в ст. 410 ЦПК знято частину 3 про реторсії, а ст.123 ГПК представлена у новій редакції, в якій також немає місця для реторсій, що передбачалося попереднім текстом).

А от такий інститут міжнародного цивільного процесу, як визнання та виконання рішень іноземних судів, цілком залишився в рамках ЦПК, хоча місце йому має бути, безперечно, в Законі про МПрП. Тим часом Законом від 21січня 2010 р. до цього інституту внесено дуже суттєву зміну. Положення про умови визнання та виконання рішення іноземного суду (ст. 390; 399 ЦПК) сформульовано по-новому таким чином, що надає можливість визнавати та виконувати такі рішення не лише на підставі міжнародного договору (як це було раніше), а й на підставі простої взаємності, яка презумується.

Таким чином, в результаті змін до процесуальних законів вдалося в основному «нейтралізувати» ГПК у питаннях міжнародного цивільного процесу, проте не вдалося сконцентрувати приписи останнього в одному документі – Законі про МПрП. Але сподіваємося, що це невдовзі буде зроблено.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Закон України* «Про міжнародне приватне право» // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

2. *Довгерт А. С.* Реформа колізійного права в Україні / А. С.Довгерт // Проблеми правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтернаціоналізації: Колективна монографія / За заг. ред. О. Д. Крупчана. – Тернопіль, 2007. – 240 с.

3. *Міжнародне* приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. докт. юрид. наук, проф. А. Довгерта. – Х., 2008. – 352 с.

4. *Закон України* «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права» // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 12. – Ст.120.

5. *Богуславский М. М.* Международное частное право / М. М.Богуславский. – М., 1998. – 462 с.

6. *Лунц Л. А.* Международное частное право / Л. А. Лунц. – М., 1971. – 384 с.

This article suggests analysis of new provisions in the system of internal conflict norms and norms of international civil procedure introduced by the Law of Ukraine «On providing changing in some laws of Ukraine for regulation questions of private international law» of January 21, 2010. The article also contains propositions on further improvement of national sector of private international law.

В статье анализируются новые положения в системе внутреннего коллизионного права и норм международного гражданского процесса, введенные Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно урегулирования вопросов международного частного права» от 21 января 2010 р. Сформулированы предложения по дальнейшему улучшению национального ответвления международного частного права.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Беляневич О. А.,

доктор юридичних наук,
головний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті досліджується проблема реалізації принципу верховенства права та правової визначеності як його складової в адміністративному судочинстві. Проаналізовано практику вищих судових інстанцій щодо проблеми розмежування судових юрисдикцій як передумови ефективного захисту прав суб'єктів господарювання.

Ключові слова: захист прав суб'єктів господарювання, верховенство права, правова визначеність, публічно-правовий спір, суб'єкт владних повноважень.

В Україні визнається і діє принцип верховенства права. Ця норма закріплена в ст. 8 Конституції України (далі – КУ), вона має важливе методологічне значення для створення «нового образу» української правової системи та трансформації усієї юридичної практики як однієї з її складових. Верховенство права розглядається як елемент спільної спадщини держав–учасниць Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, відповідно до параграфа 1 ст. 7 якої кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирі-

шить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

Останніми роками принцип верховенства права дедалі частіше закріплюється в окремих законодавчих актах. Так, він є однією з конституційних основ правопорядку в сфері господарювання згідно з ч. 2 ст. 5 Господарського кодексу України[1]. Разом з тим верховенство права як засаднича ціннісна ідея має універсальний, надгалузевий характер і регулятивні властивості незалежно від її закріплення в тому чи іншому законодавчому акті, а також повинна спрямовувати як нормотворчу, так і правозастосовну практику, в тому числі судів різних юрисдикцій.

В рішенні Конституційного Суду України (далі – КСУ) у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 зазначається: верховенство права, будучи одним з основних принципів демократичного суспільства, передбачає судовий контроль над втручанням у право кожної людини на свободу. Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує захист гарантованих Конституцією та законами України прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави.

Згідно із преамбулою та ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07. 07. 2010 р. правосуддя в Україні здійснюється на засадах верховенства права. Ця норма робить загалом неважливим те, чи закріплено принцип верховенства права в окремих процесуальних законах.

У процесуальному законодавстві України верховенство права як принцип здійснення судочинства вперше був закріплений в Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) як перший в системі принципів адміністративного судочинства (ст. 7). Розглянемо ст. 8 КАСУ, в якій законодавець спробував розкрити зміст верховенства права. При уважному вивченні цієї статті неважко зрозуміти, що в ній конституційні норми відтворено або буквально, або дуже наближено за значенням:

– про те, що людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 3 КУ, ч. 1 ст. 8 КАСУ);

– про те, що звернення до адміністративного суду для захисту прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (ч. 3 ст. 8 КУ, ч. 3 ст. 8 КАСУ).

Частиною 2 ст. 8 КАСУ встановлено, що суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини. Слід підкреслити, що ця норма в КАСУ з'явилася ще до прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23. 02. 2006 р., ст. 17 якого встановлено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права, важливість якого складно переоцінити.

Що стосується заборони відмови в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини (ч. 4 ст. 8 КАСУ), то це правило слід оцінювати і тлумачити системно у зв'язку із нормою ч. 7 ст. 9 КАСУ, відповідно до якої у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права). Проблема використання в адміністративному судочинства аналогії закону як способу усунення законодавчих прогалин заслуговує на окреме дослідження. Поки що можна сказати, що за відсутності закону суд повинен застосувати принцип верховенства права.

Як уявляється, в ст. 8 КАСУ, скоріше за все, визначено свого роду правила поведінки для суду, але вони не пояснюють, власне, сутності верховенства права як складної і багатогранної ідеї.

В сучасному українському правознавстві верховенство права запропоновано розуміти як похідну всіх загальних засад права, як ціннісний сплав ідей справедливості, рівності, свободи та гуманізму, а також обґрунтовано, що його важливими складовими, його необхідними наслідками і умовами реалізації є принципи правової визначеності[2], пропорційності та добросовісності [1, с. 148, 177].

Зупинимося на принципі правової визначеності. Як неодноразово наголошувалося Європейським судом з прав людини, одним з основних елементів верховенства права є принцип правової певності, який серед іншого передбачає, що у будь-якому спорі рішення суду, яке набрало чинності, не може бути поставлено під сумнів (див., зокрема, § 72 рішення у справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України», § 61 рішення у справі «Брумареску проти Румунії»). Крім того, практика Європейського суду дає можливість виокремити і деякі інші складові правової визначеності, отже, і верховенства права як абстракції вищого рівня:

1) *забезпечення зрозумілості та несуперечливості нормативно-правових актів*. Дотримання цієї вимоги дає можливість суб'єктам правовідносин передбачати (очікувати) визначені правові наслідки своєї поведінки, її правовий результат, який відповідає існуючим в суспільстві нормативним приписам;

2) *забезпечення практики однакового застосування закону*, що гарантує рівне ставлення закону до кожного, тобто правову рівність учасників певного виду правовідносин;

3) *забезпечення остаточності і обов'язковості рішення судів та їх виконання*, адже, як зазначив КСУ в рішенні від 30 січня 2003 року №3-рп/2003 у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора, правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах[3].

---

[1] *В розумінні* принципів права загалом і принципу верховенства права зокрема ми виходимо з того, що принцип – це не тільки те, що міститься в нормах або виводиться зі змісту норм (власне, це традиційний погляд на галузеві принципи права), а й категорії професійної правосвідомості, атрибут правового мислення, що так чи інакше, але обов'язково виявляється в процесі застосування норм права.

[2] *В деяких* перекладах рішень Європейського суду з прав людини на українську мову вживаються такі синоніми слову «визначеність», як «певність» або «впевненість».

[3] *Загальною* декларацією прав людини 1948 року передбачено, що кожна людина має право на ефективне поновлення в правах

Одним із наслідків безперервного і доволі безсистемного реформування судової системи та процесуального законодавства України є те, що захист прав та інтересів суб'єктів господарської, в тому числі підприємницької, діяльності здійснюється на цей час в різних судових юрисдикціях, насамперед, адміністративними та господарськими судами. Підкреслимо, що сам по собі принцип спеціалізації судів, який закріплено в ч. 1 ст. 125 КУ та ч. 1 ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», не перешкоджає ефективному захисту прав суб'єктів господарювання. Навпаки, завдяки спеціалізації суддів (по суті – спеціалізації юридичних знань в окремих галузях права) має забезпечуватися висококваліфікований розгляд тієї чи іншої категорії справ у розумні строки та шляхом застосування таких процесуальних інститутів, які були б найбільш адекватними суті тих суспільних відносин, в яких виник спір. Як зазначив КСУ в рішенні у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами» від 9 вересня 2010 року, розмежування юрисдикційних повноважень між загальними і спеціалізованими судами підпорядковано гарантіям кожної людини на ефективний судовий захист, а додержання конституційного принципу спеціалізації при прийнятті законів щодо організації і діяльності судів України є обов'язком законодавця.

Проте виконання законодавцем цього обов'язку навряд чи можна визнати належним, оскільки однією з проблем, що перешкоджають реалізації верховенства права при здійсненні правосуддя, залишається на сьогодні розмежування судових юрисдикцій щодо вирішення спорів, які виникають у відносинах суб'єктів господарювання із органами державної влади та органами місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією (зокрема, ч. 2 ст. 20 ГК).

Внаслідок того, що предметом діяльності адміністративних судів законодавець визначив спори, що виникли не з власне адміністративних правовідносин, а з відносин публічно-правових, стороною яких є суб`єкт владних повноважень (ч. 1 ст. 2 КАСУ), постала необхідність розмежування компетенції господарських і адміністративних судів України щодо розгляду справ у спорах, що виникають, зокрема, у зв`язку з укладанням, зміною, розірванням та виконанням господарських договорів, стороною в яких є владний суб`єкт, справ за участю органів державної податкової служби, Фонду соціального захисту інвалідів, Пенсійного фонду, Фонду соціального страхування, Державної інспекції по контролю за цінами та інших органів (хоча сама по собі участь суб`єкта владних повноважень у будь-яких правовідносинах ще не перетворює їх на адміністративні, так само як і публічні правовідносини не вичерпуються правовідносинами адміністративними). Показовим є те, що справи про накладення адміністративних стягнень не включено до юрисдикції адміністративних судів (ч. 3 ст. 17 КАСУ).

Здавалося б, суто термінологічна різниця спричинила достатньо серйозні практичні проблеми. Як відомо, для цілей КАСУ законодавцем використано інший порівняно з ГК термін – «суб'єкт владних повноважень», під яким розуміється орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова особа чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних повноважень (ст. 3 КАСУ). Внаслідок цього виникла колізія матеріального і процесуального права, оскільки для правильного визначення судової юрисдикції (а по суті – реалізації права на захист) необхідно дати відповідь на запитання: діє орган державної влади чи орган місцевого самоврядування в конкретних правовідносинах як «суб'єкт владних повноважень» або як орган, наділений господарською компетенцією, реалізує такий орган «владні управлінські функції» (ч. 1 ст. 17 КАСУ) чи здійснює від імені Українського народу права власника (ст. 324 ЦК), право державної власності від імені та в інтересах держави (ст. 326 ЦК) або управляє майном територіальної громади (ст. 327 ЦК)? При цьому уявляється очевидним, що попри суто термінологічну схожість таких висловів, як «управлінські функції» та «управління майном», змістовне навантаження терміна «управління» буде зовсім різним.

Намагаючись вирішити цю проблему, Верховний Суд України (далі – ВСУ) в інформаційному листі від 26.12.2005 № 3.2.-2005 сформулював таку правову позицію: справою адміністративної юрисдикції може бути переданий на вирішення адміністративного суду спір, який виник між двома (кількома) конкретними суб'єктами суспільства стосовно їхніх прав та обов'язків у конкретних правових відносинах, у яких хоча б один суб'єкт *законодавчо уповноважений владно керувати поведінкою іншого (інших) суб'єкта (суб'єктів)* [курсив наш – О. Б.], а ці суб'єкти відповідно зобов'язані виконувати вимоги та приписи такого владного суб'єкта.

На нашу думку, послідовне дотримання такого тлумачення положень КАСУ дало б можливість зняти гостроту питання розмежування судових юрисдикцій і забезпечення визначеності порядку захисту прав суб'єктів господарювання у відносинах із органами державної влади. Частково неоднозначність положень ст. 17 КАСУ, яка не надавала можливості сформулювати загальне правило, відповідно до якого має розмежовуватися компетенція між адміністративними та господарськими судами, була усунена самим законодавцем. Так, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів» від 15. 12. 2006 р. внесено зміни до ч. 1 ст. 12 ГПК, згідно з якими господарським судам підвідомчі справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів, у тому числі щодо приватизації майна (за винятком спорів про приватизацію державного житлового фонду). Таким чином, законодавець визнав, що відносини, що складаються при укладанні, зміні, розірванні та виконанні договорів купівлі-продажу державного майна в процесі приватизації, не є публічно-правовими (в розумінні КАСУ). Водночас не було сформульовано правила щодо підвідомчості справ у спорах,

компетентними національними судами у випадках порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом (ст. 8). Право на ефективний засіб захисту закріплено також у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (ст. 2) і в Конвенції про захист прав людини та основних свобод (ст. 13).

пов'язаних з іншими договірними відносинами за участю держави, наприклад, орендою державного та комунального майна, хоча за своєю природою такі відносини є подібними до договірних відносин приватизації. Прогалина в законі була усунена судовою практикою: в п. 3 рекомендацій ВГСУ «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» від 27. 06. 2007 р. № 04-5/120 зазначено, що у господарських судах мають вирішуватися усі спори, що виникають з господарських договорів між суб'єктами господарювання і органами державної влади і місцевого самоврядування, включаючи угоди, які укладаються шляхом проведення конкурсу, біржових торгів, аукціонів тощо. До таких договорів належать, зокрема, угоди: про відчуження об'єктів приватизації (крім приватизації державного житлового фонду); передачу державного або комунального майна в оренду; закупівлю товарів (робіт, послуг) для державних потреб.

Крім законодавчих колізій, значно ускладнює здійснення правосуддя й відсутність довіри між владними інституціями, яка є «однією із важливих складових демократичної системи організації влади в сучасних країнах» [2, с. 51], і, в тому числі, між КСУ, ВСУ та вищими спеціалізованими судами,.

Одним з найбільш наочних прикладів цього є правова ситуація, що склалася із визначенням підвідомчості справ у земельних спорах за участю суб'єктів господарювання у зв'язку із прийняттям КАСУ. За відсутності чітких законодавчих приписів КАСУ знадобився певний час, аби колізії в процесуальному законодавстві були подолані судовою практикою.

Правова природа відносин між органом місцевого самоврядування та суб'єктом господарювання була пояснена в інформаційному листі ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з орендою земельних ділянок» від 30. 11. 2007 р. № 01-8/918. Волевиявлення майбутнього орендаря щодо укладення договору оренди земельної ділянки реалізується шляхом подання відповідної заяви. При цьому ч. 1 ст. 124 Земельного кодексу України встановлено, що передача в оренду земельних ділянок, що перебувають у державній або комунальній власності, здійснюється на підставі рішення відповідного органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування шляхом укладення договору оренди земельної ділянки[1]. Таким чином, волевиявлення відповідного органу як орендодавця, в даному випадку, здійснюється у формі рішення такого органу і лише реалізується шляхом укладення договору оренди, через це рішення сільської ради та підписання останньою договору оренди не є самостійними актами волевиявлення орендодавця.

Пізніше в рекомендаціях Президії ВГСУ «Про практику застосування господарськими судами земельного законодавства» від 02. 02. 2010 р. № 04-06/15 позиція ВГСУ була узагальнена так: з положень ст. 13, 14, 140, 142, 143 КУ, ст. 11, 16, 167, 169, 374 ЦК, ст. 2, 8, 133 ГК, ст. 80, 84, 123, 124, 127, 128 ЗК України випливає, що органи виконавчої влади або органи місцевого самоврядування у правовідносинах щодо розпорядження земельними ділянками державної та комунальної власності (надання земельних ділянок громадянам та юридичним особам у власність або у користування, відчуження земельних ділянок державної або комунальної власності, укладення, зміна, розірвання договорів купівлі-продажу, ренти, оренди земельної ділянки, про встановлення сервітуту, суперфіцію, емфітевзису та інших договорів щодо земельних ділянок, в тому числі прийняття державними органами та органами місцевого самоврядування відповідних рішень) діють як органи, через які держава або територіальна громада реалізують повноваження *власника земельних ділянок*. Спори, що виникають з правовідносин, у яких державні органи та органи місцевого самоврядування реалізують повноваження власника землі, підвідомчі господарським судам.

Таку саму позицію зайняв і ВСУ. В постанові Судової палати в адміністративних справах ВСУ від 09.12.2008 р. у справі № 21-1215во08 за позовом товариства з обмеженою відповідальністю «Фірма «Авіценна» до Вінницької міської ради про визнання частково недійсним рішення Виконавчого комітету Вінницької міської ради, скасування державного акта на право постійного користування землею, спонукання до передачі земельної ділянки у власність, зазначено таке. Із встановлених судами фактичних обставин (зокрема того, що на земельній ділянці розташовано об'єкт нерухомості – магазин-кафе, який належить на праві приватної власності ТОВ, що зумовлює необхідність користування частиною земельної ділянки для обслуговування цього об'єкта) випливає, що заявлені у справі позовні вимоги виникають із відносин, що мають приватноправовий характер, а отже, орган місцевого самоврядування виступає в цих відносинах як суб'єкт права власності, а не як суб'єкт владних повноважень. Прийняття зазначеним органом оспорюваного рішення не змінює правову природу спірних правовідносин і не перетворює спір у публічно-правовий.

Така позиція вищих судових інстанцій уявляється правильною та єдино можливою з точки зору доктрини.

Втім законодавець похитнув цю судову практику, яка набула певної усталеності, що може оцінюватися як досягнення правовій визначеності. Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 12 ГПК в редакції Закону України від «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо визначення підсудності справ з питань земельних відносин» від 18. 03. 2010 р. господарським судам підвідомчі справи у спорах, що виникають із земельних відносин, *в яких беруть участь* суб'єкти господарської діяльності, за винятком тих, що віднесено до компетенції адміністративних судів [курсив наш – О. Б.]. Законодавець не зазначив, що це земельні відносини *між* суб'єктами господарювання, тому за буквою норми п. 6 ч. 1 ст. 12 ГПК суб'єкт господарювання є лише однією зі сторін таких відносин, а іншою –може бути як суб'єкт господарювання, так і орган державної влади або орган місцевого самоврядування, що, відповідно, не може не впливати на визначення підвідомчості земельних спорів.

Остаточно ж зруйнував усталену практику КСУ рішенням від 1 квітня 2010 року № 10-рп/2010 у справі за конституційним поданням Вищого адміністративного суду України щодо офіційного тлумачення положень ч. 1

[1] *На цей час* ст. 124 Земельного кодексу України діє із змінами і доповненнями, внесеними згідно із Законом України від 03. 06. 2008 р.; у редакції Закону України від 16. 09. 2008 р., але в цій частині норма залишилася без змін

ст. 143 Конституції України, пунктів «а», «б», «в», «г» ст. 12 Земельного кодексу України, п. 1 ч. 1 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України. Системний аналіз положень Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (ч. 1 ст. 10, статей 16, 17, 18, 25, 26 та інших) свідчить, на думку КСУ, що органи місцевого самоврядування при вирішенні питань місцевого значення, віднесених Конституцією України та законами України до їхньої компетенції, *є суб'єктами владних повноважень, які виконують владні управлінські функції* [курсив наш – О. Б.], зокрема, нормотворчу, координаційну, дозвільну, реєстраційну, розпорядчу. Як суб'єкти владних повноважень органи місцевого самоврядування вирішують в межах закону питання в галузі земельних відносин. В резолютивній частині рішення, яке де-юре повинно усунути неясність законодавства, зазначено, що відповідні положення ст. 12 Земельного кодексу у частині повноважень сільських, селищних, міських рад відповідно до цього кодексу вирішувати питання розпорядження землями територіальних громад, передачі земельних ділянок комунальної власності у власність громадян та юридичних осіб, надання земельних ділянок у користування із земель комунальної власності, вилучення земельних ділянок із земель комунальної власності треба розуміти так, що *при вирішенні таких питань ці ради діють як суб'єкти владних повноважень*, а земельні спори фізичних чи юридичних осіб з органом місцевого самоврядування як суб'єктом владних повноважень пов'язані з оскарженням його рішень, дій чи бездіяльності, тобто на них поширюється юрисдикція адміністративних судів.

Підсумовуючи, зазначимо, що в цій статті висвітлено лише частину проблем, які виникають у сфері захисту прав суб'єктів господарювання у відносинах із органами держави та органами місцевого самоврядування. Тому безсумнівною є необхідність подальшого дослідження особливостей як змісту принципу верховенства права (в тому числі і принципу правової визначеності), так і розробки теоретичних засад його реалізації в адміністративному судочинстві.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права (змістовна характеристика). – Х.: Право. – 240 с.

2. *Барабаш Ю. Г.* Дискреційні повноваження вищих органів влади: права природа та умови ефективного застосування. – Університетські наукові записки, 2007. – № 4 (24). – С. 49–54.

The problem of realization of rule of law and legal clarity as its component in administrative jurisdiction is examined in the article. The practice of higher judicial instances concerning the problem of distinguishing of the court jurisdictions as a basis of effective right protection of economic entities is analyzed.

В статье исследуется проблема реализации принципа верховенства права и правовой определенности как его составляющей в административном судопроизводстве. Проанализировано практику высших судебных инстанций касательно проблемы разграничения судебных юрисдикций как предпосылки эффективной защиты прав субъектов хозяйствования.

ПРИРОДНО-ПРАВОВІ ПРИНЦИПИ В ЄВРОПЕЙСЬКИХ КОДИФІКАЦІЯХ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Рабіновіч С. П.,

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

На матеріалі цивільних кодексів Франції і Німеччини досліджується вплив природно-правових ідей на законодавство. 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-смислові зв'язки між юснатуралізмом та європейськими новочасними кодифікаціями цивільного права вже досліджувались як у вітчизняній, так і в зарубіжній літературі [1, 33; 2, 118 – 132, 241 – 245; 3; 4]. Загальна оцінка значення цих зв'язків, зроблена дослідниками Й. О. Покровським, К. Цвайгертом, Х. Кьотцом 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, в якій природні правоположення («natürliche Rechtsgrundsätze») були визнані субсидіарним джерелом права, стало Всезагальне австрійське цивільне уложення (АЦУ). Крім 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, доки 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-смисловому зв'язку з юснатуралістичним праворозумінням, то слід визнати, що вплив юснатуралізму на зміст кодифікацій не обмежується лише тим, що наведено 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-смисловий спосіб* найпоширеніший 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 моральнісно-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), самодопомога (§ 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 (Кодексу Наполеона, ФЦК) [7] і Німецького цивільного уложення (НЦУ) [8]) свідчить про широке використання згаданих принципів.

Отже, не претендуючи на вичерпність, охарактеризуємо кілька їх типів, які зберігають смисловий 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 кілька 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 фактичної здійсненності 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-смислової (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 немай-

нових 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 попри те, що сам кодекс не містить детальних норм про особисті немайнові права, 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. Крім 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». Право 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. Крім 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, поняття, що широко використовується в кодифікаціях, «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 ІІІ ФЦК): купівля-продаж (титул VI); безвідплатний найм майна (титулу 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 смислоутворення 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), 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 громадськістю» (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, здійсненність 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 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 надає можливість, 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 і 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. Вирішення 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 і 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. – 53с.
2. *Цвайгерт К., Кётц 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., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. – М., 1998. – Т.2.: Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. – 512с.
10. *Харитонов Є. О., Харитонова О. І.* 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 материале гражданских кодексов Франции и Германии исследуется влияние естественно-правовых идей на законодательство. Анализируются юридико-технические формы выражения и нормативное содержание естественно-правовых принципов в европейских кодификациях гражданского права.

ПРОБЛЕМИ ПРОТИДІЇ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Невмержицький Є. В.,

доктор політичних наук, доцент,
головний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В статті розглядаються основні детермінанти криміналізації економіки країни, стан злочинності у цій сфері та механізми протидії.

Ключові слова: підприємницька діяльність, економічна злочинність, криміналізація, бізнес, приватизація, банкрутство, тінізація.

Серед головних проблем подальшого розвитку підприємницької діяльності, безумовно, була і залишається її непомірна криміналізація. Ще в XIX ст. європейські дослідники економіки сприймали економічну злочинність як серйозну соціальну проблему майбутнього, яку неминуче доведеться вирішувати. Їх прогнози, судячи по Україні та інших країнах пострадянського простору, повністю виправдалися.

Масштаби злочинності і корупції в економічній діяльності в сьогоднішній Україні занадто великі і продовжують наростати. Їх особлива небезпека полягає і в тому, що суб'єктами таких злочинних проявів дедалі частіше стають особи, що займають високе соціальне становище як в державі, так і сфері бізнесу, що свідчить про зрощення бізнесу і влади. Такий висновок підтверджує вся практика розвитку в Україні ринкових відносин та накопичення

первісного капіталу, результатом чого стало небувале зростання економічної злочинності, криміналізація структурних елементів ринку: виробництва, споживання, послуг, цінних паперів тощо. Протиправні проступки у підприємницькій діяльності, передусім, позастатутна діяльність, незаконна зовнішньоекономічна діяльність, укриття доходів від оподаткування, торгівля без відповідних дозволів (ліцензій), сертифікатів якості тощо, стимулюють девіантну поведінку осіб, зайнятих у цій сфері, яка, як правило, переростає в злочинну діяльність.

Економічні правопорушення наявні не лише за умов вільного ринку, вони є атрибутом й інших економічних систем, супроводжують виробничі та обмінні процеси як у високо розвинутих економіках, так і у державах з тоталітарною економікою та надзвичайно високим рівнем етатизації суспільного життя. У колишньому Радянському Союзі економічна злочинність існувала завжди. Нею були вражені основні галузі народного господарства, особливо торгівля, комунальні структури, легка і м'ясо-молочна промисловість, транспорт, громадське харчування. Використовуючи товарний дефіцит, можливість підкупу чиновників, ділки «тіньової» економіки створювали підпільні виробництва, цехи, артілі, активно опановували «секрети» торгівлі, обростали зв'язками з господарськими та державними чиновниками, у тому числі й працівниками правоохоронних органів. Вже тоді на матеріальному утриманні у злочинців перебувала значна кількість керівників різних ланок народного господарства та керівників органів виконавчої влади. Найбільшого розмаху економічна злочинність набула у період застою, коли сформувалась система розкрадань, хабарництва по горизонталі і вертикалі у багатьох галузях виробництва, постачання, збуту й торгівлі. Загальновідома справа про зловживання з бавовною в Узбекистані, фігурантами якої були вищі посадові особи цієї республіки. У Києві – це справа в системі громадського харчування, фігурантами якої були великі партійні функціонери.

В часи перебудови, після деякого протистояння представників загально-кримінальної та економічної злочинності, між ними було досягнуто компроміс. Лідери економічної злочинності почали використовувати послуги загальнокримінальних злочинців. Поступово вони стали компаньйонами «ділків-тіньовиків», які спільно вкладали кошти у злочинний бізнес, забезпечували підпільних підприємців послугами, пов'язаними з їх охороною, збутом необлікованої продукції, здійснювали контроль за співучасниками і вели боротьбу з конкурентами. Саме тоді почалося зрощення великих розкрадачів державної і комунальної власності з хабарниками, шахраями, грабіжниками, «злодіями в законі», що сприяло формуванню організованої економічної злочинності.

Цей процес особливо посилився після прийняття Закону СРСР «Про кооперацію», коли накопичені «тіньовиками» і «цеховиками» кошти були спрямовані на міжнародні та внутрішні спекулятивні операції. У недержавному секторі економіки утворилися розгалужені кримінальні структури «псевдопідприємці». Значна частина кооперативів, створених на базі державних підприємств, стала механізмом «відмивання» злочинно набутих капіталів, одержаних в результаті реалізації продукції, виробленої на цих підприємствах, тобто продукції, що вироблялася державними підприємствами, скуповувалася кооперативами майже за собівартістю, але реалізовувалась за цінами, що в кілька разів перевищували відпускні ціни держпідприємств. Вже тоді перестала діяти ст. 154 КК України (спекуляція). Відверту спекуляцію було названо торговельно-посередницькою діяльністю.

Більша частина сфери послуг (торгівля, виробництво взуття та текстилю, перепродаж сировини тощо) підпала під ефективний контроль нової суспільної верстви – підприємців, які одразу ж пішли шляхом створення специфічних захисних механізмів напівлегального бізнесу з метою придушення будь-яких спроб конкуренції, що могла підірвати захоплені ними позиції.

Подальшому процесу криміналізації і фактичного пограбування загальнонародної власності в Україні сприяв недосконалий Закон «Про підприємництво», на основі якого був розроблений непрозорий порядок реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності. Завдяки цьому більшість зареєстрованих у 1991–1996 рр. суб'єктів підприємницької діяльності фактично займалась легалізацією доходів злочинного походження. Безпосередньо виробництвом займалась порівняно незначна кількість підприємницьких структур, а більшість з них існувала за рахунок державного сектора економіки і використовувала його як прикриття організованих злочинних угрупувань.

У період прискореного перерозподілу власності в Україні проходило сплановане, умисне розкручення видів інфляції. Зроблено це було шляхом надання в 1991–1993 рр. представникам організованих злочинних угрупувань, як правило перед черговим витком інфляції, великої кількості кредитів під символічні відсотки за рахунок кредитних ресурсів Ощадного та інших державних банків. Одержавши ці кредити, злочинці перед кожним підвищенням цін, під прикриттям створених ними «підприємницьких структур», заздалегідь скуповували за безцінь через свої корумповані зв'язки товарно-матеріальні цінності, вироблені в державному секторі економіки, а перед черговим витком інфляції реалізовували їх за цінами, які значно перевищували ціни скупки. Саме за рахунок таких махінацій значною мірою був накопичений первісний капітал.

Одночасно формувалася особлива верства суспільства, яка, використовуючи накопичені у процесі зміни форм власності кошти, потрапляла у політику, здійснювала перерозподіл сфер впливу, одночасно сприяючи створенню «тіньових» економічних та фінансових потоків, які почали функціонувати паралельно з офіційними. Серед правопорушень, які супроводжували зміну економічної системи, найбільшого поширення набули фінансові зловживання, недобросовісна конкуренція, ухилення від сплати податків, «відмивання» доходів, отриманих у результаті злочинної діяльності, та інші махінації.

З початком приватизації державного майна, комерціалізації банківської системи, лібералізації зовнішньоекономічної діяльності почався наступний етап мімікрії організованої злочинної діяльності, коли перші ролі стали виконувати не колишні лідери рекетирських угрупувань, а нова формація більш інтелектуальних осіб з певним досвідом практичної роботи у сфері економіки та управління.

Саме внаслідок приходу до кримінальних комерційних структур таких осіб змінилася наявна складова організованої злочинної діяльності, тісно пов`язаної з корумпованим державним апаратом, а як результат – відчутними темпами почав зростати її вплив на економічне, політичне і соціальне життя держави [10]. Очевидним прикладом такого висновку може бути кримінальна справа відносно депутата ВРУ «Л», який в Кіровоградській області фактично очолював організовану злочинну групу.

Це не поодинокий приклад. Фактично весь період становлення незалежної України супроводжувався зростанням економічної злочинності. Якщо в 1991р. в країні було зареєстровано 34,8 тис. економічних злочинів, то у 1992 р. – 36,8 тис., 1993 р. – 41,3 тис., 1994 р. – 57,5 тис., 1995 р. – 57,8 тис., 1996 р. – 61,04 тис., 1997р. – 62,4 тис., 1998 р. – 65,3 тис., 1999 р. – 65,3 тис. У 2000–2003 рр. статистика дещо змінилась: у 2000 р. зареєстровано – 52,7 тис. злочинів, тоді як у 2003 р. – 43,2 тис., в 2004 р. – 44,2 тис., в 2005 р. – 45,1 тис. злочинів економічної спрямованості [11]. Така динаміка економічної злочинності вплинула фактично на всі сторони життєдіяльності суспільства.

Характерною рисою злочинності стало прагнення кримінальних структур закріпитися не тільки в економіці, а й у політиці. З цього приводу В. Тацій зазначає, що «…злочинність у сфері економічних відносин є поліпроблемним явищем. Це – чи не головне випробування для України як самостійної незалежної держави» [12]. Саме цей фактор суттєво вплинув на поглиблення процесу жорстокої конкуренції у намаганні встановити контроль над економічно прибутковими сферами та територіями. Злочинність дедалі більше консолідується, активізується її плив на державний апарат. Її проникнення в структури влади та управління істотно знижує ефективність державного контролю за походженням і рухом капіталів та фінансових ресурсів. З цих причин зростає злочинність у кредитно-фінансовій системі, банківській сфері, у зовнішньоекономічній діяльності, а також у діяльності, пов'язаній з порушенням правил про валютні операції, з підробкою грошей та цінних паперів, шахрайством з фінансовими ресурсами, ухиленням від сплати податків. За даними Головного управління боротьби з економічною злочинністю МВС України у м. Києві не було жодної торговельної точки, де можна було зі 100-відсотковою гарантією придбати не фальсифіковану продукцію. Тільки за рік цією службою виявлено понад 72 тис. порушень прав споживачів, у тому числі майже 20 тис. фактів виробництва і продажу товарів, які не відповідають стандартам. Загалом в Україні протягом року призупинено діяльність 543 цехів, які займалися виробництвом і реалізацією фальсифікованої продукції [13].

Окремо слід розглянути основні детермінанти економічної злочинності в сучасній Україні. Розпад комуністичної імперії – СРСР відкрив доступ до необмежених державних ресурсів, навіть для тих, хто і не мріяв колинебудь туди потрапити. Загальний «економічний» інтерес та безмежні перспективи збагачення на базі вчорашнього загального народного добра об'єднав колишніх комуністів, націоналістів і бандитів в один союз. Народ в цей час лякали зростанням злочинності, видаючи за неї невеликі банди, які налічували 2–3 особи.

Справжня організована злочинність вирішувала свої питання в економіці, нарощувала капітал і вплив, а згодом почала називатися промисловою, фінансовою та бізнес-елітою України. Тільки один приклад: СРСР залишив на спадок незалежній Україні – гори військової зброї та майна трьох військових округів. За оцінками експертів, все це добро тягнуло на 90 млрд дол. США. Деж ці гроші, де товар? Абсолютна більшість розкрадачів не понесла жодного покарання. І так не лише у військовій сфері. З дня розпаду СРСР і до цього часу залишається невизначеним статус профспілкового майна колишнього Союзу. Сьогодні вартість профспілкового майна сягає 200 млн дол. Це при тому, що у перші роки незалежності України майно профспілок оцінювалось в 3,5 млрд гривень!? Лише через акціонерні товариства ФПУ, через ЗАТ «Укрпрофоздоровлення» було незаконно приватизовано близько 270 туристично-екскурсійних підприємств, 25 автобаз і відібрано у профспілок понад 110 санаторіїв, пансіонатів і будинків відпочинку [14].

Аналогічний стан справ в інших галузях економіки. Монополістичні об'єднання, які контролювали важку промисловість і створили потужні банки, були такими саме елементами самоорганізації суспільства, як і політичні партії правого спрямування, незалежні профспілки та всі інші «неформальні» структури. Прагнучи закріпити за собою державний апарат, олігархи почали створювати власні політичні партії, здатні вписатися в конституційну структурну систему і захищати їхні інтереси в органах влади. Першим на цей шлях став екс-прем'єр-міністр П. Лазаренко, який за лічені місяці розбудував регіональний блок «Громада» й спромігся подолати з ним чотиривідсотковий бар'єр на парламентських виборах у 1998 р. Спочатку сформувався дніпропетровський клан, у представників якого були давні, з радянських часів персональні зв'язки з центрами влади. Пізніше зміцнів донецький клан, який розвивався на тій самій виробничій базі. Сьогодні представники цих кланів не тільки фінансують політичні партії, а й зайняли дві третини місць у Верховній Ради України. Гасла окремих політичних сил про неприпустимість злиття влади і бізнесу так і залишилася гаслами.

Серед інших чинників зловживань у підприємницькій діяльності особливо слід виділити: безконтрольну і непідготовлену у правовому відношенні приватизацію державного майна у виробничій сфері та процесу роздержавлення в аграрному секторі; викривлені процеси лібералізації, зменшення кількості суб'єктів матеріального виробництва та збільшення посередницьких торгових структур; неадекватна цінова політика, порушення порядку ціноутворення з метою отримання надприбутку; порушення антимонопольного законодавства, дезорганізація та зловживання в паливно-енергетичному секторі економіки; недосконаліть податкової політики; розрив інтегративних зв'язків суб'єктів матеріального виробництва; невиконання договірних зобов'язань, значне збільшення цивільно-правових деліктів та відсутність адекватного регулювання ними з боку правоохоронних органів і судової влади; зволікання з вирішенням питань щодо розвитку законодавства, що регулює відносини власності, господарювання і фінансів; неточність окремих визначень, термінів і понять в диспозиціях багатьох статей Кримінального кодексу, а часом і відсутність їх легальних визначень, що надає підстави довільного їх тлума-

чення. Саме протягом першого десятиліття незалежності України були ухвалені закони, які мали регулювати нові ринкові відносини. Проте у своїй більшості вони були недосконалі, це був лише правовий каркас для регулювання раніше невідомих ринкових відносин. На той час вони були необхідні, оскільки законодавчий вакуум ще більше поглибив би криміналізацію економіки. Прикладом може бути Закон України «Про підприємництво», до якого згодом було внесено 35 змін і доповнень. А в Закон України «Про ПДВ» вже внесено близько 300 змін і доповнень?! Десятки змін було внесено в інші закони, що регулюють економічні відносини, що ще більше розширило простір для зловживань.

Лауреат Нобелівської премії в галузі економіки Джозеф Штігліц вважає, що один з найбільших експериментів минулого століття – перехід до ринкової економіки в країнах колишнього СРСР – фактично провалився. «Цей процес мав привести до безпрецедентного зростання добробуту, а замість цього вилився в безпрецедентне зростання бідності та нерівності», – сказав він на річних зборах Європейського банку реконструкцій і розвитку в Лондоні. Розподіл державної власності через «квазілегальні» або повністю кримінальні механізми призвів до довгострокових негативних наслідків. Відомий економіст Стігліц з цього приводу зазначав: «Якщо ви отримали активи $1-2 млрд шляхом незаконної приватизації, ви боїтеся, що наступний уряд їх відбере, і вважаєте за краще не реінвестувати гроші у своїй країні, а якнайшвидше вивезти їх. Діючи таким чином, олігархи користуються перевагами обох світів: недоторканністю прав приватної власності за кордоном і слабкими місцями у своїх країнах».

Обмежуючи владу та свободу дій державних чиновників, посилюючи конкурентність і відкритість, приватизація сама по собі є сильним антикорупційним важелем. Проте в Україні вона не стала таким механізмом, а навпаки – головним середовищем корупції та економічної злочинності. Приватизація пішла за найбільш невигідною для більшостю населення країни схемою: надала можливість кланово-монополістичним об'єднанням використовувати корупційні зв'язки з представниками влади, взяти під свій контроль основні галузі виробництва і забезпечити максимальні прибутки, а державі нанести колосальні збитки. Абсолютна більшість населення фактично залишилася поза цим процесом і нічого від нього не отримала. В результаті приватизація стала фактичним «лідером» і основним підґрунтям економічних правопорушень і корупції в нашій державі.

Процеси приватизації проходять по всьому світу, поряд з вирішенням головного питання – зміни форм власності, вони приносять значні фінансові надходження до бюджету країн. Бразилія, наприклад, за декілька років від приватизації одержала в бюджет – 24 млрд доларів США, Мексика – 16 млрд доларів. Переважна більшість приватизованих підприємств цих країн залишилася зосередженою на відповідну державну програму. В Україні ж результати значно скромні. Є лише один позитив: приватизація стимулювала прискорений розвиток ринкової економіки, формування класу приватних власників. За даними фонду держмайна України, кількість об'єктів, які змінили форму власності з початку процесу приватизації (1992–2005 рр.), склала 96549. з них: державної форми власності – 25060 і комунальної – 71489.

Підбиваючи підсумки 18-річної приватизації державного і комунального майна в Україні слід зазначити, що цей процес був і продовжує залишатися одним з найбільш вражених кримінальними проявами. За деякими оцінками, абсолютна більшість об'єктів державної власності була приватизована виключно на корупційних засадах. Достатньо навести лише приклад приватизації комбінату «Криворіжсталь», у результаті якої його ціна була у декілька раз знижена, а державним бюджетом було недоотримано 15 млрд гривень, що підтвердила повторна приватизація. Поширилися різні форми приватизації державних підприємств. Особливо широкого розмаху набула «тіньова» приватизація. Акціонерні товариства формально залишаються державними, але всі фінансові потоки, пов'язані з функціонуванням підприємства, зокрема реалізацією продукції, опинилися у руках комерційних структур. Контролює таких приватних посередників адміністрація державних ВАТ. «Наближеним» фірмам набагато вигідніше заробляти на перепродажі виробленої держпідприємствами продукції, ніж їх приватизувати. Підсумком такої приватизації, за інформацією ДПА України, стало те, що 77,8 % українських приватизованих підприємств у результаті подальшого перепродажу потрапили під контроль офшорних фірм. Нерідко реальних власників багатьох підприємств, у яких держава продовжує мати невеликий пакет акцій, податкові органи навіть не можуть знайти. Отже, процес напівлегальної зміни власників поступово набув рис керованої «тіньової» приватизації [15].

При цьому поширеними стали такі зловживання як порушення пріоритетних прав трудових колективів при виборі форм власності і способу приватизації, отримання керівниками підприємств контрольних пакетів акцій, умисне заниження вартості майнових комплексів, несплата орендних платежів тощо [16].

Особливо корумпованою стала так звана приватизація через схему банкрутства (спочатку банкрутство, як правило, підставне, а потім продаж за символічну ціну кредитору). Кримінальне забарвлення такої «приватизації» виявляється у спробі офіційно купити збанкрутілі підприємства у кілька разів дешевше за їх ринкову ціну. Статистика свідчить, що з часу набрання чинності Закону України «Про банкрутство» (1992 р.) через процедуру банкрутства пройшло близько 90 тис. підприємств. Значна частина з них була пропущена через процедуру фіктивного банкрутства [17]. Назважаючи на це, за організацію такого банкрутства (ст. 218 КК) в 2000–2007 рр. засуджено (за вироками, які набрали законної сили) лише чотири особи. Тодішнє керівництво держави лише констатувало такі факти, але реальної протидії не чинило. Ще в 2000 р. тодішній президент України, виступупаючи на засіданні Координаційного комітету по боротьбі з корупцією і організаційною злочинністю, зазначав, що не в державних інтересах розробляється більшість сценаріїв у сфері приватизації. Розтягується за безцінь державна власність. Приватизація стала чи не найбільш спекулятивною сферою для відмивання «брудних» грошей, безкарної сваволі «тіньового» капіталу. Проте після такої гострої оцінки стану приватизації жодних додаткових механізмів проти-

дії таким зловживанням владою не включалось. На жаль, цей процес і сьогодні продовжує супроводжуватися чисельними недоліками концептуального, організаційного, економічного, інформаційного, нормативно-правового і кримінального характеру. Він органічно пов'язаний з недоліками функціонування системи державного управління та поширеною у її середовищі корупцією [19]. Внаслідок цього економічні відносини у державі серйозно деформовані, непрозорі, вони регулюються не нормами закону, а підзаконними актами, або приватними домовленостями, що стало реальним гальмом для розвитку підприємницької діяльності в Україні.

Так що ж таке економічна злочинність, які компоненти включає це поняття? Без чіткого визначення його сутності і змісту важко планувати реальні заходи протидії. Потреба відповіді на це питання обумовлена й тим, що і сьогодні це явище залишається недостатньо вивченим. Ґрунтовних досліджень з цієї проблематики поки що замало (серед таких праць виділяються лише монографії В. Поповича, А. Яковлєва, А. Медведєва, М. Мельника). Як правило, економічна злочинність розглядається в контексті загальної злочинності в Особливій частині курсу кримінології (у підручниках під редакцією О. Джужи, Н. Кузнєцової, А. Долгової, В. Кудрявцева, В. Емінова). Однак такий підхід до економічної злочинності, як особливо небезпечного явища, нівелює цю проблему до рівня загальнокримінальної злочинності. Тим часом злочини економічної спрямованості, як і корупція, відрізняються особливою небезпечністю, високоінтелектуальним характером, швидкою адаптацією злочинців до нових форм і методів підприємницької діяльності та банківських, валютних, митних операцій, і за своєю сутністю та наслідками становлять найбільшу загрозу цивілізованим ринковим відносинам в Україні [1].

Першим дослідником теорії економічної злочинності був американський кримінолог Е. Сатерленд. Саме він увів поняття «білокомірцевої» злочинності. Головними її ознаками він назвав обман та зловживання довірою. Його послідовники Терстеген, Кейзер надали більш конкретне визначення «білокомірцевої» злочинності: «… це антисуспільна, спрямована на збагачення поведінка осіб, які займають соціально престижне місце в суспільстві та в рамках своєї професійної діяльності діють таким чином, що при одночасній законослухняній поведінці решти осіб вони зловживають суспільною довірою, якою користується їхня група» [2].

Для розуміння цього феномену важливо прокласти межу між поняттям «економічні злочини» і «злочини в сфері економіки», оскільки ці поняття не тотожні. Так, О. М. Яковлєв визначає економічну злочинність як сукупність корисливих зазіхань на порядок управління народним господарством, що вчиняються особами, які займають певні соціальні позиції у структурі економіки та виконують повноваження, пов'язані з цими позиціями. А пограбування, крадіжка – це злочин у сфері економіки [3]. Точніше визначення змісту економічної злочинності надає О. Литвак, який вважає, що економічна злочинність – це сукупність навмисних корисливих злочинів, що вчиняються посадовими особами, іншими працівниками підприємств і установ, незалежно від їх форм власності, шляхом використання посадового становища і місця роботи [4]. Подібну точку зору висловлюють і російські дослідники. Так, відомий кримінолог А. Долгова розглядає економічну злочинність як складну сукупність кількох десятків складів злочинів, передбачених кримінальним законом, до яких належать розкрадання, незаконні угоди з валютними цінностями, виготовлення чи збут фальшивих грошей чи цінних паперів, укриття доходів від оподаткування, обман споживачів, укриття коштів в іноземній валюті, незаконне підприємництво у торгівлі, контрабанда, випуск, продаж товарів, що не відповідають вимогам безпеки, та інші злочини». Серед головних ознак економічної злочинності вона називає високу латентність, тісний зв'язок з організованою злочинністю, корисливу мотивацію та стійкі негативні тенденції [5]. Точніше і предметніше визначення економічної злочинності надала професор Є. Дементьєва. На її думку, кримінально карані діяння в економіці здійснюються: в процесі професійної діяльності; в межах та під прикриттям законної економічної діяльності; мають корисливий характер; характеризуються постійним систематичним розвитком; причиняють шкоду економічним інтересам держави або громадянина та вчиняються фізичними або юридичними особами, які діють в інтересах фірми або підприємства [6]. Н. Ф. Кузнєцова і Г. М. Миньковський до економічних відносять злочини, що скоюються з корисливих мотивів у сфері економіки особами в процесі їх професійної діяльності і які посягають на власність та інші інтереси споживачів, партнерів, конкурентів, держави, а також на порядок управління економічною діяльністю у різних галузях господарства [7]. Таким чином, узагальнюючи ці визначення, слід констатувати, що економічна злочинність – це, передусім, діяння, прямим мотивом яких є економічна вигода суб'єкта, вони мають корисливий характер, а метою є привласнення недозволеного [8]. Щоб злочин вважався економічним, він має бути неодноразовим, тривалим, скоюватись систематично і в рамках економічної діяльності, яка сама по собі не є примітивною [9].

Кримінальне законодавство України не надає визначення поняття економічного злочину, а терміни «економічна злочинність» чи «злочин у сфері економіки» у ньому взагалі відсутні, але загальна характеристика таких діянь під іншою назвою надається в розділі VII Особливої частини Кримінального кодексу України «Злочини у сфері господарської діяльності» та у розділі VI «Злочини проти власності». У російському Кримінальному кодексі є спеціальний розділ «Економічна злочинність». Вважаємо, що з урахуванням особливої небезпеки таких злочинів, доцільно ввести поняття «економічна злочинність» і в кримінальне законодавство України.

Висновки

Вищерозглянуті аргументи і проблеми засвідчують, що рівень криміналізації і корумпованості української економіки це фактори, які визначально вплинули на її розвиток і модернізацію, стали серйозними гальмом щодо інтеграції в європейські економічні структури. З таким кримінальним забарвленням українська економіка навряд чи стане суб'єктом світових глобалізаційних процесів. Антикримінальні і антикорупційні заходи, що декларує влада, залишилися нереалізованими, що й обумовило криміналізацію економіки.

Упования лише на посилення кримінальної репресії, як свідчить досвід, не може дати довготривалих і реаль-

них результатів. В СРСР Кримінальне законодавство передбачало навіть смертну кару за розкрадання соціалістичної власності в особливо великих розмірах, але результат відомий. У сьогоднішньому Китаї за останні роки смертні вироки за корупцію судді винесли майже відносно 10 тис. чиновників, проте її рівень не зменшується. Реальний заслін криміналізації підприємницької діяльності можуть поставити тільки реформи. Вони повинні бути направлені, перш за все, на забезпечення свободи підприємницької діяльності (сьогодні Україна по цьому показнику займає одне з останніх місць серед країн світу) та посилення захисту власності, що продовжує стримувати надходження до економіки України іноземних інвестицій, та стимулює вивіз капіталу за кордон.

Дуже важливий антикорупційний важіль – дерегуляція економічної діяльності, обмеження втручання у цю діяльність держави, скорочення числа ліцензованих робіт, спрощення процедури реєстрації компаній і фірм та їх закриття; упорядкування підстав і термінів контрольних перевірок суб'єктів бізнесу. Важливим антикримінальним механізмом повинні стати також реформування податкового законодавства, зменшення податкового тиску, який заганяє бізнес в «тінь».

Такою самою мірою важлива реформа митного законодавства, особливо з урахуванням того, що близько 60–70 відсотків продукції, що виробляє економіка України, зорієнтована на експорт. Паралельно всі ці заходи повинні супроводжуватися зусиллям держави на втілення у підприємницьку діяльність чесності, прозорості, культури. Тільки комплекс цих важелів, в поєднанні з реальною боротьбою з корупцією, може дати реальні результати і оздоровити підприємницьку діяльність.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Шульженко Ф. П. Невмержицький Є. В.* Правові проблеми економічної безпеки України /Шульженко Ф. П. Невмержицький Є. В. // Теоретичні та практичні проблеми правового забезпечення соціально-економічного та політичного розвитку суспільства і держави: Монографія. –К.: КНЕУ, 2006.– С. 481–602.
2. *Кабанов П. А.* Понятия и формы проявления злоупотребления властью в сфере политики /П. А. Кабанов// Вестник научных трудов Нижнекамского филиала Московского гуманитарно-экономического института. – Вып. 2. Ч.2. Вопросы борьбы с преступностью/ Отв. ред. П. А. Кабанов.–Нижнекамск: НКФ МГЭИ, 2000. – С. 51-70.
3. *Якобсон Л. Н.* Реформа государственной службы: интересы и приоритеты /Л. И. Якобсон// Общественные науки и современность. – 2002. – № 3. – С. 130–134.
4. *Литвак О. М.* Державний вплив на злочинність: кримінально-правове дослідження. //Литвак О. М. – К.: Юринком Інтер, 2000. – С. 86.
5. *Криминалогия*: учебник для юрид. вузов/ Под ред. В. Н. Булакова, В. П. Сальникова, С. В. Степашинна. – СПБ.: Санкт-Петербуржский университет МВД, 1999. – С. 264.
6. *Дементева Е.* Законодательство США и Германии в области борьбы с – экономической преступностью /Е. Дементева // Государство и право. – 1993. –№ 3-4. – С. 114–136.
7. *Криминалогия:* Учебник/ Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, Г. М. Минковского.– М.: «Прогрес», 1998. – С. 82.
8. *Экономическая* безопасность / Под ред. Сенчагова В. К. – М.: ЗАО «Финстатинформ», 1998, – С. 21.
9. *Экономическая* преступность //Свенсон Бу. – М: «Прогресс», 1987. – С. 149.
10. *Кузнецова Н. Ф.* Коррупция в сестеме уголовных преступлений: материалы «круглого стола» / Н. Ф. Кузнецова// Вестник Московского ун-та. – 1993. – № 3. – С. 43–47.
11. *Гега П. Т.* Криміногенна ситуація в Україні за роки незалежності /П. Гега., Л. Доля //Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – № 12. – С. 83.
12. *Таций В. Я.* Научное обеспечение путей противодействия коррупции в Украине. /В. Я Таций, В. Н. Борисов// Громадська експертиза. Актуальні проблеми боротьби з корупцією в Україні. – К: 2004. – Вип. 4. – С. 44–48.
13. *Литвиненко В.* Фальшывая колбаса //КТ. – 2001, 17 декабря.
14. *Овдиенко Н.* Кто использует имущество профсоюзов? /Н. Овдиенко // Голос Украины. – 2006, 14 января.
15. *Сучасний* стан «тіньової економіки України» //Дані служби інформаційно- аналітичного забезпечення органів державної влади НБУ. ВВ. – К.: 2003.
16. *Пасхавер О.* Українські реформи, або приватизацію ніхто не любить// Дзеркало тижня. – 2003, 6 вересня.
17. *Гега П. Т.* Порівняльний аналіз інституту банкрутства /П. Т. Гега. //Боротьба з організованою злочинністю: Теорія і практика: Наук.-практ. журнал. – К., 2004. – № 9.– С. 28–38.

In the article of isleduyutsya reason of kriminalizacii of predprinimatel's'koy activity in the country of the state of criminality in this sphere and mechanisms of counteractions.

В статье исследуются причины криминализации предпринимательской деятельности в стране, состояние преступности в этой сфере и механизмы противодействий.

ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ АНТИЧНИХ ПЕРШОДЖЕРЕЛ ТА ІСТОРІОГРАФІЇ РИМСЬКО-ПРАВОВОЇ КОНЦЕПЦІЇ ДОБРОСОВІСНОСТІ (BONA FIDES)

Шаркова І. М.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті аналізуються особливості історіографії та джерелознавства римсько-правової концепції добросовісності (bona fides). На основі контент-аналізу текстів античних першоджерел було здійснено їх оптимізацію. Періодизація античної історіографії та її систематизація надала можливість виявити тих авторів, які безпосередньо досліджували історію bona fides в римському праві.

Ключові слова: римське приватне право, добросовісність, першоджерела, антична історіографія, Дигести Юстиніана, контент-аналіз.

Пам'ятники римського права, як відомо, є чисельними і різноманітними. Водночас питома вага доступних для широкого кола вітчизняних дослідників джерел (тобто тих, які отримали переклад російською та українською мовами) є невиправдано малою у порівнянні з тими, які залишилися не перекладеними з латини і давньогрецької або перекладені сучасними європейськими мовами (переважно італійською, німецькою, англійсь-

кою тощо). Найбільш авторитетним і повним сучасним зводом матеріалів римської історії є велика за обсягом «Кембриджська стародавня історія» (*The Cambridge Ancient History*), яка поступово поповнюється новими томами. З'ясування всього комплексу оригінальних текстів як джерел цивілістичного вивчення проблеми добросовісності (*bona fides*) і становить **головну мету дослідження**, результати якого викладено в цій статті.

З огляду на те, що *bona fides* належить до чисельних і взаємопов'язаних специфічних римських морально-правових категорій та принципів, не можна ігнорувати ті першоджерела, які виникли до формування концепції добросовісності, але вказують на інші подібні поняття (перш за все, на ще не поєднані в одному словосполученні архаїчні терміни *fides* та *bona*).

Серед таких пам'яток права найбільше сумнівів щодо достовірності викликають так звані *Царські закони* (*Leges regiae*), що приписуються римським царям і стосуються, головним чином, сакрального права. Недостатня вірогідність цих джерел, зазвичай, аргументується тим, що вони у повному обсязі не збереглися до нашого часу, окремі фрагменти цих законів у вигляді текстів сакральних клятв та договорів прямо цитуються лише одним римським юристом – Тітом Лівієм (Titus Livius), а головне те, що ці відомості належать до імператорської епохи [1, с. 24]. На користь достовірності існування царських законів свідчить Цицерон, який прямо вказує на своє знайомство з текстом законів Нуми Помпілія (Numa Pompilius), написаних важкою для розуміння ним та його сучасниками архаїчною мовою [2].

Отже Царські закони – це, хоча й фрагментарне і недостатньо надійне, однак єдине першоджерело релігійно-правової концепції віри або вірності (*fides*) як передвісниці ідеї добросовісності *(bona fides).* Аналізуючи архаїчний період римського права, російський вчений-романіст Л. Л. Кофанов у своїх працях тлумачить одну з провідних тогочасних категорій – *fide same* як віру, вірність, а найчастіше – суто технічно – як клятву [3].

Багато положень царських законів увійшли до децемвірального зводу, більш відомого як *Закони XII таблиць* (*Lex duodecim tabularum* або *leges decemvirales*), який датується 451–450 рр. до н. е. і загальновизнаний як найдавніше джерело римського права. Посилаючись на авторитетні джерела, І. Л. Маяк дійшла висновку, що Закони XII таблиць визнані історичною наукою як істинні свідоцтва V ст. до н. е. і перший запис звичаєвого права в Римі [4, с. 38]. Також В. М. Хвостов вважає, що Закони відновлюють «національне право» римлян. Свого часу Б. В. Нікольський, підкреслюючи плебейське походження цього зводу та його етнічну самобутність, звернув увагу на відсутність етимологічних запозичень у цих першоджерелах, які віддзеркалюють саме римські суспільні інститути та побут [5, с. 28].

Цей унікальний пам'ятник порівняно з розвинутим правом був опублікований у вигляді 12 дерев'яних таблиць, які загинули у пожежі під час галльської навали 390 р. до н. е. (за іншими даними 387р. до н. е.). Тому повна реконструкція документа неможлива, і користуватися доводиться окремими більш пізніми цитатами, які написані архаїчною латиною [6, с. 187].

За античних часів дуже популярним було видання Секста Елія Пета Ката (Sextus Aelius Paetus Catus), яке містило Закони XII таблиць, коментарі понтифіків до них і типові позови. Ця книга отримала назву *Commentaria tripartita* і використовувалася багатьма поколіннями юристів для вивчення римського цивільного права.

Однак необхідно зауважити, що в реконструйованому тексті Законів XII таблиць поняття *bona fides* жодного разу не згадується. Як і в інших джерелах архаїчного права, в цьому зводі законів згадується *fides*, але тільки єдиний раз і у сьомому фрагменті так званих «неідентифікованих фрагментів» (*Fragmenta incertae sedis*), що не віднесені до жодної із Таблиць [7].

Водночас у цьому найавторитетнішому джерелі римського права вперше досить поширеними є поняття, близькі до терміна *mala fides* (недобра совість, зловживання правом), або поняття, похідні від нього, а саме: *malum* (фрагменти 1a, 25, Таблиця VIII), *malificiis* (фрагмент 2b, Таблиця XII), *dolo malo* та *malo* («неідентифікований» фрагмент 4).

Парадоксально, але з факту відсутності свідчень про принцип *bona fides* у найбільш архаїчних першоджерелах римського права логічно виводиться важлива інформація. Можна зробити припущення, що римсько-правове поняття добросовісності (*bona fides*), яке міститься у більш пізніх джерелах, історично походить від *mala fides* і виникає як певна реакція на факти зловживання правом, що вже в Царські часи не тільки набувають масового характеру, а й отримують стале категоріальне закріплення.

Варто нагадати, що європейським юристам Нового часу пам'ятки римського права були репрезентовані переважно навіть не у візантійсько-юстініанівському вигляді, а у «другій похідній» під ім'ям «Corpus Juris Civilis» – «Звід Цивільного Права» (скорочено – CJC), який був виданий в 1583 р. французьким істориком і правознавцем Діонісієм Готофредом (Дені Годефруа). Звід Юстиніана – основне джерело пізнання римського права, що узагальнив тисячолітній досвід його розвитку. Пізніше він неодноразово перевидавався. Нині переважною більшістю романістів кращим визнається видання Моммзена й Крюгера (*Codex*) [1, с. 24].

Природно, що величезний обсяг інформації, яка міститься у Зводі Цивільного Права, продиктував необхідність її пошукової систематизації. Для цього спеціальному аналізу було піддано дві основні складові Кодифікації Юстиніана – Кодекс Юстиніана (*Codex Iustiniani*) та Дигести (*Digest Justiniani*) або Пандекти (*Pandect Justiniani*) Юстиніана, що були створені у період з 528 по 534 р. н. е.

Особливо варто зазначити, що дві інші складові Зводу Юстиніана не підлягали такому аналізу з декількох міркувань. Інституції Юстиніана (*Iustiniani Institutiones*) як навчальний посібник для юристів-початківців був побудований на тих самих джерелах, що й Дигести (Пандекти) і фактично був скороченим до них додатком, що використовувався не тільки під час вивчення римського приватного права, а й застосовувався у простих та типових ситуаціях. Четверта складова *Corpus Juris Civilis* – Новели Юстініана (*Iustiniani Novellae*) також не мали самостійного значення і були додатком до Кодексу Юстиніана. До речі, збірники новел стали включатися до *Corpus juris civilis* значно пізніше – у Середньовіччі [8, с. 164]. Однак головна причина вилучення цих складових юстініанівської кодифікації з предметної галузі цього спеціального дослідження продиктована такою істотною

обставиною як практична відсутність в цих джерелах статистичної репрезентативності головного для нас поняття *bona fides*, що позбавило сенсу аналіз інших понять, суміжних «добросовісності». З тих самих причин не підлягає аналізу і таке першоджерело римського приватного права як Інституції Гая (*Gai Institutiones*), на основі яких складені Інституції Юстиніана.

Контент-аналіз (визначення у кількісних показниках окремих елементів текстової інформації) здійснюється з метою виявлення на основі інтерпретації отриманих статистичних даних особливостей та характеристик досліджуваних явищ. Дослідженню підлягали частотні характеристики (частота згадувань) поняття добросовісності (*bona fides*) та суміжних понять: віри або вірності (*fides*), добропорядності (*bona mores*), звичаїв (*mores*), зловмисності або зловживання правом (*mala fides*).

Контент-аналіз тексту Кодексу Юстиніана показав, що в цьому першоджерелі найчастіше згадується поняття *fides* (36 згадувань, що складає 69,2 % загальної кількості згадувань усіх досліджуваних понять). Значно менше згадується *bona mores* (7 разів або 13,5 % всіх згадувань), а *bona fides* взагалі – тільки 6 разів (11,6 % загальної кількості згадувань). Інші поняття виявилися статистично недостовірними: *mores* – відносно нерепрезентативними (лише 3 згадування або 5,8 %), а *mala fides* – нерепрезентативними абсолютно (жодного згадування).

Недостатня представленість у Кодексі Юстиніана поняття добросовісності (*bona fides*) продиктована переважно публічно-правовим характером цього джерела. Показово, що це поняття використовується тільки в нормативних актах імператорів Діоклетіана (Diocletianus) та Максиміана (Maximianus), що пояснюється спробами цих правителів подолати масові зловживання правом в економіці тогочасного Риму публічно-правовими засобами. Так, в Едикті Діоклетіана *(Edictum Diocletiani)* 321 р. встановлювалася гранична межа допустимих цін на товари та послуги, що попри суворі санкції не дало бажаного результату [6, с. 117]. З іншого боку, достатня репрезентативність «віри» або «вірності» (*fides)* свідчить на користь того, що це поняття мало переважно публічно-правову природу.

Водночас контент-аналіз тексту Дигест (Пандект) Юстиніана наочно продемонстрував, що поняття *bona fides* достатньо часто згадується у цій стародавній пам'ятці римського права.

Так, у п'ятдесяти книгах цього першоджерела, які вміщують 9123 [7, с. 5] фрагментів праць класичних римських юристів, було виявлено 706 (7,8 %) фрагментів, де зазначено 807 згадувань понять, безпосередньо пов'язаних з предметом дослідження.

Найбільшу частоту згадувань має поняття *bona fides* (487 згадувань, що становить 60% від загальної кількості згадувань всіх досліджуваних понять), друге місце займає поняття *fides* (227 згадувань або 28 %), третє – *mores* (38 або 5 %), частотні характеристики якого близькі до аналогічних характеристик решти досліджених понять: *bona mores* (30 або 3 %) та *mala fides* (28 або 4 %).

Даними поняттями оперують 24 із 38 авторів (63, 2 %), праці яких кодифіковані в Дигестах. Статистично достовірною є кількість згадувань *bona fides* та суміжних понять (30 і більше) у таких авторів, як Ульпіан (Ulpianus) (317 згадувань), Павел (Paulus) (163), Папініан (Papinianus) (73), Юліан (Iulianus) (34), Сцевола (Scaevola) (32) та Гай (Gaius) (30). До речі, це в цілому корелює із часткою згаданих авторів у загальній кількості фрагментів Дигест. Встановлено, що із 9123 фрагментів Ульпіану належать 2462 фрагменти, Павлу – 2083, Папініану – 595, Помпонію – 585, Гаю – 535, Юліану – 457, Модестіну – 345 [8, с. 42]. Єдиний з авторів, у кого частка фрагментів, у яких згадуються досліджувані поняття, значно більша від загальної частки фрагментів, що йому приписуються, це Папініан. У нього в 69 з 595 фрагментів (11,6 %) згадуються ці поняття. Однак цей показник принципово не відрізняється від аналогічного показника, що належить «абсолютному лідеру» Дигест Ульпіану – у нього таких фрагментів 278 із 2462 (11,3 %).

Отже, проведений контент-аналіз надає змогу зробити висновок, що серед усіх авторів Дигест найбільш орієнтованими на дослідження принципу добросовісності були найбільш авторитетний юрист свого часу Емілій Папініан і два його більш плідних помічника (асессори) [9, с. 205], а в подальшому опоненти – Ульпіан і Павел. Необхідно зауважити, що ці висновки, отримані на основі статистичних даних, є достатньо валідними щодо подібної інформації, отриманої іншими методами. Зокрема, вони корегують з більш пізніми спостереженнями з цього питання цивілістів-романістів [9, с. 228].

Все це дало змогу дійти узагальнюючого висновку про те, що основним першоджерелом слід визнати саме Дигести (Пандекти) Юстиніана і, передусім, ті фрагменти, в яких згадуються зазначені поняття. Така оптимізація першоджерел римського права вбачається важливою з огляду на їх величезний обсяг та різноманітність.

Дослідження античної історіографії *bona fides* стикається з тим, що класичний підхід до розмежування джерел та історіографії, усталений в загальній історії держави і права, в цивілістичній науці римського приватного права потребує істотного уточнення. У фундаментальній історико-правовій науці аксіоматичним є віднесення до першоджерел, передусім, документів, що містять чинні у досліджуваний період нормативні акти, а до історіографії – літературні (доктринальні) джерела, в яких ці акти інтерпретуються. Для науки римського приватного права, яка є прикладною історико-цивілістичною наукою, окремі складові правової доктрини можуть бути кваліфіковані саме як першоджерела. Як ми встановили, основним першоджерелом *bona fides* слід вважати Дигести (Пандекти) Юстиніана, які, по суті, є збірником витягів із праць античних академічних правників.

Така «нестандартність» науки римського приватного права обумовлена тим, що за доктринальною діяльністю юристів-юриспрудентів *(urisprudens)* у Стародавньому Римі взагалі визнавалася значно більша значущість у порівнянні із правовою доктриною у сучасному цивільному праві. Слід зауважити, що поза особливою здійсненою давньоримськими юристами процедурою (*interpretacio)* жодна звичаєва норма римськими судами не застосовувалася.

Однак з цивілістичної точки зору першоджерелами слід вважати не всі твори (і далеко не всіх давньоримських юристів), а лише ті, що, свого часу, певним чином набули нормативності. Процес надання загальнообов'язкової сили окремим доктринальним джерелам шляхом їх санкціонування верховною державною владою тривав недовго – бли-

зько ста років (5–6 ст. н. е.). Він розпочався із виходом у 426 р. Закону «Про цитування юристів» і завершився укладенням вже неодноразово згадуваних Дигест (Пандект) Юстиніана, які були опубліковані в 533 році.

Таким чином, підсумовуємо, що до римсько-правових першоджерел *bona fides* належать ті праці юристів, що свого часу мали юридичну силу, а до античної історіографії – всі інші доктринально-правові твори, а також праці давньоримських істориків, ораторів, письменників.

Однак реальна історія *bona fides* порушує ще одну методологічну аксіому фундаментальної історичної науки – формування античної історіографії добросовісності передує у часі виникненню першоджерел *bona fides*.

Якщо дотримуватися гіпотези відомих радянських цивілістів-романістів І. Б. Новицького та І. С. Перетерського, то у давньоримській судовій практиці апелювання до *bona fides* спостерігається у республіканський період історії Риму, а саме, датується вперше 90 роком до н. е. [10, с. 317–318]. Приблизно у той самий час з'являються і чисельні твори давньоримського політичного діяча, видатного оратора, філософа та літератора Марка Туллія Цицерона (Marcus Tullius Cicero; роки життя: 106 до н. е. – 43 до н. е.), якого можна вважати першим відомим історіографом добросовісності. Принагідно підкреслимо, що історіографія принципу *bona fides* виникає більш ніж за шість століть до появи його першоджерел у 533 році.

Показово, що Цицерон зібрав цілу «колекцію» судових казусів, в яких фігурують різні способи зловживання правом (*mala fides*) та апеляції до *bona fides* при винесенні рішень по цих справах. Важливо, що частина цих фрагментів збереглася до наших днів. Однак працям Цицерона явно бракує аналізу правової природи принципу добросовісності. Сучасною науковою мовою це можна назвати «збором емпіричних фактів» застосування принципу *bona fides*.

Логічно припустити, що теоретична концепція *bona fides* починає формуватися у період найвищого піднесення римської юриспруденції, який спостерігається у період розквіту принципату. Він починається з правлінням першого римського імператора Октавіана Августа (Octavianus Augustus), роки життя: 63 до н. е. – 14 н. е.) і завершується правлінням 14-го римського імператора Публія Елія Траяна Адріана (Publius Aelius Traianus Hadrianus , роки життя: 76–38 н .е.) і триває також століття (30 р. до н .е. – 130 р. н .е.), але завершується за 300 років до початку вже окресленого нами процесу державного санкціонування окремих доктринальних положень «обраних» юристів.

Римська юриспруденція 1–2 століть н. е. вважається «класичною» тому, що вона встановила взірець і правило (*metron* і *kanon*) для нових генерацій юристів. У цей період були сформовані дві юридичні школи сабініанців (Капітон, Массурій Сабін, Кассій, Целій Сабін, Яволен Приск, Абурній Валенс, Тусціан і Сальвій Юліан, Африкан.) та прокуліанців (Лабеон, Нерва – батько і син, Прокул, Пегаз, Цельс – батько, Ювенцій, Цельс – син, Нерацій).

Одним з найповажніших юристів того часу, який звертав увагу на принцип добросовісності, вважається глава прокуліанської школи права Марк Антістій Лабеон (Marcus Antistius Labe; роки життя: 45 *до* н. е. – 10/21 н. е.). Невипадково, що саме цей класик юриспруденції, який, за словами антагоніста та консервативно налаштованого глави сабініанців Гая Атея Капітона (Gaius Ateius Capito; помер 22 р. н. е.), був «надмірним і навіженим прихильником республіканського права і свободи» і заклав теоретичні засади принципу *bona fides* з його революційною настановою *contra legem* у процесі правозастосування.

Лабеон був одним з найпліднішних письменників і залишив після себе понад 400 томів (сувоїв). Найцікавішими щодо з'ясування концепції добросовісності вбачаються його «Коментарі до преторського едикту». На жаль, жодна праця цього автора не збереглася у повному обсязі, лише окремі уривки наводяться у фрагментах авторів Дигест (Пандект) Юстиніана, що ще збільшує вагомість визначеного ними основного першоджерела.

У заключному періоді в історії принципату, що розпочався після Адріана, відбувається занепад давньоримської юриспруденції (130–230 рр. н. е.). Криза правової думки цього періоду виходить з масового залучення тогочасних юристів до різних інституцій виконавчої влади, що втягувало їх до політичної боротьби та провокувало перетворення наукових дискусій на кар'єрні інтриги. Показово, що правознавство цього часу в романістиці отримало назву «бюрократичної юриспруденції». Це підтверджує непрості відносини й між основними у цей період дослідниками *bona fides*, праці яких достатньо репрезентовані в Дигестах (Пандектах) Юстиніана. До них, передусім, належать вже згадувані нами давньоримські юристи: Емілій Папініан (Aemilius Papinianus; роки життя: 142–212 н. е.), Доміцій Ульпіан (Domitius Ulpianus; роки життя: 170–228 н. е.) та Юлій Павел (Julius Paulus; роки розквіту діяльності: 205–220 н. е.) [9, с. 228].

Праці цих авторів, які в тексті Дигест кваліфікуються як першоджерела, можуть розглядатися і як історіографія, з огляду на те, що вони чекали близько двохсот років на свою офіційну легалізацію у Законі «Про цитування юристів» 426 р.

З початком правління Гая Аврелія Валерія Діоклетіана (Gaius Aurelius Valerius Diocletianus; роки життя: 245–313 н. е.) наступає «епоха анонімних юристів», яка триває довгих три століття римської історії і для якої був характерним у прямому розумінні «безликий характер правотворчості» [11, с. 101].

У посткласичну епоху, початок якої знаменує компіляція Юстиніана, відбувається догматизація класичного римського права, що унеможливлює появу нових правових ідей, в тому числі й стосовно концепції добросовісності та правових інститутів, що з неї випливали.

Непорушність та недоторканність юстиніанівської компіляції – цих «найкращих законів, як для сучасників, так і для нащадків» були офіційно закріплені самим Юстиніаном у Конституції *Tanta* 16 грудня 533 р: «Схиліться перед цими законами і дотримуйтесь їх, залишивши в спокої всі попередні. І нехай не наважиться хтось із вас порівнювати їх з попередніми або шукати відмінності між колишніми і новими, бо все, що тут встановлено, ми визнаємо в якості єдиного і цілого, що має бути дотримано. І ні в суді, ні в іншому спорі, де закони необхідні, ніхто не повинен посилатися або вказувати на інші книги, крім як на складені і оприлюднені нами Інституції, Дигести і Конституції. Порушник буде підлягати найсуворішій відповідальності за підробку разом з суддею, який допустить розгляд справи за старими законами» [12, с. 65].

Таким чином, за допомогою контент-аналізу першоджерел римського приватного права та систематизації античної історіографії встановлено:

1. Основним першоджерелом римсько-правової концепції добросовісності є Дигести (Пандекти) Юстиніана як основна складова Зводу Цивільного Права (*Corpus Juris Civilis*).

2. Серед творів античної історіографії окремі фрагменти праць давньоримських авторів, які зробили найвагоміший внесок у становлення римсько-правої концепції добросовісності необхідно виділити: Марка Туллія Ціцерона (Marcus Tullius Cicero), Марка Антістія Лабеона (Marcus Antistius Labe), Емілія Папініана (Aemilius Papinianus), Доміція Ульпіана (Domitius Ulpianus), Юлія Павла (Julius Paulus) тощо.

3. Водночас необхідно підкреслити, що головною особливістю давньоримських першоджерел пізнання є те, що основне їхнє ядро (Пандекти або Дигести Юстиніана) свого часу витримало тотальну переробку та систематизацію. Природна неузгодженість різних висловлювань давньоримських юристів була волюнтаристськи подолана шляхом «творчої» переробки цих першоджерел членами спеціальної комісії візантійських юристів за прямою вказівкою самого Юстиніана. Саме цю обставину необхідно враховувати у подальшій реконструкції римсько-правової концепції добросовісності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Ковалев С. И.* История Рима: курс лекций / Сергей Иванович Ковалев. – Л. : ЛГУ. – 1986. 742 с.
2. *Кофанов Л. Л.* Традиция о древнейших источниках по праву архаического Рима : легенда или реальность? / Леонид Львович Кофанов // Проблемы исторического познания : материалы междунар. конф., 19–21 мая 1996 г. (отв. ред. акад. Г. Н. Севостьянов). –М , 1999. – С. 209–215.
3. *Кофанов Л. Л.* Возникновение и развитие римского права в VIII–V вв. до н. э. : Дис. ... док. юрид. наук : 12.00.01 / Леонид Львович Кофанов. – М., 2001. – 370 с.
4. *Маяк И. Л.* Рим первых царей: генезис римского полиса / Ия Леонидовна Маяк. – М. : МГУ, 1983. –272 с.
5. *Никольский Б. В.* Система и текст XII таблиц. Исследование по истории римского права / Борис Владимирович Никольский – С.-Пб. : Тип. А. С. Суворина, 1897. –488 с. – репринтная копия.
6. *Бартошек, М.* Римское право: понятия, термины, определения / Милан Бартошек : спец. науч. ред., авт. предисл. и комментария З. М. Черниловский ; сверка лат. текста Н. А. Федорова ; пер. с чеш. Ю. В. Преснякова. –М. : Юрид. лит.,1989. – 448 с.
7. *Leges XII* tabularum // Fontes iuris Romani antiqui I ed. Georg Bruns et Otto Gradenwitz Tübingen 1909. [Electronic resource]. — Mode of access : http: //www.hs-augsburg.de/~harsch/ Chronologia/Lsante05/LegesXII/leg_ta00.html.
8. *История* государства и права зарубежных стран. Ч.1 : Учебник / Жидков О.А., Крашенинникова Н.А. –М. : Изд-во НОРМА-ИНФРА-М, 1998.–480 с.
9. *Азаревич Д.* История византийского права. Т. I, ч. 1 / Дмитрий Иванович Азаревич. – Ярославль : Тип. Г. В. Фалька, 1876–1877. –118 с.
10. *Підопригора О. А.* Римське право : підручник / Опанас Андронович Підопригора, Євген Олегович Харитонов ; М-во освіти і науки України. – Київ : Юрінком Інтер, 2003. –512 с.
11. *Покровский И. А.* История римского права / Иосиф Алексеевич Покровский ; Вступит, статья, переводы с лат., научн. ред. и коммент. Л. Д. Рудокваса. –Спб. : Издательско-торговый дом «Летний Сад», 1998. –560 с.
12. *Римское* частное право: учебник / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. –М. : Юристъ, 2001 –544с.
13. *Гарсиа Гарридо М. Х.* Римское частное право: казусы, иски, институты / Мануэль Хесус Гарсиа Гарридо ; пер. с испанского ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2005. –812 с.
14. *Дигесты Юстиниана* ; в 8 т. ; отв.ред. Л. Л. Кофанов. – Т. I. : –М. : Статут, 2005. –(МГУ им. М. В. Ломоносова. Юрид. факультет). – 2005. –584 с.

The paper analyzes the features of historiography and sources of the Roman legal concept of good faith (bona fides). Ancient origins has been carried out to optimize by content analysis of it`s texts. Periodization of ancient historiography and its systematization helped identify those authors who directly studied the history of bona fides in Roman law.

В статье анализируются особенности историографии и источниковедения римско-правовой концепции добросовестности (bona fides). На основе контент-анализа текстов античных первоисточников была осуществлена их оптимизация. Периодизация античной историографии и ее систематизация позволили выявить тех авторов, которые непосредственно исследовали историю bona fides в римском праве.

ШКОДА ЯК УМОВА ВИНИКНЕННЯ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ДОРЕВОЛЮЦІЙНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Гринько С. Д.,

кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник
Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства до стандартів ЄС
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Проводиться порівняльний аналіз шкоди як умови виникнення деліктних зобов'язань за литовсько-польським, українським, російським законодавством українських земель XVI–XIX ст. Зроблено висновок про вплив ідей і положень римського приватного права на формування категорії «шкода» в деліктних зобов'язаннях України через російське, німецьке, литовське, австрійське, польське, французьке право.

***Ключові слова**:* деліктні зобов'язання, шкода, відшкодування шкоди, реальна шкода, упущена вигода.

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 наявність шкоди. Ще римські юристи розглядали шкоду як сам делікт: «*Noxia autem est ipsum delictum*» [1, с. 387]. Відповідно, відсутність шкоди означала відсутність самого делікту, тому деліктне зобов'язання не виникало. Дану ідею було покладено в основу інституту деліктних зобов'язань візантійським, українським, литовсько-польським, австрійським і російським законодавством.

Тривалий час в юридичній літературі йшла дискусія щодо визнання шкоди підставою чи однією із обов'язкових умов виникнення деліктних зобов'язань. Це було зумовлено історією розвитку правової категорії «шкода» та рецепцією основних ідей римських юристів національними правовими системами. Зокрема, французькі юристи досить широко тлумачать поняття шкоди. Вони розрізняють як майнову, так і немайнову шкоду (*immaterielle*), зокрема моральну (*dommage morale*). Однак для деліктного права немає значення, шкоди завдано особі чи її майну. Тому поняття суто економічної шкоди французькій судовій практиці та доктрині повністю не відоме [2]. На відміну від деліктного права Франції, німецьке законодавство значну увагу приділяє шкоді як обов'язковій умові виникнення зобов'язання. Так, шкода може бути завдана життю, здоров'ю, свободі, власності чи іншим правам іншої особи (абз. 1 § 823 Цивільного уложення Німеччини) [3]. Тобто німецький законодавець розрізняє немайнову і майнову шкоду. Для того щоб з'ясувати конструкцію вітчизняного інституту деліктних зобов'язань, необхідно визначити основні передумови його розвитку.

Шкода та відшкодування шкоди в деліктних зобов'язаннях були предметом спеціального дослідження у працях 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 та інших науковців. В Україні здійснювали розвідки окремих аспектів шкоди в цивільному праві Я. М. Шевченко, Д. В. Боброва, І. С. Канзафарова, Т. В. Ківалова, С. Приступа та інші. Однак генезис правових ідей щодо значення шкоди в деліктних зобов'язаннях практично не досліджувався. Слід врахувати, що принципово інакше давалася оцінка шкоди в цивільному праві в різні кодифікаційні періоди. Цим пояснюється актуальність дослідження значення шкоди в деліктних зобов'язаннях.

У зазначеній статті зроблено спробу дослідити шкоду як обов'язкову умову виникнення деліктних зобов'язаннях за дореволюційним законодавством України.

Наукова новизна дослідження полягає в тому, що вперше в Україні здійснено спробу комплексного аналізу шкоди як обов'язкової умови виникнення деліктних зобов'язань за візантійським, литовсько-польським, українським, російським цивільним законодавством українських земель XVI–XIX ст., а також доведено вплив ідей і положень римського приватного права на формування інституту деліктних зобов'язань України.

Вказівка на наявність шкоди як умови виникнення деліктних зобов'язань містилася у змісті окремих статей Статуту Великого князівства Литовського 1588 р. (ЛС 1688 р.), Зібрання Малоросійських прав 1807 р. (ЗМП 1807 р.), Загального цивільного уложення Австрійської імперії 1811 р. (ЗЦУ Австрійської імперії 1811 р.), Зводу законів цивільних Російської імперії 1842 р. (ЗЗЦ 1842 р.), проекту Цивільного уложення Російської імперії 1905 р. (проект ЦУ 1905 р.) та інших найдавніших кодифікацій українських земель. Законодавець розкривав зміст шкоди для окремих деліктів, але не визначав саме поняття шкоди та не називав його визначальних правових категорій. Відсутнє визначення шкоди і в правовій доктрині тих часів, що пояснюється, з одного боку, її недосконалістю (майже відсутністю), а з іншого – конструкцією інституту деліктних зобов'язань за системою спеціальних деліктів.

Притримуючись надбань римських юристів, за першими кодексами українських земель шкода могла полягати у пошкодженні, знищенні, псуванні чужого майна, а також у неодержаних доходах (*римська упущена вигода – С. Г.*). Наприклад, якщо пошкодили чи спалили млин, греблю розкопали і воду спустили, внаслідок чого млин не приносить господарю доходів (XII. § 1 ЗМП 1807 р.) [4, с. 926]. Крім того, про відшкодування шкоди йшлося при незаконному заволодінні чужим майном (XII. § 67 ЗМП 1807 р.) [4, с. 932]. Тобто завдання шкоди завжди спричиняло зменшення майнової сфери потерпілого. Римські юристи визначали поняття «шкода» як *«damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt»* (Д. 39. 2. 3) [5, с. 379]. Тобто шкода – це відібрання і ніби зменшення майна особи.

Австрійське законодавство, наслідуючи ідеї римських юристів, відносило до способів відшкодування шкоди, завданої тілесному ушкодженню: витрати на лікування потерпілого, втрачений заробіток або заробіток, якого потерпілого було позбавлено в майбутньому внаслідок втрати працездатності, а також за завдану біль передбачалося грошове відшкодування у розмірі, залежно від обставин (ст. 1323 ЗЦУ Австрійської імперії 1811 р.) [6, с. 373]. Поряд із основним відшкодуванням, пов'язаним із ушкодженням тілесного стану людини, законодавець передбачав додаткове, пов'язане із психічними стражданнями людини, відшкодування моральної шкоди.

Римську традицію підтримав російський законодавець, який передбачив норму, відповідно до якої особа, яка завдала ушкодження здоров'ю будь-кому, зобов'язана відшкодувати витрати на його лікування та сторонній догляд під час хвороби (ст. 660 ЗЗЦ 1842 р.) [6, с. 96]. Способами відшкодування шкоди було визначено відшкодування витрат на лікування та сторонній догляд.

Для особи, яка одержувала власною працею засоби до існування, як зазначав Г. Ф. Шершенєвич, шкода могла виражатися у фізичній неможливості подальшої трудової діяльності, а збитки, відповідно, виражалися у позбавленні чи зменшенні заробітку. Тому, якщо при зіткненні екіпажу перевізника з автомобілем Ротшильда першому відірвано руку, то він має право вимагати відшкодування витрат на лікування (ст. 660 ЗЗЦ 1842 р.), а також забезпечення існування його і його сім'ї щорічними виплатами (ст. 661 ЗЗЦ 1842 р.) [6, с. 96]. А якщо потерпілим з вини перевізника опинився Ротшильд, то він мав право стягнути з перевізника відшкодування витрат на лікування, але не забезпечення існування, так як втрата ним руки не пов'язана із такою майновою шкодою [7, с. 509].

Законодавець розрізняв тимчасову та постійну втрату працездатності, ступінь якої впливав на розмір відшкодування. Якщо потерпілий втратив працездатність тимчасово, то завдавач шкоди відшкодовував витрати на його утримання до моменту поновлення здоров'я. Якщо ж потерпілий утримував власною працею сім'ю, то відшкодування включало також витрати на її утримання (ст. 660 ЗЗЦ 1842 р.) [6, с. 96].

Подібного змісту норма була передбачена в проекті ЦУ 1905 р., де зазначалося, що особа, винна у завданні будь-кому тілесного ушкодження зобов'язана відшко-

дувати витрати на лікування і на догляд за хворим, а у разі необхідності видати наперед необхідну суму (ч. 2 ст. 2617 проект ЦУ 1905 р.) [6, с. 619].

Правознавці детально визначали способи відшкодування шкоди для окремих деліктів. Наприклад, завдавач шкоди (*за вказаний делікт – С. Г.)* зобов'язаний був сплатити штраф за насилля у розмірі 20 карбованців, відшкодувати збитки, завдані зупинкою млина, а також відремонтувати за власний кошт пошкоджений млин (XII. § 1 ЗМП 1807 р.) [4, с. с. 926]. Тобто у названих способах відшкодування відображалася римська традиція, з одного боку, щодо надання деліктній відповідальності штрафного характеру, а з іншого, – у дотриманні при відшкодуванні шкоди принципу повного відшкодування шкоди, який полягав у відшкодуванні збитків і відшкодуванні шкоди в натурі. При цьому до складу збитків, що підлягали відшкодуванню потерпілому, включали реальні (фактичні) збитки (римські *damnum emergens*) і упущену вигоду (римські *lucrum cessans*). Такий традиційний підхід від часів римського права до складу збитків (деліквент зобов'язаний відшкодувати найвищу вартість речі та неодержані плоди від речі (Д.13.1.8.1-2) [8, с. 147] зберігся і в сучасній правовій доктрині континентальної правової системи та законодавстві.

Незважаючи на традиційний характер такого складу збитків, необхідно звернути увагу на третій його елемент – різновид збитків, дуже поширений у римлян – штрафні збитки, як зазначали І. Пухан і М. Полєнак-Акимовська, не для морального задоволення за завдану несправедливість, а як відкуп від права помсти (таліон) [9, с. 215]. Хто заволодіє незаконно чужим майном, той зобов'язаний повернути його законному володільцю і відшкодувати завдані таким заволодінням збитки у подвійному розмірі (§ 467 ЗМП 1807 р.) [4, с. 926]. У разі вчинення крадіжки дитиною віком не більше 16 років її батьки або родичі здійснюють відшкодування завданої шкоди в подвійному розмірі (IX. § 1 ЗМП 1807 р.) [4, с. 926]. Встановлення відшкодування штрафних збитків означало застосування у випадках, передбачених законом, принципу кратного відшкодування за завдану шкоду, тобто підвищеної деліктної відповідальності. Названий принцип за римським правом також зводився до сплати штрафу у дво-, три- або чотирикратному розмірі, залежно від реальної вартості речі.

Крім відшкодування збитків, на їх завдавача покладався обов'язок відшкодувати судові витрати (п. 2 § 475 ЗМП 1807 р.) [4, с. 926]. Вказані норми ЗМП 1807 р. відображали зміст ЛС 1588 р. (IV, 92, 100, § 2; VII, 22; XI, 51) [4, с. 225, 248, 284].

Таким чином, деліктна відповідальність виражалася у двох формах: приватному штрафі та відшкодуванні шкоди. При цьому відшкодування завданої шкоди здійснювалося в натурі та відшкодуванням збитків, які поділялися на реальні (фактичні), упущену вигоду і штрафні збитки. Розмір приватного штрафу був чітко фіксований законом, а розмір збитків визначався і доказувався потерпілою особою (остаточне рішення щодо нього приймав суд). При цьому розмір штрафу і оцінка розміру збитків залежали від виду злочину, тому могли бути як більшими, так і меншими (Витяг, § 119) [4, с. 926]. Відшкодування завданої шкоди здійснювалося за двома принципами: повного відшкодування шкоди і підвищеної відповідальності.

Вперше визначено поняття шкоди розробниками Австрійського цивільного уложення як збитки, завдані будь-якій особі, її майну, правам або особистості (ст. 1293 ЗЦУ Австрійської імперії 1811 р.) [6, с. 1133]. Таким чином, законодавець визначав поняття «шкода» через інше поняття «збитки», що надавало змогу робити висновок про їх ототожнення (для їх позначення римські юристи використовували термін «*damnum*»). Однак дані правові категорії є самостійними в будь-якому розумінні (речовому чи соціальному), хоча тісно пов'язані між собою. Лише в способах відшкодування в ЗЦУ Австрійської імперії розкрито відмінність між ними.

Питання про відшкодування шкоди виникало тоді, коли було можливим відновлення попереднього становища потерпілого. Натомість відшкодування збитків мало місце тоді, коли таке відновлення було неможливим, тому відшкодування здійснювалося у грошовій формі – сплаті вартості за зробленою оцінкою (*Schatzungswerth*) (ст. 1325 ЗЦУ Австрійської імперії 1811 р.) [4, с. 1135–1136].

Тобто при відшкодуванні збитків слід було дотримуватися таких правил:

1) збитки завжди виражалися у грошовій формі;

2) відшкодовувалися збитки за умови неможливості відновлення попереднього становища потерпілого;

3) потерпілий вже позбавлявся права вибору між способами відшкодування завданої шкоди: спочатку відшкодовувалася шкода, а якщо це було неможливо, – тоді лише збитки (*на відміну від позицій римських юристів, які завжди надавали потерпілому таке право вибору – С. Г.).*

Спостерігаємо римський підхід також у змісті австрійської кодифікації у тому, що до складу збитків включено, крім реальних (фактичних) збитків, також неодержані прибутки, які будь-хто міг одержати за звичайним порядком речей (ст. 1293 ЗЦУ Австрійської імперії 1811 р.) [4, с. 1133]. Це надавало можливість повністю відновити матеріальне положення потерпілої особи, чим забезпечувалася всебічна охорона її інтересів (*застосовувався римський принцип повного відшкодування шкоди – С. Г.).*

Поряд із принципом повного відшкодування за австрійським законодавством шкода відшкодовувалася й за принципом реального відшкодування. Якщо відшкодуванню підлягала лише завдана шкода, вона вважалася власним (реальним) відшкодуванням (*Schadloshaltung*), а якщо відшкодуванню підлягали неодержані прибутки і завдана образа (*Tilgung der Beleidigung*), то мало місце повне задоволення вимог (*volle Genugthuung*) (ст. 1325 ЗЦУ Австрійської імперії 1811 р.) [4, с. 1135–1136]. При цьому застосування принципів, коли в законі використано загальний вираз «відшкодування» (*Ersatz*), залежало від форми вини завдавача шкоди. Так, якщо шкоди було завдано зі злим умислом або за явної необережності (*auffallende Sorglosigkeit*), потерпілий мав право вимагати повного задоволення, а в інших випадках – лише власного *(реального – С. Г.)* відшкодування шкоди. Відповідно до цього визначалося, якого роду відшкодування повинно бути здійснено (ст. 1324 ЗЦУ Австрійської імперії 1811 р.) [4, с. 1135]. У такому підході законодавця вбачаються ідеї римських юристів, які застосування принципів повного відшкодування шкоди чи реального виконання зобов'язань ставили у залежність від наявності

вини завдавача шкоди, а не від її форми, на відміну від засад ЗЦУ Австрійської імперії.

Російський законодавець також виділяв два способи відшкодування: відшкодування шкоди і відшкодування збитків. Такий висновок випливає зі змісту ст. 644 ЗЗЦ 1842 р.: особа, винна у скоєнні злочину або проступку, зобов'язана відшкодувати завдані таким діянням шкоду та збитки [6, с. 95]. Таким чином, вказуючи на способи відшкодування, законодавець тим самим розмежовує поняття «шкода» і «збитки».

Не розкриваючи змісту відшкодування шкоди, законодавець традиційно включає до складу збитків реальні збитки і неодержані доходи. При цьому застосування способів відшкодування збитків ставить у залежність від форми вини завдавача шкоди: якщо особа скоїла злочин або проступок умисно, то вона була зобов'язана відшкодувати не лише завдані таким діянням реальні збитки, а й більш віддалені (ст. 645 ЗЗЦ 1842 р.) [6, с. 95]. Тобто умисел завдавача породжував для нього обов'язок відшкодування шкоди в повному обсязі (дотримання принципу повного відшкодування шкоди), а необережність у його поведінці – лише відшкодування реальних (фактичних) збитків (принцип повного відшкодування шкоди обмежувався принципом реального виконання зобов'язання).

Необхідністю відновити права потерпілої сторони зумовлено підхід законодавця до закріплення у ЗЗЦ 1842 р. обов'язку особи відшкодувати шкоду і збитки навіть тоді, коли таке діяння або упущення не становило ані злочину, ані проступку (ст. 574, 644, 684) [6, с. 86, 95, 100]. Тобто як при протиправному (деліктному), так і правомірному завданні шкоди виникали зобов'язання щодо її відшкодування.

На відміну від ЗЗЦ 1842 р., наслідуючи римську правову традицію, розробники проекту ЦУ 1905 р. зобов'язали здійснити відшкодування у повному обсязі не лише тих осіб, які вчинили недозволене діяння (дію чи упущення) умисно, а й з необережності (ч. 1 ст. 2601 проект ЦУ 1905 р.) [6, с. 673]. При цьому конкретний розмір відшкодування визначався на розсуд суду залежно від обставин завдання шкоди (ч. 1 ст. 2613 проект ЦУ 1905 р.) [6, с. 674]. Таким чином, для застосування принципу повного відшкодування шкоди мав значення факт наявності вини завдавача шкоди, а не її форми. В такому підході також вбачається рецепція ідей римських юристів. Як зазначав Г. О. Дормідонтов, застосування принципів залежало від причин невиконання зобов'язання боржником: якщо боржник винний у тому, що не виконав первісне зобов'язання, то він зобов'язаний відшкодувати шкоду в повному обсязі; якщо боржник невинний в тому, то він зобов'язаний надати лише реальну вартість речі (інакше потерпілий одержав вигоду за рахунок завдавача) [10, с. 34].

Рецепція римського права також вбачається у можливості зменшення розміру шкоди, що є відступом від принципу повного відшкодування. Російський законодавець до підстав зменшення розміру відшкодування відносив:

1) матеріальне положення завдавача шкоди;

2) вину потерпілої особи.

Якщо розмір шкоди і збитків перевищував можливості винного їх відшкодувати, то суд надавав позивачу право домовитися із засудженим про розмір відшкодування чи поступити з ним як неплатоспроможним боржником (ст. 646 ЗЗЦ 1842 р.) [6, с. 95]. Тобто неповне задоволення за деліктним зобов'язанням допускалося лише за згодою потерпілого, якому надавалося право вибору способів захисту свого порушеного права.

При визначенні розміру відшкодування шкоди також враховували вину потерпілої особи. «*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*», так писав Помпоній про те, що той, хто зазнав будь-якої шкоди за власної вини, не вважався потерпілим шкоди (Д. 50. 17. 203) [11, с. 563]. Тобто за римським правом вина потерпілого (як умисел, так і груба необережність) належала до підстав звільнення завдавача шкоди від обов'язку її відшкодувати за відсутності вини її завдавача. Відповідно, за наявності вини завдавача шкоди та вини потерпілої особи мав місце лише відступ від принципу повного відшкодування шкоди, – розмір відшкодування зменшувався. Таке правило було відображено в проекті ЦУ 1905 р.: якщо потерпілий сам частково винний внаслідок необережності у завданні йому шкоди, то суд може зменшити розмір відшкодування (ч. 2 ст. 2613) [6, с. 674]. Тобто необережність розглядалася як підстава для відступу від принципу повного відшкодування шкоди.

До винятків із принципу повного відшкодування завданої шкоди Д. І. Мейєр відносив випадок зарахування, коли між учасниками зобов'язання існує інше зобов'язання, в якому ролі учасників розподіляються в зворотному порядку, та обидва за часом збігаються, тобто настав уже строк задоволення по кожному зобов'язанню. У такому випадку боржник, здійснюючи задоволення, вправі вирахувати із нього суму, яку йому винен кредитор [12, с. 476]. На нашу думку, погодитися із такою позицією науковця не можна, так як ще римські юристи віднесли зарахування *(compensation)* до підстав припинення зобов'язання, тому розглядати цю правову категорію не можна як підставу зміни правовідношення.

Відносно порядку відшкодування завданої шкоди, то воно здійснювалося, як правило, у вигляді одноразової виплати потерпілій особі (як і за римським приватним правом). Однак на вимогу потерпілого винні особи відшкодовували шкоду і збитки у вигляді щорічної допомоги чи допомоги, що сплачувалася у визначені строки (ст. 676 ЗЗЦ 1842 р.) [6, с. 98].

Називаючи види збитків, російський законодавець не розкривав їх зміст. Однак правильне розуміння змісту збитків забезпечить охорону інтересів усіх учасників правовідносин при вчиненні делікту. Надаючи потерпілому право на відновлення порушеного майнового становища за рахунок правопорушника, римські юристи не допускали зловживання ним. «*Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*», так писав Ульпіан про те, що ніхто не міг внаслідок делікту покращити своє особисте майнове становище [11, с. 549]. На поставлене питання вже давала відповідь цивільно-правова доктрина.

Г. Ф. Шершеневич розглядав збитки як шкоду, понесену майном, що полягає в зменшенні його цінності [7, с. 396]. До складу збитків він включав реальні збитки, пов'язані зі зменшенням реальної цінності майна, і втрачену вигоду, що полягала в зменшенні можливої у випадку виконання договору цінності майна [7, с. 396]. При такому підході поняття «шкода» і «збитки» ототожнюва-

лися. Однак збитки є самостійним поняттям по відношенню до поняття шкоди, тому помилковим було визначати збитки через категорію шкоди.

Д. І. Мейєр визначав збитки як зменшення чи знищення цінності майнового права [12, с. 216]. На думку вченого, збитки можуть включати два елементи: речові збитки, коли суб'єкт порушеного права стає біднішим, а також вигоду чи інтерес, яких суб'єкт порушеного права позбавляється, не потерпаючи при цьому речових збитків і не стаючи біднішим [12, с. 216]. Тобто йшлося про реальні збитки та упущену вигоду. Однак науковець відшкодування упущеної вигоди ставив у залежність від реальних збитків: упущена вигода відшкодовується тільки тоді, коли відсутні реальні збитки. При такому підході потерпіла особа не була захищеною повною мірою – не дотримувався принцип повного відшкодування шкоди (на засадах якого здійснювалося відшкодування шкоди ще за рабовласницьким римським правом).

Не визначаючи поняття збитків, К. П. Побєдоносцев правильно розкривав зміст їх видів: реальна шкода – це позитивні збитки, тобто будь-яке погіршення, зменшення цінностей і сил, будь-яке псування майна, а упущена вигода – втрачений дохід, який можна було вилучити або одержати з майна [13, с. 545].

Таким чином, незважаючи на незначні розбіжності у підходах до значення шкоди у різні кодифікаційні періоди, загальні засади їх деліктного права мають багато спільного (способи, принципи відшкодування шкоди). Це пояснюється спільним корінням їх правової доктрини – римським приватним правом. При цьому рецепція ідей римських юристів втілювалася не лише до законодавчих актів, а й до цивільно-правової доктрини (*з другої половини XIX ст. почався активний її розвиток на засадах римського приватного права*).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Дигесты Юстиниана* : в 8 т. / [Пер. с лат. А. И. Солопова, Д. А. Литвинова, Л. Л. Кофанова и др.] ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. – Т. II. – 2002. – 622 с.
2. *Гражданский кодекс* Франции (Кодекс Наполеона) / [Пер. с франц. В. Захватаев] / Отв. ред. А. Довгерт. – К.., 2006. – 1008 с.
3. *Гражданское уложение* Германской империи. – СПб. : Типография Правительствующего Сената, 1898. – 503 с.
4. *Кодифікація цивільного* законодавства на українських землях / [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. – Т. 1. – 1168 с.
5. *Дигесты Юстиниана* : в 8-и т. / [Пер. с лат. Ю. В. Пущаев, Д. А. Литвинов, Н. Ю. Чехонадская, А. Д. Рудоквас и др.]; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. – Т. VI. Полутом 1. – 2005. – 721 с.
6. *Кодифікація цивільного* законодавства на українських землях / [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. – Т. 2. – 1240 с.
7. *Шершеневи, Г. Ф.* Курс гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – Тула: Автограф, 2001. – 720 с.
8. *Дигесты Юстиниана* : в 8-и т. / [Пер. с лат. Ю. В. Пущаев, А. А. Новиков, И. Е. Ермолова, А. Д. Рудоквас и др.]; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. – Т. III. – 2003. – 780 с.
9. *Пухан И.* Римское право (базовый учебник) / И. Пухан, М. Поленак-Акимовская ; [Пер. с македонского В. А. Томсинова и Ю. В. Филиппова]; под ред. В. А. Томсинова. – М., 2000. – 434 с.
10. *Дормидонтов, Г. О.* Система римскаго права. Обязательственное право: конспектъ лекцій / Г. О. Дормидонтов. – Казанъ: Типографія Я. Н. Подземскаго. – 184 с.
11. *Дигесты Юстиниана* / [Ппер. с лат. А. В. Щеголев, А. Л. Смышляев, А. В. Марей и др.]; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. – Т. VII. Полутом 2. – 2005. – 564 с.
12. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. По исправленному и дополненному 8-му изданию, 1902. – Изд. 3-е, испр. – М.: Статут, 2003. – 831 с. («Классика российской цивилистики»).
13. *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права / К. П. Победоносцев; под ред. В. А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2003. – Т. 3. – 608 с. (Классика российской цивилистики).

The comparative analysis of loss as terms of origin of delict obligations is conducted under the Byzantium, Lithuanian-Polish, Ukrainian, Russian legislation of Ukrainian earth of XVI - XIX of centuries. Drawn conclusion about influence of ideas and positions of the Roman private law on forming of category "loss" at the delict obligations of Ukraine through the Byzantium, Russian, German, Lithuanian, Austrian, Polish right.

Проводится сравнительный анализ вреда как условия возникновения деликтных обязательств по литовско-польскому, украинскому, российскому законодательству украинских земель XVI-XIX веков. Делается вывод о влиянии идей и положений римского частного права на формирование категории «вреда» в деликтных обязательствах Украины через российское, немецкое, литовское, австрийское, польское, французское право.

РОЗРОБЛЕННЯ ПРОБЛЕМ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В ПРАЦЯХ УКРАЇНСЬКИХ ВЧЕНИХ-ЕМІГРАНТІВ МІЖВОЄННОГО ПЕРІОДУ XX СТ.

Шевченко О. М.,

кандидат історичних наук,
провідний науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті проаналізовано наукові концепції українських вчених-емігрантів міжвоєнного періоду XX ст. з проблем взаємодії і взаємовпливу правової держави і громадянського суспільства.

Ключові слова: правова держава, громадянське суспільство, демократія, місцеве самоврядування, громада, громадянські і політичні свободи, етичні засади суспільства.

Процес формування сфери громадського життя в Україні протягом століть був пов'язаний з поширенням ідей демократизації суспільства. В суспільній думці відстоювались громадянські свободи, віра в людину та її можливості, визнавалася взаємна відповідальність між державою та громадянами, що має зумовлюватися правом. Тобто фактично проголошувалися засадничі принципи взаємодії та взаємовпливу правової держави і гро-

мадянського суспільства, визначалися законні межі втручання державної влади у приватну сферу життєдіяльності особи. Відповідні питання плідно розроблялися та знайшли своє відображення у працях українських вчених-емігрантів міжвоєнного періоду ХХ ст., таких як: М. Грушевський, Р. Лащенко, С. Шелухін, С. Дністрянський, В. Старосольський, В. Липинський, О. Ейхельман, О. Бочковський та інших, які збагатили українську наукову скарбницю, працюючи в той час на території Австрії (Український соціологічний інститут у Відні), Чехословаччини (Український вільний університет у Празі, Українська господарська академія в Подєбрадах) і Німеччини (Український науковий інститут в Берліні).

Методологічною основою праць українських вчених-емігрантів народницького напряму (М. Грушевський, Р. Лащенко, С. Шелухін), що досліджували проблеми як реалізації індивідуальних прав особи, так і колективних прав етнонаціональних спільнот, стали ідеї народників XIX ст. та М. Драгоманова, російської філософії природного права, соціальна теорія солідарності Е. Дюркгейма, теорії взаємовпливу науки про державу і психологію народів В. Вундта, західноєвропейські федералістичні теорії правової держави. Приділяючи значну увагу дослідженням розвитку громад і громадського життя як основи суспільного поступу та національної консолідації українського народу, вчені-емігранти концентрували свій науковий інтерес на демократичних традиціях, притаманних українського народу, історико-правових підставах останнього мати власну республіканську державу, акцентуючи увагу на тому, що найважливішим критерієм історичної оцінки позитивної державної творчості української нації є саме демократизм та народний добробут. У своїх концепціях вчені-народники визначали людину як самоцільну вартість, розглядали право кожної окремої людини та право народу взагалі вищим від права держави.

Зокрема, у своїх працях Михайло Грушевський, досліджуючи суспільно-політичне життя українського народу в різні історичні періоди як окремої етнокультурної одиниці, розвиває ідеї, викладені ним у власній праці «Звичайна схема «руської» історії і справа раціонального укладу історії східного слов'янства» (1904), відстоюючи демократичні ідеї, обґрунтовуючи історико-правові підстави права українського народу на самостійність та власний державний устрій. Успішний національний розвиток українського народу вчений розглядав як складову частину загальної проблеми перетворення старої бюрократичної централізованої Росії у вільну правову державу. Саме Російська федеративна республіка, що буде створена на демократичних засадах, стане запорукою вільного розвитку українського народу у політичному та національному сенсі, забезпечить як права національних меншин, так і державного права українському народу шляхом федерації, або ж повної незалежності української держави. Важливим аспектом демократизації суспільного життя в Україні вчений вважає здійснення широкого місцевого самоуправління, підтримка ініціатив як окремої людини, так і загалом громадянства. Практичним втіленням ідеї місцевого самоврядування мали стати й дрібні земські одиниці (місцеві ради), в компетенції яких перебували економічні, просвітницькі та культурні справи, право делегувати своїх представників до місцевої адміністрації, представляти інтереси всіх національних меншин. Загальне керівництво в державі мав здійснювати український сейм, до якого ввійдуть представники всіх партій, течій та національних груп. Цей сейм стане основним законодавчим органом України в її етнічних межах щодо всіх справ, окрім тих, які перебуватимуть у компетенції загальнодержавного парламенту та міністерств федерації: питання війни, миру, міжнародні угоди, спільне командування військовими силами, єдину фінансову систему, митницю, нагляд за поштою, телеграфом та залізничним транспортом, збереження певних принципів охорони прав національних меншостей [1].

Пріоритетність інтересів народу, суспільства над інтересами держави М. Грушевський обґрунтовує також у своїх працях «Початки громадянства. Вступ до генетичної соціології» та «Українська партія соціалістів-революціонерів та її завдання».

Значне місце ідеї народоправства як історичної традиції українського народу посідають у наукових працях учня М. Володимирського-Буданова і В. Антоновича правознавця Ростислава Лащенка, що емігрував до Праги.

Досліджуючи переважно історію української державності та політико-правових форм державного устрою, що створювались українським народом, вчений оцінює кожне явище з точки зору державних інтересів України. У своїй праці «Лекції по історії українського права», що побачила світ у Празі в 1923 – 1924 роках, Р. Лащенко зазначає, що характерними ознаками української державності, що розвивається на українських землях, є народоправство, демократизм, свобода, відсутність замкнених станів, а сама «ідея права на Україні завше зливалася в поглядах народних з ідеєю рівності, братерства… український народ зберіг і заховав у непорушності і чистоті старовинно-слов'янську уяву про право як про правду» [2, с.15]. Серед основних засад київсько-руської державності вчений називає: 1) ідею народоправства, що реалізувалася у співвідношенні двох органів влади: віча і князя; 2) ідею децентралізації влади і автономії громад, місцевого самоуправління; 3) виборність влади (старці, сотські, десятські, земельний суд і т.д.), яка існує паралельно з князівськими органами влади; 4) договірний характер юридичних прав, норм і принципів між органами влади (віче і князь, договори князів між собою, договори князів з землями); 5) в дуумвіраті «держава – народ» народ посідає визначальне місце; 6) народ сам творить своє право, якому підлягають і князі; 7) відсутність замкнених станів та політична рівноправність, незважаючи на існування економічної нерівності між окремими верствами. Вчений вважає, що «лише при вільному виявленню всіх своїх творчих сил народ може високо піднести і своє культурне життя; а свобідне виявлення всіх творчих сил народу нашого може забезпечити лише така форма державного ладу, яка відповідає правним думкам, правним традиціям і взагалі правним ідеалам українського народу» [2, с.145 – 146].

З народницьких позицій обґрунтовував сутність громадського життя українського народу як окремої етнічно-культурної одиниці і учень В. Антоновича Сергій Шелухін. Демократизм і народоправство на українських землях загалом, на думку вченого, може реалізуватися тільки за умови встановлення повновладдя Всенародних зборів обранців

народу, забезпечення громадянських і політичних свобод кожного. Верховна влада в Україні повинна грунтуватися на таких принципах: 1) народного суверенітету, 2) верховенства народу у демократичній республіці. С. Шелухін зазначав, що «пануючі питання про людську особу, її стан в державі і в суспільстві, їхні взаємовідносини і ступінь їхньої свободи й взаємин повинні регулюватися законом про народності в державі, про права громадян, права народностей» [3, с. 405], що і становитиме важливу засаду ствердження правової держави на українських землях. Відстоюючи ідею необхідності самостійної суверенної української держави, вчений зазначає, що саме вона створить умови для задоволення потреб громадян, грунтуючись на власному праві. А саму правову державу визначає як громадський союз, вищу форму організації вільних людей на власній території, що керуються власним законодавством. «Основний елемент держави, – пише він, – народ. Без нього не може бути держави. Народ в державному смислі як основний елемент її – це не пануюча чи привілейована народність, або класи чи партія, а вся державно-правова одноцільність підданих – громадян» [4, с.148].

У працях представників консервативного напряму в еміграції (В. Липинський, В. Кучабський), які, розробляючи теорію державності України, критично ставились до ліберально-демократичних засад суспільного ладу, доводилась необхідність монархічного ладу для України, обґрунтовувався пріоритет саме інтересу держави над інтересом нації, яка розглядалася як територіальне об'єднання громадян (незалежно від їх національного походження, релігії, мови), яких об'єднала державна приналежність до України.

Зокрема, В. Липинський, розробляючи свою концепцію державних перетворень, грунтуючись на працях вчених польської консервативної історико-політичної школи (Й. Шуйського, В. Калинки, С. Тарнавського, В. Яворського), німецької політичної історії (Л. фон Ранке), ранніх теоріях соціального конфлікту (Л. Гумплович, Ф. Оппенгеймер, Г. Ратценгофер) тощо, дійшов висновку, що в новітню добу є три основні форми організації суспільного життя в Україні: 1) демократія з республікою; 2) охлократія з диктатурою; 3) класократія з правовою – «законом обмеженою і законом обмежуючою» – монархією. Аналізуючи їх у своїх працях «Листи до братів-хліборобів», «Релігія і церква в історії України», вчений вважає найбільш придатною для розв'язання проблем українського державного будівництва третю форму організації суспільного життя. Вказуючи на негативні сторони демократичної республіки, В. Липинський, зокрема, зазначає, що «влада народу мусить бути обмежена точно означеними правами монарха, персоніфікуючого собою цілу націю і цілу Державу, – так само як влада монарха мусить бути обмежена точно означеними політичними правами народу. Я не демократ тому, що люблю народ, але не живу з «народної любові», і не вірю в те, щоб правда і добро ісходили від розпалених агітаторами хвилевих пристрастей випадкової арифметичної більшості, а навпаки, вірю в досвід історії людства, який вчить, що всі громадські цінності були завжди сотворені уміючою панувати над своїми та чужими пристрастями, організованою та непохитною в своїх переконаннях меншістю» [5, с. 8]. Та й загалом гасла демократії і громадянського суспільства В. Липинський вважає не на часі, застерігаючи, що вони можуть мати фатальні наслідки для українського руху.

Вчений вважає, що соціальна диференціація суспільства має існувати об'єктивно. Ототожнення українства з самим тільки «громадянським народним суспільством» не сприяє становленню незалежної української держави, адже відсторонює від державного будівництва верхні соціальні шари громадянства, найбільш інтелектуально здатні до втілення державних перетворень на практиці. Саме тому, на думку В. Липинського, необхідне ствердження всередині українського громадянства традиційних консервативних соціальних верств, які фактично мають взяти на себе тягар української державної влади, без чого становлення міцної української держави неможливе. Важливою передумовою перетворення української недержавної нації в державну вчений вважає просвітницьку діяльність політичної еліти з пропагуванням відповідних ідей серед українського загалу.

У своїй праці «Релігія і церква в історії України» особливу увагу вчений приділяє також ролі особи, етичним засадам суспільства в становленні національної держави. Людина розглядається вченим, у першу чергу, як самостійна самоцільна вартість, відзначається важливий вплив етичних засад суспільства, що освячуються релігією в становленні незалежної української держави. Рівність прав різних конфесій в майбутній українській державі вчений розглядає як важливий чинник, який стабілізує суспільне життя в Україні. Для становлення зрілої державної нації «необхідний державний ідеалізм, опертий на релігії, церкві, вірі живій» [6, с.1].

Певний інтерес викликають погляди іншого представника консервативного напряму в еміграції В. Кучабського, на теоретичній концепції якого позначилися світоглядні позиції В. Липинського, Ф. Мейнеке, С. Томашівського, німецьких геополітиків Ф. Рацеля та Р. Челлена.

Визнаючи у своїх працях пріоритет держави над суспільством, вчений вважає, що лише глибокі внутрішні державотворчі процеси в народі можуть спричинити створення національної держави, яку очолюватиме провідна політична верства, озброєна державною суверенною ідеєю. Забезпечення реалізації прав людини в державі В. Кучабський пов'язував з визнанням суспільством релігії, моралі, адже «здійснення правотворчості і законності можливе лише на такому громадському ґрунті, який глибоко пересякнутий написаними заповітами моралі і честі» [4, с. 210]. Та й сама держава, на його думку, є продуктом духовності народу. Власне тому через призму морально-етичних засад, у напрямі європейської інтелектуальної і духовної традиції вчений аналізує забезпечення прав і свобод людини. Визначаючи європейськість як «грунт, з одного боку, індивідуалізму, з іншого – самосвідомої громадської дисципліни, яка виявилася в західноєвропейському почутті права, закону й обов'язку…І, власне, вся суть боротьби більшовиків проти «пересудів» і «буржуазної» – себто побудованої під західноєвропейськими впливами – культури в тому, щоб знищити все, що могло б розвивати в населення індивідуалізм і побудоване на ньому почуття права і закону, і щоб таким чином перетяти в того населення зв'язок між особистим, приватним життям і громадським, полі-

тичним. Щоб замість того розвинути в ньому покору для «колективного» інтересу, який рахується з одиницею лише постільки, поскільки це «доцільно, але не признає одиницю саму по собі ніякою цінністю» [7, с. 81–83]. Саме тому свобода розглядається як позитив у контексті відповідальності особи як суб'єкта суспільних відносин. Відновлення України відбудеться тільки тоді, коли завдяки змінам з'являться люди нового духовного і політичного типу.

Національно-державницький напрям української політології в еміграції представлений С. Дністрянським, В. Старосольським, О. Бочковським, О. Ейхельманом. Досліджуючи проблеми національно-визвольного руху українського народу, його демократичні традиції, вчені відстоювали ідеї домінування інтересу нації над державою, визнання права народу на самовизначення в межах власної етнічної території, в реалізації ідей демократії та республікансько-демократичної державності вбачали сенс майбутніх державних перетворень на українських землях, не відкидаючи при цьому можливості федеративних зв'язків з іншими народами.

Засновником національно-державницького напряму в українській політичній науці був політолог і юрист С. Дністрянський, який, перебуваючи в еміграції в Празі, очолював Український вільний університет та його факультет права і політичних наук. Значний вплив на формування наукового світогляду вченого справили концепції В. Вундта, Г. Єлінека, Г. Ерліха та Ф. Тонніса. Вже в одній з перших наукових праць вченого «Звичаєве право та соціальні зв'язки» (1902) були оприлюднені методологічні основи його теорії суспільних зв'язків. Вчений доводить первинність права щодо політики держави, що виникає з вже існуючих правних норм суспільного життя. Зокрема, С. Дністрянський вважає, що такі суспільні зв'язки як родина, рід, плем'я, народ і основні суспільні інституції – подружжя, договори, спадщина і т. д. не створені державою, а виникли із внутрішнього розвитку суспільства раніше останньої. Кожен з існуючих суспільних зв'язків, чи то органічні (родина, рід, плем'я, держава, народ), чи то організаційні (церква, класи, партії, товариства (вільні і примусові)) переслідує досягнення цілей, задля яких він утворився. Вони, до певної міри, є автономними (мають свою організацію, органи управління). Втручаючись у їх автономію, держава порушує в тому числі і закони соціальної етики і права, адже суспільні зв'язки, на думку вченого, являються самостійними носіями приватного права, мають свої права і обов'язки. Держава, будучи соціальним зв'язком найвищого типу, може сприяти чи протидіяти певним суспільним зв'язкам у їх діяльності. Межі втручання держави в справи останніх визначаються їх соціально-етичним змістом та цілями. Вчений вважає, що всі правові норми є також нормами соціально-етичними, проте тільки частина останніх визнана на державному рівні та створює правову основу діяльності держави як суспільного зв'язку. Крім того, держава сама грунтується на авторитеті певних суспільних зв'язків, які визнаються найвищим критерієм істини, адже створилися та діють на основі загальновизнаних моральних норм, генетично характерних цим зв'язкам протягом століть. Базовою ознакою права є справедливість, форма і зміст якої змінюються на кожному етапі історичного розвитку [8, 9].

Погляди С. Дністрянського щодо органічних суспільних зв'язків поділяв його учень В. Старосольський, значний вплив на формування наукового світогляду якого крім ідей свого вчителя справили політичні і соціальні теорії М. Грушевського, Г. Єлінека, Л. Гумпловича, Ф. Тонніса, Р. Челлена, Ф. Мейнеке, Д. Мацціні, Ф. Оппенгеймера та Г. Ратценгофера.

В. Старосольський вважав націю самостійним центром інтересів, політичною спільністю людей, яка прагне до самостійності та вимагає передачі собі всіх компетенцій держави. Сприяти вирішенню проблеми удержавлення націй має, на думку вченого, загальна демократизація суспільства. Створення національної держави має відбуватися на засадах раціональної солідарності її громадян, спільності їх інтересів і цілей, їх волі усвідомлювати себе нацією і творити єдину організаційну цілісність. Щодо поняття правова держава, то в її основу покладено такі поняття як: народна суверенність і демократія як форма її здійснення, розподіл властей, природні права людини. Права особи мають бути найбільшою цінністю у правовій державі та громадянському суспільстві, вони є мірилом вартості всього законодавства.

Свій внесок в подальший розвиток питання в українській політичній науці зробив соціолог і політолог О. Бочковський, який перебував під значним впливом ідей і концепцій Т. Масарика, Ф. Тонніса, Г. В. Ф. Гегеля, Ф. Енгельса, С. Дністрянського, Е. Дюркгейма. В Празі побачили світ його праці «Нарід – собі», «Вступ до націології», «Національне пробудження, відродження, самовизначення».

Характеризуючи процес переходу етногенезу в націогенез (тобто перетворення народу як етнічного матеріалу в націю, яка є окремою суспільно-культурною індивідуальністю), вчений визнає пріоритет нації над державою. Серед важливих чинників, які сприяють розвитку процесу націогенезу, вчений називає: 1) ліквідацію атомістичної будови суспільства, спричинену поглибленням громадських взаємин між членами всіх суспільних груп, створенням громадських інституцій; 2) процес етногенезу, завдячуючи державі, поширюється на певну територію; 3) зародження капіталізму і демократії, що, сприяючи забезпеченню суспільної окремішності населення, усуває внутрішні суспільні бар'єри та забезпечує створення справжньої громадської спільності, активізації на історичній арені пасивних суспільних класів, таких як селянство, робітництво тощо, які стають повноправними членами національного організму; 4) органічність культурного розвитку, де культура не є аристократичним привілеєм, а поширюється на всі шари суспільства.

Розглядаючи націю як духовну спільність людей, визначальними чинниками постання якої є прагнення до волі і національна свідомість, що проявляється найяскравіше в прагненні створення власної держави, вчений вважає, що метою українського народу має стати саме здобуття націократії (політичного самовизначення в окремій державі), яка повинна прийти на зміну церкві і державі, в здійсненні права українського народу на його самовизначення. Вироблення національної громадської одностайності має стати основою постання майбутньої української держави, що, в свою чергу, сприятиме вирішенню інших питань демократичним шляхом.

Своєрідне місце в українській політичній науці займає О. Ейхельман, представник національно-державницького напряму, вчений-правник, дійсний член Наукового товариства імені Т. Шевченка. Пов'язавши свою долю з Директорією, вчений опиняється в еміграції в Празі, де працює професором державного і міжнародного права юридичного факультету УВУ в Празі (1921–1943), а також адміністративного та міжнародного права економічно-кооперативного факультету Української господарської академії в Подєбрадах (1922–1936).

Будучи фаховим юристом, він складає перший (для Наддніпрянської України) проект конституції УНР. Саме відповідний проект та низка його політико-юридичних робіт, безперечно, є основою для аналізу його поглядів щодо взаємовідносин держави і громадянського суспільства.

Становлення правової держави вчений пов'язує з реалізацією ідей єдинодержавності, суспільно-державності та її незалежності. Децентралізація влади має законні підстави. Саму ж державу О. Ейхельман розглядає як «постійний, тривалий, спільно житловий устрій вільних людей-громадян на певній постійній території, упорядкованій під головуванням найвищої одноцільної влади з активною участю громадян у відповідних формах з правом урядування у державі з метою найкращого по змозі задоволення духовних та економічних потреб всіх шарів населення країни і захисту внутрішньої і зовнішньої безпечності держави, але без жодної мети обмежувати у більш ніж потрібній мірі індивідуальну вільність громадян та їх вільних суспільних угрупувань у їх господарському та духовно-культурному житті» [10, с.30]. Сутність держави розглядається ним у ракурсі угоди між громадянами, це як певний устрій вільних людей, де функціонують принципи індивідуального життя та вільного розвитку особи. Розкриваючи сутність правової держави, вчений обмежує сферу втручання держави у справи громадянського суспільства законом. Держава може вручатися в суспільне життя лише у тих межах, що забезпечують її безпеку, одночасно вона вже не може не визнати за суспільством самодіючого права на вільне життя, тому повинна створювати умови громадянам та суспільним об'єднанням створювати власні автономії. Саме для реалізації власних інтересів громадяни мають право утворювати громадські об'єднання.

Серед основних функцій держави вчений відзначає: регулювання зовнішньої політики, налагодження взаємовідносин між громадянством та державними інституціями, організацію офіційних державних установ. Важливою засадою державно-політичного життя він вважає активну позицію громадян щодо формування системи органів державної влади. Саме вільна і раціональна співпраця самого громадянства створює умови державності розвиватися на користь народу.

О. Ейхельман вважав, що держава існує «для громадян, для їх користі», а діяльність державної влади відбувається на етичних засадах з розумінням того, що вона відповідально виконує свої обов'язки на користь суспільства. Важливою ознакою правової держави є ефективні форми контролю за дотриманням законодавства, яке забезпечує реалізацію механізмів взаємної відповідальності держави і особи, правової відповідальності державних посадовців.

Принципи народного суверенітету і федералізму стали базовими для розробленого ним проекту Конституції УНР. Становлення держави відбувається на організованому та вільному суспільстві, рівних відносинах між державою і громадянством. Кожен в міру власних здібностей має бути допущеним до громадсько-державної роботи: «брати участь у вирішенні і виконанні громадських і політичних справ та праці в державі» [11, с.12]. Саме таке панування в державі організованого демократичного розуму і має забезпечити здійснення соціальної справедливості в суспільстві. Держава повинна існувати для народу, адже: «Народ – початок фундаменту. Держава – завершення для нього» [11]. Визнаючи право окремих національностей, які створили територіально об'єднані групи, мати свої самостійні незалежні держави (про що, зокрема, йдеться у «Меморандумі уряду УНР» (1921)), О. Ейхельман поєднує право на власну державність зі складною системою народоправства, вважаючи найбільш придатним для України державно-територіальний устрій за федеративним принципом, передачі якомога більшого обсягу управлінських функцій від держави до органів громадського самоуправління, інститутів громадянського суспільства. Згідно з проектом конституції УНР адміністративно-територіальними одиницями в України мали стати окремі землі – держави, влада в яких функціонувала на засадах автономного громадського самоврядування в справах, що не входили до компетенції федерально-державної організації. Місцеве самоврядування, на думку О. Ейхельмана, це окрема влада, що діє нарівні з урядовою виконавчою владою, є урядуванням у державі, по місцевих справах у своїй особливій автономній сфері, що діє під загальною владою законів. Нормативно-правові акти земельної влади повинні були відповідати законодавству федеральної влади. Об'єднання земель утворюватиме єдину федеративну республіканську українську державу, в якій волевиявлення народу може реалізовуватись шляхом внесення конституційних змін через всенародний референдум, участі земель у формуванні п'яти гілок (установчої, законодавчої, виконавчої, судової, контрольної) центральної державної влади та конкретних державних справах. Важливу роль в організації місцевого самоврядування відводив О. Ейхельман громадянам, питанням забезпечення особистих громадських і політичних свобод, а також виконання громадянами і урядовцями всіх ступенів своїх обов'язків.

Держава на законодавчому рівні повинна гарантувати невід'ємні права та обов'язки громадян, які б відповідали головним демократичним вимогам часу, надавати цілий спектр соціальних гарантій (охороняти як фізичну, так і розумову працю, людське здоров'я, життя, громадянам має гарантуватися матеріальна підтримка у разі хвороби, втрати працездатності, старості. «На кожного громадянина покладається моральний обов'язок використовувати свої духовні та фізичні сили для загального блага» [11, с. 87].

Загалом, науково-теоретичні напрацювання українських вчених-емігрантів міжвоєнного періоду XX ст., успадкувавши гуманістичні традиції західноєвропейської, російської та вітчизняної науки, збагатили світову політичну науку розмаїттям підходів дослідження проблем правової держави та громадянського суспільства. Їх політико-

юридичні концепції враховують притаманні українському народові державно-національні традиції, український менталітет, який відзначається своєрідністю українського індивідуалізму, його тісною пов'язаністю з поцінуванням групи, громади, спільного життя. Ключовим значенням в концепціях реалізації прав і свобод людини та громадянина в їх працях є визнання верховенства права, встановлення юридичної рівності всіх громадян. Принцип вільного розвитку особи, її захищеності державою став важливою засадою наукових доктрин вчених.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Грушевський М.* Якої автономії і федерації хоче Україна. – Відень, 1917.

2. *Лащенко Р.* Лекції по історії українського права. – Прага, 1923. – Ч.1.

3. *Шелухін С.* В справі проектів про майбутній лад на Україні //Воля . – 1920. – Т. 2 – Ч.11-12.

4. Цит. за: *Потульницький В.* Нариси з української політології (1819 – 1991). – Київ: Либідь, 1994.

5. *Липинський В.* Релігія і церква в історії України. – Філадельфія, 1925.

6. *Липинський В.* «Нова зоря» і ідеологія гетьманців // Діло. – 1929. –18 липня. – Ч.157.

7. *Кучабський В.* Більшовизм і сучасне завдання українського Заходу (національно-політичні замітки). – Львів, 1925.

8. *Дністрянський С.* Загальна наука права і політики. – Прага, 1923. – С .9–37.

9. *Дністрянський С.* Нова держава. – Відень, Прага, Львів, 1923.

10. *Ейхельман О.* Енциклопедія права. Курс читання проф. О. Ейхельмана на 1 семестрі економічно-кооперативного відділу Української Господарської академії в ЧСР. – Подєбради, 1923.

11. *Ейхельман О.* Проект Конституції – основних державних законів Української Народної Республіки. – Київ-Тарнів, 1921.

In the article scientific conceptions of the Ukrainian scientists-emigrants of intermilitary period of XX century are analysed from the problems of cooperation and vzaemovplivu of the legal state and civil society.

В статье проанализированы научные концепции украинских ученых-эмигрантов межвоенного периода XX ст. из проблем взаимодействия и взаимовлияния правового государства и гражданского общества.

СИСТЕМА ДЕЛІКТІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Заіка Ю. О.,

доктор юридичних наук, професор,
провідний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В статті розглядаються основні критерії класифікації зобов'язань, які виникають внаслідок заподіяння шкоди, та пропонується система деліктів у цивільному праві України.

***Ключові слова*:** делікти, система деліктів, відповідальність за заподіяння шкоди.

Деліктні зобов'язання – є одним із найпоширеніших видів цивільно-правових зобов'язань. Шкода заподіюється внаслідок настання нещасного випадку на виробництві, в побуті, незаконними діями посадових і приватних осіб, техногенними катастрофами і аваріями. Зокрема, за останні десять років сталося майже 400 тисяч дорожньо-транспортних пригод, в яких загинуло близько 63 тисяч і отримали поранення понад 430 тисяч осіб [1, с.1].

Громадяни гинуть, стають інвалідами, отримують тілесні ушкодження внаслідок нещасного випадку на виробництві, вчинених щодо них злочинів, внаслідок побутових травм. Шкода може бути заподіяна не лише здоров'ю, а й особистим немайновим благам – честі, гідності, діловій репутації, майновим інтересам фізичних і юридичних осіб.

Виконання зобов'язань із заподіяння шкоди є важливим засобом охорони економічних засад країни, оскільки надають можливість захистити і відновити в більшості випадків порушене право власності, яке становить основу будь-якого класового суспільства. Водночас стягнення матеріального відшкодування в порядку цивільного судочинства не виключає можливість застосування до заподіювача шкоди заходів дисциплінарного, адміністративного та кримінального покарання, що сприяє отриманню своєрідного морального задоволення особою, якій заподіяна шкода.

«Зобов'язання із деліктів і квазі-деліктів» − у французькому цивільному праві [2, с. 429−431], «зобов'язання із недозволених дій» у німецькому цивільному праві [3, с. 239−246], «зобов'язання із цивільних правопорушень» − в країнах англо-американської системи права [4, с. 326−340], незважаючи на певні відмінності, є основним цивільно-правовим способом відшкодування заподіяної шкоди.

Деліктні зобов'язання привертали увагу дослідників різних часів. Досить повний огляд історії розвитку та становлення вітчизняної законодавчої та наукової концепції зобов'язань із відшкодування шкоди зроблена Т. С. Ківаловою [5, с. 11−48].

Проте проблеми класифікації таких дій, особливість процедури розгляду справи, неоднозначність і певна суперечливість судової практики зумовлюють наявність певних перешкод для захисту порушених такими діями прав суб'єктів цивільного обороту.

Значною мірою розв'язання проблеми належного захисту порушеного права залежить від належно складеної *система деліктів*, тобто логічно і послідовно побудованої системи зобов'язань, які виникають внаслідок заподіяння шкоди, яка спростить порядок класифікації деліктів і певною мірою сприятиме повному відшкодуванню заподіяної потерпілому шкоди.

Практичне значення такої класифікації полягає в тому, що за відсутності загальних підстав для відповідальності за заподіяну шкоду, а саме, коли відповідальність покладається безпосередньо на заподіювача шкоди за наявності повного складу деліктного правопорушення: шкоди, вини, протиправності, причинного зв'язку, спеціальні делікти не виключають відповідальності: і за дії правомірні, і за відсутності вини, і відповідальності безпосередньо не заподіювача шкоди, а відповідальної за шкоду особи тощо.

З позицій чинного законодавства критеріями, які дають змогу сформувати систему деліктних зобов'язань, є підстави їх виникнення або, іншими словами, – склади деліктів.

Спроби виявити особливості окремих зобов'язань, що виникають у зв'язку з заподіянням шкоди, були зроблені ще дореволюційними цивілістами. Так, професор Київського Імператорського Університету Св. Володимира В. І. Синайський розрізняв спеціальну відповідальність за заподіяну шкоду: а) в сфері особистих благ (особиста шкода); б) в сфері майнових благ (майнова шкода); в) правопорушником, який перебуває на особливому положенні (відповідальність посадових осіб і казни) [6, с. 458−476].

Один із основоположників вітчизняної цивілістичної школи проф. С. Н. Ландкоф відповідно до чинного на той час республіканського законодавства виділив серед спеціальних деліктів: а) відповідальність за шкоду, заподіяну недієздатним; б) юридичних осіб за шкоду, заподіяну їх органами, робітниками і службовцями; в) державних установ за шкоду, заподіяну службовими особами при здійсненні ними функцій влади; г) джерелом підвищеної небезпеки; життю та здоров'ю; відшкодування колгоспу і колгоспникові [7, с. 192−201].

К. А. Флейшиць відповідальність за деліктними зобов'язаннями поділяла на три основні групи: 1) відповідальність державних органів за майнову шкоду, заподіяну посадовими особами при вчиненні актів управління; 2) відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, 3) відповідальність за заподіяння смерті чи пошкодження здоров'я [8, с. 238−239].

До спеціальних деліктів один із найавторитетніших українських деліктознавців Д. В. Боброва пропонувала відносити такі основні групи зобов'язань:

1) делікти, пов'язані із заподіянням шкоди джерелом підвищеної небезпеки;

2) делікти, пов'язані із заподіянням шкоди посадовими особами в сфері адміністративного управління;

3) делікти, пов'язані із заподіянням шкоди неповнолітніми і особами, визнаними недієздатними;

4) делікти, пов'язані із заподіянням шкоди життю та здоров'ю громадянина [9, с. 25−26].

Окремі сучасні дослідники поряд із загальними нормами кодифікованого цивільного законодавства про відшкодування шкоди розрізняють норми, що регулюють спеціальні випадки відшкодування шкоди, пов'язані із: прийняття закону про припинення права власності на пев-

не майно; відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їх працівником чи іншою особою; відшкодуванням шкоди, завданої органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності, незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду; відшкодування майнової шкоди фізичній особі, яка потерпіла від злочину; відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг); відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю та ін. [10, с. 334].

Т. С. Ківалова залежно від підстав класифікації розрізняє чотири основних групи зобов'язань відшкодування протиправно завданої шкоди залежно від:

1) суб'єкта, що завдав шкоду;

2) об'єкта, якому завдано шкоди;

3) особливостей поведінки, діяльності або об'єктів, якими завдано шкоду;

4) суб'єкта, на якого покладається обов'язок відшкодування шкоди [11, с. 116–117].

Дещо схожою є і наукова позиція О. Отраднової, яка в деліктних зобов'язаннях розрізняє заподіювачів шкоди і боржників за деліктними зобов'язаннями [12, с. 22–25].

Незважаючи на певні переваги, така класифікація викликає і окремі зауваження, оскільки вона не зовсім погоджується із системою деліктів, встановлених в ЦК України, а з іншого боку, застосування лише запропонованих критеріїв зумовлює ігнорування особливостей складу деяких деліктів, які враховані в законодавстві. І, нарешті, запропоновані критерії класифікації деліктів зумовлюють такий їх непропорційний поділ, що сама класифікація може втратити своє значення і не виконати свого наукового і практичного призначення.

Система ж деліктів повинна відповідати головним вимогам – сприяти належній класифікації зобов'язань, які виникають внаслідок заподіяння шкоди.

Спеціальні делікти характеризуються такими особливостями:

– способом заподіяння шкоди;

– об'єктом, якому заподіюється шкода;

– особою, яка заподіює шкоду;

– особою, яка відповідає за шкоду;

– особою потерпілого;

– обставинами заподіяння шкоди;

– підставами виникнення зобов'язань;

– особливими умовами та межами відповідальності [13, с. 337].

З урахуванням наведених критеріїв, поширеності деліктів, доступністю класифікації та її мети ми пропонуємо таку систему деліктних зобов'язань (спеціальних деліктів).

Види спеціальних деліктів:

I. Шкода, заподіяна джерелом підвищеної небезпеки:

а) відповідальність за шкоду, заподіяну наземними джерелами підвищеної небезпеки (ст. 1187 ЦК України);

б) відповідальність за шкоду, заподіяну морським судном (Кодекс торговельного мореплавства України);

в) відповідальність за шкоду, заподіяну повітряним судном (Повітряний кодекс України);

г) відповідальність за ядерну шкоду (Закон України «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення» від 13 грудня 1991р. та Закон України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» від 8 лютого 1995 р.).

Особливість цієї групи деліктів полягає в тому, що відповідальність за заподіяну шкоду настає без вини, в особливому суб'єкті такої відповідальності та в часовому просторі, протягом якого потерпіла особа може звернутися з позовом про відшкодування заподіяної шкоди.

II. ***Шкода, заподіяна працівниками юридичної особи при виконанні ними трудових (службових) обов'язків*** (ст. 1172 ЦК):

Враховуючи ту обставину, що шкода заподіюється при виконанні трудових (службових) обов'язків, особливість цього делікту полягає в тому, що за заподіяну шкоду перед потерпілим відповідає безпосередньо не заподіювач шкоди, а організація чи підприємство, де ця особа працює. Організація (підприємство), в свою чергу, за певних обставин, набуває право регресних вимог до винної в заподіянні шкоди особи.

III. ***Шкода, заподіяна посадовими особами або службовими особами:***

а) шкода, заподіяна посадовою особою органів державної влади або органом місцевого самоврядування (ст. 1174 ЦК України);

б) шкода, заподіяна посадовою особою органів державної влади або органом місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності (ст. 1175 ЦК України);

в) шкода, заподіяна незаконними діями представників правоохоронних органів (ст. 1176 ЦК; закони України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» від 1 грудня 1994 р.; «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» від 30 червня 1993 р.; «Про оперативно-розшукову діяльність»);

г) шкода, яка заподіяна особі, що визнана жертвою політичних репресій (Закон України «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні» від 17 квітня 1990 р.).

Незважаючи на певну схожість зобов'язань, які виникають у зв'язку із вчиненням незаконних дій представниками правоохоронних органів та із заподіяння шкоди жертвам політичних репресій, між ними існують істотні відмінності щодо підстав виникнення, форм та розміру виплати відшкодування і компенсацій, що і дає підстави розглядати ці два зобов'язання як самостійні делікти.

Особливість цього делікту полягає в тому, що шкода, заподіяна особами, які наділені владними повноваженнями, і заподіяна ними шкода, незалежно від вини посадових органів і службових осіб, відшкодовується органом місцевого самоврядування, Автономною Республікою Крим або державою.

IV. Шкода, заподіяна особами з пороками волі:

а) малолітніми особами (ст. 1178 ЦК);

б) неповнолітніми особами (ст. 1179 ЦК);

в) недієздатними особами (ст. 1184 ЦК);

д) особами, які не усвідомлювали значення своїх дій та (або) не могли керувати ними (ст. 1186 ЦК).

Цю групу деліктів об'єднує те, що особа, яка заподіяла шкоду, на момент заподіяння шкоди, в силу свого віку, стану здоров'я чи тимчасового психічного розладу не розуміла значення своїх дій і не віддавала повністю їм звіт. І, відповідно, за заподіяну шкоду за певних обставин мо-

жуть відповідати батьки цієї особи, опікуни, передбачено й інший механізм відшкодування або заподіювач взагалі звільняється від обов'язку відшкодувати заподіяну шкоду.

У. Шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи:

а) під час виконання особою договірних зобов'язань (ст. 1196 ЦК);

б) під час виконання обов'язків за трудовим договором (ст. 1197 ЦК);

в) фізичній особі-підприємцю (ст. 1198 ЦК);

г) малолітній особі (ст. 1199 ЦК);

д) неповнолітній особі (ст. 1199 ЦК);

е) особі, яка не працювала (ч.2 ст. 1195 ЦК).

УІ. Відшкодування шкоди, заподіяної правомірними діями:

а) при здійсненні права на самозахист від протиправних посягань, у тому числі у стані необхідної оборони (ст. 1169 ЦК);

б) в стані крайньої необхідності (ст. 1171 ЦК).

Особливість відповідальності за заподіяну шкоду в цих випадках полягає в тому, що на відміну від кримінальної відповідальності, де протиправність є однією із умов відповідальності, в цивільному праві в наведеному делікту відповідальність, як виняток, настає і за дії ***правомірні.***

УІІ. Відшкодування шкоди, заподіяної навколишньому середовищу:

а) атмосфері, воді, землі (Закон України «Про захист атмосферного повітря»);

б) флорі, фауні (Закон України «Про охорону навколишнього середовища»).

У відповідальності за заподіяння шкоди навколишньому середовищу знаходить прояв така нехарактерна для цивільної відповідальності риса як кратність, тобто відшкодуванню підлягають не лише заподіяні навколишньому середовищу збитки, а і понад це стягуються штрафні санкції.

УІІІ. Відшкодування моральної шкоди (ст. 1167 ЦК України, ст. 173-1 Кодексу Законів про працю України, ст. 17 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців і членів їх сімей», ст. 21 Закону України «Про туризм», ст. 24 Закону України «Про захист прав споживачів», ст. 44 Закону України «Про авторські і суміжні права», ст. 49 Закону України «Про інформацію», ст. 3, 17 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів», ст. 33 Закону України «Про інформаційні агентства», Закону України «Про друковані засоби масової інформації» та ін.):

а) заподіяння моральної шкоди пов'язано із діяльністю державних органів та посадових осіб;

б) заподіяної моральної шкоди засобами масової інформації;

в) заподіяної моральної шкоди приватними особами;

г) відшкодування шкоди, завданої поширенням недостовірної інформації.

ІХ. Відшкодування шкоди, заподіяної порушенням права інтелектуальної власності (закони України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р., «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» від 23 березня 2000 р., «Про видавничу справу» від 5 червня 1997 р., «Про кінематографію» від 13 січня 1998 р., «Про архітектурну діяльність» від 19 травня 1999 р., «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» від 15 грудня 1993 р., «Про охорону прав на знаки для товарі і послуг» від 15 грудня 1993 р. та ін.

Особливість цього делікту полягає в тому, що майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок та інше мають строковий характер і, відповідно, порушене право підлягає захисту, а заподіяна шкода – відшкодуванню протягом встановленого в законі часу.

Х. Відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) (ст. 1211 ЦК України, Закон України «Про захист прав споживачів»).

ХІ. Відшкодування шкоди, особою, яка застрахувала свою цивільну відповідальність (ст. 1194 ЦК України, закони України «Про страхування», «Про страхування цивільної відповідальності володільцями транспортних засобів» та інші спеціальні нормативні акти).

ХІІ. Відшкодування шкоди, завданої прийняттям закону про припинення права власності на певне майно (ст. 1170 ЦК).

ХІІІ. Відшкодування шкоди фізичній особі, яка потерпіла від злочину, якщо особа, яка вчинила злочин, не встановлена або якщо вона є неплатоспроможною:

а) майнової шкоди (ст. 1177 ЦК);

б) шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого (ст. 1207 ЦК).

Поява цього делікту зумовлена приєднаннями України до Європейської конвенції «Про відшкодування шкоди жертвам насильницьких злочинів» від 24 листопада 1983 року, за якою держава в певних випадках повинна взяти на себе зобов'язання по сплаті компенсації особам, яким заподіяна шкода внаслідок вчинення злочину. Оскільки на сьогодні законодавець не визначив порядок відшкодування шкоди потерпілому, якщо особа зловмисника не встановлена або він є неплатоспроможний, заподіяна потерпілому шкода не відшкодовується.

ХІУ. Інші спеціальні випадки відшкодування шкоди.

ХУ. Зобов'язання, що виникають у зв'язку із створенням загрози життю, здоров'ю або майну (ст. 1163 ЦК України).

Обов'язковою умовою виникнення деліктних зобов'язань є заподіяння шкоди, оскільки за відсутності шкоди немає чого відшкодовувати і зобов'язання виникнути не може.

Водночас в юридичній літературі давно і справедливо підкреслювалося, що «центр ваги» деліктної відповідальності необхідно перенести зі шкідливого результату на більш ранній ступінь, коли протиправне діяння лише створює можливість заподіяння шкоди або коли сама діяльність має небезпечні властивості [14, с. 502].

Ідея відповідальності не лише за заподіяну шкоду, а навіть за створення небезпеки завдання такої шкоди була реалізована ще в римському приватному праві. Так, за преторським едиктом (edictum de positum) встановлювалася відповідальність за просте створення небезпеки для перехожих: якщо на даху чи на карнизі, що виступав над місцем, де звичайно ходять люди, вивішувався чи встановлювався якийсь предмет, падіння якого могло заподіяти шкоду, то власник будинку сплачував певний штраф. Римські юристи підкреслювали, що претор видав цей едикт з величезною користю для суспіль-

ства: «щоб люди ходили по вулицях без страху і небезпеки» (Д.9.3.5.6) [15, с. 324−325].

У главі 81 ЦК України знайшов закріплення інститут, раніше не відомий вітчизняному законодавцю – інститут відповідальності за створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. *Головним завданням*, яке покладається на цей інститут, є попередження шкідливих наслідків, які можуть настати у зв'язку з обставинами, що виникли. Відповідно до ст. 1163 ЦК України фізична особа, життю, здоров'ю або майну якої загрожує небезпека, а також юридична особа, майну якої загрожує небезпека, мають право вимагати усунення цієї небезпеки від того, хто її створює.

Зазначене дає підстави включити в систему деліктів і зобов'язання, які виникають у зв'язку із створенням загрози життю, здоров'ю або майну. Система деліктів не є категорією незмінною. Науково-технічний прогрес зумовлює виникнення нових способів заподіяння шкоди, а законодавець може встановити особливі правила відповідальності за заподіяну шкоду.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Швець В.* Безпека на дорогах: міраж чи реальна мета? // Голос України, 2009, 31 березня.
2. *Гражданский* кодекс Франции (Кодекс Наполеона)/ Пер. с франц. Отв. ред. А. С. Довгерт. – К.: Истина, 2006. – 1008 с.
3. *Гражданское* уложение Германии: Пер. с нем.; Науч. ред. А.Л. Маковский и др.– М.: Волтерс Клувер, 2004. – 816 с.
4. *Основной* институт гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / Рук. авт. кол. В. В.Залесский. – М.: НОРМА, 1999. – 648 с.
5. *Справи* про відшкодування шкоди в судовій практиці: навч.-метод. посіб. / Заг. ред. В. В. Луця, наук. ред. М. К. Галянтич. – Одесса: ОДУВС, 2009. – 428 с.
6. *Синайский В. И.* Русское гражданское право. – М.: Статут. – 2002. – 638 с.
7. *Ландкоф С. Н.* Основи цивільного права. – К.: Рад. школа. – 1948. – 424 с.
8. *Флейшиц Е. А.* Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. – М.: ГИЮЛ, 1951. – 240 с.
9. *Боброва Д. В.* Методические указания к изучению спецкурса «Деликты в советском гражданском праве». – К.: КГУ, 1985. – 84 с.
10. *Цивільне право України:* Підруч.: У двох т. / За ред. Я.М. Шевченко.– К., 2003. Академічний курс. – Т. 2. – 408 с.
11. *Ківалова Т. С.* Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти).– Одеса: Юридична література, 2008. – 360 с.
12. *Отраднова О.* Проблеми суб'єктного складу цивільно-правових деліктних зобов'язань. – Вісник КНУ. Сер. Юрид. науки. – 2009. – № 80. – С. 22−25.
13. *Заіка Ю. О.* Українське цивільне право : навч. посіб. – 2-е вид. змін. і доп. – К.: ВАД Правова єдність, 2008.– 368 с.
14. *Цивільне* право України: підручник: У двох книгах / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К., 2002. – Кн. 2. – 640 с.
15. *Памятники* римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М. : Зерцало. – 1997. – 608 с.

Classification of circumstances that are result of causing of hard has been reviewed in the article. A system of delicts to civil law of Ukrain has been proposed.

В статье рассматриваются основные критерии классификации обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, и предлагается система деликтов в гражданском праве Украины.

СУБ'ЄКТИВНЕ ПРАВО ЯК ЗАСІБ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИВАТНОГО ІНТЕРЕСУ

Берестова І. Е.,

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

Статтю присвячено дослідженню суб'єктивного права як засобу реалізації приватного інтересу та визначенню критеріїв розмежування цих правових категорій. Розкрито правову природу суб'єктивного права та приватного інтересу з огляду на самостійність цих правових категорій. Наведено критерії належності суб'єктивного права до засобу реалізації приватного інтересу.

Ключові слова: суб'єктивне право, інтерес, приватний інтерес, ціль, засіб, реалізація інтересу, цивільне право, приватне право.

Стаття 1 Конституції проголошує Україну демократичною, соціальною правовою державою і виступає фундаментальним чинником, що завдає вектор суспільного розвитку. Світовий досвід свідчить про те, що конституційно проголошують себе соціальними ті держави, які не тільки зобов'язуються гармонізувати інтереси особистостей, соціальних груп і всього суспільства, виключити їх антагоністичне протиставлення та підкорення одне одному, а й проявляють політичну волю щодо послідовного втілення в життя цих зобов'язань, зокрема шляхом розбудови приватноправового громадянського суспільства, яке характеризується гарантіями реалізації приватних інтересів громадян.

Приватний інтерес у розбудові громадянського суспільства відіграє ключову роль, оскільки жодна державна чи інша публічна діяльність, не говорячи вже про особисту, не може бути довгостроковою та цілісною, демократичною та успішною ринковою, якщо в її підґрунті не закладено приватного інтересу конкретних індивідуумів, які реалізуються за допомогою суб'єктивного права.

З огляду на викладене **метою** цієї статті виступає дослідження суб'єктивного права як засобу реалізації приватного інтересу та визначення критеріїв розмежування цих правових категорій.

Категорія інтересу є однією з найбільш складних та дискусійних у сучасній вітчизняній науковій літературі. Інтереси є спонукальною силою для встановлення, зміни та припинення правових зв'язків. Вони «збуджують правову творчість і справляють на неї вплив».

Найбільший прорив у теорії інтересів зробив німецький учений-правник Рудольф фон Ієринг – основоположник юриспруденції інтересів. Він намагався поєднати політико-правові і психолого-соціологічні концепції [1, с. 327]. Об'єктивне право він розумів як відбиття загальних інтересів, а суб'єктивне право – як узаконений інтерес [2,

с.115]. За його оцінкою, правові приписи постають на основі дії інтересів. Р. Ієринг у своїх наукових дослідженнях виходив з того, що в процесі життєдіяльності людей відбувається постійна боротьба цілей і засобів. Причому вони постійно оновлюються: на зміну цілям, що віджили, приходять нові цілі, на зміну недоречних, застарілих засобів – більш модернізовані. Це, так би мовити, боротьба в царині юридичних норм, яка утворює об'єктивне право. Існує і боротьба в царині суб'єктивного права – боротьба правовідносин, яка відбиває «війну інтересів», що становлять фундамент права, з інтересами, що знаходяться поза правовим регулюванням [2, с.131].

Ф. Хекк, розвиваючи положення щодо належності інтересів до спонукальної сили для встановлення, зміни та припинення правових зв'язків, визначає закони «результатами взаємодії суперечливих інтересів» [6, с. 68]. Інтерес передує правам і обов'язкам незалежно від того, чи знаходить він пряме закріплення в законодавстві, чи просто «підлягає правовому захисту з боку держави» [7, с. 92–93].

На поєднання суспільних та типових особистих інтересів вказував і В. П. Грибанов, що відображається в будь-якому суб'єктивному праві. Інтерес є передумовою не лише набуття, а й реалізації суб'єктивних прав. Від інтересу уповноваженої особи значною мірою залежить і захист суб'єктивного права, зокрема, звернення з вимогою захисту права до компетентних органів (суду) або відмова від такого звернення [8, с. 240–241]. Ефективне застосування нормативно-правових актів також значною мірою залежить від того, наскільки повно і збалансовано в них враховані інтереси виконавців та інших учасників суспільних відносин, що регулюються цими актами.

І. В. Венедиктова, розглядаючи інтерес у цивільному праві, трактує його як сукупність таких явищ: 1) прагнення набути матеріальні або нематеріальні блага; 2) прагнення можна вирізнити з розуміння об'єктивного права; 3) воно не відбите в позитивному законодавстві у формі суб'єктивних прав; за юридичним засобом відтворення таке прагнення виступає простим легітимним дозволом задовольняти потреби, що не суперечать чинному законодавству [2, с.135].

Підтримуючи таке визначення складових інтересу, слід одночасно наголосити, що викладене поняття інтересу максимально підпадає під визначення поняття приватного інтересу, що спробуємо довести нижче.

Приватний інтерес виступає видовою категорією по відношенню до категорії інтересу [16, с. 51]. Для того щоб зрозуміти поняття «приватний інтерес», необхідно з'ясувати багатозначність терміна «приватний». Про приватний інтерес слід вести мову у рамках інтересу конкретного відносносамостійного суб'єкта, крім цього у значенні інтересу, детермінованого індивідуальними особистими характеристиками суб'єкта та такого, що не має суттєвого значення для суспільства в цілому, як малозначного.

Будь-який суб'єкт соціальної дії, визначений окремо сам по собі, виступає приватною особою. Думка такої особи, індивіда – це його приватна думка, приватний інтерес.

Так, Гегель у праці «Філософія права» яскраво визначив підстави існування приватного інтересу: «…Человек, индивидуум редко знает, чего он действительно хочет; для того чтобы знать, что человек, что его разумная воля хочет, нужно глубочайшее понимание... Очень редко люди, даже образованные индивидуумы, понимают самих себя, большинство переходит от мнения к мнению и редко понимает, чего оно хочет» [10, с. 474].

Отже, формуючи та здійснюючи власний приватний інтерес, суб'єкт може спиратися на будь-який компонент частини: одиничний, спільний, цілісний. Він і буде формулювати характер інтересу. Так, компонент одиничності завдає частині нове, відокремлене від смислу окремої частини значення. Приватне як одиничне протистоїть спільному та цілісному як публічному. При цьому у смисловому значенні приватне логічно не є і принципово не може бути публічним.

Під приватним інтересом ми розглядаємо елемент суспільного відношення та діяльності, актуальний для потреб суб'єкта приватного права, сутність якого полягає у залежності суб'єкта від об'єктів та відносин природної та соціальної реальності, що має значення для забезпечення його нормальної життєдіяльності.

Приватний інтерес як основа будь-якої діяльності не залишається незмінною. Під час реалізації приватного інтересу постійно відчувається зовнішній вплив на його зміст, змінюється його сутність.

Питання визначення поняття суб'єктивного цивільного права завжди займало одне з чільних місць у правовій науці. Метою суб'єктивного права виступає здійснення приватного інтересу. І тому основним питанням, щодо якого існує дискусія серед науковців, є визначення напрямів: яким саме чином інтерес, реалізація якого є метою суб'єктивного права, може виступати як засіб досягнення цієї мети? Відповідь на це запитання лежить у площині співвідношення та розмежування суб'єктивного цивільного права та приватного інтересу.

Для встановлення критеріїв співвідношення між приватним правом та суб'єктивним цивільним правом необхідно коротко дослідити підходи до визначення суб'єктивного права та його взаємовідносин з інтересом.

В юридичній літературі містяться різні думки щодо визначення суб'єктивного цивільного права. Одним із перших в радянській цивілістиці поняття суб'єктивного цивільного права сформулював С. М. Братусь. Він вказував на те, що суб'єктивним цивільним правом є визнана і забезпечена законом міра можливої поведінки особи [12, с. 33].

Інший відомий теоретик Н. Г. Александров пропонує доповнити визначення С. М. Братуся вказівкою не лише на міру, й на вид можливої поведінки, виходячи з того, що категорія «міра» характеризує суб'єктивне право лише з кількісної сторони [13, с.110]. На підтвердження цього М. І. Матузов зазначив, що суб'єктивне цивільне право, з точки зору юридичної науки, є не лише можливість суб'єкта діяти, а діяти у відповідних межах (міра поведінки) та відповідним чином (вид поведінки) [14, с. 94].

Розглядаючи поняття суб'єктивного права, необхідно також вказати на концепцію Р. Ієринга [10, с. 26]. Вказаний вчений під суб'єктивним правом розумів захищений державою інтерес. Концепція одразу викликала бурхливу реакцію з боку наукової громадськості. Суть його концепції полягала у тому, що суб'єктивне право складається з двох елементів: із елемента субстанціонального, матеріального, який полягає у практичній меті суб'єктивного права, а саме: користі, вигоді, прибутку, забезпеченого правом, та елемента формаль-

ного, який співвідноситься до мети як засіб (можливість правового захисту, позову).

Двозначну позицію з питання, що розглядається, займав Г. Ф. Шершеневич [11, с.197−198]. Він достатньо високо оцінював роль приватного інтересу у праві: як двох критеріїв, що визначають сферу цивільного права: приватні особи та приватний інтерес як зміст відношення. Вчений заперечував проти теорії протиставлення суб'єктивного права та інтересу. Оскільки суб'єктивне право представляє юридичну можливість здійснення інтересу, то воно не може виникнути без дійсного інтересу: майнового чи морального. Якщо такий інтерес існував у момент визначення правовідношення, але згодом відпав, разом з ним припиняється і суб'єктивне право.

При аналізі поняття суб'єктивного цивільного права доцільно приєднатися до позиції М. О. Стефанчука, який розуміє під суб'єктивним цивільним правом надану особі нормами права міру можливої поведінки, з метою задоволення її законного інтересу, що включає в себе правомочності по вчиненню певної поведінки самою управомоченою особою, вимогу визначеної поведінки від зобов'язаної особи чи осіб та захист свого суб'єктивного цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання [15, с. 14] . Тобто можна припустити, що метою суб'єктивного цивільного права є задоволення законного інтересу носія правомочності.

Підсумовуючи думки вчених, сформулюємо власне бачення суб'єктивного права: у суб'єктивному праві є будь-який інтерес уповноваженої особи: матеріальний, сімейний, політичний чи інший, у чому і проявляється цінність суб'єктивного права. Суб'єктивне право – це можлива поведінка, чия реалізація цілком залежить від розсуду уповноваженої особи, її волі та бажання. Однак рамки можливої поведінки і, як наслідок, рамки реалізації інтересу чітко окреслені нормами об'єктивного права.

Розглядаючи питання суб'єктивного цивільного права як засобу реалізації приватного інтересу, слід звернути увагу на те, що попри свою зовнішню єдність внутрішньо суб'єктивне право має власну структуру та складається із сукупності юридичних можливостей, наданих суб'єкту правовою нормою.

На підтримання цієї позиції наведемо низку аргументів: так, ідея включення інтересу (в нашому випадку максимального включення приватного інтересу) у суб'єктивне право інколи проявляється навіть у гіпертрофованому вигляді.

Російський дослідник В. Л. Суховерхий, аналізуючи співвідношення цих категорій, зробив висновок та категорично стверджував, що окрім наявності інтересу у змісті суб'єктивного права інших категорій та правомочностей віднайти неможливо [3, с.17].

Дещо гнучкіша позиція з цього приводу проглядається у працях Є. А. Мотовиловкера, який стверджував, що інтерес входить до сутності суб'єктивного права, оскільки суб'єктивне право само по собі є можливість задоволення інтересу повноважної особи. У низці випадків у суб'єктивному праві неможливо взагалі віднайти нічого окрім інтересу правоволодільця, оскільки суб'єктивне право задовольняється в цілому діями зобов'язаної особи. Тобто при деякій пом'якшеній позиції автори все одно звели свої думки до того, що суб'єктивне право і інтерес (зокрема приватний) ототожнюються [4, с.17].

Хотілося б з цього приводу висловити певні заперечення.

Суб'єктивне право і приватний інтерес представляють собою два різних явища, при чому інтерес виходить за межі правової категорії, а одночасно може виступати і філософською, і соціальною, і економічною правовою категорією. На відміну від приватного інтересу суб'єктивне право виступає однією із центральних, але правових категорій.

З цього приводу слушним буде вказати на позицію С. М. Братуся, який свого часу вказував: «Правильно, что определенная мера возможного поведения предоставляется для защиты и осуществления определенного интереса, − на то и существует право, − но интерес сам по себе не является субъективным правом, а его предпосылкой и целью» [5, с.20].

Отже, можемо зробити висновок, що одне і те саме явище не може бути одночасно і засобом (суб'єктивне право) і ціллю (приватний інтерес).

Розвиваючи власну позицію, далі С. М. Братусь вказує, що суб'єктивне право є засобом, способом, правовою передумовою задоволення інтересів: «Подобно тому как гражданское право, будучи формой выражения экономических отношений и будучи определяемо этими отношениями, не может быть сведено к этим отношениям, подобно этому и субъективное право, опираясь на интерес, само интересом не является, хотя утеря социально значимого интереса и может привести к тому, что субъективное право утратит свое значение и свою ценность» [5, с.21].

Підсумовуючи сказане, слід зазначити, що у суб'єктивному праві є будь-який інтерес уповноваженої особи: матеріальний, сімейний, політичний чи інший, у чому і проявляється цінність суб'єктивного права. Суб'єктивне право – це можлива поведінка, чия реалізація цілком залежить від розсуду уповноваженої особи, її волі та бажання. Однак рамки можливої поведінки і, як наслідок, рамки реалізації інтересу чітко окреслені нормами об'єктивного права.

Співвідношення суб'єктивного права та приватного інтересу полягає у тому, що приватний інтерес, відбиваючись у свідомості правомочного суб'єкта, є смислоутворюючим фактором вольової поведінки суб'єкта цивільних відносин, а суб'єктивне цивільне право представляє собою особливий юридичний засіб реалізації приватних цілей і, в решті-решт, – приватного інтересу суб'єкта.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Ihering R. Geist des romischen Rechts auf verschitdenen Stufen seiner Entwicklung, Teil III. 1865. − S.327.

2. *Страницы Харьковской цивилистики:* В 3х ч. Ч. 2: Лучшие работы кафедры гражданско-правовых дисциплин за 2009/2010 учебный год / Под общ. редакцией И. В. Венедиктовой и М. Н. Беревено. – Х. ХНУ им. В. Н. Каразина, 2010. – 216 с.

3. *Суховерхий В.Т.* О соотношении субъективного гражданского права и интересов // Материалы конференции по итогам научно-исследовательской работы за 1966 год. − Свердловск, 1968. −С. 17.

4. *Мотовиловкер Е. Я.* К теории охраняемых законом интересов // Вопросы теории охраняемых законом интересов. − Ярославль, 1990. − С. 9.

5. *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права. − М., 1950. – 367 с.

6. *Ципеліус Р.* Філософія права. Переклад з нім. 4-го видання. Під ред. проф. Є. М. Причепія.− К.: Тандем, 2000.− 300 с. (С. 68).

7. *Права человека.* Учебник для вузов. Отв. Ред. Е. А. Лукашева.− М.: Издат. Группа «НОРМА-ИНФРА-М», 1999.− 573 с. (С. 92−93).

8. *Грибанов В. П.* Интересы в гражданском праве / В кн. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав.– М.: Статут, 2000. – 411 с. (С. 240–241).

9. *Гегель Г.В.Ф.* Философия права. – М, 1990. - С. 474.

10. *Иеринг Р.* Интерес и права. – Ярославль, 1880. - С. 1-149.

11. *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права: учебное пособие: В 2 т.– М., 1995. – Вып. 2, 3, 4. – Т. 2. – С. 197–198.

12. *Братусь С. Н.* О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав // Советское государство и право. — 1949. — № 8. — С. 33.

13. *Александров Н. Г.* Законность и правоотношения в советском обществе. — М.: Госюриздат, 1955. — С. 110.

14. *Матузов Н. И.* Субъективное право как мера свободы и форма осуществления правовых норм // Тезисы докладов и научных сообщений всесоюзной конференции «Юридические гарантии правильного применения советских правовых норм и укрепление социалистической законности» 28–30 октября 1970 г. — К.: Наукова думка, 1970. — С. 94.

15. *Стефанчук М.* О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав / Дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук. – К., 2006. – 202 с.

16. *Сивий Р. Б.* Приватне (цивільне) право в системі прав України: Монографія. – К. КВІЦ. – 2006. – 214 с.

Article is dedicated to study of the subjective right as facility to realization quotient interest and determination of the criterion of the delimitation these legal category. Opens the legal nature of the subjective right and quotient of the interest and is proved; proven independance these legal category coming their purposes and directivities.

Статья посвящена исследованию субъективного права как средства реализации частного интереса и определению критериев разграничения этих правовых категорий. Раскрывается правовая природа субъективного права и частного интереса и доказывается самостоятельность этих правовых категорий исходя из цели и направленности.

ОРГАНІЗАЦІЯ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ – СПЕЦИФІЧНИЙ СУБ'ЄКТ У АВТОРСЬКО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИНАХ

Мироненко Н. М.,

доктор юридичних наук, начальник відділу науково-правової експертизи КРЦ НАПрН України

Штефан О. О.,

кандидат юрид. наук, доцент,
заввідділу авторського права і суміжних прав НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

Статтю присвячено визначенню місця організацій колективного управління в процесі реалізації виключних майнових прав на об'єкти авторського права та суміжних прав авторами та іншими суб'єктами права інтелектуальної власності. Аналізується національне та зарубіжне законодавство, міжнародно-правові акти, висвітлюються питання історії виникнення та розвитку організацій колективного управління, визначається їх правовий статус.

***Ключові слова*:** організація колективного управління правами (ОКУ), посередник, суб'єкти авторського права і суміжних прав, автор, користувачі об'єктів авторського права і суміжних прав, право на використання об'єктів авторського права і суміжних прав.

Питання колективного управління авторськими і суміжними правами в останні десятиліття набули особливої актуальність у зв'язку зі стрімким розвитком нових технологій, завдяки яким розширилися можливості масового використання творів і об'єктів суміжних прав. З огляду на це, реалізація виключних майнових авторських (суміжних) прав стає все більш ускладненою.

На сьогодні існує світовий ринок творів і об'єктів культурного характеру. Об'єкти авторського права і суміжних прав найчастіше використовують такими способами: шляхом безпосереднього виконання (наживо) або ж із використанням звукозапису, у ефірних передачах або кабельного телебачення; трансляція або відеозапис кінематографічних творів або будь-яких інших аудіовізуальних творів; публічне виконання музичних творів на дискотеках, у ресторанах, барах, кафе, готелях тощо, або із метою створення відповідної атмосфери в магазинах, салонах, медичних закладах, студіях тощо; репрографічне відтворення друкованих творів, копіювання звукозаписів або аудіовізуальних творів для особистого використання.

З урахуванням такого розмаїття форм використання об'єктів авторського права та суміжних прав, а також суб'єктів та місця їх використання об'єктивно виникає ситуація, за якої у автора відсутня будь-яка можливість дізнатися, коли, хто і яким чином використав його твір. Як відомо, музика не знає кордонів – одну і ту саму пісню можуть слухати як у Києві, так і Москві, Лондоні, Токіо, Парижі, в столицях і провінціях, у великих і маленьких містах будь-якої країни світу. Слід звернути увагу й на те, що музичний твір належить до складних об'єктів, тому по відношенню до нього може діяти комплекс прав, що можуть належати різним суб'єктам (композитору, автору тексту, перекладачу, аранжувальнику, видавцю і його субпідрядникам), внаслідок чого кожна частина твору може бути об'єктом чисельних, одночасних, не пов'язаних між собою способів використання, а відтак, ефективне додержання прав, закріплених законом за автором, не може бути забезпечене поза системою колективного управління правами, що одночасно вигідна як автору, так і користувачу.

Інститут колективного управління такими правами створює можливість вирішення цієї проблеми. З цієї причини важливість розвитку цього інституту неодноразово підкреслювалася Всесвітньою організацією інтелектуальної власності (ВОІВ). Основні положення про колективне управління правами закріплені в міжнародних договорах, директивах Європейської спільноти, національному законодавстві. Розвиток законодавства у цій сфері суспільних відносин нині переживає новий етап свого розвитку як на національному, так і на міжнародному рівнях.

Що таке колективне управління правами

Автори і суб'єкти суміжних прав (виконавці, виробники фонограм, відеограм, організації мовлення) мають

виключне право дозволяти або забороняти використання власних творів (фонограм, відеограм). Зазвичай, це право гарантує, що твір (його запис) буде використаний способами, що відповідають інтересам його авторів. Таке право може бути реалізоване у повному обсязі, якщо правовласник особисто приймає рішення про умови використання творів (записів), тобто управляє власними правами самостійно. Проте на практиці управління правами на індивідуальній основі не завжди можливо або доцільно. Наприклад, драматичним театрам складно укладати договори з кожним автором (драматургом) п'єси, організаціям мовлення – з кожним автором, виконавцем твору, фонограми, відеограми, публічне мовлення яких вони здійснюють. З іншого боку, правовласник також не завжди має можливості самостійно відстежувати (контролювати) використання власних творів (записів), вести переговори про виплату винагороди за таке використання і збирати її.

Колективне управління авторським правом і суміжними правами – це система взаємопов'язаних дій, відповідно до яких правовласники передають створеним для цього організаціям (організаціям колективного управління правами – надалі ОКУ) право ведення переговорів про умови та способи використання їх творів іншими суб'єктами права; надають дозвіл на здійснення контролю за використанням їх творів та збір відповідної винагороди, а також її розподіл між правовласниками.

Обсяг функцій ОКУ залежить від об'єкта інтелектуальної власності і виду прав, якими вони управляють, проте за будь-яких обставин їх діяльність може полягати якнайменше у здійсненні двох функцій: збір винагороди і її розподіл.

Для чого потрібні ОКУ

Підстави для визнання системи колективного управління правами на мистецько-культурному ринку, як вже зазначалось, полягає в тому, що остання відповідає загальним потребам правовласників авторського права і суміжних прав, потребам користувачів і вимогам державних органів влади, певною мірою урівноважуючи як приватні, так і суспільні інтереси різних сторін.

Ускладнення, які в XIX ст. змусили об'єднатися авторів і композиторів музичних творів, добре відомі усім правовласникам різних репертуарів й у кінці XX ст. в умовах технічного прогресу, з яким пов'язано виникнення і використання нових засобів поширення об'єктів авторського права і суміжних прав.

У сучасних умовах фактори, що можуть впливати на ***заінтересованість правовласників*** в існуванні ОКУ за ступенем їх впливу, можна згрупувати у кілька груп. До першої групи можна віднести наявність великої кількості потенційних користувачів під час публічного виконання, а також відтворення шляхом механічного запису, піратство, неможливість здійснювати ефективний контроль за додержанням авторського права і суміжних прав. Другу групу факторів становлять: необхідність проведення на професійному рівні переговорів щодо передачі авторського права і суміжних прав на використання об'єктів авторського права і суміжних прав, звернення до суду в разі порушення зазначених прав та участь у судовому процесі; наявність пов'язаних з цим фінансових витрат; інтернаціоналізація поширення об'єктів авторського права і суміжних прав; необхідність виконання положень Бернської конвенції з авторського права щодо передбаченого нею «національного режиму».

Крім цього, до факторів, що суттєво ускладнюють процес захисту прав самими авторами, слід віднести появу нових технологій та технічних способів поширення об'єктів авторського права і суміжних прав, що вимагають трансформації прав. Йдеться, зокрема, про фонограми, аудіовізуальну продукцію, кабельне мовлення AGICOA, приватні копії, репродукції (тиражування), супутникові засоби зв'язку, передачу в прокат/оренду, мультимедіа, програмне забезпечення.

З іншого боку, певну ***заінтересованість*** в існуванні ОКУ можуть мати ***розповсюджувачі, користувачі.*** До факторів, що здатні формувати таку заінтересованість у названих суб'єктів, можна віднести такі: наявність простого і законного доступу до широкого репертуару (міжнародного і національного); існування аналогового, кабельного та супутникового телебачення; відсутність дискримінації між користувачами в силу дії правила щодо обмеження конкуренції; можливість встановлення загальної системи тарифікації для широкого загалу в результаті переговорів із правомочними організаціями; можливість зменшення витрат на переговори та управління правами. Існування новітніх технологій так само впливає на формування заінтересованості в ОКУ у розповсюджувачів та користувачів, з якими пов'язаний вихід на міжнародний рівень, поява нових видів правоволодільців та можливість створювати централізовані інформаційні фонди щодо творів та власників прав на них.

Визнання ролі організацій колективного управління відбулося на рівні як національних, так і міжнародних законодавчих систем. На національному рівні це знайшло своє відображення у Законі України «Про авторське право і суміжні права», ЦК України, низці підзаконних нормативних актів. На міжнародному рівні ОКУ отримали своє визнання у Директивах Ради Європи у два етапи: 1992 рік – рекомендується система колективного управління в разі здачі в прокат і оренди об'єктів авторського права і суміжних прав; 1993 рік – закріплюється обов'язковість колективного управління при передачі через супутник / кабельне мовлення об'єктів авторського права і суміжних прав.

Практика діяльності ОКУ надає змогу розглядати їх як систему по забезпеченню підтримки правовласників: з одного боку, їх діяльність визначена у нормативно-правових актах та вони підконтрольні органам державної виконавчої влади, а з іншого – виступають представниками прав та інтересів суб'єктів авторського права і суміжних прав. Крім того, на діяльність ОКУ по збору авторської винагороди поширюються положення Римського договору щодо уникнення подвійного оподаткування (ст. 85 і 86 Римського договору). До того ж, ОКУ можуть розширювати межі контракту (суб'єктний склад) і поширювати його й не на членів організації, на відміну від творчих спілок [1] .

Історія виникнення ОКУ

Перші авторські об'єднання (прототипи організацій колективного управління), які були не лише професійними спілками авторів, а й боролися за визнання прав авторів на твори, виникли у Франції. Створення найпершого об'єднання такого типу було тісно пов'язане з ім'ям Бомарше, який відстоював права авторів у театрах, які неохоче визнавали майнові і немайнові права авторів. Так, в результаті його ініціативи в 1777 р. було створено «Бюро з драматичного законодавства», яке пізніше було

трансформовано у Спілку драматичних авторів і композиторів (SACD), яке стало першою організацією з колективного управління правами авторів.

Через більш ніж півстоліття Оноре де Бальзак, Олександр Дюма, Віктор Гюго та інші французькі письменники наслідували приклад Бомарше і створили Спілку літературних авторів (SGDL), засідання першої генеральної асамблеї якої відбулося у кінці 1837 р.

У 1847 р. два композитори Поль Энріон і Віктор Парізо, а також автор слів Ернест Буржє пред'явили судовий позов проти кафе «Амбасадор», що знаходилось на Єлисейських полях в Парижі. На думку зазначених осіб, краєм несправедливості було те, що вони повинні платити за місця і їжу в кафе, тоді як їм ніхто не платив за публічне виконання їх творів оркестром. Автори вирішили не платити доти, доки не заплатять їм, і виграли цю справу в суді. В результаті власник кафе був зобов'язаний виплатити їм значну авторську винагороду.

Це судове рішення відкрило нові можливості для композиторів і авторів текстів. Так, у 1850 р. було створено спілку по збору гонорарів, що незабаром перетворилася на Спілку авторів, композиторів і музичних видавців (SACEM), яка успішно працює й понині.

В кінці XIX – початку XX ст. подібні авторські організації (організації з колективного управління правами) були створені практично в усіх європейських і деяких інших країнах світу. Після приєднання СРСР в 1973 році до Всесвітньої конвенції з авторського права (1952 р.) на Україні було створено Українське республіканське відділення Всесоюзної агенції з авторських прав (ВААП). Ця організація здійснювала на території України як захист прав авторів, так і збір, розподіл і виплату авторської винагороди.

На сьогодні в Україні колективне управління майновими авторськими правами здійснює Державне підприємство «Українське агентство з авторських і суміжних прав» (УААСП), яке є так званим правонаступником ВААП.

У червні 1936 р. делегати від XVIII міжнародних авторських Спілок створили Міжнародну конфедерацію організацій авторів і композиторів (СИЗАК), діяльність якої спрямована на координування зусилля зі створення ефективнішої охорони прав авторів у всьому світі. Членство авторських організацій в СИЗАК постійно розширювалося, і нині в цю організацію входять також й організації, що управляють правами на інші види творів (такі як твори образотворчого мистецтва і аудіовізуальні твори). Сьогодні її членами є понад 160 товариств по колективному управлінню правами

У 2000 р. членом СИЗАК стало й УААСП. Членство в СИЗАК дає право згідно зі статутом СИЗАК укладати міжнародні договори про взаємне представництво інтересів. Такі двосторонні угоди ґрунтуються на Типовому договорі СИЗАК [2]. На сьогодні день УААСП, окрім країн СНД, уклало договори про взаємне представництво інтересів з авторсько-правовими організаціями Німеччини, Франції, Болгарії, Ізраїлю, Ірландії, Італії, Словаччини, Чехії, Македонії та ін.

Окрім УААСП в Україні діють й інші організації колективного управління правами, такі як:

– Всеукраїнське об'єднання суб'єктів авторських і суміжних прав «Оберіг», основна сфера діяльності якого полягає в управлінні на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права, виконавців, виробників фонограм, виробників відеограм;

– Громадська організація «Об'єднання правовласників у сфері образотворчого мистецтва і архітектурної діяльності «Статус», основною сферою діяльності якого є управління на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права у сфері образотворчого мистецтва і архітектурної діяльності;

– Об'єднання підприємств «Український музичний альянс». Основна сфера його діяльності полягає в управлінні на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав (переважно здійснює управління майновими правами виконавців, виробників фонограм, відеограм). Також це об'єднання є Уповноваженою організацією колективного управління, яка здійснює збір та розподіл винагороди (роялті) за використання опублікованих з комерційною метою фонограм і відеограм і зафіксованих в них виконань (переважне використання способом публічного сповіщення (в ефір, через кабель)), а також Уповноваженою організацією колективного управління, яка здійснює збір та розподіл відрахувань (відсотків), виплачених виробниками та імпортерами устаткування і матеріальних носіїв, із застосуванням яких в домашніх умовах можна здійснити відтворення творів і виконань, зафіксованих у фонограмах і (або) відеограмах;

– Об'єднання підприємств «Українська ліга музичних прав». Основна сфера діяльності: управління на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав (переважно здійснює управління майновими правами виконавців, виробників фонограм, відеограм). Також це об'єднання є Уповноваженою організацією колективного управління, яка здійснює збір та розподіл винагороди (роялті) за використання опублікованих з комерційною метою фонограм і відеограм і зафіксованих в них виконань (переважне використання способами: публічного виконання фонограм, публічної демонстрації відеограм);

– Громадська організація «Агентство охорони прав виконавців», яка здійснює управління на колективній основі майновими правами виконавців, суб'єктів авторського права;

– Всеукраїнська громадська організація «Гільдія кінорежисерів «24/1», основна сфера діяльності якої полягає в управлінні на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права в аудіовізуальній сфері;

– Асоціація «Будинок авторів музики в Україні» на колективній основі здійснює управління майновими правами суб'єктів авторського права;

– Всеукраїнська громадська організація «Автор» управляє на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права;

– Асоціація «Гільдія виробників відеограм і фонограм», основною сферою діяльності якої є управління на колективній основі майновими правами виробників відеограм, виробників фонограм;

– Всеукраїнська громадська організація «Український авторський союз» здійснює управління на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права, виконавців, виробників фонограм, виробників відеограм;

– Всеукраїнська громадська організація «Всеукраїнське агентство з авторських і суміжних прав». Основна сфера її діяльності пов'язана із управлінням на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права, виконав-

ців, виробників фонограм, виробників відеограм. Також це об'єднання є Уповноваженою організацією колективного управління, яка здійснює збір і розподіл винагороди (роялті) за використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм і зафіксованих в них виконань;

– Приватна організація «Українське агентство з авторських прав». Основна сфера її діяльності – управління на колективній основі усіма категоріями майнових прав суб'єктів авторського права, а саме: авторів, їх спадкоємців, інших осіб, яким на законних підставах передані майнові авторські права;

– Всеукраїнська громадська організація «Всеукраїнське агентство авторських прав», яка займається колективним управлінням майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав [3].

Організаційно-правові форми ОКУ в Україні та інших країнах світу

В Україні організації колективного управління вперше своє законодавче визнання отримали у Законі України «Про авторське право і суміжні права». Аналіз ст. 46–49 Закону України «Про авторське право і суміжні права» дає підстави стверджувати, що правовий статус цих організацій у законодавстві визначений фрагментарно, в тому числі і їх взаємовідносини з суб'єктами авторського права та суміжних прав, що на практиці породжує безліч проблем, багато з яких не знаходить свого вирішення.

З самого початку свого виникнення організації колективного управління існували як суб'єкти приватного права, набували статусу юридичної особи, їх діяльність носила некомерційний характер, вони створювалися з ініціативи самих авторів з метою захисту особистих інтересів та управління майновими правами творців. Основні принципи, на яких ґрунтується діяльність вказаних організацій, знайшли своє закріплення і у типових статутах товариств, що увійшли до складу CISAC та були затверджені на XI Берлінському конгресі 1936 р. [4].

Якщо під цим кутом зору проаналізувати правовий статус організації колективного управління в Україні, то, виходячи з положень закону, слід констатувати таке: вони є юридичними особами (ч. 2 ст. 47), не мають права займатися комерційною діяльністю (ч. 2 ст. 48), на їх діяльність не поширюються обмеження, передбачені законодавством про обмеження економічної конкуренції (ч. 2 ст. 48), створюються такі організації суб'єктами авторського права і суміжних прав (ч. 2 ст. 47), поряд з цим передбачається реєстраційний порядок їх створення (ч. 1 ст. 48), предмет їх діяльності обмежений управлінням певними категоріями майнових прав певних категорій суб'єктів авторського права і суміжних прав або управлінням різними майновими права в інтересах різних категорій суб'єктів авторського права і суміжних прав (ч. 3 ст. 47).

Одним з питань, що має практичний інтерес і пов'язане із загальною доктриною створення організацій колективного управління, є визначення їх організаційно-правової форми. Якщо звернутися до зарубіжного досвіду, можна зробити висновок, що згадане питання вирішується неоднозначно і залежить від особливостей національного законодавства. Так, для Франції, країн Латинської Америки найбільш придатною була модель організацій приватного права у формі господарських товариств [5].

В Італії подібні структури створені як суб'єкти приватного права, але їх діяльність контролюється урядом через процедуру затвердження бюджету та призначення голови товариства декретом глави уряду [6]. У Болгарії, Угорщині організації колективного управління є державними, в Алжирі, Камеруні, Малі – державними або напівдержавними, у Бельгії, Швейцарії та Норвегії вказані організації набули форму кооперативу, у Великій Британії – товариства з обмеженою відповідальністю, в Ізраїлі – акціонерного товариства. Але незалежно від організаційної форми, яку набувають такі організації, за вимогою CISAC вони не повинні набувати форми та здійснювати діяльність, характерну для торгових організацій [7].

Закон України «Про авторське право і суміжні права» не містить положень щодо організаційно-правової форми організації колективного управління, а відповідно до ч. 1 ст. 83 ЦК України юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та інших формах, встановлених законом. На вибір організаційної форми юридичної особи значний вплив справляє мета її діяльності. Аналіз Закону України «Про авторське право і суміжні права» свідчить про відсутність законодавчого визначення мети створення зазначених організацій. Проте зміст відповідного розділу вказаного закону та характер повноважень вказаних організацій надає змогу зробити висновок, що метою їх створення є захист майнових прав суб'єктів авторського права та суміжних прав, а також представництво їх інтересів у взаємовідносинах із користувачами об'єктів авторського права і суміжних прав, у разі коли така індивідуальна діяльність є неефективною або утрудненою.

Виходячи з викладеного, а також враховуючи, що вказані організації створюються добровільно суб'єктами авторського права та суміжних прав, є підстави стверджувати, що організаційною формою згаданих організацій є об'єднанням громадян. Цей висновок підтверджується і положеннями ст. 1 Закону України «Про об'єднання громадян» [8], а саме: «Об'єднанням громадян є добровільне громадське формування, створене на основі єдності інтересів для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод». Що стосується виду об'єднання громадян, до яких слід віднести організації колективного управління, то за своєю природою вони належать до громадських організацій, які є об'єднанням громадян для задоволення та захисту своїх законних соціальних, економічних, творчих, вікових, національно-культурних, спортивних та інших спільних інтересів.

Відповідно до викладеного у Законі України «Про авторське право і суміжні права» необхідно сформулювати мету створення організацій колективного управління та зазначити їх організаційну форму як громадську організацію з поширенням на них дії Закону України «Про об'єднання громадян».

Виходячи з мети створення організацій колективного управління, ***їх діяльність носить представницький характер***. Вони є представниками інтересів суб'єктів авторського права і суміжних прав у взаємовідносинах з суб'єктами використання об'єктів авторського права і суміжних прав. Цей висновок ґрунтується на таких положеннях законодавства: суб'єкти авторського і суміжного права ***доручают***ь вказаним організаціям управління сво-

їми майновими правами (ч. 1 ст. 47); ***повноваження*** на колективне управління ***передається*** суб'єктами авторського права і суміжних прав ***на підставі письмового договору*** (ч. 3 ст. 48); встановлена ***заборона використання*** будь-яким способом ***переданих їм для управління*** майнових авторських ***прав*** і суміжних прав (ч. 2 ст. 48), свої функції організації колективного управління виконують від імені суб'єктів авторського права і суміжних прав ***на основі одержаних*** від них ***повноважень*** (ч. 1 ст. 49).

Таке становище організацій колективного управління характерне для всіх організацій, що створюються в різних країнах, основна мета діяльності яких у статуті закріплена як захист особистих інтересів немайнового характеру авторів та управління їх майновими правами на твори. Проте юридичні підстави здійснення представницьких функцій можуть бути різними: договір, відповідно до якого одна сторона (творець) доручає іншій (товариству) вчиняти в її інтересах певні юридично значущі дії по захисту її прав (договір доручення); представництво інтересів на підставі довіреності (мандату); договір на передання майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності укладений між творцем та товариством; представництво в силу закону. Якщо знову звернутися до національного законодавства, то можна стверджувати, що воно прямо передбачає лише одну підставу такого представництва – письмовий договір про надання певних представницьких повноважень, в межах яких повинні діяти організації колективного управління (ч. 3 ст. 48). Саме з такого положення виходять і судові органи при вирішені спорів, що знайшло своє відображення у Рекомендаціях Президії Вищого господарського суду України «Про деякі питання вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 10. 06. 2004 р. № 04-5/1107. Водночас було б неправильно обмежувати джерела набуття представницьких повноважень організацій колективного управління лише договором. Аналіз положень Закону України «Про авторське право і суміжні права» дає можливість стверджувати, що вказані організації мають право представляти інтереси суб'єктів авторського права і суміжних прав і в силу закону, що прямо випливає з положень ч. 2 ст. 25 ст. 42 Закону (збір винагороди за «приватну копію»), а також ч. 2 ст. 43 Закону.

Крім зазначених способів набуття представницьких повноважень, деякі країни світу визнають за організаціями колективного управління представницькі повноваження, що виникають або з факту членства в такій організації, або в силу причетності до певного виду творчості.

Так, в Аргентині факт вступу автора до товариства відповідно до статутів організацій прирівнюється до укладення договору на представництво [9]. За умови законодавчого закріплення в Україні за організаціями колективного управління статусу громадських організацій, джерелом набуття їх представницьких функцій так само буде факт вступу до такої організації за наявності відповідної норми у статуті. Цей висновок випливає із ч. 1 ст. 20 Закону України «Про об'єднання громадян», відповідно до положень якої об'єднання громадян для здійснення цілей і завдань, визначених у статутних документах, користуються правом представляти і захищати свої законні інтереси та законні інтереси своїх членів (учасників) у державних та громадських органах.

Відповідно до ст. 180 Італійського закону про авторське право авторські товариства наділяються законом правом представляти інтереси всіх творчих працівників, незалежно від їх членства в такому товаристві, за умови, що сфера їх діяльності попадає в сферу управління цього товариства. Закон України «Про авторське право і суміжні права» не передбачає такі повноваження за організаціями колективного управління, хоча встановлює наслідки такої діяльності. Так, відповідно до ч. 2 ст. 49 Закону: «суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав, які не передали організаціям колективного управління повноважень на управління своїми правами, в тому числі щодо збирання винагороди, мають право вимагати від організацій колективного управління, які таку винагороду за використання їхніх творів і об'єктів суміжних прав зібрали, виплати цієї винагороди, а також вимагати вилучення своїх творів і об'єктів суміжних прав із дозволів на використання, які надаються організаціями колективного управління шляхом укладання договорів з особами, які використовують ці об'єкти».

В деяких країнах організації колективного управління в своїх статутах передбачають положення, відповідно до яких вступ до організації тягне за собою переуступку своїх майнових прав такій організації. Така уступка прав, як правило, необмежена у часі і поширюється на твори, що будуть створені у майбутньому. Вказані положення статутів приватних організацій по управлінню правами повною мірою визнаються судовими органами при розгляді спорів, що випливають у зв'язку із управлінням майновими правами та зібранням винагороди за використання творів. Аналогічні положення містяться у Типовому статуті приватних організацій по управлінню авторських прав в країнах, що розвиваються, схваленого Комітетом урядових експертів ЮНЕСКО/ВОІВ на засіданні , що відбулося у Женеві в жовтні 1983 р. [10].

Крім організацій приватного права, що здійснюють управління правами авторів, такі функції можуть здійснювати й організації публічного права за умови, що така діяльність ґрунтується на законі, відповідно до якого ця організація була створена. В даному випадку представництво інтересів автора буде здійснюватися в силу закону.

Виходячи з викладеного та враховуючи реальну практику діяльності організацій колективного управління, доцільно було б в Законі України «Про авторське право і суміжні права» розширити підстави набуття ними повноважень по представництву інтересів суб'єктів авторського права та суміжних прав.

Аналіз практики діяльності організацій колективного управління та досвід законодавчого регулювання в зарубіжних країнах їх правового статусу, крім викладених рекомендацій, дає можливість сформулювати такі пропозиції щодо удосконалення правового регулювання у зазначеній сфері.

Враховуючи, що предмет діяльності організацій колективного управління в Законі України «Про авторське право і суміжні права» визначений занадто загально (ч. 3 ст. 47) і потребує додаткового тлумачення на практиці, з метою уникнення порушення прав як організацій колективного управління, так і суб'єктів авторського права і суміжних прав, на законодавчому рівні необхідно конкретизувати сфери застосування колективного управління.

Враховуючи досвід зарубіжних країн, зокрема Литовської Республіки та Латвії, такими сферами могли б стати: публічне виконання музичних та літературних творів будь-яким способом та засобом; трансляція і ретрансляція творів літератури, музики та інших творів мистецтва; перепродаж оригіналів творів мистецтва, рукописів літературних та музичних творів; кабельна ретрансляція творів і об'єктів суміжних прав, крім випадків, коли йдеться про програми самих ретранслюючи організації; відтворення музичних та літературних творів у фонограмах, відтворення літературних, музичних та інших творів мистецтва на відеозаписах (аудіовізуальні твори); використання фонограм, випущених з комерційною метою і розповсюджених через торговельні організації для трансляції, ретрансляції, публічного виконання чи публічного оголошення; прокат творів, об'єктів суміжних прав або їх копій, а також безоплатне користування ними, за виключенням комп'ютерних програм і баз даних; відтворення у виданнях творів образотворчого і прикладного мистецтва, фотографій, схем, креслень (репродукцій).

Крім цього, організації колективного управління доцільно було б створювати двох видів: по управлінню майнових авторських прав та по управлінню майнових суміжних прав. Ця пропозиція пов'язана з необхідністю конкретизувати на рівні закону повноваження суб'єктів авторського права та суміжних прав за їх участю у діяльності створюваних ними організацій. Якщо виходити з положення закону, що організації колективного управління створюються відповідними суб'єктами права інтелектуальної власності, то закономірно виникає запитання щодо їх участі в управлінні такою організацію та їх участі у визначенні фінансової політики, в тому числі і фінансових засад функціонування таких організацій.

Виходячи із запропонованої організаційної форми організацій колективного управління на рівні закону, доцільно закріпити положення, відповідно до яких рішення щодо розміру винагороди та умов укладення з користувачами договорів на використання творів та об'єктів суміжних прав, способу розподілення та виплати винагороди приймається виключно суб'єктами авторського права і суміжних прав на загальних зборах. У випадках, коли автор одночасно є суб'єктом суміжних прав, в законі бажано обмежити його повноваження щодо тарифної політики організації за використання об'єкта суміжних прав (заборонити брати участь у прийнятті рішення). Таке саме положення доцільно закріпити і за суб'єктом суміжних прав, який одночасно є автором, обмеживши його повноваження щодо тарифної політики на використання об'єктів авторського права.

В законах про авторське право і суміжні права багатьох зарубіжних країн закріплюється принцип самофінансування таких організацій [11]. Закон України «Про авторське право і суміжні права» не містить жодних вказівок щодо фінансування діяльності організацій колективного управління. Подолати таку прогалину у законодавстві та одночасно забезпечити принцип прозорості діяльності вказаних організацій можна шляхом доповнення законодавства України відповідною нормою. В такій нормі слід встановити, що фактичні видатки організації, пов'язані із отриманням, розподіленням та виплатою винагороди суб'єктам авторського права і суміжних прав (адміністративні витрати), покриваються за рахунок винагороди, отриманої за договорами про використання об'єктів авторського права і суміжних прав. Крім цього, доцільно на законодавчому рівні закріпити за організаціями колективного управління право створювати спеціальні фонди в інтересах суб'єктів авторського права і суміжних прав за рахунок відрахувань від зібраних коштів відповідно до мети діяльності такої організації.

Виходячи з практики діяльності організацій колективного управління в Україні, аналізу національного законодавства та зарубіжного досвіду, доцільно було розробити та прийняти Закон України про організації колективного управління в сфері авторського права та Закон України про організації колективного управління в сфері суміжних прав, в яких врегулювати весь комплекс питань, пов'язаних із визначенням їх правового статусу.

Реалізація викладених пропозицій буде сприяти конкретизації правового статусу організацій колективного управління майновими права та підвищенню ефективності їх діяльності по захисту прав та законних інтересів суб'єктів авторського права і суміжних прав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Близнец Иван*. Право интеллектуальной собственности. – http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1935_page_30.html.

2. *Вьюгина Тамара*. Коллективное управление правами. источник: «Юридическая практика». – http://www. copy right. com. Ua/show_art. php?who=52.

3. *Организации* коллективного управления в Украине. Официальный сайт УААСП: http://old.sdip.gov.ua/rus/information/ publications/ bulitap/.

4. *СИЗАК*. Решения, дискуссии и пожелания, принятые в ходе конгрессов и ассамблей, 1926–1952 гг. Изд-во ЮНЕСКО. – 1960. – 468 с.

5. *Кодекс* интеллектуальной собственности Франции. – Ст. L 321–1.1.

6. *Закон Італії* «Про авторське право». – Ст. 57.

7. *Хартія прав авторів*, прийнята 26 вересня 1956 р. у Гамбурзі на XIX-му конгресі міжнародної конференції товариств авторів і композиторів, Європейська хартія авторів аудіовізуальних творів // Авторське право і суміжні права. Європейський досвід. Книга 1. Нормативні акти і документи. Європейська інтеграція України. Під ред. док. юрид. наук, проф. А. С. Довгерта. – Київ. – 2001. – 519 с.

8. *Закон України* «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 року № 2460-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 34. – Ст. 504.

9. *Gastildi J. M.* Repserentacion, poder y mandoto// Enciclopedia juridical Buenos Aires: OMEBA. 1968. – T. XXIV. – P. 716–740;

10. *Carmet O.* Statut de la SACEM// Revue internationale du droit d`autear. – Paris. – 1989. – Arvil. – № 140. – P. 29–55;

11. *Закон Республіки Молдова* «Про авторське право і суміжні права». Ч. 2 – Ст. 35.

The article is sanctified to the location of organizations of collective management in the process of realization of absolute property titles on the objects of copyright and allied rights by authors and other legal of intellectual property subjects. A national and foreign legislation, international acts, is analysed, the questions of history of origin and development of organizations of collective management are illuminated, it is determined them legal status.

Статья посвящена определению места организаций коллективного управления в процессе реализации исключительных прав на объекты авторского права и смежных прав авторами и другими субъектами права интеллектуальной собственности. Анализируется национальное и зарубежное законодательство, международно-правовые акты, раскрываются вопросы истории возникновения и развития организаций коллективного управления, определяется их правовой статус.

ПРАВО СПОЖИВАЧА НА ОТРИМАННЯ ІНФОРМАЦІЇ ПРО ТОВАР: ПОРІВНЯЛЬНО- ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Чудик-Білоусова Н. І.,

кандидат юридичних наук, доцент, науковий співробітник
Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України
до стандартів ЄС НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Черняк О. Ю.,

молодший науковий співробітник
Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України
до стандартів ЄС НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються окремі питання правового регулювання відносин щодо отримання інформації споживачем про товар за законодавством України та Європейського Союзу. Визначено поняття права споживача на інформацію та сформульовано пропозиції щодо вдосконалення законодавства у сфері захисту прав споживачів.

Ключові слова: споживач, інформація, право на інформацію.

Цілеспрямований розвиток інформаційних відносин, зростання обсягу застосування новітніх інформаційних технологій призвели до стрімкого формування інформаційного суспільства, яке характеризується, перш за все, переорієнтацією економіки з використання матеріальних ресурсів на ефективне впровадження знань, підтримку інновацій, науки і освіти. В Україні, так само як і в усьому світі, проблемам інформації та інформаційних відносин приділяють увагу фахівці різних галузей права, однак найбільший інтерес в останні роки викликають питання, пов'язані із регулюванням інформації.

Дослідження права споживача на інформацію пов'язане, насамперед, із теоретичними напрацюваннями загальної теорії права та цивільного права щодо загального та спеціального правового статусу (С. М. Братусь, Я. Р. Веберс, М. В. Витрук, І. В. Кірюшина, М. І. Матузов та ін.), а також дослідженнями інформаційних відносин та права на інформацію (А. Б. Агапов, С. С. Алєксєєв, Ю. М. Батурин, І. Л. Бачило, О. О. Гаврилов, Р. А. Калюжний, В. А. Копилов, В. Н. Лопатін, М. М. Рассолов, Ю. О. Тіхоміров, О. О. Фатьянов, М. О. Федотов та ін.). Окремо дослідженням права споживачів на інформацію займались А. Ю. Головін, О. Б. Кузнєцова, Є. В. Медянкова, Є. В. Павловцев, Є. Ю. Свінцова. Питанням, що пов'язані із правом на інформацію та захистом інформаційних прав в науковій літературі, приділяється значна увага. Адже залежно від того, як вирішуються питання, пов'язані із правом на інформацію, власне, і визначається рівень демократичності суспільства, дотримання прав та свобод людини, але теоретико-правові аспекти захисту прав споживача на інформацію в контексті адаптації чинного законодавства до законодавства ЄС фактично не розроблено.

Право споживача на інформацію гарантується Конституцією України та закріплено в Резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 09.04.1985 р., якою закріплено Керівні принципи захисту інтересів споживачів. Амстердамський договір від 01.05.1999 р. у п. 1 ст. 153 передбачив розширення прав споживачів на інформацію в контексті забезпечення високого рівня їх захисту [1, с. 92]. Відносини у сфері надання інформації врегульовані Цивільним кодексом України [2] та законами України, які безпосередньо чи частково регулюють відносини у сфері захисту прав споживача [3 – 8].

Одержання особою споживчих знань, насамперед, повинно сприяти належному здійсненню їх прав, забезпечувати можливість діяти як розбірливий споживач, здатний зробити компетентний вибір товару чи послуги, що знає свої права й обов'язки, основні способи їх захисту та повинне зробити позитивний вплив і на комерційні організації, стимулюючи останніх до сумлінної поведінки на споживчому ринку [9, с. 64]. Знання прав споживачів дає можливість особі вирішити проблему якості товарів, їх безпеки для здоров'я.

Правовідносини за участю споживача виникають на підставі різноманітних юридичних фактів. Процес реалізації правового статусу споживача починається з моменту, коли він виявив намір придбати товар або безпосередньо робить це, укладаючи цивільно-правовий договір, вступаючи в цивільно-правові відносини. У зв'язку з цим становить науковий інтерес аналіз особливостей юридичних фактів щодо реалізації правового статусу споживача з приводу права на інформацію.

На відміну від приблизного переліку підстав виникнення цивільних прав і обов'язків учасників цивільного обороту, визначених ст. 11 ЦК України [2], значення юридичного факту набуває вираження споживачем наміру придбати товар, про що йдеться у ст. 1 Закону [3]. Природа такого юридичного факту та місця у динаміці цивільних відносин не досить досліджена, адже у більшості публікацій він узагалі не аналізується, хоча на практиці є досить поширеною підставою виникнення правовідносин. Право споживача як право на інформацію про товар виникає до укладення договору з одного факту вираження споживачем наміру вступити в нього: звернувшись до продавця з проханням показати товар, розповісти про його властивості, особа уже реалізує свій правовий статус. Тому відмова про-

давця задовольнити обґрунтовані вимоги споживача в частині надання інформації є порушенням його прав. Так, ненадання продавцем інформації про товар визнається необґрунтованим відхиленням торгового підприємства від укладення договору роздрібної купівлі-продажу і тягне за собою обов'язок відшкодувати покупцю завдані цим збитки (ч. 5 ст. 698 ЦК України) [2]. З цієї підстави виникає організаційне правовідношення інформаційного типу, у рамках якого виникають «переддоговірні» права й обов'язки, наприклад, право на інформацію [10, с. 51; 11, с. 277 – 278].

Питання про те, як розцінювати право на одержання інформації про товар і про продавця (виробника, виконавця), що виникає у споживача незалежно від факту укладення договору лише з одного вираження наміру купити товар, слід визнати дискусійним, адже таке право і, відповідно, обов'язок підприємця надати таку інформацію виникає в силу відповідного акта, тому факту укладення договору тут не потрібно. За порушення таких норм настає відповідальність у вигляді адміністративного штрафу [12, с. 10; 13]. Також зазначають, що обов'язок надання інформації, наявний ще до моменту укладення договору, випливає з публічного, зокрема, договору роздрібної купівлі-продажу) [10, с. 52; 14 – 16]. У такому контексті зобов'язання з інформування споживача не є договірними, а й не можуть бути віднесені до позадоговірних зобов'язань. Таке зобов'язання пропонують вважати переддоговірним, тобто таким, що виникає у силу інших дій осіб. Кореспондуюче обов'язку підприємця право споживача виникає в момент, коли він висловив намір придбати товар. Такий підхід є обґрунтованим, однак, визначаючи природу дії як вираження наміру, вважаємо, що його слід віднести до категорії юридичних вчинків, тобто таких правомірних дій, з якими закон пов'язує визначені юридичні наслідки незалежно від того, чи були вони спрямовані на такі наслідки чи ні [10, с. 90 – 91].

А. А. Сукачем висловлена думка, що переддоговірна інформація про товар надається споживачу в силу наявності двохелементного фактичного складу, що включає в себе два юридичних факти: публічну оферту товару і волевиявлення споживача на одержання інформації про товар [11, с. 277 – 278]. Для того, щоб у споживача виникло суб'єктивне право на інформацію, повинен мати місце юридичний факт, за яким із впевненістю можна було б установити, що на момент звернення споживача до продавця за інформацією про товар останній запропонував йому цей товар, а це можна зробити, орієнтуючись на ознаки публічної оферти. Публічна оферта товару в цьому випадку виступає як окремий юридичний факт. Волевиявлення споживача на одержання інформації про товар не є акцептом, так як немає єдиного вольового акта продавця і покупця, що міг дати підставу стверджувати про наявність договору. Волевиявлення споживача на одержання інформації від продавця може бути виражене як словесно, так і конклюдентною дією. Остання має місце, наприклад, у випадку, коли споживач сам читає інструкцію до товару, що наявна в торговельній залі для загального ознайомлення. На нашу думку, при конклюдентному волевиявленні процес утворення підстави виникнення переддоговірних правовідносин, саме правовідносин як сукупності суб'єктивного права і юридичного обов'язку, збігаються в часі. Адже поки споживач читає інструкцію, фактично триває процес утворення переддоговірних правовідносини. Водночас споживач фактично реалізовує своє право на інформацію про товар та кореспондуючий йому обов'язок продавця.

Очевидно, що до моменту звернення споживача до відповідної організації щодо придбання чи замовлення продукції право на отримання інформації про продукцію повинно розглядатися як елемент правоздатності. Тому для виникнення права споживача на інформацію необхідне здійснення конкретних дій, що свідчать про намір особи вступити у договірні відносини по отриманню продукції.

Аналізуючи зміст права споживача на інформацію, необхідно зазначити, що відповідно до ст. 15 Закону споживач має право: одержати необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про продукцію (товари, роботи, послуги); розірвати договір і вимагати відшкодування завданих збитків; вимагати надання у прийнятно короткий, але не більше місяця, строк належної інформації; пред'явити продавцю (виробнику, виконавцю) вимоги, передбачені ст. 16 Закону, а також вимагати відшкодування збитків, завданих природним об'єктам, що перебувають у його володінні на праві власності або на інших підставах, передбачених законом чи договором [3].

Характеризуючи законодавчу регламентацію права споживача на інформацію, необхідно зазначити, що відповідно до ст. 15 Закону споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого і компетентного вибору [3]. Так, відповідно до змін, внесених до Кодексу України про адміністративні правопорушення, відмова працівників торгівлі, громадського харчування та сфери послуг і громадян, які займаються підприємницькою діяльністю в цих галузях, у наданні громадянам-споживачам необхідної, доступної та достовірної інформації про товари (роботи, послуги), у навчанні безпечного та правильного їх використання, а так само обмеження прав громадян-споживачів на перевірку якості, комплектності, ваги та ціни придбаних товарів тягнуть за собою накладення штрафу у розмірі трьох неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [13].

До поняття «необхідної інформації» законом висуваються якісні та кількісні вимоги. Однак законодавство не розкриває зміст цього поняття, тому при виникненні спорів варто виходити із звичайних вимог, що висуваються, з урахуванням інтересу споживача, адже така інформація покликана забезпечити можливість компетентного, незалежного вибору продукції, можливість використання її за призначенням, попередження про небезпеку [7] та про можливість забруднення навколишнього середовища. Фактично до цього поняття повинна бути включена інформація, що відповідно до закону є обов'язковою.

Кількість інформації для споживача має бути достатньою для того, щоб він отримав усі необхідні відомості з приводу визначеної продукції. У встановлених нормативно-правовими актами межах її обсяг визначається виробником (виконавцем) чи споживачем у випадку, якщо виробником (виконавцем) не враховано усі особливості продукції. В зв'язку з цим споживач може поставити будь-яке питання, що стосується продукції, а виробник (виконавець) зобов'язаний вжити усіх розумних заходів для відповіді на них, що дасть змогу забезпечити

повноту інформації. Визначений законодавством перелік відомостей, що має бути наданий споживачу, слід розглядати як обов'язкову інформацію, що є складовою частиною «необхідної» інформації. Так, якщо в силу будь-яких особливостей робіт (послуг) вимагається надання споживачу додаткової інформації, поряд з обов'язковою, яка встановлена законом, виконавець (виробник, продавець) зобов'язаний її надати і не вправі у випадку виникнення спору посилатися на ту обставину, що інформація не вказана в загальновстановленому переліку обов'язкової до доведення до відома споживача інформації. Тому вважаємо, що з метою правильного використання терміна «необхідна інформація» на практиці необхідно його визначити в ст. 1 Закону як будь-які відомості про споживчі властивості товару (робіт, послуг), що становлять інтерес споживача з метою використання продукції, що придбається, а також продавця (виробника, виконавця), доступні для сприйняття людиною та необхідні споживачу для реалізації і захисту своїх прав.

Інформація для споживача повинна бути викладена в доступній (за сприйняттям) формі, тобто викладена мовою, якою володіють ті, на кого поширюється інформація та якщо вона містить лише зрозумілі терміни та загальновживані і загальновідомі характеристики. Інформація вважається достовірною, коли вона відповідає істинному стану речей [17; 18; 20]. Недостовірна інформація може призвести до неправильного розуміння або прийняття неправильних рішень. Достовірна інформація з часом може стати недостовірною, так як володіє якістю старіння та перестає відповідати істинному стану речей. Своєчасно отримана інформація може принести очікувану користь та позитивний результат для прийняття правильного рішення, хоча несприятливими є її передчасне передання чи його затримка. Тому при розгляді вимог споживача про відшкодування збитків, завданих недостовірною або неповною інформацією про продукцію чи недобросовісною рекламою, необхідно виходити з припущення, що у споживача немає спеціальних знань про властивості та характеристики продукції, яку він має намір придбати (презумпція непрофесійності споживача) [21].

Праву споживача на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію кореспондується обов'язок продавця (виконавця, виробника) надати цю інформацію до придбання ним товару чи замовлення роботи. Законом визначено особливі вимоги до певних видів продукції. Так, інформація про послуги, пов'язані з концертною, гастрольно-концертною, конкурсною, фестивальною діяльністю, повинна містити відомості про використання чи невикористання виконавцями музичних творів фонограм власного вокального, інструментального, вокально-інструментального виконання музичного твору з музичним супроводом або без нього чи фонограм музичного супроводу до власного вокального, інструментального, вокально-інструментального виконання музичного твору. Щодо продукції, яка підлягає обов'язковій сертифікації, має надаватися інформація про її сертифікацію. Інформація про продукцію і можливі наслідки її споживання (використання), якщо за певних умов вона може бути небезпечною для життя, здоров'я споживача, його майна, навколишнього природного середовища, доводиться до його відома виробником (виконавцем, продавцем).

Маркування фасованих харчових продуктів повинно містити в доступній для сприйняття покупцем формі інформацію [5; 17; 22 – 25]. Маркування нефасованих харчових продуктів здійснюється в порядку, установленому нормативними документами для певних харчових продуктів, а продаж фасованих вітчизняних та імпортних харчових продуктів без маркування державною мовою України не допускається [26 – 34]. Для маркування харчових продуктів використовують специфічні символи, якими позначають оздоровчі харчові продукти, дієтичні, профілактичні, біологічно активні харчові добавки, дитяче харчування, харчування для спортсменів.

Одним важливим аспектом права споживача на інформацію про продукцію є порядок позначення цін на продукцію. Загальні принципи позначення цін були встановлені відповідними Директивами ЄС [35; 36]. З метою забезпечення належного інформування споживачів про ціни та полегшення їх порівняння, що має бути досягнуто шляхом зазначення продажної ціни та ціни за одиницю виміру продуктів, які пропонуються споживачам, 16 лютого 1998 р. було прийнято Директиву Європейського Парламенту та Ради 98/6/ЄС щодо продуктів (товарів), які не були попередньо упаковані (розфасовані); їх кількість вимірюється в присутності споживача. Обов'язком продавця (виконавця) є зазначення ціни кожної одиниці такої продукції або однієї категорії продукції, ціни однієї стандартної одиниці цієї продукції. Написи щодо ціни реалізації продукції мають бути чіткими і простими для розуміння. Ціна продукції повинна включати в себе всі податки та неподаткові обов'язкові платежі, які відповідно до законодавства сплачуються споживачем під час придбання відповідної продукції (ч. 3 ст. 15 Закону) [3], тобто позначення цін на продукцію певною мірою відповідають вимогам, що встановлені європейським законодавством. У разі коли за одну ціну пропонується кілька товарів, робіт або послуг чи їх поєднання або якщо продавець (виконавець) надає споживачеві при реалізації однієї продукції право одержати іншу продукцію за зниженою ціною, до споживача доводиться інформація щодо: змісту та вартості пропозиції та у разі пропонування товарів, робіт або послуг за одну ціну – ціни таких товарів, робіт або послуг, взятих окремо; умови прийняття пропозиції, зокрема строку її дії та будь-яких обмежень, включаючи обмеження щодо кількості.

Під час продажу товару, який підлягає гарантійному ремонту (обслуговуванню) або гарантійній заміні, суб'єкт господарської діяльності або його працівники зобов'язані: у присутності споживача здійснити перевірку споживчих властивостей товару, наявності експлуатаційних документів, у тому числі гарантійного талона та відривних талонів на гарантійне обслуговування, комплектності товару, зазначеної в експлуатаційних документах; поінформувати про правила користування товаром; заповнити відповідні розділи гарантійного і відривного талонів на гарантійне обслуговування; надати інформацію про підприємства (майстерні), що здійснюють гарантійний ремонт. Обов'язком продавця (виробника, виконавця) є розміщення інформації про продукцію у місцях, де вона реалізується, а також доведення до споживача, за його згодою, інформації про продукцію за допомогою засобів дистанційного зв'язку [3].

Способи доведення інформації до споживача визначаються специфікою окремих сфер обслуговування, хоча вона повинна бути доведена в наочній і доступній формі. Специфіка доведення інформації здебільшого визначається правилами торгівлі окремими видами товарів (у видах договорів купівлі-продажу) і правилами надання різних послуг. З метою покращення інформування споживача в Законі передбачено, що інформація повинна доводитись до відома українською мовою [37].

Інформація може бути передана споживачу як в усній, так і в письмовій формі. Якщо при захисті своїх прав продавець (виробник, виконавець) доведе факт передачі конкретної інформації в усній формі, то вона буде мати таке саме юридичне значення, як і інформація письмова. Однак слід мати на увазі ненадійність надання усної інформації, оскільки під час захисту своїх інтересів у суді існуватиме складність доведення надання такої інформації [38, с. 45], адже законодавство презюмує вину продавця.

Вимоги щодо обсягу інформації про окремі види товарів (робіт, послуг) містяться й в інших законодавчих актах. Так, забороняється обіг харчових продуктів, етикетування яких не відповідає законодавству та відповідним технічним регламентам. Усі харчові продукти, що перебувають в обороті в Україні, етикетуються державною мовою України та містять у доступній для сприймання споживачем формі інформацію про: назву харчового продукту; назву та повну адресу і телефон виробника, адресу потужностей (об'єкта) виробництва, а для імпортованих харчових продуктів – назву, повну адресу і телефон імпортера; кількість нетто харчового продукту у встановлених одиницях виміру (вага, об'єм або поштучно); склад харчового продукту у порядку переваги складників, у тому числі харчових добавок та ароматизаторів, що використовувались у його виробництві; калорійність та поживну цінність із вказівкою на кількість білка, вуглеводів та жирів у встановлених одиницях виміру на 100 грамів харчового продукту; кінцеву дату споживання «Вжити до» або дату виробництва та строк придатності; номер партії виробництва; умови зберігання та використання, якщо харчовий продукт потребує певних умов зберігання та використання для забезпечення його безпечності та якості; застереження щодо споживання харчового продукту певними категоріями населення (дітьми, вагітними жінками, літніми людьми, спортсменами та особами, які страждають на алергію), якщо такий продукт може негативно впливати на їх здоров'я при його споживанні [5]. Законодавством закріплено низку інших вимог щодо етикетування та маркування харчових продуктів, що відповідають вимогам стандартів ЄС [39], хоча залишаються невирішеними питання щодо опису специфічних символів, їх використання та маркування харчових продуктів штриховими кодами, що повинні регулюватись актами Кабінетом Міністрів України. Так, вимоги щодо інформації про алкогольні напої та тютюнові вироби містить окремий закон [40] та спеціальні Правила [41], якими визначено гранично допустимі рівні вмісту смол та нікотину в димі сигарет, які реалізуються в Україні, що відповідають вимогам, які встановлені відповідною Директивою ЄС [42], але не повністю відображають її зміст з приводу зображень та маркування тютюнових виробів.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, вважаємо, що право споживача на інформацію є особливим «переддоговірним» правом, що виникає у особи при виявленні наміру придбати чи замовити продукцію для особистих потреб. Право споживача на інформацію можна визначити як встановлене законодавство і гарантоване державою право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію та її виробника, що забезпечує особі можливість свідомого і компетентного вибору товару (роботи, послуги).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Закон* «О защите прав потребителей». Комментарий к Закону и практике его применения / [О. Н. Зименкова, Т. Л. Левшина, В. И. Тобис, А. Е. Шерстобитов] ; отв. ред. А. Е. Шерстобитов. – М.: МЦФЭР, 2004. – 352 с.
2. *Цивільний* кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
3. *Про захист* прав споживачів: Закон України від 01.12.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 7. – Ст. 192.
4. *Про рекламу*: Закон України від 11.07.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 8. – Ст. 62.
5. *Про якість* та безпеку харчових продуктів і продовольчої сировини: Закон України від 06.09.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 50. – Ст. 533.
6. *Про державне* регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів: Закон України від 19.12.1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 46. – Ст. 345.
7. *Про внесення* змін до Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» щодо інформування громадян про наявність у харчових продуктах генетично модифікованих організмів (ГМО): Закон України від 17.12.2009 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 9. – Ст. 83.
8. *Про лікарські* засоби: Закон України від 05.06.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 31. – Ст. 415.
9. *Шабля Б. А.* Права потребителей при выполнении работ (оказании услуг) и их защита : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Шабля Богдан Александрович. – Омск, 1999. – С. 64.
10. *Гражданское* право: [учебн.] / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1998. – Ч. 2. – 778 с.
11. *Сукач А. А.* Преддоговорное информационное правоотношение в сфере розничной купли-продажи / А. А. Сукач // Ученые записки Юридического института Красноярского государственного университета: Вып. 1 / Отв. ред. Т. В. Сахнова. – Красноярск, 2001. – С. 277 – 278.
12. *Артемьев А. Д.* Закон «О защите прав потребителей» в системе источников российского права / А. Д. Артемьев, Т. Н. Тамаева, Г. Б. Морозов // Материалы III Всероссийской конференции «Защита прав потребителей». – Екатеринбург, 2000. – С. 10.
13. *Про внесення* змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо порушень порядку проведення розрахунків із споживачами: Закон України від 23.01.1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 11. – Ст. 92.
14. *Про затвердження* Правил роздрібної торгівлі непродовольчими товарами: наказ Міністерства економіки України від 19.04.2007 р. № 104 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 86. – Ст. 3183.
15. *Про затвердження* Порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування населення: постанова Кабінету Міністрів України від від 15.06.2006 р. № 833 // Офіційний вісник України. – 2006 – № 25. – Ст. 1818.
16. *Про затвердження* Порядку гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни технічно складних побутових товарів: постанова Кабінету Міністрів України від 11.04.2002 р. № 506 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 16. – Ст. 861.
17. *Про затвердження* Порядку етикетування харчових продуктів, які містять генетично модифіковані організми або вироблені з їх використанням та вводяться в обіг: Постанова Кабінету Міністрів України від 13.05.2009 р. № 468 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 37. – Ст. 1240.

18. *Про затвердження* Порядку здійснення оптової та роздрібної торгівлі транспортними засобами та їх складовими частинами, що мають ідентифікаційні номери: постанова Кабінету Міністрів України від 11.11.2009 № 1200 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 87. – Ст. 2939.

19. *Про захист* прав покупців сільськогосподарських машин: Закон України від 05.06.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 26. – Ст. 1253.

20. *Про внесення* зміни до статті 12 Закону України «Про лікарські засоби» щодо маркування лікарських засобів шрифтом Брайля: Закон України від 11.05.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 31. – Ст. 415.

21. *Про затвердження* Типових правил роботи оптових ринків сільськогосподарської продукції: наказ Міністерства аграрної політики України від 19.02.2010 р. № 73 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 26. – Ст. 1045.

22. *Про затвердження* Правил роздрібної торгівлі продовольчими товарами: наказ Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 11.07.2003 р. № 185 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 30. – Ст. 1581.

23. *Про реалізацію* статті 28 Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів»: постанова Кабінету Міністрів України від 26.07.2006 р. № 1023 // Урядовий кур'єр. – 2006. – 9 серпня. – № 147.

24. *Про затвердження* Правил роботи дрібнороздрібної торговельної мережі: наказ Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 08.07.1996 р. № 369, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 23.07.1996 р. за № 372/1397 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Вся база «Законодавство України». – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0372-96.

25. *Про затвердження* Порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування населення: постанова Кабінету Міністрів України від 15.06.2006 р. № 833 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 25. – Ст. 1818.

26. *Про затвердження* Технічного регламенту безпеки іграшок: постанова Кабінету Міністрів України від 08.10.2008 р. № 901 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 78. – Ст. 2615.

27. *Про затвердження* Правил пакування та маркування насіння сільськогосподарських культур в Україні: наказ Міністерства аграрної політики України від 22.06.2009 р. № 426 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 55. – С. 118.

28. *Про затвердження* Правил роздрібної торгівлі картоплею та плодоовочевою продукцією: наказ Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі від 08.07.1997 р. № 344 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 35. № 322 від 02.06.97 р.

29. *Питання* забезпечення реалізації статті 7 Закону України «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів»: постанова Кабінету Міністрів України від 12.10.2010 р. № 919 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 78. – Ст. 2752.

30. *Про затвердження* Технічного регламенту радіообладнання і телекомунікаційного кінцевого (термінального) обладнання: постанова Кабінету Міністрів України від 24.06.2009 р. № 679 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 50. – Ст. 1705.

31. *Про затвердження* Технічного регламенту щодо назв текстильних волокон і маркування текстильних виробів: постанова Кабінету Міністрів України від 14.01.2009 р. № 13// Офіційний вісник України. – 2009. – № 3. – Ст. 86.

32. *Про затвердження* Технічного регламенту етикетування ламп побутового використання стосовно ефективності споживання електроенергії: постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2008 р. № 1144 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 100. – Ст. 3335.

33. *Про вилучення* з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції: Закон України від 14.01.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 12. – Ст. 95.

34. *Про затвердження* Правил обов'язкової сертифікації харчових продуктів: наказ Державного комітету України по стандартизації, метрології та сертифікації від 02.06.1997 р. № 322, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 15.07.1997 р. за № 259/2063 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 29. – Ст. 123.

35. *Council* Directive 79/581/EEC of 19.06.1979 on consumer protection in the indication of the prices of foodstuffs // OJ. – L 158. – 26.06.1979. – P. 19 – 21.

36. Council Directive 88/314/EEC of 7 June 1988 on consumer protection in the indication of the prices of non-food products // OJ. – L 142. – 09.06.1988. – P. 19 – 22.

37. *Про мови* в Українській РСР: Закон Української РСР від 28.10.1989 р. із змінами, внесеними згідно із Законами України від 28.02.1995 р. та від 06.03.2003 р. // Відомості Верховної Ради України УРСР. – 1989. – № 45. – Ст. 631; Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 13. – Ст. 85; 2003. – № 24. – Ст. 159.

38. *Свинцова Е. Ю.* Защита прав потребителей в сфере рекламной деятельности в Российской Федерации: Дис… канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2005. – С. 45.

39. *Directive* 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council of the 20th March, 2000 on the approximation of the laws of the Member States relating to the labelling, presentation and advertising of foodstuffs // OJ. – L 109. – 6.5.2000. – P. 29 – 42.

40. *Про державне* регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів: Закон України від 19.12.1995 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 46. – Ст. 345.

41. *Правила* роздрібної торгівлі тютюновими виробами, затв. наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 24.07.2002 р. № 218, зареєстровано в Міністерстві юстиції України 20.08.2002 р. за № 679/6967 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 34. – Ст. 1632.

42. *Directive* 2001/37/EC of the European Parliament and of the Council of 5 June 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco products // OJ. – L 194. – 18.7.2001. – P. 26 – 35.

Some issues of legal regulation of relations for information about consumer goods under the laws of Ukraine and the European Union are considered in the article. The concept of the right of the consumer on the information is specified and offers on enhancement of the legislation in the field of protection of the rights of consumers are formulated.

В статье рассматриваются отдельные вопросы правового регулирования отношений по получению потребителем информации о товаре по законодательству Украины и Европейского Союза. Определено понятие права потребителя на информацию и сформулированы предложения по совершенствованию законодательства в области защиты прав потребителей.

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА У СПАДКОВИХ ВІДНОСИНАХ

Первомайський О. О.,

кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В аспекті положень Цивільного кодексу України, іншого чинного законодавства та практики його застосування в статті досліджуються особливості правового регулювання та участі суб'єктів публічного права в спадкових відносинах.

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

Відповідно до ч. 2 ст. 2 ЦК України [1, ст. 356] до можливих учасників цивільних відносин зараховані суб'єкти публічного права, зокрема, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави.

З урахуванням положень ст. 81, 167 – 169 ЦК України, ст. 73 –78 ГК України [2, ст. 144], ст. 4 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» [3, ст. 190], ст. 6 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [4, ст. 170], п. 11 Указу Президента «Про Загальне положення про міністерство, інший центральний орган державної виконавчої влади України» від 12.03.1996 р. [5] суб'єктами публічного права також є органи державної влади, органи місцевого самоврядування, державні, казенні та комунальні підприємства та установи.

Слід зазначити, що до участі в цивільних відносинах допущені лише ті суб'єкти публічного права, які є юридичними особами або які здатність до участі в цивільних відносинах одержали в силу прямої вказівки закону, наприклад, держава Україна та територіальні громади [6, с. 41−42].

Враховуючи те, що до складу відносин, які регулюються цивільним правом, входять спадкові відносини, й чинне законодавство не містить прямої заборони для участі суб'єктів публічного права в цьому різновиді цивільних відносин, останні є потенційними учасниками спадкових відносин.

Звісно, участь суб'єктів публічного права в спадкових відносинах має ряд особливостей, пов'язаних, по-перше, зі штучністю цих суб'єктів порівняно з фізичною особою – людиною, по-друге, з відмінністю мети заснування та існування суб'єктів публічного права порівняно з юридичними особами приватного права.

Згаданий вище штучний характер створення суб'єктів публічного права, як, до речі, й будь-якої юридичної особи, обумовлює те, що спадкодавцем, може бути винятково фізична особа (ст. 1216 ЦК). Істинність такого обмеження у визначенні кола спадкодавців ґрунтується на тому природному факті, що лише з існуванням фізичної особи – людини пов'язана можливість виникнення такого юридичного факту як смерть цієї людини або оголошення її померлою. Отже, виникнення відносин зі спадкування пов'язується, в першу чергу, з природним існуванням фізичних осіб.

Водночас прямо обмежуючи коло можливих спадкодавців винятково фізичною особою, в частині визначення спадкоємців, тобто осіб, до яких відбувається перехід права та обов'язків (спадщини), текст ст. 1216 ЦК є більш загальним, про що свідчить використання терміна «інші особи». Такими особами відповідно до системного тлумачення загальних положень ЦК про учасників цивільних відносин є як фізичні, так і юридичні особи (ч. 1 ст. 2, розділ ІІ ЦК тощо).

Оскільки ні ст.1216, 1222 ЦК, ні інші норми гл. 84 ЦК України не містять обмежень щодо можливості перебування у ролі спадкоємців юридичних осіб публічного права, то можемо зробити припущення, що останні можуть бути спадкоємцями.

Водночас не достатньо чітко врегульованими в межах ст.1216 ЦК України залишаються відносини щодо можливості залучення до спадкових відносин як спадкоємців інших суб'єктів публічного права, що за чинним законодавством не є юридичними особами. Мається на увазі, зокрема: держава Україна та чисельні територіальні громади.

Практична поінформованість надає нам можливість стверджувати про те, що ці суб'єкти можуть бути спадкоємцями. Більше того, згідно з положеннями ст. 1277 ЦК України відповідна територіальна громада взагалі зобов'язана набути право власності на відумерлу спадщину, однак, з огляду на те, що відповідно до ст. 2 ЦК України ці суб'єкти не визнаються «особами», висновок про їх можливу участь у спадкових відносинах як спадкоємців не знаходить легального підтвердження.

З урахуванням цього доречним виглядає внесення відповідних змін та доповнень до ст.1216 ЦК, що мали б зафіксувати здатність будь-яких суб'єктів публічного права набувати майно в результаті спадкування.

Першим варіантом подібного роду змін та доповнень могли б бути зміни в тексті ч.1 ст. 1216 ЦК існуючого визначення поняття «спадкування», в результаті чого слова «…до інших осіб…» були б замінені на «… до інших учасників цивільних відносин…»[1].

Згідно з другим варіантом змін та доповнень видається можливим доповнити ст.1216 ЦК ч. 2 такого змісту: «Спадкоємцями у випадках передбачених законом або заповітом, також можуть бути суб'єкти публічного права, зокрема, держава України, територіальні громади»[2].

До речі, згадувана вище ст. 1277 ЦК України, відповідно до якої спадщина може бути визнана відумерлою і право власності на яку може бути набуто відповідною територіальною громадою, може розглядатися не лише як самостійна правова підстава набуття права власності, а також тим поняттям, саме існування якого ставить під сумнів істинність тези про здійснення спадкування винятково або за заповітом (гл. 85 ЦК України), або за законом в порядку черговості (гл. 86 ЦК України).

Побудова тексту ст. 1217, 1222 ЦК України, що віднайшло своє подальше закріплення в згаданих гл. 85, 86 ЦК України, фактично залишає поза межами спадкового права відносини з набуття права власності на відумерлу спадщину, що, звісно, не є спадкуванням ні за заповітом, ні за законом в порядку черговості. Однак чи є це підставою для припущення про те, що набуття права власності на відумерлу спадщину (майно) не регулюється нормами спадкового права? Вважаємо, що ні, а радше навпаки: набуття права власності на відумерлу спадщину є ні чим іншим як видом спадкових відносин.

Подібну неузгодженість в межах книги шостої ЦК України слід визнати небажаною, усунення чого можливе шляхом внесення необхідних змін та доповнень до ст. 1217

[1] Прикладом використання словосполучення «…інших учасників цивільних відносин..» може послугувати текст ч. 2 ст. 1222, ч. 1 ст. 1235 ЦК України.

[2] Звісно, у випадку реалізації цього варіанту змін та доповнень, слід узгодити змінений текст ст. 1217 з існуючим текстом ст.1222 ЦК України для усунення зайвих дублювань.

ЦК України в аспекті вказівки на існування й інших видів спадкування, окрім спадкування за заповітом та за законом.

В цьому сенсі цілком виправданим та таким, що заслуговує на підтримку, є судження деяких вчених, зокрема Є. О. Харитонова, Б. Л. Хаскельберга, про те, що набуття права власності на відумерлу спадщину є спеціальним видом спадкування та спадкових відносин поряд, наприклад, з такими видами спадкування як спадкування за правом представлення, спадкування в порядку спадкової трансмісії, спадкування за спадковим договором тощо [7, с. 815; 8, с. 224].

Можливість перебування суб'єктів публічного права в статусі спадкоємців не створює для останніх повністю комфортних умов, оскільки набуття спадкового майна для цих суб'єктів в контексті чинної ст.1217 ЦК України фактично можливе лише на підставі заповіту (гл. 85 ЦК України), підтвердженням чого є положення ч. 2 ст. 1222 ЦК України, за відсутності перспектив одержання спадщини за законом в порядку черговості (гл. 86 ЦК України).

Здійснюючи своє право на заповіт, заповідач має право на власний розсуд в заповіті, зокрема:

– заповідати майно будь-яким особам (ч.1 ст.1235 ЦК України);

– скасувати чи внести зміни до заповіту та скласти новий заповіт (ст. 1254 ЦК України).

– визначення обсягу спадщини, що має спадкуватися за заповітом (ч.1 ст. 1236 ЦК України);

– зробити заповідальний відказ (ст. 1237, 1238 ЦК України);

– підпризначити спадкоємця (ст.1244 ЦК України);

– позбавити права на спадкування за законом одного, кількох чи всіх спадкоємців за законом, не зазначаючи причин цього (ч. 2 ст. 1235 ЦК України);

– включити до заповіту інші розпорядження, передбачені правилами ЦК про спадкування (ст.1240 ЦК України).

Свобода визначення змісту заповіту та здійснення самого права на заповіт обмежена для заповідача (спадкодавця) положеннями ЦК про обов'язкову частку та загальними вимогами ст.13 ЦК України щодо меж здійснення цивільних прав.

Аналізуючи зміст права на заповіт та визначаючи саму можливість складення заповіту на користь суб'єктів публічного права, слід визнати існування певних обмежень для заповідача в здійсненні цього права.

По-перше, заповідачем щодо суб'єктів публічного права не може бути реалізоване право, встановлене в ч. 2 ст. 1235 ЦК України щодо позбавлення потенційного спадкоємця права на спадкування, з тих причин, що суб'єкти публічного права не входять до кола спадкоємців за законом.

По-друге, виходячи з суті поняття обов'язкової частки, заповідач не може здійснити обмеження чи обтяження стосовно такого спадкоємця за заповітом як суб'єкт публічного права, оскільки останній не має права на обов'язкову частку у спадщині.

Нарешті, по-третє, з об'єктивних причин заповідач, складаючи заповіт на користь суб'єкта публічного права, обмежений у формулюванні змісту заповідального відказу (ст. 1237 ЦК України), положень заповіту з умовою (ст. 1242 ЦК України), встановлення сервітуту (ст. 1246 ЦК України) з огляду на штучну природу цих суб'єктів та функціональне призначення їх створення та існування.

Враховуючи те, що спадкування являє собою універсальне правонаступництво, в результаті здіснення якого до спадкоємця мають переходити всі права та обов'язки спадкодавця, у тому числі право власності, слід зазначити, що в книзі шостій ЦК України відсутні норми, які б регулювали питання виникнення (чи, відповідно, не виникнення) права власності у державних чи комунальних установ, підприємств або навіть органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, які визначені у заповіті як спадкоємців.

Оскільки у вказаних суб'єктів відсутня сама можливість мати майно на праві власності та існування на майно цих юридичних осіб права державної або комунальної власності, відповідно у держави Україна чи відповідної територіальної громади виникає цілком доречне запитання про шлях узгодження волі заповідача (спадкодавця), який у складеному ним заповіті визначив конкретного суб'єкта – спадкоємця, наприклад, музей, що є державною установою, з положенням господарського законодавства, що виключає набуття цією установою права власності на майно, навіть на підставі спадкування.

Звісно, з урахуванням існуючих можливостей чинного законодавства, воля заповідача на наділення конкретної музейної установи майном без виникнення в неї права власності на це майно все одно може бути реалізована, наприклад, шляхом визначення як спадкоємця держави чи територіальної громади з одночасним застосуванням інститутів заповідального відказу чи сервітуту на користь бажаного державного чи комунального підприємства або установи. Однак, що робити у випадку складення заповіту саме в «незручній редакції», яка не підлаштовується під існуючі правові конструкції та не враховує аномальну ситуацію, що склалася у зв'язку з допущенням до участі в цивільних відносинах суб'єктів, які не є та, більш того, навіть не можуть бути власниками переданого їм майна, у тому числі у складі спадщини[1].

Неможливість набуття суб'єктами публічного права спадщини на підставі закону в порядку черговості ґрунтується як на положеннях ч. 2 ст. 1222 ЦК України, так і гл. 86 ЦК України «Спадкування за законом», згідно з якими в усіх чергах потенційних спадкоємців вказується винятково на фізичних осіб.

Дещо невизначеною є ситуація щодо можливості набуття права власності суб'єктами публічного права на підставі спадкового договору.

В ч. 2 ст. 1303 ЦК України вказується на те, що набувачем у спадковому договорі може бути фізична або юридична особа. Тобто вказівка на «інших учасників цивільних відносин» в контексті ч. 2 ст. 2 ЦК України відсутня. Водночас в тексті закону відсутнє й формулювання, що усувало б будь-які сумніви у тому, що подібний текстуальний виклад цієї норми є результатом свідомого вибору законодавця у визначенні меж участі окремих суб'єктів публічного права в цьому виді цивільних відносин. У зв'язку з цим ситуація з правовим регулюванням відносин з визначення суб'єктного складу спадкового договору залишається, як зазначено вище, невизначеною.

[1] Зрозуміло, що вказана проблема узгодження засадничих положень цивільного та господарського права має бути більш вагомою.

З метою усунення подібного роду невизначеності, вважаємо за необхідне закріпити в тексті гл. 90 ЦК України пряму вказівку на неможливість укладення суб'єктами публічного права спадкових договорів як таких, що не слугують досягненню мети заснування та існування суб'єктів публічного права.

Окремим видом спадкування, пов'язаним з набуттям права власності на майно суб'єктами публічного права, є набуття права власності на відумерле майно (спадщину).

Відумерлою спадщиною є спадщина, визнана в такій якості на підставі встановлення судом існування (чи не існування) кількох юридичних фактів (окрім самого факту смерті спадкодкодавця, такими фактами можуть бути: відсутність спадкоємців за заповітом та законом, усунення спадкоємців від спадщини тощо) та виконання відповідним органом місцевого самоврядування необхідних процедурних (процесуальних) моментів, спрямованих на набуття територіальною громадою прав та обов'язків померлої особи.

Відповідно до ст. 1277 ЦК України відумерла спадщина має надходити до комунальної власності, тобто у власність відповідної територіальної громади.

Набуття територіальною громадою права власності на спадщину, визнану відумерлою, має слугувати уникненню ситуацій, коли майно після смерті власника так і не переходить у власність жодного з потенційних власників-спадкоємців, внаслідок чого це майно:

– або породжуватиме конфлікт між іншими учасниками цивільних відносин у зв'язку зі спробами заволодіти цим майном;

– або залишиться як без власника, так і без зацікавленої у заволодінні ним особи, що загрожуватиме самому майну чи учасникам цивільних відносин у зв'язку з особливостями цього майна.

На підставі цього, набуття права власності на відумерлу спадщину територіальною громадою можна розглядати як певний правовий засіб, що слугує досягненню визначеності у відносинах власності на засадах справедливості.

Оскільки територіальна громада як будь-який інший суб'єкт публічного права не може бути спадкоємцем за законом, так як вона в якості потенційного спадкоємця за законом не згадується в жодній черзі спадкоємців за законом, набуття права власності на відумерлу спадщину можна розглядати як передбачений чинним законодавством окремий вид спадкування (набуття власності), однак не в порядку черговості спадкування. При цьому, якщо при спадкуванні за заповітом територіальна громада потенційно може прийняти спадщину, а може й відмовитися від її прийняття, то набуття права власності на майно померлого на підставі положень ст.1277 ЦК України необхідно розглядати не як право територіальної громади на прийняття відумерлої спадщини, а як обов'язок на прийняття цього майна у власність.

Набути відумерлу спадщину за чинним ЦК України може винятково відповідна територіальна громада.

Згідно зі ст.1 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» територіальною громадою є жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр. Незважаючи на те, що до адміністративно-територіальних одиниць належать також область та район, територіальні громади можуть існувати лише в межах населених пунктів або кількох населених пунктів, або району у місті.

На відміну від одиничного суб'єкта державної власності – держави України, територіальних громад в Україні кілька тисяч, а тому при застосуванні положень ст.1277 ЦК важливе значення має визначення відповідної територіальної громади. При цьому слід врахувати, що зазначена норма ЦК не містить прямої вказівки на те, що після смерті однієї фізичної особи право на її майно, визнане судом відумерлим, буде набуте двома та більше територіальними громадами.

Загалом, для визначення відповідної територіальної громади мають бути застосовані положення ст.1221 ЦК України про місце відкриття спадщини.

На підставі цього набуття власності на відумерле майно стосується лише тієї територіальної громади, де було останнє місце проживання (певний населений пункт) спадкодавця (ч.1 ст.1221 ЦК України). Якщо таке місце проживання невідоме, то місцем відкриття спадщини і, відповідно, територіальною громадою, що має набути відумерлу спадщину, є та громада, в межах території розташування якої перебуває нерухоме чи рухоме майно спадкодавця.

Разом з тим значна невизначеність в регулюванні відносин за участю різних територіальних громад, наприклад, територіальних громад міста та району в місті або територіальних громад міста та селища у складі такого міста, провокує значне коло проблемних моментів у відносинах власності, у тому числі в сенсі положень ст.1277 ЦК України.

З метою надання пропозицій у вирішенні можливих суперечок між різними територіальними громадами вважаємо за можливе звернути увагу на Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ про спадкування, що було проведено Судовою палатою у цивільних справах Апеляційного суду м. Києва станом на 01.01.2006 р. (надалі – Узагальнення).

Так, зокрема, аналізуючи можливий суб'єктний склад учасників розгляду справи за позовами про визначення додаткового строку на подання заяви про прийняття спадщини, авторами Узагальнення було звернуто увагу на можливий суб'єктний склад справ, коли подібна заява подана з метою подальшого набуття у власність спадщини, що може бути визнана відумерлою.

На підставі аналізу норм Конституції України, законів України «Про місцеве самоврядування в Україні» та «Про столицю України – місто-герой Київ» [9, ст.79] в Узагальненні визначено, що можливим відповідачем в таких справах є відповідна районна рада у м. Києві[1], яка буде представляти інтереси територіальної громади відповідного району у місті.

Екстраполюючи ці висновки щодо ст. 1277 ЦК України, слід визнати, що у якості територіальної громади, яка має набути на праві власності відумерлу спадщину, є територіальна громада, що існує в межах найменшої за розмірами адміністративно-територіальної одиниці (наприклад, району в місті з районним поділом чи селища в межах міста), в межах якої було останнє місце проживання

[1] Узагальнення було підготовлено в період існування в м. Києві районних у місті рад.

спадкодавця або знаходження його майна, навіть незважаючи на те, що це місце одночасно знаходиться в межах й іншої, більшої за розміром, територіальної громади.

З метою уникнення ситуацій, коли до власності однієї територіальної громади на підставі ст. 1277 ЦК України може перейти нерухоме майно (наприклад земельна ділянка), що перебуває на території іншої територіальної громади, у випадку коли до складу спадщини належать два об'єкти нерухомого майна, розташовані в різних населених пунктах, було б доцільним внести доповнення до ст. 1277 ЦК України, які б прямо передбачали набуття права власності на відумерле нерухоме майно різними територіальними громадами за місцем розташування нерухомого майна, що перебуває в межах території кожної з цих громад.

Враховуючи те, що перехід прав на відумерлу спадщину є, по-перше, універсальним правонаступництвом та, по-друге, можливий лише при відсутності спадкування за заповітом та законом, до складу відумерлої спадщини включаються всі права та обов'язки в сенсі положень ст. 1218 ЦК України. Відповідно, до складу відумерлої спадщини не включаються права та обов'язки, перелічені в ст. 1219 ЦК України.

Тотожність в підходах до визначення складу відумерлої спадщини підтверджується в ч. 4 ст.1277 ЦК України, в якій прямо зазначається, що територіальна громада, яка стала власником відумерлого майна, зобов'язана задовольнити вимоги кредиторів спадкодавця.

Слід підкреслити, що чинний ЦК України мінімізує кількість випадків, коли приватне майно померлого власника поза його волею переходить у власність держави Україна чи будь-якої територіальної громади, підтвердженням чого є, зокрема, збільшення кількості черг спадкування за законом та розширення складу осіб, які входять до складу цих черг. Водночас можливість набуття права власності на спадкове майно територіальними громадами існує, однак така можливість може бути перетворена в факт дійсності лише за наявності кількох умов та вчинення низки дій, що в загальному порядку визначені в ст.1277 ЦК України.

Першою передумовою для набуття певною територіальною громадою права власності на спадкове майно є відсутність спадкоємців за заповітом або за законом, або усунення їх від спадкування за волевиявленням самих спадкоємців чи всупереч їх волі на підставі закону або заповіту (ч.1 ст.1277 ЦК).

Наступними передумовами є:

– сплив одного року з часу відкриття спадщини;

– подання відповідним органом необхідного змісту заяви.

Часом відкриття спадщини є день смерті особи або день оголошення її померлою (ч.2 ст.1220 ЦК України).

ЦК України не містить граничного строку, протягом якого після одного року з часу відкриття спадщини має бути подана заява. З одного боку, це означає, що органи місцевого самоврядування не обмежені часовими межами для подання таких заяв, з іншого − це провокує бездіяльність органів місцевого самоврядування на набуття права власності на відумерле майно, що суперечить суті та призначенню цього інституту. З урахуванням висловленого вище судження про те, що набуття права власності на відумерлу спадщину є обов'язком відповідної територіальної громади, необхідним уявляється доповнення норм чинного ЦК України (ст.1277) відповідними положеннями щодо максимальних часових меж на подання заяви та/або передбачити правові наслідки неподання такої заяви протягом певного часу.

В ч.1 ст. 1277 ЦК України вказується на необхідність подання заяви відповідним органом місцевого самоврядування.

Як такий відповідний орган місцевого самоврядування слід визнати або відповідну місцеву раду (міські, районну в місті, селищну чи сільську), яка є представницьким органом територіальної громади, або інший орган місцевого самоврядування. Уявляється, що згідно з рішенням місцевої ради певний виконавчий орган місцевого самоврядування (виконавчий комітет, управління, фонд тощо) також може бути наділений компетенцією на подання заяв, що передбачено ст.1277 ЦК України, й дії такого органу в подібних випадках також слід визнавати легітимними та достатніми, звісно, у випадках, коли цей орган має здатність до участі у процесуальних відносинах (процесуальну право- та дієздатність).

Зміст та форма заяви про визнання спадщини відумерлою, розгляд цієї заяви має відбуватися з дотриманням положень ЦПК України в окремому провадженні згідно з главою 9 Розділу IV ЦПК України «Розгляд судом справ про визнання спадщини відумерлою» [10, ст. 492].

Судове рішення про визнання спадщини відумерлою слід розглядати як правовстановлюючий документ, а тому потреба в подальшому нотаріальному чи іншому оформленні прав територіальної громади та/або видачі іншого правовставновлючого документа загалом відсутня.

Підсумовуючи наведене вище, слід констатувати, що суб'єкти публічного права є потенційними учасниками спадкових відносин, хоча й за наявності низки обмежень.

По-перше, вони не можуть бути спадкодавцями, оскільки в силу природних особливостей в такій ролі може перебувати лише фізична особа – людина. По-друге, не можуть суб'єкти публічного права й бути спадкоємцями за законом в порядку черговості спадкування. Водночас, по-третє, суб'єкти публічного права можуть бути спадкоємцями за заповітом. Нарешті, останнє, по-четверте, спеціальною підставою набуття права власності таким різновидом суб'єктів публічного права як територіальні громади є набуття права власності на відумерлу спадщину.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. — 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

2. *Господарський кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19-20, 21-22. — Ст. 144.

3. *Закон* України «Про місцеві державні адміністрації» // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 20-21. — Ст. 190.

4. *Закон* України «Про місцеве самоврядування в Україні» // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.

5. *Указ* Президента України «Про Загальне положення про міністерство, інший центральний орган державної виконавчої влади України» // Урядовий кур'єр. —1996. —28 березня.

6. *Первомайський О. О.* Суб'єкти публічного права в систематиці учасників цивільних відносин // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 9, 2010 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2010. – С. 41-44.

7. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар* / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К.: Істина, 2006.– 928 с.

8. *Хаскельберг Б. Л.* Наследование по праву представления и

переход права на принятие наследства / Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 3. К 80-летию С. С. Алексеева. – М.: «Статут»; Екатеринбург: Институт частого права, 2004. — С. 224 – 249.

9. *Закон* України «Про столицю України – місто-герой Київ» // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — №11. — Ст. 79.

10. *Цивільний процесуальний кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. — 2004. – № 40–41. – Ст. 492.

In aspects of Civil Code of Ukraine clauses, other acting legislation and its enforcement practice, here researches particularities of legal regulation and participation of public law subjects in hereditary relations.

В аспекте положений Гражданского кодекса Украины, иного действующего законодательства и практики его применения исследуются особенности правового регулирования и участия субъектов публичного права в наследственных отношениях.

ДІЯЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВНОЇ КОМІСІЇ З ЦІННИХ ПАПЕРІВ ТА ФОНДОВОГО РИНКУ ЩОДО ОХОРОНИ ПРАВА НА УЧАСТЬ В УПРАВЛІННІ АКЦІОНЕРНИМ ТОВАРИСТВОМ

Саракун І. Б.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Лабораторії з вивчення проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядається діяльність Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку, яка є достатньо впливовим органом, що здійснює охоронну функцію держави у сфері управління, регулювання та контролю щодо корпоративних прав. Аналізується участь представника (представника територіального управління) при проведенні контролю за реєстрацією акціонерів для участі в загальних зборах. Крім того, досліджуються випадки, коли компетенція цього органу або не врегульована належним чином на рівні законодавства, або виходить за межі наданих законом повноважень.

Ключові слова: цінні папери, захист і охорона корпоративних прав, фондовий ринок.

У науковій літературі питання охорони права (в тому числі, корпоративних прав) розглядалися такими дослідниками як Я. М. Шевченко, Р. Б. Шишка [1], І. В. Спасибо-Фатєєва, Д. І. Погрібний [2; с. 96–98], Н. Р. Кобецька, О. В. Кашина [3, с. 218–290] та іншими авторами. Теоретично складність цього словосполучення пов'язують із різними підходами до його розуміння. Зокрема, предметом дискусії стало співвідношення понять «правова охорона» і «правовий захист». Так, на думку Я. М. Шевченко, «поняття охорони включає в себе поряд із заходами економічного, політичного, ідеологічного характеру, що забезпечують нормальне регулювання суспільних відносин, попередження правопорушень, усунення причин, що їх породжують (регулятивні норми), а також заходи, спрямовані на поновлення чи визнання прав у разі порушення чи оспорювання їх, а саме – захист (охоронні норми)» [4, с. 130]. Щодо поняття «захисту», то, зокрема, І. В. Спасибо-Фатєєва визначає його як міру дозволеної поведінки правомочної особи, що виражена у можливості самостійно або за допомогою юрисдикційних органів застосувати відносно зобов'язаної особи заходи державно-примусового характеру з метою усунення перешкод у здійсненні суб'єктивного права або відновлення його у попередній стан чи покарання за порушення [5, с. 234]. Виходячи із зазначених понять, стає зрозумілим, що поняття охорони корпоративних прав ширше, ніж поняття захисту, а останнє – охоплюється попереднім.

Не вдаючись до висвітлення різних наукових підходів щодо цих теоретичних понять та, в цілому, погоджуючись із наведеними визначеннями, зазначимо, що до діяльності Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – ДКЦПФР, Комісія) цілком застосовуваними є обидва терміни, оскільки вона здійснює свої повноваження як у сфері захисту, так і охорони корпоративних прав. Як правильно зазначає Н. Р. Кобецька, ДКЦПФР можна вважати найбільш дієвим органом серед державних органів, що здійснюють функцію управління, регулювання та контролю у сфері охорони корпоративних прав [3, с. 222].

Її правовий статус визначений Законом України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» [6] та Указом Президента України «Про Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку в Україні» від 14.02.1997 р. (частково втратив чинність на підставі Рішення Конституційного Суду України від 01.04.2008 р. № 3-рп/2008) [7].

З метою виконання покладених функцій Комісія має право: в разі порушення законодавства про цінні папери, нормативних актів ДКЦПФР виносити попередження, зупиняти на термін до одного року розміщення (продаж) та обіг цінних паперів того чи іншого емітента, дію ліцензій або анулювати їх; здійснювати контроль за достовірністю і розкриттям інформації, що надається емітентами та особами, які здійснюють професійну діяльність на ринку цінних паперів, і саморегулятивними організаціями, та її відповідністю встановленим вимогам; проводити самостійно чи разом з іншими відповідними органами перевірки та ревізії фінансово-господарської діяльності, а також перевірки та ревізії діяльності емітентів щодо стану корпоративного управління та здійснення операцій з розміщення та обігу цінних паперів; надсилати обов'язкові для виконання розпорядження про усунення порушень законодавства про цінні папери та вимагати надання необхідних документів відповідно до чинного законодавства; надсилати матеріали в правоохоронні органи стосовно фактів правопорушень, за які передбачена адміністративна та кримінальна відповідальність, якщо до компетенції комісії не входить накладення адміністративних стягнень за відповідні правопорушення; надсилати матеріали в органи Антимонопольного комітету України у разі виявлення порушень законодавства про захист економічної конкуренції; порушувати питання про звільнення з посад ке-

рівників фондових бірж та інших установ інфраструктури фондового ринку у випадках недодержання ними чинного законодавства України, з метою захисту інтересів інвесторів та громадян; призначати тимчасово (до двох місяців) керівників фондових бірж, депозитаріїв та інших установ інфраструктури фондового ринку, зупиняти або припиняти допуск цінних паперів на фондові біржі або торгівлю ними на будь-якій фондовій біржі, зупиняти кліринг та укладення договорів купівлі-продажу цінних паперів на фондових біржах на певний термін для захисту держави, інвесторів; зупиняти на підставі рішення Комісії внесення змін до системи реєстру власників іменних цінних паперів або до системи депозитарного обліку щодо цінних паперів певного емітента або певного власника на строк до усунення порушень, що стали підставою для прийняття такого рішення; звертатися до судів із запитами щодо надання інформації про знаходження у них на розгляді справ щодо цінних паперів та корпоративного управління у зв'язку з розглядом Комісією питань діяльності відповідних емітентів та професійних учасників ринку цінних паперів; узагальнювати практику застосування законодавства з питань корпоративного управління; здійснювати інші права, передбачені законом (ст. 8 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні»).

Щодо права на участь в управлінні справами акціонерного товариства (далі – АТ), то воно полягає у можливості здійснення цілої низки прав, які не обмежуються тільки участю у загальних зборах. Воно також реалізується шляхом здійснення прав щодо формування органів управління товариства, порядку прийняття ними рішень тощо. Вказані повноваження акціонера залежать від порядку скликання зборів, форми їх проведення, порядку голосування, визначення кворуму тощо. Відтак, це безумовне право включає цілу низку дій щодо його реалізації і досить часто стає об'єктом зловживань та потребує належної охорони з боку державних органів ще на початковому етапі його реалізації.

Безпосередньому проведенню загальних зборів передує процедура реєстрації акціонерів (їх представників), які прибули для участі у зборах. Окрім депозитарія (реєстратора), до цього процесу можуть залучатися й представники ДКЦПФР. Вони можуть призначатися у таких випадках: *за зверненнями акціонерів* (у тому числі державних органів, які уповноважені управляти державною часткою у статутному фонді товариства); *за зверненням органів управління акціонерного товариства*; *за зверненням реєстратора* – у випадку, якщо організація загальних зборів згідно з договором з товариством покладається на реєстратора; *за ініціативою Комісії та/або її територіальних управлінь*; зверненням *інших державних органів*, що здійснюють контроль за діяльністю учасників ринку цінних паперів для участі у загальних зборах у межах своїх повноважень, визначених чинним законодавством [8]. Звернення акціонерів та юридичних осіб з цього приводу повинні подаватися до Комісії не пізніше як за 20 днів до проведення загальних зборів. У свою чергу, в ч. 4 ст. 40 ЗУАТ зазначається, що для проведення такого контролю представники ДКЦПФР повинні до початку реєстрації повідомити про це акціонерне товариство [9].

Відповідно до Положення про проведення контролю за реєстрацією акціонерів для участі у загальних зборах акціонерних товариств (із змінами від 2001 р.) представники ДКЦПФР уповноважені входити до місця проведення загальних зборів з метою проведення контролю за реєстрацією акціонерів (представників), проте про їх безпосередню участь у них не йдеться**.** Відтак, представники ДКЦПФР можуть бути присутні лише як запрошені, без права втручання у роботу загальних зборів. На практиці представники ДКЦПФР одразу ж після закінчення реєстрації підписують відповідний протокол, оголошують його присутнім та покидають місце проведення зборів. Така практика Комісії, за словами фахівців, сформувалася з метою недопущення її втягування у корпоративні спори чи конфлікти.

Під час проведення контролю представники ДКЦПФР перевіряють відповідність реєстру акціонерів встановленим вимогам законодавства щодо ведення реєстру власників іменних цінних паперів (щодо здійснення депозитарної діяльності). Він повинен бути складений на дату проведення загальних зборів у письмовій формі, з прошитими, пронумерованими та прошнурованими сторінками, засвідчений підписом та скріплений печаткою реєстратора (депозитарія). Під час контролю за реєстрацією акціонерів перевіряється відповідність документів, які підтверджують право участі акціонерів або їх представників у загальних зборах, вимогам чинного законодавства та правомірність відмови у реєстрації.

Практика правопорушень на ринку цінних паперів свідчить про те, що АТ не завжди дотримуються встановлених законодавством вимог щодо проведення процедури реєстрації акціонерів. Зокрема, це стосується термінів складання реєстрів. Так, зведений обліковий реєстр власників цінних паперів станом на 17.03.08, який було включено до реєстру власників простих іменних цінних паперів ВАТ «Трест «Міськбуд-4» станом на 18.03.08 р. складений не на дату проведення загальних зборів акціонерів. Загальні збори акціонерів ВАТ «Трест «Міськбуд-4» було призначено та проведено 18.03.08 року. Внаслідок цього за порушення вимог законодавства про цінні папери, нормативних актів Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку було винесено постанову про застосування до ТОВ «Компанія «Термінал-Реєстр» санкцію у вигляді попередження [10]. Зазначене порушення фізично не може бути усунено на місці, але в подальшому може бути підставою для визнання рішень загальних зборів (далі – ЗЗ) недійсними.

Задля уникнення подібних ситуацій та різного роду зловживань необхідно залучати представників ДКЦПФР до процесу реєстрації акціонерів. Адже в межах наданої законодавством компетенції Комісія як орган держави таким чином здійснює превентивну, охоронну функцію та унеможливлює маніпулювання із складом учасників загальних зборів і приналежністю їм відповідної кількості акцій, а отже, й голосів на ЗЗ.

Слід також зазначити, що представники Комісії не вправі переривати чи зупиняти процес реєстрації учасників зборів, навіть при виявленні явних ознак порушень. При виявленні порушень (невідповідність реєстру, неправомірна відмова у проведенні реєстрації, недопущення учасників до місця проведення реєстрації) членами робочої групи робиться відповідний запис у протоколі проведення контролю, вилучаються документи, що підтверджують факт порушення, відбираються пояснен-

ня. За наявності технічних засобів на місці може бути складено акт (протокол) про правопорушення, однак сам розгляд справи та винесення рішення по ній відбувається вже по закінченню реєстрації та зборів. У випадку виявлення ознак кримінального злочину, представники Комісії вправі звернутися до правоохоронних органів, але досить часто, навіть у випадку прибуття останніх, час реєстрації спливає і в подальшому відновити порушене право можна тільки у судовому порядку. У такому випадку протокол проведення контролю, складений працівниками Комісії із зазначенням порушень, є вагомим доказом та підставою для визнання рішень ЗЗ недійсними.

Водночас окремі питання щодо організації та проведення загальних зборів залишаються поза межами належного нормативного регулювання і, як наслідок, без належної охорони з боку компетентних органів. Наприклад, на практиці мають місце випадки, коли ЗЗ акціонерів проводилися протягом двох днів (Закон України «Про господарські товариства» такого порядку не передбачає, але і не забороняє). Тому виникає питання про чинність цього реєстру. Адже підрахунок кількості голосів здійснюється перед початком ЗЗ за результатами реєстрації для участі у них. Тобто наступного дня реєстрація не відбувається. Відповідно, кількість акціонерів, що беруть участь у загальних зборах, «де-факто» може зменшитися, а «де-юре» – та сама. Або навпаки, особи прибули другого дня для участі у ЗЗ, але не внесені до реєстру. Це може бути з різних причин, зокрема, особа в перший день ще не була власником акцій, а набула його на другий день проведення зборів. Крім того, відомі випадки, коли частина акціонерів, попередньо зареєструвавшись, внаслідок протесту чи з інших причин покидають збори в ході їх проведення. Кворум при цьому не змінюється і голосування та прийняття рішень здійснюються голосами, що залишилися. Тому на рівні законодавства необхідно передбачити й такі випадки. Тут видається доцільним проводити реєстрацію акціонерів і другого дня (враховуючи кворум) і підраховувати голоси за дійсною, фактичною присутністю акціонерів. Це стосується і прийняття рішень із голосування по питаннях порядку денного. Слід також враховувати, що за неможливості особистої участі у ЗЗ ці повноваження можна передати представнику акціонера, які визначаються змістом довіреності, що може містити пряму вказівку щодо голосування з питань порядку денного (усіх або конкретних).

Слід також зазначити, що участь представника ДКЦПФР у реєстрації – це право (за незначним винятком – далі по тексту), а не обов'язок Комісії, рішення щодо якого вона приймає самостійно.

Представництво Держави на загальних зборах акціонерів здійснюють представники Фонду державного майна (їх регіональні представники) згідно з довіреністю. У товариствах, де державна частка перевищує 25 %, присутність представників Комісії на реєстрації акціонерів є обов'язковою [8]. Підставою для відмови у призначенні представників для проведення контролю за реєстрацією є порушення 20-денного терміну подання відповідного звернення та у випадку, якщо звернення не є обгрунтованим та не містить відомостей, потрібних для прийняття Комісією відповідного рішення про призначення представників.

У разі не надання керівником виконавчого органу акціонерного товариства (або реєстратора) або особою, яка його заміщує, під час контролю за проведенням реєстрації акціонерів документів, які використовувалися під час реєстрації, або в разі подання в них недостовірної інформації, керівник контрольної групи відповідно до письмового доручення порушує справу про правопорушення та складає акт (для юридичних осіб) про правопорушення на ринку цінних паперів; складає протокол (для фізичних осіб) про правопорушення на ринку цінних паперів за неподання або подання недостовірної інформації.

У випадку виявлення порушень можуть бути застосовані санкції безпосередньо Комісією (відповідно до її компетенції) або ж направлені документи до правоохоронних органів. Компетенція ДКЦПФР щодо накладення адміністративних стягнень та інших санкцій за порушення законодавства визначена ст. 11–12 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» і Правилами розгляду справ про порушення вимог законодавства на ринку цінних паперів та застосування санкцій, затвердженими Рішенням ДКЦПФР від 11.12.2007 р. № 2272 (із змінами від 20.10.2009 р.) [11]. Згадані Правила визначають порядок та строки розгляду ДКЦПФР справ про порушення громадянами, посадовими особами та юридичними особами вимог законодавства на ринку цінних паперів. Розділ 17 правил визначає санкції, які застосовуються за правопорушення на ринку цінних паперів. Зокрема, відповідно до п.1.9 за порушення емітентом чи професійним учасником ринку цінних паперів порядку ведення системи реєстру власників іменних цінних паперів, що призвело до втрати системи реєстру (її частини), а також ухилення від внесення змін або внесення завідомо недостовірних змін до системи реєстру або до системи депозитарного обліку – у розмірі від 5 до 10 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Трапляються випадки, коли представникам ДКЦПФР не надаються необхідні документи чи не розпочинається за їх присутності процедура реєстрації акціонерів.

Наприклад, у справі за позовом ЗАТ «Рівненський ливарний завод» до Рівненського територіального управління ДКЦПФР про скасування постанови від 22 березня 2006 р. № 022-РІ про накладення санкцій за правопорушення на ринку цінних паперів (ухвала від 31 березня 2009 р. № К-35425/06) судами встановлено, що на підставі звернення прокуратури Рівненської області від 23.02.2006 р. за № 07-23с06, за рішенням начальника Рівненського територіального управління ДКЦПФР до ЗАТ «Рівненський ливарний завод» була направлена контрольна група для здійснення контролю за реєстрацією акціонерів для участі в ЗЗ. 23.02.2006 р. територіальне управління повідомило керівника виконавчого органу цього ЗАТ про призначення представників для контролю та визначило перелік документів, необхідних для контролю у термін до 16.00 год. 23 лютого 2006 р. Повідомлення отримано позивачем о 14 год. 10 хв. 23 лютого 2006 р. о 9.00 год.

Зважаючи на відмову керівника виконавчого органу ЗАТ у наданні контрольній групі документів та з огляду на те, що реєстрація не розпочиналася, керівником контрольної групи було підготовлено письмовий запит про надання у термін до 9 год. 50 хв. необхідних документів, які вимагалися раніше, а також оформлення у письмовій формі пояс-

нень осіб, відповідальних за реєстрацію, щодо причини не проведення реєстрації. Керівник виконавчого органу позивача відмовився від особистого отримання зазначеного запиту, у зв'язку з цим даний запит був поданий через приймальню підприємства о 9 год. 50 хв. Однак в установлений термін жодних документів не було надано. У зв'язку з допущеними правопорушеннями керівником контрольної групи було винесено постанову про порушення справи на ринку цінних паперів у відношенні ЗАТ.

Згідно з п.3.4 Положення про проведення контролю за реєстрацією акціонерів для участі у ЗЗ АТ контрольній групі надано право, окрім іншого, вимагати та отримувати для контролю потрібні документи та іншу інформацію у зв'язку з реалізацією своїх повноважень з контролю.

Пунктом 4.5 цього Положення передбачено право керівника контрольної групи порушувати справу про правопорушення на ринку цінних паперів за неподання або подання недостовірної інформації у разі ненадання керівником виконавчого органу АТ під час контролю за проведенням реєстрації акціонерів документів, які використовувалися під час реєстрації.

Вищий адміністративний суд України підтримав позицію апеляційного адміністративного суду про те, що наявність у контрольної групи територіального управління ДКЦПФР відповідних повноважень прямо залежить від настання конкретної події – реєстрації акціонерів для участі у ЗЗ АТ.

Оскільки реєстрація акціонерів для участі в ЗЗ ЗАТ не проводилась, як не проводились і самі ЗЗ, то у територіального управління ДКЦПФР не було підстав для реалізації своїх контрольних функцій [12].

Представники ДКЦПФР можуть також фізично не допускатися до участі у загальних зборах. Такі випадки мають місце у разі запланованих рейдерських захоплень товариств (наприклад, див. нещодавні події, відображені у ЗМІ із «Київміськбудом»: www.ukrrudprom.com/digest/ Regoni_vdbrali _u_ CHernovetskogo_ Kivmskbud.html; Мерію Києва звинувачують у рейдерському захопленні Київміськбуду: http://project.ukrinform.ua/news/22908/) за наявності маніпулювань із кворумом (для прийняття вигідних рішень на загальних зборах) та в інших ситуаціях, коли ініціатори проведення зборів не зацікавлені у присутності працівників Комісії. За таких обставин ДКЦПФР звертається за допомогою до правоохоронних органів. Тому, якщо Комісія (її територіальне управління) володіє інформацією про можливість недопущення їх представника на загальні збори, вона заздалегідь повідомляє про це відповідні органи. Проте треба зазначити, останні не дуже охоче реагують на такі повідомлення.

Як випливає із вищенаведеного, ДКЦПФР є достатньо впливовим державним органом, що здійснює охоронну функцію держави, а участь його представника (представника територіального управління) на ЗЗ – є фактом, що забезпечує належну реалізацію цього права. В згаданому випадку йдеться про неюрисдикційну (позасудову), адміністративну (особа звертається за захистом до уповноважених державних органів) форму захисту даного права. Водночас Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку (її територіальні управління) наділені функцією щодо його захисту, оскільки розпорядження про усунення порушень може виносити голова комісії, члени комісії, начальники територіальних органів відповідно до наданих їм повноважень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Шишка Р. Б.* Підходи до охорони корпоративних прав // За матеріалами Всеукраїнського науково-практичного семінару «Охорона корпоративних прав». – м. Івано-Франківськ, 1–2 жовтня, 2010 р.
2. *Погрібний Д. І.* Корпоративні права держави: поняття, підстави виникнення, механізм реалізації. Монографія. – Харків: Видавництво «ФІНН», 2009. – 168 с.
3. *Кобецька Н. Р., Кашина О. В.* Здійснення та захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правові аспекти). Монографія / За заг. ред. В. В. Луця. – Тернопіль, 2007. – 320 с.
4. *Шевченко Я. М.* Власник і право власності. – К.: Наукова думка, 1994.
5. *Спасибо-Фатєєва И. В.* Акционерные общества: корпоративные правоотношения. – Харьков: Право, 1998.
6. *Закон України* «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» // Відомості Верховної Ради України, 1996. – № 51. – Ст.292.
7. *Указ Президента України* «Про Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку в Україні» від 14.02.1997 р. – http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=142%2F97.
8. *Рішення* ДКЦПФР про затвердження Положення про проведення контролю за реєстрацією акціонерів для участі у загальних зборах акціонерних товариств (із змінами від 2001 р.) від 23.12.98. – № 199. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 10 березня 1999 р. (vd981223 vn199) за № 149/3442.
9. *Закон України* «Про акціонерні товариства» // Відомості Верховної Ради України, 2008. – № 50-5. – Ст. 384.
10. *Постанова* ДКЦПФР «Про застосування санкцій» // www.smida.gov.ua.
11. *Правила* розгляду справ про порушення вимог законодавства на ринку цінних паперів та застосування санкцій, затверджені Рішенням ДКЦПФР від 11.12.2007 р. № 2272 (із змінами від 20.10.2009 р.).
12. *За матеріалами* Єдиного державного реєстру судових рішень // www.reyestr.court.gov.ua.

A state commission on securities and fund market is an influential enough organ, which carries out a guard function of the state in the field of management, adjusting and control in relation to corporate rights, and participation of his representative (representative of territorial management) during realization of control after registration of shareholders for participating in general collections - is a fact, which provides the proper realization of this right, as does impossible manipulation with the list of entries of general collections and belonging corresponding amount of voices them. However in practical activity cases meet when competence of this organ, or not well-regulated properly at the level of legislation, or it goes out outside the plenary powers given by a law, that and influences on the proper providing of right on participating in a management society.

В статье рассматриваются вопросы, связанные с деятельностью государственной комиссии по ценным бумагам и фондовом рынке, которая является достаточно влиятельным органом, осуществляющим охранную функцию государства в сфере управления, регулирования и контроля относительно корпоративных прав. Просматривается участие представителя (представителя территориального управления) при проведении контроля за регистрацией акционеров для участия в общем собрании. Помимо этого, анализируются случаи, когда компетенция этого органа либо не урегулирована должным образом на законодательном уровне, либо выходит за рамки предоставленных законом полномочий.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ РЕЧОВИХ ПРАВ В УКРАЇНІ

Слободянюк С. О.,

здобувач кафедри цивільного права юридичного факультету КНУ імені Тараса. Шевченка

Статтю присвячено важливому та актуальному питанню – визначенню історичних етапів становлення та розвитку інституту державної реєстрації речових прав в Україні, що сприятиме подальшому виробленню шляхів удосконалення правового регулювання державної реєстрації прав на нерухоме майно. Крім того, акцентується увага на необхідності побудови національної системи реєстрації права власності на об'єкти нерухомого майна через систему органів місцевого самоврядування та юридичній самостійності об'єктів нерухомості.

***Ключові слова*:** власність, право власності, нерухоме майно, державна реєстрація, майнові права.

Одним з основних інститутів цивільного права є інститут права власності. Право власності становить фундамент усіх цивільно-правових відносин, навколо яких будуються інші відносини. Категорії договору, суб'єктів цивільного права, цивільної відповідальності – сенсом свого існування завдячують саме праву власності, забезпечують його здійснення, його розвиток. Особливості їх інституалізації значною мірою залежать від того, як право власності, а також економічні категорії форм власності визначаються в суспільстві, інтересам якого вони служать, як задовольняють суспільство.

Різним аспектам цього питання приділяли увагу фахівці в галузі цивільного і господарського права, зокрема: В. А. Бєлов, С. М. Братусь, Д. В. Боброва, О. М. Вінник, В. В. Вітрянський, М. К. Галянтич, О. В. Дзера, І. В. Жилінкова, А. Р. Кірсанова, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, Р. А. Майданик, Д. І. Мейєр, І. А. Покровський, Є. О. Суханов, Ю. К. Толстой, Я. М. Шевченко, Г. Ф. Шершеневич, Р. Б. Шишка, В. С. Щербина та ін.

Конституція України як основний і найважливіший закон держави встановила, що суспільне життя у державі ґрунтується на принципах політичного й економічного різноманіття (ст. 15), ствердивши тим самим існуючу множинність форм власності, закладену Законом України «Про власність», і забезпечила можливість подальшого розвитку і самих правовідносин власності, і способів, методів, засобів і форм їх урегулювання. Також Конституція України забезпечує державний захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, їх рівність перед законом, гарантує непорушність права власності, можливість використання громадянами державної і комунальної власності, право на підприємницьку діяльність тощо.

Метою цієї статті є дослідження історичних етапів формування інституту державної реєстрації речових прав на території України та подальше вироблення шляхів удосконалення правового регулювання державної реєстрації прав на нерухоме майно.

Насамперед слід відмітити, що з часів виникнення права приватної власності людина прагне захистити та зберегти набуте, що, в свою чергу, відображається в правилах суспільної поведінки (нормах права). Самим визначним історичним джерелом, правовою пам'яткою права періоду становлення і розвитку Київської Русі є Руська Правда (XI – XII ст.). Усі списки Руської Правди залежно від їх змісту діляться на три редакції: Коротка Правда, Поширена Правда, Скорочена Правда. Ці редакції створювалися в різні часи, і тому відображають соціально-економічні та політичні відносини ранньофеодальної держави у динаміці [1, с. 56].

Всі названі редакції Руської Правди детально не регламентують питання реєстрації речових прав. Однак, наприклад, в її Поширеній редакції для захисту права власності застосовується надання речі індивідуально визначених ознак, що проявляються у формі відповідних позначок на майні. Так, земельні ділянки, якими володів князь, від інших відділялися межами (ст. 34 Кр. Пр.), право власності на рухоме майно, наприклад пасіки, фіксувалося позначками на бортних деревах (ст. 71 Пр. Пр.) [2, с. 9, 18], що, безперечно, можна сприймати як реєстрацію рухомого майна тощо.

Право власності на майно, придбане за правочинами, підтверджувалося спеціальною князівською грамотою. Вказівок про правові акти, якими керувалися складачі грамот, в самих грамотах немає. Вважаємо, що за основу бралися норми Руської Правди, які діяли в князівствах та землях в період феодальної роздробленості [1, с. 98].

Зазначені грамоти видавалися князівськими чиновниками, отже, можна припустити, що проводився облік князівських грамот, що були видані. Вони були додатковим письмовим підтвердженням права власності на рухоме та нерухоме майно, придбане за різними цивільно-правовими договорами. Шляхом видання грамоти князь, по суті, визнавав та підтверджував цивільно-правовий договір і право власності певної особи на відповідне майно. Таким чином, можемо припустити, що вказані спеціальні князівські грамоти були правовстановлюючими документами і одночасно однією з перших форм реєстрації права власності на майно.

Як зазначалося вище, в Руській Правді прямо не було визначено поняття та порядок реєстрації права власності, однак в ній містились окремі елементи правового механізму підтвердження та захисту права приватної власності. Так, у випадку виникнення спору щодо визначення власника речі він повинен посвідчити таке право на підставі свідчень послухів, свідчення видоків, письмових та інших доказів.

Слід зазначити, що довгий час Руська Правда залишалась основним правовим джерелом давньоруських князівств та в подальшому мала значний вплив на розвиток правових систем Великого князівства Литовського і Польського королівства, у складі яких перебувало більшість українських земель. Так, згодом на основні норм Руської правди з'являються нові кодифіковані акти, найвпливовішими з яких був Судебник Великого князя Казимира (1468 рік) та три Литовських статути.

У вищевказаних актах прослідковуються перші спроби формалізувати право власності на основі правовстановлюючих документів, які підтверджують право власності на нерухоме майно. Розглянемо деякі з них.

Першими правовстановлюючими документами того часу слід визнати великокняжі листи. Ці правові документи, по суті, передавали право власності на землі з держав-

ної власності (особистої власності князя Литовського) у власність панів, шляхтичів та інших представників знаті.

Не менш важливу роль щодо підтвердження права власності на нерухоме майно відігравали судові рішення. Так, як зазначалось у п. 19 Статуту Великого Князівства Литовського 1529 року, що «если бы совершеннолетние братья, родные или состоящие в более отдаленном родстве, владели совместно каким-нибудь неразделенным имением, а потом перед судом разделили его и письменно оформили раздел, то такого раздела должны между собою придерживаться вечно» [3, с. 43]. Тобто за рішенням суду відбувалось визнання права власності на майно кожного із них. Однак слід зазначити, що ці правові документи мали силу, але право захисту у власника виникало лише з моменту отримання великокняжого листа, який, в свою чергу, міг бути отриманий лише в разі ігнорування судового рішення іншою стороною у справі;

Іншим правовстановлюючим документом того часу слід визнати письмовий дозвіл. Зазначимо, що такий дозвіл можна було отримати лише для підтвердження давності володіння майном на праві власності. У випадках, коли ніхто інший не пред'являв претензій щодо власності на це майно, володіння майном дозволялось і без отримання такого дозволу [2, с. 61];

Крім того, не заборонялось передання майна у власність шляхом складення заповіту або видачі листа (паном, шляхтичем тощо). У цих листах або заповітах дозволялось передавати у власність майно лише близьким родичам та не більше як 1/3 всієї його сукупності. Так, відповідно до артикулу 4 Статуту Великого Князівства Литовського 1566 року визначалось, що «хто бы хотел именье свое отчизное продати на вечность; тогды только третюю часть именья отчизного вольно ему на вечность продати, а две части того ж именья в суме зоставити» [3, с. 109]. Однак за заповітом таке право власності підтверджувалось лише листом або заповітом і переходило до нового власника за життя особи, яка заповідала майно, якщо ж власник уже помер, то таке право власності потребувало підтвердження у Великого князя або у раді Панів.

І, нарешті, останнім правовстановлюючим документом того часу слід визнати листи *на вислужене нерухоме майно (курсив наш – С. С.)*, які в більшості випадків видавались для володіння майном на час служби. Після служби особа могла залишити майно своєму господарю та бути вільною. Але існував також специфічний вид листів, в яких зазначалось, що особа, яка володіла майном, могла разом з майном служити, кому захоче. Виникає також порядок передачі представниками аристократії об'єктів нерухомості у власність своїм підлеглим за особливі заслуги. Такі листи потребували підтвердження печаткою пана в присутності та печатками свідків передачі майна [2, с. 9].

Отже, у Литовських статутах (1529, 1566, 1588 років) вперше прямо закріплюється обов'язковість підтвердження права власності на нерухомість у Великого князя Литовського або у раді Панів. Разом з тим в згаданих кодифікованих актах чітко закріплюються обов'язки щодо отримання дозволів або підтвердження на відчуження у випадку відсутності правовстановлюючих документів у зв'язку з давністю володіння та сам порядок їх отримання.

Усе вищевикладене дає змогу дійти висновку, що зазначені норми Литовських статутів свідчать про наявність у Великому князівстві Литовському витоків правового регулювання на вищому законодавчому рівні обліку нерухомого майна та порядку державного посвідчення права власності на нього.

Невід'ємну частину України складала Запорізька Січ. На землях, які займали запорожці, вся земельна територія являла собою общинну власність, і лише те, що побудовано козаком на військовій землі, складало його приватну власність [4, с. 397]. Однак, на превеликий жаль, про це залишилось не так багато відомостей. Відповідно, і знайти однозначну відповідь на питання, чи проводився будь-який облік об'єктів нерухомості у Запорізькій Січі та який при цьому існував порядок реєстрації, неможливо.

Наступний етап історичного розвитку нашої держави пов'язаний із законодавством Російської імперії, до складу якої входили і українські землі. Тому на території українських земель у другій половині XVII ст. діяло Соборне уложення 1649 року, прийняте царем і великим князем всієї Русі Олексієм Михайловичем. Регулюванню питань права власності на нерухомість присвячено глави XVI та XVII названого кодифікованого акта. Варто зазначити, що в цьому документі закріплюється формування адміністративно-територіального устрою, що, в свою чергу, надало можливість здійснювати чіткий облік земель, наявних у державі. Прообразом реєстрації права власності на земельні ділянки за вказаним історичним нормативним актом є запис власника в Помісному наказі, де передбачався й порядок вчинення такого запису. Для цього особи, що помінялися земельними володіннями, мали звернутися з клопотанням («бити челом государю») до держави (на той час Царя) та здійснити відповідний запис в Помісному наказі. Такий запис був обов'язковим, оскільки ст. 6 глави XVI Уложення передбачає наслідки володіння земельними ділянками без запису: «А будет кто с кем поместьем поменяется, или кто кому вотчинную свою землю променяет на поместную землю, и теми своими меновными землями учнут владети по записям, а в Поместном приказе не расписався, и кто из них один умрет, другой останестя и учнет тех меновных земель бити челом о росписке, и в таких меновных землях отказывати, и тех меновных земель за ними после умерших не розписувати» [2, с. 188].

Тобто згідно з нормами Соборного уложення, по суті, не визнаються дійсними договори міни нерухомого майна без запису у встановленому порядку. Також Соборне уложення встановлює можливість укладення договорів довічного утримання. Зазначено, що нерухомість, яка переходить за згаданим договором, теж має бути перереєстрована за новим власником у встановленому порядку. Крім того, ст. 9 передбачає можливість та порядок скасування запису у Помісному наказі в разі, якщо зобов'язана сторона за договором відмовляється утримувати пристарілого.

Не можливо при дослідженні історичних етапів становлення та розвитку інституту державної реєстрації речових прав не згадати й про видатну пам'ятку українського права, вона хоча і не набула чинності, але має суттєве значення для історії української держави та права – «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року. Це історичне джерело українського пра-

ва є кодифікованим нормативно-правовим актом, що містить норми цивільного, цивільно-процесуального, адміністративного, кримінального, кримінально-процесуального права та дає можливість осягнути, яким чином регулювалися відносини в Україні того часу.

Зокрема, глава 14, що має назву «О продаже, купле, выкупе, дарах, и о диспоновании, сиесть роспорядки, всяким образом имений и о записах разных», регулює питання укладання правочинів щодо відчуження нерухомості та порядку їх реєстрації [5, с. 247]. Слід зазначити, що цивільні норми «Права, за якими судиться малоросійський народ» чітко закріплювали обов'язки кожного, хто вчиняв правочини із купівлі-продажу, дарування та інших уступок нерухомого майна, зробити відповідний запис у найближчому органі місцевого самоврядування. У вказаній главі детально регламентовано порядок, відповідно до якого здійснювалась реєстрація права власності на підставі правочинів про відчуження об'єктів рухомого та нерухомого майна.

Власнику, в разі наміру відчужувати належне йому нерухоме майно, необхідно було спочатку скласти лист про уступку майна у присутності та за підписом двох або трьох свідків (місцевих поважних жителів). Після чого власник мав особисто з'явитися до місцевого органу влади та в присутності місцевих чиновників оголосити текст вищезазначеного листа. На чиновників було покладено обов'язок перевірки правомірності володіння нерухомістю згідно з міськими книгами та внесення до цих книг повного тексту листа. Після цього видавалась виписка з міських книг за печаткою та відбитками рук уповноважених осіб. Також тут чітко передбачено наслідки відсутності реєстрації відповідного правочину: особа, яка набула майнове право, не може відчужувати належне йому майно, якщо воно не записано до міської книги [5, с. 247–248]. Знаючи про вказані норми, сторона-набувач за договором мала можливість попередити порушення своїх прав та не дати можливості вчинити щодо неї нікчемний правочин. Крім того, не допускалась подвійна реєстрації, тобто реєстрація одного об'єкта за двома різними власниками на підставі різних правовстановлюючих документів. В такому випадку визнавалось право власності того власника, правовстановлюючий документ якого був зареєстрований.

Отже, відповідно до «Прав, за якими судиться малоросійський народ» реєстрації правовстановлюючих документів надавалося велике значення. До такого висновку можна дійти хоча б з тих міркувань, що в основному кодифікованому акті того часу так детально регламентується порядок, підстави та наслідки проведення реєстрації прав на нерухоме майно в сучасному розумінні.

На цьому етапі розвитку системи реєстрації прав на нерухоме майно функції з обліку нерухомого майна, перевірка достовірності правочинів з нерухомим майном були покладені на місцеві органи влади. При цьому сама реєстрація здійснювалась на базі спеціального реєстру у формі книг, в які вносились відомості про власника та основні характеристики нерухомого майна.

За часів царювання Олександра II в 1866 році було затверджене нотаріальне положення («Положення про нотаріальну частину»), відповідно до якого акти на нерухомість (купча «крепость», заставна «крепость» тощо) повинні бути зроблені у молодшого нотаріуса і потім пред'явлені на затвердження старшому нотаріусу. Останній заносив ці акти до своїх кріпосних реєстрів, які служили «квазіпоземельними» книгами [6, с. 23]. За часів правління при Олександрі III робота щодо удосконалення системи реєстрації велася в руслі іпотечної законотворчості. Комісія, що працювала над складанням проекту Цивільного уложення, в 1892 році склала Вотчинний статут, який зосередив всі заборони в кріпосному реєстрі, що значно полегшувало посадовцю огляд всіх обмежень щодо нерухомого майна, але приватні особи, на жаль, так і не мали доступу до такої інформації, що, безперечно, не сприяло розвитку інституту державної реєстрації прав на нерухоме майно того часу [7, с. 378].

Суттєве значення в історії розвитку системи реєстрації прав на нерухоме майно в Україні мав Столипінський указ від 9 листопада 1906 року про доповнення деяких постанов діючого закону в питаннях землеволодіння і землекористування. Зазначений нормативний акт встановлював порядок закріплення в приватну власність частини з общинної землі. Особі, яка мала бажання закріпити в приватну власність частину з общинної землі, потрібно було звернутися з вимогою до сільської громади. Така вимога мала бути подана через сільського старосту. Закон зобов'язував громаду протягом місяця прийняти більшістю голосів ухвалу, в якій вказати, які саме ділянки переходять у приватне володіння домохазяїна.

Наступна історична епоха розвитку нашої держави загалом та правової системи зокрема пов'язана із комуністичним режимом управління. У радянський період необхідність в державній реєстрації права власності на нерухоме майно відпала. Земля і інші види нерухомості були націоналізовані. Сам термін «нерухомість» змінено на «основні фонди». В обороті перебувала лише особиста власність. В цьому періоді на відміну від дореволюційного законодавства реєстрації підлягали не земельні ділянки, які до цього часу були основними об'єктами нерухомого майна, а конкретні об'єкти, переважно житлові будинки (домоволодіння).

В 20-х роках XX ст. Житловий закон УРСР від 1 листопада 1921 року передбачав ведення реєстру приватних будівель, в яких фіксувалися особа власника та адреса будівель. В результаті реєстрації власнику видавалось посвідчення на право власності. Одночасно державна реєстрація приватних будівель покладала на власника публічні обов'язки відносно нерухомого майна. Так, відповідно до ст. 28 Житлового закону УРСР від 1 листопада 1921 року власник був відповідальний перед органами реєстрації за цілісність та справне утримання будівель [8, с. 15].

У 60—80-х роках XX ст. процедура реєстрації прав на нерухоме майно на території України регламентувалася Інструкцією про порядок реєстрації домів і домоволодіння в містах і селах міського типу УРСР, затвердженою Міністерством комунального господарства УРСР 31 січня 1966 року і узгодженою з Верховним Судом УРСР 15 січня 1966 року [9]. Зазначена інструкція визначила об'єкти державної реєстрації, порядок проведення первинної та поточної реєстрації, затвердила перелік правовстановлюючих документів, на підставі яких проводиться реєстрація. Хоча інструкція встановлювала порядок реєстрації об'єктів нерухомості, аналіз норм чинного на той час цивільного законодавства дає підстави вважати, що фактично державній реєстрації підлягало право власності.

10 лютого 1985 року Рада Міністрів СРСР прийняла Постанову № 105 «Про порядок державного обліку житлового фонду» [10], головною метою якої був статистичний облік нерухомого майна, а не підтвердження права власності на нерухоме майно. Відповідно до п.1 зазначеної Постанови державний облік житлового фонду, незалежно від його приналежності, здійснюється за єдиною для Союзу РСР системою на основі реєстрації і технічної інвентаризації. Основним об'єктом державної реєстрації за вказаною Постановою визнавались житлові будинки і приміщення. Відповідно до п. 3 зазначеної Постанови державному обліку підлягають житлові будинки і житлові приміщення в інших будовах, призначені для постійного мешкання громадян, а також для використання в установленому порядку як службові житлові приміщення і гуртожитки. Житлові будинки і житлові приміщення в інших будовах включаються до складу житлового фонду після прийняття їх в експлуатацію державною приймальною комісією, реєстрації і технічної інвентаризації. Не враховуються у складі житлового фонду дачі дачно-будівельних кооперативів, літні садові будиночки членів садівничих товариств, інші будови і приміщення, призначені для сезонного або тимчасового мешкання, незалежно від тривалості мешкання в них громадян.

Підсумовуючи вищезазначене, доходимо висновку, що еволюція системи реєстрації нерухомого майна та прав на нього в Україні базувалась на здійсненні відповідних повноважень органами місцевої влади, причому поступово основним об'єктом реєстрації стає будівля, споруда, приміщення, правовий режим яких юридично відокремлюється від відповідних земельних ділянок внаслідок виникнення та розвитку нових видів нерухомого майна (відокремлених приміщень, споруд, квартир), а також через особливості радянської правової традиції в сфері відносин власності. Такий історичний огляд передумов розвитку системи реєстрації нерухомого майна та прав на нього, на нашу думку, є необхідним, зважаючи на побудову національної системи реєстрації права власності на об'єкти нерухомого майна. Тому, зважаючи на вищевикладене, слід зазначити, що така побудова національної системи реєстрації права власності на об'єкти нерухомого майна повинна базуватися на системі органів місцевого самоврядування та юридичній самостійності об'єктів нерухомості.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Історія держави* і права України. Частина 1. Підручник для юридичних вищих навчальних закладів і факультетів: у 2-х ч. / А. Й. Рогожин, М. М. Страхов, В. Д. Гончаренко та ін.; за ред. акад. Академії правових наук України А. Й. Рогожина. – К.: Ін Юре. – 1996. – С. 56.
2. *Хрестоматия* по истории государства и права СССР. Дооктябрьский период / Под ред. Ю. П. Титова, О. И. Чистякова. – М.: Юридическая литература, 1990. – С. 9, 18.
3. *Кодифікація цивільного* законодавства на українських землях: хрестоматія з цивільного права України. 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. – С. 43.
4. *Історія запорозьких* козаків. Том 1: У 3-х т. / Д. І. Яворницький / За ред.: П. С. Сохань, В. А. Смолій, В. Г. Сарбей, Г. Я. Сергієчко, М. М. Шубравська. – К.: Наукова думка. – 1990. – С. 397.
5. *Права, за* якими судиться малоросійський народ. 1743 р. / під редакцією Ю. С. Шемшученко. – К., 1997. – С. 247-248.
6. *Судебные уставы* 20 ноября 1864 года с изложением рассуждений, на коих они основаны. – С.Пб., 1867. – Ч.III. – С. 23.
7. *Кассо Л. А.* Понятие о залоге в современном праве. – Юрьев, 1898. – С. 378.
8. *Георгіївський Г. Ф.* Соціальний розподіл житлової площі та завдання житлової політики в цій галузі // Житлова кооперація України. – 1929. – № 3. – С. 15.
9. *Інструкція про* порядок реєстрації домів і домоволодіння в містах і селах міського типу УРСР від 31.01.1966 року // http://zakon.nau.ua/doc/?code=n0001303-66.
10. *Постанова Ради* Міністрів УРСР «Про порядок державного обліку житлового фонду» від 11.03.1985 р. № 105 // http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP850105.html.

The article is devoted an important and actual question – determination of the historical stages of becoming and development of institute of state registration of material rights in Ukraine which will be instrumental in the subsequent making of ways of improvement of the legal adjusting of state registration of rights on the real estate. Attention is in addition, accented on the necessity of construction of the national system of registration of right of ownership on the objects of the real estate through the system of organs of local self-government and legal independence of objects of the real estate.

Статья посвящена важному и актуальному вопросу – определению исторических этапов становления и развития института государственной регистрации вещественных прав в Украине, которая будет способствовать последующей выработке путей усовершенствования правовой регуляции государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Кроме того, акцентируется внимание на необходимости построения национальной системы регистрации права собственности на объекты недвижимого имущества через систему органов местного самоуправления и юридической самостоятельности объектов недвижимости.

ПРЕДСТАВНИЦТВО ПАЦІЄНТА МЕДИЧНОЇ УСТАНОВИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Миронова Г. А.,

кандидат філософських наук,
провідний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено проблемі реалізації доктрини добровільної згоди пацієнта на медичне втручання. Метою дослідження є напрацювання правових конструкцій добровільного представництва пацієнта.

Ключові слова: пацієнт, медичне втручання, добровільний представник пацієнта, медична довіреність.

Нездатність пацієнта до волевиявлення (тимчасова, тривала або незворотна) стосовно форм і способів медичного втручання, що можуть бути застосовані щодо нього, становить специфічну проблему медичної сфери, яка по-

требує правового вирішення та супроводження. Випадок, що стався протягом 1990–2005 рр. із Террі Шайво (пацієнткою американської лікарні), яку лікарі протягом 15 років тримали у напіввегетативному стані, значно вплинув на готовність американців зафіксувати свою волю щодо методів лікування у відповідних документах, а також загострив публічні та наукові обговорення з питань прав особи на недоторканність та вибір методів лікування, критеріїв гідного поводження із пацієнтом. В результаті було доведено, що правовий інститут завчасного планування лікування та догляду є ефективним засобом охорони прав таких пацієнтів, який в Україні фактично невідомий. Зокрема, договірне (добровільне) представництво пацієнта не регламентується українським законодавством та жодним чином не згадується в сучасній вітчизняній цивілістичній літературі: у монографіях, дисертаціях, коментарях та посібниках з цивільного права, зокрема відомих авторів [17]. Саме тому предметом представленої статті обрано актуальну проблему цивільно-правового регулювання нового для українського права інституту добровільного представництва пацієнта.

Підґрунтям для проведеної роботи стали напрацювання вчених-цивілістів, які розробляють окремі аспекти інститутів добровільного представництва та довіреності : М. Брагінського [1], А. Дрішлюка [17], П. Крупка [7, 8], В. Рясенцева [10], І. Спасибо-Фатєєвої [13], Є. Харитонова [15–17], С. Фурси [14]. Автором враховані також нові положення стосовно окремих питань інституту представництва, що напрацьовані в дисертаційних роботах, які захищено останнім часом в Україні [2, 11, 19, 20]. Проблематиці правового забезпечення автономії пацієнта, зокрема, правових засобів реалізації принципу згоди на медичне втручання, присвячено праці вчених С. Антонова, З. Гладуна [3], Р. Гревцової [4], О. Кашинцевої [5, 6], І. Сенюти [12]. Аналіз основних здобутків вказаних авторів дали змогу актуалізувати напрацювання механізмів цивільно-правового розв'язання специфічних проблем, що виникають в правових умовах невідкладного медичного втручання стосовно пацієнтів, які нездатні висловити свою волю.

Сучасні правові принципи щодо медичного втручання у невідкладних ситуаціях, обтяжених втратою свідомості, містяться, зокрема, в «Декларації про політику в сфері забезпечення прав пацієнтів в Європі» (Амстердам, 1994), де зазначено: в усіх випадках, коли пацієнт не в змозі надати інформовану згоду, необхідно зробити все можливе, щоб процес прийняття рішення був повноцінним, з урахуванням того, що відомо по даному випадку, а також того, що можна передбачити відносно побажань пацієнта (3.7); у випадках, коли сам пацієнт не може скористатися своїми правами, їх повинен здійснити його законний представник або особа, уповноважена на це пацієнтом (6.4), та у «Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини» (Ов'єдо, 1997), яку підписала держава Україна : якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше (стаття 9).

За законодавством України обов'язковою умовою правомірності медичного втручання є наявність добровільної згоди інформованого пацієнта (ст. 281, 284 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), статті 34, 38, 42, 43 Основ законодавства України про охорону здоров'я (далі – Основ)). То ж «підставою виникнення, тривання і припинення відносин з надання медичної допомоги є воля пацієнта, його усвідомлена згода, чим підтверджується цивільно-правовий характер відносин з надання медичної допомоги, відсутність у них елементів влади та підкорення» [9, с. 471–472]. У невідкладних випадках українське законодавство передбачає, що згода хворого або його законних представників на медичне втручання не потрібна. Невідкладними згідно із статтею 43 Основ є ситуації за наявності реальної загрози життю хворої особи. Відповідно до п. 5 Статті 284 ЦК України у невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи, медична допомога надається *без згоди фізичної особи* або її батьків (усиновлювачів), опікуна, піклувальника; згідно із статтею 43 Основ у невідкладних випадках, коли реальна загроза життю хворого є наявною, *згода хворого або його законних представників на медичне втручання не потрібна*; відповідно до статті 6 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» у невідкладних випадках, коли є реальна загроза життю реципієнта, його *згода або згода його законних представників для застосування трансплантації не потрібна*.

З цих положень фактично випливає, що наявна або уявна загроза для життя є виправданням для будь-яких медичних втручань незалежно від волі пацієнта. Така позиція законодавця видається в корені помилковою, адже навіть за обставин актуальної загрози для здоров'я пацієнт, що є розумово компетентним, продовжує користуватися всіма суб'єктивними правами, що належать йому як учаснику цивільних правовідносин, в тому числі правом на вибір та обмеження методів лікування. Навіть в радянському законі «Основы законодательства СССР о здравоохранении» (1969 р.) у статті «Порядок хирургического вмешательства и применение сложных методов диагностики» здійснення ургентних оперативних втручань без згоди хворого та його представників обумовлено обставиною : «только в тех исключительных случаях, когда промедление в установлении диагноза или проведении операции угрожает жизни больного, а *получить согласие указанных лиц не представляется возможным*».

Такий спосіб вирішення питання правової підстави надання невідкладної медичної допомоги українським законодавцем хоча й не відповідає міжнародним правовим стандартам, але є цілком адекватним щодо загального стану правосвідомості країни. Як видно з деяких коментарів ЦК України, таку позицію закладено у головний приватноправовий документ країни цілеспрямовано. Наприклад, О. Кохановська, посилаючись на положення «Декларації про політику у галузі забезпечення прав пацієнта у Європі» стосовно права на відмову від медичної допомоги, вважає, що «таке положення є дискусійним за своїм змістом і передчасним для включення його у ЦК України. Його відсутність у ЦК цілком виправдана» [9, с. 472]. Також підтримує цю точку зору Р. Стефанчук: «Вільне розпорядження своїм здоров'ям має місце далеко не в усіх випадках, тому законодавець встановлює певні обмеження щодо вільної відмови від лікування. Так, наприклад, у невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи згода хворого або його

законних представників на медичне втручання не потрібна» [18, с. 385].

Такий підхід українського законодавця висвітлює загальну етичну проблему нестачі поваги до гідності особи у суспільстві та за своєю природою є неправомірним обмеженням права людини на вибір форм, способів і процедур медичної допомоги відповідно до власних переконань. Інше питання, що необхідно юридично артикулювати особливість невідкладних ситуацій, обтяжених втратою свідомості, та відокремити правовий режим надання медичної допомоги пацієнтам, що нездатні висловити свою волю. Саме для останніх випадків призначений *інститут добровільного представництва пацієнта*, який ґрунтується на таких правочинах як договір представництва інтересів пацієнта, медична довіреність.

Відносини представництва і довіреності регулюються в Україні загальними положеннями глави 17 ЦКУ. В Основах неодноразово використовується поняття «законний представник», який здійснює права від імені пацієнта. Фактично тут мається на увазі представництво за законом, що передбачено ст. 242 ЦКУ. Але крім законних представників у сучасному цивільному праві існує другий тип представників повнолітніх дієздатних громадян – представники, що діють на підставі угоди. Поняття добровільного представництва пацієнта в українському цивільному законодавстві не існує, що є суттєвою прогалиною, оскільки добровільне представництво «відіграє істотну роль у заповненні дієздатності фізичних осіб» [11, с.1], а для деяких категорій осіб, зокрема для недієздатних пацієнтів, представництво може стати основним засобом їх участі в правовідносинах. П. Крупко влучно називає представництво «технікоюридичним засобом, що дає можливість стати учасниками цивільного обігу особам, котрі не можуть з якихось причин самостійно набувати для себе та реалізовувати суб'єктивні права та обов'язки» [8, с. 105].

Добровільне представництво пацієнта є специфічною формою договірного представництва, що має свої особливості, то ж воно має регулюватися спеціальним законодавством. Головним фактом, що викликає специфічну потребу у представництві інтересів пацієнта, є його нездатність виявити власну волю. То ж правовідносини з представництва пацієнта є особливими в тому аспекті, що вони спрямовані здебільшого не на створення прав та обов'язків, а на захист інтересів стосовно медичного обслуговування осіб, які з причини хворобливого стану не здатні висловити свої побажання. Сенсом такого представництва є здійснення низки фактичних та юридичних дій з метою забезпечення виконання волі пацієнта відносно методів лікування та догляду. Підставою добровільного представництва пацієнта є угода, що ґрунтується на волевиявленні двох осіб –довірителя (принципала) та представника. За своєю цивільно-правовою природою договір представництва інтересів пацієнта можна віднести до умовних правочинів (ст. 212 ЦК України), укладених під відкладальною обставиною, з настанням якої пов'язується виникнення прав та обов'язків за договором. Такою відкладальною умовою є настання нездатності пацієнта повідомити про свій вибір щодо лікувального процесу.

Добровільне представництво пацієнта може здійснюватися за довіреністю на прийняття рішень з питань медичного обслуговування. Довіреність пацієнта іншій особі на прийняття рішень про надання медичної допомоги (медична довіреність) — юридичний механізм, який включає а) призначення довіреної особи, б) уповноваження її на прийняття певних медичних рішень, в) конкретні рекомендації та обмеження для дій довіреної особи. Предметом медичної довіреності є добровільне представництво від імені пацієнта перед третіми особами (медичним персоналом, у суді). Довіреність приймати рішення стосовно медичного обслуговування є спеціальною і довгостроковою та має такі особливості: стосується тільки медичних рішень, є довготривалим розпорядженням на майбутнє, права і обов'язки за якою починаються з моменту констатації недієздатності довірителя. Деякі спеціальні повноваження, що надаються представнику за цією довіреністю: право обирати медичний заклад та лікарів; право отримувати будь-яку інформацію стосовно стану здоров'я довірителя, знайомитись із медичними документами; право вимагати певних методів лікування та догляду, давати інформовану добровільну згоду на застосування медичних процедур, обирати із можливих запропонованих альтернатив та відмовлятись від них. На відміну від завчасних письмових директив довіреність не передбачає повного переліку всіх можливих випадків, оскільки довірена особа уповноважена приймати рішення у різноманітних ситуаціях, виходячи з загальної лінії побажань довірителя. Довірена особа починає приймати рішення стосовно лікування після того, як лікарі встановлять недієздатність довірителя, а повноваження довіреної особи завершуються його смертю, то ж, як правило, вона не може приймати рішення про донорство органів.

Стандарти, процедури і гарантії стосовно попередніх медичних розпоряджень мають встановлюватись спеціальними законами. У практиці країн, що легітимізували цей тип представництва, використовуються, як правило, змішані юридичні форми, в яких містяться елементи різних правочинів (розпорядження + довіреність + заповіт), відпрацьовані відповідно до вимог спеціальних законів. Пацієнти лікарень отримують спеціальні брошури, що містять інформацію про права пацієнтів за відповідними законами та практичні рекомендації з користування цими правами, зокрема : визначення та роз'яснення основних понять, поради щодо вибору агента з медичних рішень, зразки форм розпоряджень та довіреності, інструкції щодо правильного складання документів.

Можна сказати, що інститут договірного представництва є сучасним правовим засобом реалізації права пацієнта на вибір методів лікування, що покликаний бути додатковим механізмом реалізації фундаментального права людини на самовизначення та повагу до своєї гідності. Тому можливість обрати медичного представника та юридично оформити свою волю стосовно майбутнього лікування повинен мати кожен, хто серйозно ставиться до того, яким чином його будуть лікувати, якщо він не зможе повідомити про свої потреби.

ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

Юридичний механізм добровільного представництва інтересів пацієнта є невід'ємною складовою сучасного інституту фундаментальних прав людини, але теоретично та практично не розроблений в Україні. За своєю

цивільно-правовою природою договір представництва інтересів пацієнта можна віднести до умовних правочинів, укладених під відкладальною обставиною — настання факту нездатності пацієнта повідомити про свій вибір щодо методів лікування та догляду. Медична довіреність є спеціальною довгостроковою та має такі особливості: стосується тільки медичних рішень; є довготривалим розпорядженням на майбутнє; права та обов'язки за медичною довіреністю наступають з моменту констатації недієздатності довірителя.

Викладене означає, що в українському праві назріла нагальна потреба адаптувати цивільно-правові інститути представництва, довіреності, заповіту до потреб регулювання правовідносин медичної сфери, отже, доктрину і систему прав пацієнтів необхідно доповнити новими поняттями та інститутами, зокрема, медична дієздатність, представник (агент, довірена особа) пацієнта, медична довіреність, медичний заповіт, попередні розпорядження щодо медичного обслуговування.

Логічним кроком на цьому шляху повинен стати науковий дискурс з правових засад регулювання відносин за участю пацієнтів та розроблення системи спеціальних законів. Концептуальні засадничі принципи, що складатимуть ідеологічну основу цивільно-правового регулювання відносин з приводу медичного втручання, мають бути закладені на рівні норм Цивільного кодексу України, Основ законодавства України про охорону здоров'я. Зокрема, автор пропонує сформулювати норми-принципи, що стосуються правового регулювання інституту добровільного представництва пацієнта, у такий спосіб:

— Статтю 244 Цивільного кодексу України доповнити пунктом

4. Представництво пацієнта може здійснюватись на підставі договору та за медичною довіреністю відповідно до закону. Медична довіреність є спеціальною довгостроковою, поширюється на прийняття рішень з питань медичного обслуговування. Права та обов'язки за медичною довіреністю наступають з моменту констатації недієздатності довірителя.

— Пункт 5 статті 284 Цивільного кодексу України викласти у такій редакції:

5. Якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним у медичній довіреності або іншому документі попереднього розпорядження про методи лікування та догляду.

У невідкладних випадках за наявності реальної загрози життю фізичної особи та неможливості отримання згоди пацієнта або його представників, будь-яке необхідне з медичної точки зору втручання може негайно здійснюватись в інтересах життя і здоров'я відповідної особи та з урахуванням її побажань, якщо вони відомі.

— Абзац 2 статті 43 Основ законодавства України про охорону здоров'я викласти у такій редакції:

Якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним у медичній довіреності або іншому документі попереднього розпорядження про методи лікування та догляду. У невідкладних випадках за наявності реальної загрози життю фізичної особи та неможливості отримання згоди пацієнта або його представників, будь-яке необхідне з медичної точки зору втручання може негайно здійснюватись в інтересах життя і здоров'я відповідної особи та з урахуванням її побажань, наскільки вони відомі.

— Абзац 4 статті 6 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини» викласти у такій редакції:

Якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним у медичній довіреності або іншому документі попереднього розпорядження про методи лікування та догляду. 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.

На цьому доктринальному ґрунті у подальшому автор має намір розробити систему спеціальних правових засобів щодо легітимації інституту добровільного представництва пацієнта у цивільне законодавство України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М.: Статут, 2007. — 1055 с.
2. *Гелецька І.* Правове регулювання відносин представництва у цивільному праві: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / К., 2005. — 24 с.
3. *Гладун З.С.* Адміністративно-правове регулювання охорони здоров'я населення в Україні. — К.: Юрінком Інтер, 2006. – 469 с.
4. *Гревцова* Р. Інформована згода пацієнта на медичне втручання: юридичні аспекти отримання і оформлення // Управління закладом охорони здоров'я. — 2007. — № 3.
5. *Кашинцева О.* Наріжні проблеми захисту прав людини у сфері біотехнологій та медицини // Право України. — 2009. — №4. — С.152—157.
6. *Кашинцева О.* Правовий статус людини в біомедичному експерименті: людина чи animal of necessity // Право України. — 2010. — №2. — С.114—119.
7. *Крупко П.* Договір доручення як форма надання повноважень при добровільному представництві // Право України. – К. : 2002. – № 9 – С. 104 – 108.
8. *Крупко П.* Суб'єкти добровільного представництва за цивільним правом // Право України, 2002. — №5. — С. 105—110.
9. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України.* У 2-х т. / За відповід ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т. 1.
10. *Рясенцев В.* Представительство и сделки в современном гражданском праве — М. : Статут; 2006. — 603 с.
11. *Сєвєрова Є.* Представництво за римським приватним правом та його рецепція у сучасному цивільному праві України: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О., 2004. — 194 арк.
12. *Сенюта І.* Медичне право: право людини на охорону здоров'я: [монографія] — Л. : Астролябія, 2007. — 223 с.
13. *Спасибо-Фатєєва І.* Окремі проблеми представництва // Мала енциклопедія нотаріуса. — 2005 – № 5.
14. *Фурса С.* Довіреність та інститут представництва в цивільному законодавстві, нотаріальному і цивільному процесах України // Право України. – 1999. – № 4. – С. 94—97.
15. *Харитонов Е., Саниахметова Н.* Гражданское право. — К. : А.С.К., 2001. — 830 с.
16. *Харитонов Є. О., Старцев* О. В. Цивільне право України. — К.: Істина, 2007. – 816 с.
17. *Харитонов Є. О., Харитонова О. І., Дрішлюк А. І.* Добровільне представництво у цивільному праві України. — К.: Істина, 2007. — 176 с.
18. *Цивільний кодекс України*: Науково-практичний коментар: У 2-х ч. / За заг. Ред. Я. М. Шевченко. — К.:Ін Юре, 2004. — Ч. 1.

19. *Чванкін С. А.* Добровільне представництво у цивільному процесі України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О., 2005. — 226 арк.

20. *Шаповал Л. І.* Представництво в цивільному праві: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / К., 2007. — 197 арк.

The article is the problem of realization of doctrine of consent of patient on medical treatment devoted. A research purpose is development of legal constructions of voluntarily representation of the patient.

Статья посвящена проблеме реализации доктрины добровольного согласия пациента на медицинское вмешательство. Целью исследования является разработка правовых конструкций добровольного представительства пациента.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

Корнієнко Ю. І.,

науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В статті аналізуються питання, пов'язані з порядком звернення стягнення на предмет іпотеки.

Ключові слова: звернення стягнення на предмет іпотеки, застереження в іпотечному договорі, позасудова процедура звернення стягнення.

Фінансова криза останніх років негативно вплинула на спроможність боржників виконувати свої зобов'язання за кредитними договорами. Невиконання боржниками кредитних зобов'язань спричинило масові звернення банками (іпотекодержателями) стягнень на іпотечне майно. У зв'язку зі змінами в законодавстві про іпотеку виникла низка питань, пов'язаних з практичним аспектом звернення стягнення на предмет іпотеки.

Дослідження проблем звернення стягнення на предмет іпотеки були предметом дискусій та наукових досліджень таких науковців як І. І. Пучковська, В. В. Носік, Д. М. Гриджук, В. О. Олійник, Р. А. Майданик тощо.

Метою даної статті є дослідження спірних, дискусійних, не розв'язаних положень, пов'язаних зі зверненням стягнення на предмет іпотеки.

Закон України «Про іпотеку» передбачає, що у разі порушення іпотекодавцем обов'язків, встановлених іпотечним договором, іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, а в разі його невиконання – звернути стягнення на предмет іпотеки. Стаття 33 цього Закону встановлює порядок звернення стягнення на предмет іпотеки, який здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя. Верховною Радою України 25 грудня 2008 року було прийнято Закон України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» № 800-VI, який набрав чинності 14. 01. 2009 р. Вищезазначеним законом було внесено зміни до низки законодавчих актів, в тому числі до Закону України «Про іпотеку» (далі – Закон). Ці зміни до Закону стосувались, зокрема, позасудової процедури звернення стягнення на предмет іпотеки. Зокрема, з прийняттям названого Закону застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, яке міститься в іпотечному договорі, прирівняне за правовими наслідками до окремого договору між боржником і кредитором про задоволення вимог кредитора.

Закон України «Про іпотеку» встановлює, що сторони іпотечного договору можуть вирішити питання про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору, зокрема:

– згідно із застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі;

– згідно з окремим договором між іпотекодавцем та іпотекодержателем про задоволення вимог останнього (такий договір може бути укладений одночасно з іпотечним договором або в будь-який час після укладення іпотечного договору, але до набрання законної сили рішенням суду про звернення стягнення на предмет іпотеки) [1].

Обираючи форму позасудового врегулювання, сторони можуть на власний розсуд обрати і спосіб звернення стягнення на предмет іпотеки в позасудовому порядку. До таких способів належать:

– передача іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання;

– продаж іпотекодержателем від власного імені предмета іпотеки будь-якій особі.

Більше того, за правовими наслідками Закон прирівнює договір про задоволення вимог іпотекодержателя до застереження в іпотечному договорі.

Договір про задоволення вимог іпотекодержателя може передбачати:

– передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання у порядку, встановленому ст. 37 Закону України «Про іпотеку»;

– право іпотекодержателя від власного імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу у порядку, встановленому ст. 38 Закону України «Про іпотеку».

Після завершення позасудового врегулювання будь-які наступні вимоги іпотекодержателя щодо виконання боржником основного зобов'язання є недійсними.

При цьому слід зауважити той факт, що боржники можуть ініціювати перед банками саме застосування процедури позасудового врегулювання на підставі договору, що вказано вище, з метою затягування процедури фактичного погашення зобов'язань, що в подальшому може супроводжуватись умисним (можливо, навіть без наявних законних чи мотиваційних підстав) оскарженням кожної цивільно-правової та будь-якої іншої процесуальної дії, починаючи від ініціювання судових спорів по визнанню договорів недійсними і закінчуючи оскарженням наслідків набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки (його реєстрації) та наслідків здійснення реалізації предмета іпотеки тощо [2].

У зв'язку з чисельними зверненнями фізичних та юридичних осіб щодо застосування нових змін, внесених до Закону України «Про іпотеку», відносно позасудового звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі договору Міністерство юстиції України зазначило у своєму роз'ясненні, що ці зміни можуть бути застосовані лише до іпотечних договорів, укладених після набрання чинності Законом України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва», тобто – до іпотечних договорів, укладених після 14 січня 2009 року [3].

Отже, у разі порушення основного зобов'язання та / або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю письмову вимогу про усунення порушення. У цьому документі зазначається стислий зміст порушених зобов'язань, а це, насамперед, несвоєчасне та/ або не повне погашення кредиту. Також у документі міститься сама вимога про виконання порушеного зобов'язання у не менш ніж тридцятиденний строк та попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель вправі розпочати звернення стягнення на предмет іпотеки.

Згідно зі статтею 33 Закону України «Про іпотеку» однією з підстав звернення стягнення на предмет іпотеки є здійснення виконавчого напису нотаріуса. Виконавчий напис на договорі іпотеки вчиняється нотаріусом незалежно від місця виконання вимоги, місця знаходження іпотекодержателя або іпотекодавця. На підставі виконавчого напису не здійснюється лише звернення стягнення на майно, що є предметом іпотеки і належить державному чи комунальному підприємству або підприємству, більш як 50 відсотків акцій (часток, паїв) якого перебуває у державній власності; таке стягнення здійснюється на підставі рішення суду.

Але при вчиненні виконавчого напису (який може вчинювати як нотаріус, що посвідчував договір іпотеки і був ознайомлений зі статусом іпотекодавця, так і нотаріус, який не посвідчував договір іпотеки і не був ознайомлений з документами іпотекодавця) документи іпотекодавця не подаються.

При вчиненні виконавчого напису нотаріус повинен перевірити, чи подано на обґрунтування стягнення документи, зазначені у Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів» від 29 червня 1999 р. № 1172 (далі – Перелік) документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів.

Згідно з Переліком для одержання виконавчого напису нотаріусу подаються: оригінал договору іпотеки та документи, що підтверджують безспірність заборгованості боржника та встановлюють прострочення виконання зобов'язання.

Одним із проблемних моментів практики вчинення виконавчого напису на договорі іпотеки є врахування умов документів, що встановлюють таку заборгованість, тобто кредитних договорів, договорів позики. У більшості випадків умови таких договорів встановлюють обов'язок іпотекодавця (боржника) щодо повернення грошової суми частинами відповідно до графіка повернення боргу. В ситуації, коли кредитним договором встановлено графік погашення заборгованості й має місце порушення боржником одного або кількох строків такого графіка, але кінцевий термін повернення заборгованості ще не настав, то окремими фахівцями ставиться під сумнів можливість вчинення виконавчого напису з тих підстав, що строк повернення заборгованості за договором у цілому ще не настав.

Необхідно зазначити, що поняття прострочення у цілому і прострочення боржника зокрема, як різновид цивільного правопорушення, є досить відомим і традиційним поняттям цивільного права, під яким розуміють порушення строків виконання стороною в договорі своїх договірних обов'язків (ст. 612 ЦК України). При цьому йдеться не лише про порушення строків виконання договору в цілому, а й строків виконання окремих договірних обов'язків, які становлять зміст договору (ст. 628, 631 ЦК України).

Тобто простроченням боржника буде не лише неповернення боргу в кінцевий термін, а й невиконання графіка сплати щомісячних платежів і відсотків, незважаючи на те, що загальний строк повернення кредиту було дотримано. Всі ці випадки порушення строку вчинення зазначених дій боржником, на нашу думку, є самостійними цивільними правопорушеннями, внаслідок чого іпотекодержатель, керуючись чинним законодавством України, має право звернутися за захистом своїх прав до нотаріуса (ст. 18 ЦК України), у тому числі коли порушення його прав з боку боржника полягає лише у простроченні сплати, наприклад, одного щомісячного платежу та відсотків за користування кредитом за цей самий місяць. Головне, щоб зі змісту кредитного договору дійсно випливало те, що боржник зобов'язаний здійснити цей щомісячний платіж у певний строк. За відсутності таких положень договору немає можливості стверджувати про порушення строку виконання такого обов'язку, оскільки є сумніви в самому існуванні такого обов'язку боржника як обов'язок повернути частину боргу (наприклад, щомісячний платіж) у певний строк [4].

Слід зазначити, що відповідно до вимог ст. 42 Закону України «Про нотаріат» вчинення нотаріальної дії може бути відкладено в разі необхідності витребування додаткових відомостей або документів від посадових осіб юридичних осіб або направлення документів на експертизу, а також якщо відповідно до закону нотаріус повинен упевнитись у відсутності у заінтересованих осіб заперечень проти вчинення цієї дії.

Питання щодо подальших дій нотаріуса у разі отримання повідомлення від іпотекодавця про те, що іпотекодавець має заперечення проти вчинення виконавчого напису, законодавством належним чином не визначено. Приписи Закону України «Про іпотеку» також ставлять вчинення виконавчого напису в залежність від повідомлення іпотекодавця, боржника або інших зацікавлених осіб про усунення порушень зобов'язання та звернення стягнення на предмет застави.

Так, в ст. 41 Закону України «Про нотаріат», зокрема, зазначено, що тільки за обґрунтованою письмовою заявою заінтересованої особи, яка вже звернулася до суду, та на підставі отриманого від суду повідомлення про надходження позовної заяви заінтересованої особи, яка оспорює право або факт, про посвідчення якого просить інша заінтересована особа, вчинення нотаріальної дії зупиняється до вирішення справи судом. Тобто якщо іпотекодавець не звернувся до суду з оспорюванням права іпотеки або роз-

міру заборгованості, а просто написав нотаріусу листа про те, що він проти вчинення виконавчого напису на договорі іпотеки, підстав для відмови іпотекодержателю у вчиненні виконавчого напису у нотаріуса немає.

У разі звернення стягнення на предмет застави через рішення суду, окрім процесуальних положень, будуть також застосовуватися окремі положення Закону України «Про іпотеку». Саме ст. 39 вказаного Закону визначає порядок реалізації предмета іпотеки за рішенням суду, згідно з яким у разі задоволення судом позову про звернення стягнення на предмет іпотеки у рішенні суду зазначаються: загальний розмір вимог та всі його складові, що підлягають сплаті іпотекодержателю з вартості предмета іпотеки; опис нерухомого майна, за рахунок якого підлягають задоволенню вимоги іпотекодержателя; заходи щодо забезпечення збереження предмета іпотеки або передачі його в управління на період до його реалізації, якщо такі необхідні; спосіб реалізації предмета іпотеки шляхом проведення прилюдних торгів або застосування процедури продажу, встановленої статтею 38 цього Закону; пріоритет та розмір вимог інших кредиторів, які підлягають задоволенню з вартості предмета іпотеки; початкова ціна предмета іпотеки для його подальшої реалізації. Одночасно з рішенням про звернення стягнення на предмет іпотеки суд за заявою іпотекодержателя вправі винести рішення про виселення мешканців, якщо предметом іпотеки є житловий будинок або житлове приміщення.

Аналіз матеріалів справ свідчить, що більшість спорів майнового характеру становлять спори, пов'язані з вимогами комерційних банків (які в основному виступають позивачами у цій категорії спорів) про стягнення заборгованості за кредитними договорами у зв'язку з невиконанням зобов'язань. Основними причинами виникнення цих спорів є порушення позичальниками вимог ст. 526 Цивільного кодексу України у частині виконання зобов'язання належним чином і в установлений строк відповідно до договору.

Майже в усіх випадках ця обставина пов'язана з відсутністю коштів на рахунках, а також іншого майна у позичальника.

Водночас вивчення практики вирішення спорів за участю комерційних банків виявило, що останні все ще припускаються порушень вимог чинного законодавства у застосуванні норм матеріального права і процесу як на стадії укладання договорів, так і у процесі їх виконання та судового захисту своїх прав як кредитора.

Недотримання вимог законодавства під час укладання договорів іпотеки призводить до виникнення спорів з боржниками з приводу визнання недійсними (повністю чи у певній частині) таких договорів.

Згідно із ч. 1 ст. 548 ЦК України виконання зобов'язання (основного зобов'язання) забезпечується, якщо це встановлено договором або законом. Виконання цивільно-правового зобов'язання (в тому числі у сфері господарювання) може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, притриманням, завдатком, а також заставою (ч. 1 ст. 546 ЦК України). Зокрема, в ч. 5 ст. 3 Закону України «Про іпотеку» зазначається, що іпотека має похідний характер від основного зобов'язання і є дійсною до його припинення або до закінчення строку дії іпотечного договору [5, с. 21].

Однак при цьому необхідно чітко розрізняти припинення дії договору, з якого виникає зобов'язання, забезпечене заставою (іпотекою), та підстави для припинення права застави (іпотеки). Наприклад, у разі припинення дії договору позики (кредиту) в результаті закінчення строку його дії (припинення у разі розірвання договору сторонами, в тому числі і за рішенням суду, а також припинення внаслідок односторонньої відмови однієї зі сторін від договору, якщо таке право передбачено договором або законом) позичальник не звільняється від обов'язку повернути отримані кошти та сплатити проценти за користування ними за час дії договору. Це вказує на наявність у позичкодавця відповідного права вимоги навіть після припинення договору. Вказані обставини необхідно враховувати не тільки при вирішенні питання про припинення права застави (іпотеки), а й при укладенні договору застави (іпотеки). Зокрема, у договорі застави (іпотеки) необхідно чітко визначати перелік забезпечених іпотекою майнових вимог, які кредитор може мати як упродовж дії договору, з якого виникає основне зобов'язання, так і тих майнових вимог, які можуть існувати у кредитора після припинення дії такого договору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Черкащина Ю., Глозман О.* Застереження в іпотечному договорі: спрощення чи ускладнення? // Правовий тиждень. – № 8 (186). – 23 лютого 2010 р.

2. *Шершун Л., Стус О.*. Несприятливі правові обставини як перешкода стягнення кредитів банками // ЮрГазета. – № 14 (195). – 7 квітня 2009 р.

3. *Щодо змін до Закону України* «Про іпотеку» відносно стягнення в позасудовому порядку майна, яке виступає предметом застави чи іпотеки [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0/18660.

4. *Стягнення на предмет* іпотеки шляхом вчинення виконавчого напису. [Електронний ресурс] / Є. А. Другова. Режим доступу: http://radnuk.info/statti/230-tsuv-pravo/3582-2010-01-29-17-24-10.html.

5. *Бондарів Т., Герасименко С.* Аналіз законодавчих новинок у сфері нерухомості та будівництва. // Правовий тиждень. – № 8 (186). – 23 лютого 2010 р.

The article examines issues related to the order of foreclosure on the mortgage.

В статье анализируются вопросы, связанные с порядком обращения взыскания на предмет ипотеки.

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ВСТАНОВЛЕННЯ ПОНЯТТЯ «ПРАВО ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ»

Литвиненко О. М.,

аспірантка кафедри цивільного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті аналізуються основні особливості поняття права державної власності як цивільно-правового інституту .
***Ключові слова*:** право власності, державна власність, об'єкти державної власності.

Складовими ринкової економіки, що забезпечують добробут суспільства, є різноманітність форм власності і форм господарювання, які водночас сприяють утворенню приватного сектора економіки. Однак виконання цих завдань аж ніяк неможливе без створення відповідного ефективного правового механізму.

Проблеми права державної власності виявилися нині малодослідженими. Дещо більше уваги надавалось загальним питанням права власності.

Праву державної власності було присвячено велику кількість праць вчених-юристів, економістів радянського та новітнього періодів: С. С. Алексєєва, С. М. Братуся, Д. В. Боброві, А. В. Венедиктова, А. С. Довгерта, О. В. Дзери, О. С. Йоффе, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця, В. П. Маслова, А. О. Пушкіна, О. А. Підопригори, Г. В. Пронської, В. М. Коссака, З. В. Ромовської, Є. О. Суханова, М. М. Сібільова, Я. М. Шевченко, В. С. Щербини, Ю. С. Червоного та інших, які тією чи іншою мірою торкалися проблем права власності. Однак проблеми права державної власності періоду ринкових реформ в Україні ще не були предметом дослідження. Необхідність таких розробок обумовлюється ст. 326, 327 ЦК України та здійснюваним відмежуванням комунальної власності від державної.

Слід зазначити, що в умовах ринкових реформ в Україні відбуваються радикальні зміни у відносинах власності та їх правовому регулюванні. При цьому ключовим питанням у вирішенні цієї проблеми залишається реформування державної власності. Як відомо, право державної власності є складовою частиною інституту права власності, що обумовлює необхідність застосування його принципових положень до відносин державної власності. **Метою цієї статті** є розкриття сутності права державної власності та виявлення перспектив його трансформації в сучасних умовах.

Власність – це результат історичного розвитку суспільства, а, відповідно, і суспільного виробництва, яке і забезпечує цивілізоване існування людини завдяки створенню в процесі виробництва матеріальних благ. Відносини власності становлять сутність усієї системи суспільних виробничих відносин будь-якої держави [1, с. 5–10]. І це дійсно так, оскільки їх розвиток забезпечує розвиток всієї соціально-економічної системи в державі, створення національного багатства. Іншими словами, вони є рушійною силою суспільного виробництва, науково-технічного прогресу.

В юридичній літературі власність визначають як відносини між людьми з приводу привласнення матеріальних благ та встановлення влади над ними, приналежності їх конкретній особі [2, с. 7–10; 3, с. 4].

Як правило, відносини власності розглядають у двох аспектах – економічному та юридичному. Безперечно, первісними є економічні відносини привласнення матеріальних благ у ході суспільного виробництва, які існують і розвиваються в своїй сутності незалежно від волі і свідомості людей. Однак певна частина економічних відносин власності, в процесі яких індивіди за власною волею створюють, розподіляють та привласнюють матеріальні блага, може піддаватися правовому регулюванню тими чи іншими нормами права, в чому якраз і виявляється юридичний аспект власності. Відповідно, економічні відносини власності, які набувають правової регламентації, стають відносинами права власності.

Науковці піддали сумніву неподільний дуалізм (економічний і юридичний) відносин власності. На думку В. М. Селіванова, власність – це складна і багатопланова категорія, яка відображає «різні аспекти різнобічного соціального буття – економічний, соціальний, юридичний, політичний, психологічний» [1, с. 7]. В принципі не може бути особливих заперечень проти такої оцінки відносин власності. Більше того, якщо керуватися критеріями автора, то можна називати й інші аспекти функціонування відносин власності, наприклад, культурний, етичний. Вивчення різнобічності змісту власності може мати не лише теоретичне, а й практичне значення, особливо в періоди реформування економіки. Однак, оскільки предметом цього дослідження є аналіз права власності, то, відповідно, наша увага буде зосереджуватися на юридичному аспекті власності. Водночас важливо правильно визначати економічний зміст власності, без чого правові норми були б позбавлені предмета правового регулювання.

Економічний зміст власності полягає у створенні та розподілі матеріальних благ з метою їх виробничого і особистого споживання. Однак реалізація економічного призначення можлива лише за допомогою їх привласнення, яке здійснюється шляхом наділення учасників економічних відносин повноваженнями власника, що дає їм можливість панувати над речами. Таке панування забезпечується інститутом права власності, яким утверджуються приналежність матеріальних благ індивіду та його повноваження володіти, користуватися та розпоряджатися ними. Загальновизнаним в юридичній літературі є той факт, що право власності регулює відповідну категорію економічних відносин, що одержали назву майнових відносин, у статичному їх становищі [4, с. 21–23; 5, с. 22–28; 6, с. 42–44]. Іншими словами, призначення права власності полягає, насамперед, в утвердженні приналежності матеріальних благ власникам. Однак цього недостатньо для того, щоб власність забезпечувала відтворюване виробництво, для функціонування якого необхідний товарообіг, що засвідчує динаміку майнових відносин. Ці відносини регулюються вже іншими нормами, зокрема, нормами зобов'язального, спадкового права.

Важливо також відзначити, що право власності розуміється в об'єктивному і суб'єктивному значенні. Так, в об'єктивному розумінні право власності – це певна сукупність правових норм, які закріплюють майно за конкретним суб'єктом та визначають його права володіння, користування і розпорядження цим майном. Сукупність цих норм в цілому утворює інститут права власності. Однак норми цього інституту містяться не лише в цивільному законодавстві, а й в інших галузях законодавства (конституційному, земельному, сімейному, адміністративному та ін.). На нашу думку, переважна частина норм, що регулюють відносини власності, міститься все-таки в цивільному законодавстві. Тому представники цивільно-правової науки визнають право власності цивільно-правовим інститутом, не заперечуючи наявності в ньому норм комплексного характеру [7, с. 13, 212; 8, с. 8].

Не заперечуючи наявність в новій Конституції України 1996 р. основоположних норм щодо права власності, не можна водночас не помічати відсутності в ній безпосередніх праворегулюючих норм. Тому є всі підстави вважати, що саме в цивільному праві зосереджена основна частина норм, що регулює відносини власності на засадах консти-

туційних принципів, але праворегулюючим, на нашу думку, є цивільно-правовий інститут власності. Щодо норм інших галузей права, то, хоча вони також мають велике праворегулююче значення, але більшість з них є субсидіарними по відношенню до цивільно-правових норм. Норми інституту права власності поширюються лише на ті майнові відносини, які набувають форму товарно-грошових відносин. У зв'язку з цим виникає питання про структурну приналежність норм кримінального, адміністративного права та інших галузей права, які забезпечують охорону права власності. В літературі було запропоновано вважати їх складовою частиною комплексного інституту права власності [2, с. 18–19]. Така позиція не є переконливою, адже, наприклад, норми кримінального права не регулюють відносини власності, не закріплюють повноважень власника, а охороняють лише ці права у випадку їх порушення. З цих міркувань немає підстав підтримувати цю точку зору.

Не менш важливим є визначення змісту суб'єктивного права власності. Так, у суб'єктивному розумінні право власності – це визначене законом право певного власника (фізичної чи юридичної особи, держави) здійснювати у відповідному обсязі володіння, користування та розпорядження стосовно належного йому майна на власний розсуд. Іншими словами, суб'єктивне право власності становить міру можливої поведінки власника. Суб'єктивне право власності є абсолютним, оскільки власнику протистоїть необмежена кількість осіб, які не мають права порушувати суб'єктивне право власності чи чинити перешкоди у його здійсненні. В цьому проявляється відмінність відносин права власності від інших, наприклад зобов'язальних відносин, в яких чітко визначене коло зобов'язаних осіб один до одного.

Зміст суб'єктивного права власності становлять правомочності власника: володіння, користування та розпорядження. На відміну від права власності в об'єктивному значенні суб'єктивне право виникає у тієї чи іншої особи лише, як правило, внаслідок дій, спрямованих на привласнення майна шляхом укладання угод, приватизації, створення речі, прийняття спадкоємства, заволодіння дарами природи тощо. Право власності не є єдиним суб'єктивним правом індивідів. Так, особи можуть набувати майнові права, що випливають із договорів оренди, зберігання, підряду, застави та ін. Але, на відміну від цих прав, підставою виникнення суб'єктивного права власності служить той чи інший конкретний факт привласнення майна, внаслідок чого у його набувача виникають усі три правомочності одночасно.

Тріада правомочностей власника стала обов'язковим атрибутом визначень права власності в об'єктивному і суб'єктивному розумінні, як правило, і в сучасній юридичній літературі. Автори лише зазначають, що правомочності володіння, користування і розпорядження власник майна здійснює «найбільш повним чином, щоб це не заважало моральним засадам суспільства» [9, с. 535], «на власний розсуд» [3, с. 111; 9, с. 535] та ін. До речі, в ст. 317 ЦК України закріплено норму про те, що власникові належать права володіння, користування і розпорядження власним майном. Саме ці правомочності й утворюють зміст права власності із застереженням, що ці правомочності здійснюються власником на власний розсуд і в межах, не заборонених законом [9, с. 534]. Таке застереження забезпечує власникові достатній в умовах ринкової економіки обсяг повноважень.

Право власності не є незмінною і однорідною категорією. Його реальний зміст перебуває в прямій залежності від ступеня суспільного розвитку та існуючої в суспільстві форми (типу) власності, яким має відповідати адекватна форма права власності.

Державна власність не є притаманною лише соціалістичному суспільству. Справа в тому, що в межах однієї суспільно-історичної формації можуть співіснувати різні способи привласнення матеріальних благ. Це особливо характерно для капіталістичного і соціалістичного суспільств, в яких чітко простежується наявність кількох способів привласнення матеріальних благ, які обумовлюють існування кількох форм (видів) власності.

Важливу роль у системі відносин власності будь-якої держави відіграє державна власність. Державна власність була відома ще в Стародавньому Римі. Як відомо, римляни досягли великих успіхів у розробці положень приватного права та права власності. Спершу римському приватному праву були відомі державна і общинна власність на землю та приватна власність на інше майно [10, с. 102–104]. Право державної власності на землю не могли набувати окремі індивіди. Племенам, родам, а згодом і окремим сім'ям земля надавалася лише в тимчасове користування.

У високорозвинених Європейських країнах державна власність забезпечує не лише функціонування держави, а й бере активну участь у виробництві, що дало підстави дослідникам сформулювати тезу про створення змішаної економіки. При цьому не заперечується необхідність певного державного планування і управління економікою.

У змішаній економіці Німеччини знайшлося місце як приватній, так і публічній (державній) власності, значного поширення також набувають змішані підприємства, засновані на приватній і державній власності. В окремих високорозвинених капіталістичних країнах державний сектор економіки досягає 30 % (наприклад Австрія). За таких умов високого рівня набуває правове регулювання відносин власності, в тому числі державної, переважно кодифікованим цивільним законодавством (наприклад, французький цивільний кодекс, відомий як Кодекс Наполеона 1804 р., Німецьке цивільне уложення, Швейцарське цивільне укладення, Цивільний кодекс Нідерландів, Цивільний кодекс Італії) [11]. Звичайно, ще далеко не всі проблеми правового регулювання майнових відносин в капіталістичних країнах сьогодні вирішені. Так, у більшості країн так званої романо-германської системи і досі зберігається дуалізм приватного права, яке поділяється на цивільне і торговельне право (Франція, Німеччина, Іспанія, Португалія, країни Латинської Америки та ін.). Водночас спостерігається тенденція до об'єднання цивільного і торговельного права в єдину галузь приватного права (Швейцарія, Італія, Нідерланди) [11].

У країнах англосаксонського права (наприклад, Англія, США) значний вплив на регулювання майнових відносин здійснює судова практика (судовий прецедент). Водночас в Англії ще в 1925 р. був прийнятий спеціальний закон про власність.

Цивільний кодекс Іспанії встановлює, що до майна, яке перебуває в загальному користуванні, належать: дороги, канали, річки, водоспади, порти і мости, побудовані державою, береги, пляжі; всі інші права, що випливають з володіння державним підприємством; майно, призначене для

державної служби або для розвитку національного багатства; права на спільну власність, що належить державі. У Франції до складу виключної власності держави французький цивільний кодекс включає: дороги і вулиці, за станом яких стежить держава; річки, судноплавні та сплавні річки, береги, морські напливи, порти; майно осіб померлих без спадкоємців також належить державі. Французьке законодавство відносить до числа об'єктів державної власності повітряний простір, надра землі, шахти і гавані, рейди і будь-які ділянки території Франції, які не можуть перебувати в приватній власності; безхазяйне майно тощо. Для включення майна до складу державного надбання необхідний спеціальний закон. Майно, яке використовується всіма, вважається державним надбанням.

Правовому положенню державного майна присвячено главу II книги III Цивільного кодексу Італії [11]. Стаття 822 зараховує до державної власності: морські узбережжя, рейди і порти, ріки, озера, нерухоме майно, призначені для їх експлуатації. Цивільний кодекс Бельгії практично без змін відтворює положення Французького Цивільного Кодексу про об'єкти, що перебувають в виключної власності держави. У США державна власність виникла і розвивається в основному шляхом акумуляції коштів у державному бюджеті і їх використання для державного стимулювання економіки, у тому числі і для створення окремих державних підприємств. У власності держави перебувають: земля, поштова служба, іригаційні споруди, дороги, порти, електростанції, наукові та дослідні центри [11].

Висновок

Цивільне законодавство має бути якісним, тобто таке законодавство, форма і структура побудови, досконалість якого повинні забезпечувати: умови та ефективне використання результатів розвитку ринкової інфраструктури, гарантії правового захисту діяльності щодо розвитку інфраструктури, повноту правового регулювання цих питань. Нині постає надскладна проблема визначення місця державної власності в економіці України, її співвідношення з іншими формами власності та її можлива частка у загальнонаціональному господарстві. Безперечно, становище державної власності має змінитися на користь приватного сектора економіки, але в якій мірі і в якому співвідношенні – це завдання економічної науки. Правова ж наука та нормотворчі інституції, на нашу думку, повинні дати державній власності правове регулювання, яке було б адекватним її ролі в суспільстві з ринковою соціально орієнтованою економікою. При цьому ефективне створення нового правового механізму врегулювання сучасних відносин власності неможливе без врахування досвіду розвинутих Європейських країн. Право державної власності має багатоаспектний характер, яке не обмежується його економічним та юридичним значенням, зокрема, соціальний, політичний, психологічний аспект. Інститут права власності має цивільно-правову приналежність, незважаючи на те, що окремі його правові норми містяться в різних галузях права та законодавства.

Праву державної власності притаманні особливі форми та способи його здійснення, які обумовлені тим, що держава реалізує власницькі права лише через уповноважені та спеціально створені для цього органи.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Селіванов В. М., Паламарчук В. О.* Відносини власності в процесі демократичної трансформації українського суспільства // Економіко-правові проблеми трансформації відносин власності в Україні. – К., 1997. – С. 5–11.
2. *Суханов Е. А.* Лекции о праве собственности. – М., 1991. – С. 7–10.
3. *Дзера О. В.* Розвиток права власності громадян в Україні. – К., 1996. –С. 4.
4. *Братусь С. Н.* Предмет и система советского гражданского права. – М., 1963. – С. 21–23.
5. *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. –М., 1948. – С. 22–28.
6. *Червоний В. С.* Методологічні проблеми регулювання відносин власності в законодавстві України // Економіко-правові проблеми трансформації відносин власності в Україні. – К., 1997. – С. 42–44.
7. *Боброва Д. В., Кузнєцова Н. С.* / Цивільне право. Загальна частина. – К., 1995. – С. 13, 212.
8. *Дзера О. В.* Розвиток права власності громадян в Україні. – К., 1996. –С. 8.
9. *Науково-практичний коментар* Цивільного кодексу України: у 2-х т. / [За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця]. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 3-є вид., перероб. і допов. – Т. 1. – 832 с.
10. *Підопригора О. А.* Основи римського приватного права. – К., 1995. – С. 102–104.
11. *Гражданское*, торговое и семейное право капиталистических стран. Сборник нормативных актов. – М., 1986. – 350 с.

The article analyzes the main features of the concept of right of state ownership are analysed in the article, as a civil legal institute.

В статье анализируются основные особенности понятия права государственной собственности как гражданско-правового института.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЩОДО ОХОРОНИ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Хортюк О. В.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті на основі аналізу нормативно-правових актів та результатів досліджень провідних науковців визначено правове регулювання відносин щодо охорони ділової репутації юридичної особи.

***Ключові слова*:** репутація, ділова репутація, охорона ділової репутації.

Проблематика ділової репутації юридичної особи останніми роками набуває усе більшої актуальності. Причому науково-теоретичні дослідження поступово набувають суттєвого практичного спрямування, оскільки питання визначення обсягу ділової репутації юридичної особи з урахуванням динаміки її господарських та інших соціальних зв'язків, встановлення дієвих юридичних гарантій недоторканності ділової репутації юридичної особи тощо безпосередньо впливають на ефективність виконання основних завдань юридичних осіб як приватного права, так і

публічного права. Тому виникає необхідність наскрізного аналізу чинного законодавства України, яке прямо чи опосередковано спрямовується на регулювання суспільних відносин щодо охорони ділової репутації юридичної особи.

Зазначені питання були предметом наукових досліджень представників різних галузевих юридичних наук. Приміром, суміжні питання стосовно юридичних осіб публічного права були предметом дослідження О. В. Хоменко [1]. Однак такі дослідження є поодинокими і безпосередньо не спрямовані на розкриття ділової репутації юридичної особи та її правової охорони.

Безумовно, найбільший внесок у розробку зазначеної проблематики здійснили дослідники цивільного права. Їх дослідження можна умовно поділити на дві групи: перша група – це дослідження, спрямовані на розкриття цивільно-правового статусу юридичних осіб, і друга група – це дослідження, які безпосередньо стосуються охорони ділової репутації.

До першої групи досліджень відносимо фундаментальну роботу І. М. Кучеренко стосовно організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права [2], а також Л. В. Винара щодо правового статусу юридичних осіб, заснованих державою [3], В. М. Кравчука про соціально-правову природу юридичної особи [4]. Суттєве теоретико-прикладне значення для цілей цього дослідження мають праці цивілістів щодо проблем правосуб'єктності осіб у колізійному праві України [5], правочиноздатності юридичної особи та її здійснення за цивільним законодавством України [6], цивільно-правової відповідальності юридичних осіб [7], правового регулювання участі іноземних юридичних осіб у цивільних правовідносинах [8] тощо. Адже у цих працях висвітлюються важливі аспекти діяльності юридичних осіб, у процесі якої можливе настання негативних наслідків для ділової репутації юридичних осіб. А тому знання результатів досліджень провідних науковців у цій сфері сприятиме ґрунтовному розумінню системи охорони ділової репутації саме юридичної особи.

Серед досліджень, які безпосередньо стосуються охорони ділової репутації (як юридичної, так і фізичної особи), варто виділити такі. І. В. Саприкіна розкриває суть поняття захисту немайнових прав у доктрині цивільного права, досліджує підстави виникнення та суб'єктний склад правовідносин щодо захисту честі, гідності, ділової репутації та способи захисту названих прав за законодавством України на прикладі судової практики [9]. О. С. Жидкова предметом власного дисертаційного дослідження визначила цивільно-правовий механізм захисту права на недоторканність ділової репутації [10], Р. О. Стефанчук – актуальні проблеми теоретичного та правозастосовчого характеру, пов'язані з розробкою та відображенням у системі цивільного законодавства і права України захисту честі, гідності та репутації [11], а Д. Д. Луспеник – судочинство у справах щодо захисту честі, гідності і ділової репутації, зокрема в аспекті спростування недостовірної інформації [12].

І. І. Килимник значну увагу приділила розгляду аспектів правового регулювання франчайзингових відносин [13], у процесі яких можливе правомірне використання ділової репутації юридичної особи, що також є важливим для цілей цього дослідження.

Варто зазначити, що деякі аспекти діяльності юридичних осіб були предметом досліджень і вчених-адміністративістів, наприклад, М. В. Костів у своїй монографії розкриває адміністративну правосуб'єктність юридичних осіб [14].

Оскільки ділова репутація досить часто пов'язується з підприємницькою діяльністю юридичної особи, то відповідні питання аналізувалися вченими-дослідники господарського права. Зокрема, В. С. Кулішенко дослідила неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання у конкуренції: неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів та упаковки; неправомірне використання товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; недобросовісне використання порівняльної реклами [15]; а І. Ф. Коваль розкрила суть поняття ділової репутації суб'єктів господарювання у контексті захисту від недобросовісної конкуренції та охорони знаків для товарів і послуг [16].

Зазначимо, що проблематика ділової репутації, зокрема і юридичної особи, була предметом дослідження представників медіа-права в силу інформаційної складової такої репутації. Прикладом такого дослідження є праця білоруських науковців, пов'язана із захистом честі, гідності й ділової репутації у журналістиці [17].

Однак у дослідженнях зазначених науковців відсутнє єдине бачення стосовно системи норм права, які регулюють суспільні відносини у сфері ділової репутації юридичної особи. Саме тому завданням цієї статті визначаємо комплексне дослідження системи нормативно-правових актів, предметом регулювання яких є відносини щодо охорони ділової репутації юридичної особи.

На перший погляд видається, що норми права, які регламентують відносини стосовно ділової репутації, зосереджені виключно у галузі цивільного права і закріплені в актах цивільного законодавства. Аргумент на підтвердження такої позиції — це віднесення ділової репутації до немайнових благ, а відтак і до предмета регулювання виключно цивільного права. Однак така позиція є не зовсім правильною, тому спробуємо аргументувати свою думку.

Насамперед, питання ділової репутації регулюються Конституцією України, де встановлено, зокрема, що кожному гарантується судовий захист права спростовувати недостовірну інформацію про себе і членів своєї сім'ї та права вимагати вилучення будь-якої інформації [18, ст. 32], а також визначено можливість обмеження права вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб для захисту репутації або прав інших людей [18, ст. 34]. Як бачимо, йдеться про права людини, хоча, якщо взяти до уваги результати дослідження В. М. Кравчука щодо соціально-правової природи юридичних осіб [4], то можна зробити висновок про можливість застосування зазначених норм і до ділової репутації юридичної особи. Як побачимо нижче, чинне цивільне законодавство, хоча і фрагментарно, але все ж закріплює систему норм, спрямованих на пріоритетність ділової репутації юридичної особи відносно інших суспільно значущих прав. Тобто конституційна норма про обмеження права громадянина на вільне поширення інформації може бути застосована до випадків, коли така інформація негативно впливає на ділову репутацію не лише людини, а й юридичної особи. Таким чином, робимо висновок про «участь» конституційного права України в регулюванні відносин щодо охорони ділової репутації юридичної особи.

Значна частина правових норм, що стосуються ділової репутації юридичної особи, зосереджена у джерелах цивільного права, насамперед у Цивільному кодексі України. Основні положення закріплені у ч. 1 ст. 91 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України): юридична особа здатна мати такі самі цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати людині [19, ст. 91]. Звичайно, честь і гідність можуть належати виключно людині, а от ділова репутація притаманна і юридичній особі. Підтвердженням цьому слугують норми, закріплені у ч. 1 ст. 94 ЦК України: юридична особа має право на недоторканність її ділової репутації, на таємницю кореспонденції, на інформацію та інші особисті немайнові права, які можуть їй належати [19, ст. 94].

Варто також зазначити, що цивільне законодавство охороняє ділову репутацію на рівні з іншими особистими немайновими благами: здоров'я, життя; честь, гідність; ім'я (найменування); авторство; свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості тощо [19, ст. 201], хоча із перерахованих юридичної особи можуть стосуватися лише найменування як немайнове благо юридичної особи.

Доповнюють систему норм цивільного права України щодо ділової репутації юридичної особи норми стосовно можливості відшкодування моральної шкоди внаслідок приниження такої репутації [19, п. 2 ст. 23].

Крім того, звернемо увагу, що цивільно-правова охорона поширюється не лише на випадки порушення ділової репутації юридичної особи, а й на відносини правомірного використання зовнішніх проявів такої репутації. Зокрема, ділова репутація юридичної особи може включатися до предмета договору комерційної концесії разом з правом на використання об'єктів права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо) та комерційного досвіду [19, ст. 1116]. У таких суспільних відносинах можливість використання ділової репутації як самостійного предмета договору комерційної концесії є проблематичним, на що звертають увагу і науковці-цивілісти. Зокрема, зазначається, що використання ділової репутації має сенс за таким договором лише у зв'язку з використанням товарних знаків, фірмових найменувань, інших об'єктів права інтелектуальної власності, оскільки «ділова репутація за своєю суттю «невагома», «абстрактна» [20, с. 57]. Це підтверджує «розмитість» обсягу поняття «ділова репутація» і, відповідно, суб'єктивний характер визначення такого обсягу: приміром, для одних юридичних осіб незаконне використання їх торговельної марки є критичним і завдає шкоди діловій репутації, а для інших – не суттєвим. Однак у будь-якому випадку цивільне право має встановити гарантії захисту інтересів юридичної особи при правомірному використанні торговельної марки як прояву ділової репутації, так і при порушенні права на торговельну марку.

Але у будь-якому випадку норми права щодо договору комерційної концесії включаємо до системи правового регулювання відносин щодо охорони ділової репутації юридичної особи. Адже за таким договором користувач комплексу належних правоволоділцю прав зобов'язаний: 1) використовувати торговельну марку та інші позначення правоволоділця визначеним у договорі способом; 2) забезпечити відповідність якості товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) відповідно до договору комерційної концесії, якості аналогічних товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) правоволоділцем; 3) дотримуватися інструкцій та вказівок правоволоділця, спрямованих на забезпечення відповідності характеру, способів та умов використання комплексу наданих прав використанню цих прав правоволоділцем; 4) надавати покупцям (замовникам) додаткові послуги, на які вони могли б розраховувати, купуючи (замовляючи) товари (роботи, послуги) безпосередньо у правоволоділця; 5) інформувати покупців (замовників) найбільш очевидним для них способом про використання ним торговельної марки та інших позначень правоволоділця за договором комерційної концесії; 6) не розголошувати секрети виробництва правоволоділця, іншу одержану від нього конфіденційну інформацію [19, ст. 1121].

Таким чином, цивільне право України регулює відносини правомірного використання ділової репутації шляхом встановлення імперативних зобов'язувальних норм для користувача такої репутації та інших благ.

Цивільне право України містить норми щодо «включення» ділової репутації до цивільного обороту як активу, зокрема, ділова репутація може бути внесена у спільну діяльність (спільне майно) за договором простого товариства на рівні з коштами, іншим майном, професійними та іншими знаннями, навичками та вміннями, а також діловими зв'язками [19, ст. 1133].

З огляду на інформаційний характер ділової репутації до системи правового регулювання відносин, що виникають з приводу ділової репутації юридичної особи, належать норми, спрямовані на регулювання інформаційних відносин. Ключовим об'єктом тут виступає право на інформацію, яке охороняється законом, а держава гарантує всім учасникам інформаційних відносин рівні права і можливості доступу до інформації; ніхто не може обмежувати права особи у виборі форм і джерел одержання інформації, за винятком випадків, передбачених законом [21, ст. 45]. Відповідно до Закону України «Про інформацію» поширенням інформації є розповсюдження, обнародування, реалізація у встановленому законом порядку документованої або публічно оголошуваної інформації [21, ст. 14]. Презумпція недостовірності негативної інформації про особу (зокрема і відомостей про юридичну особу, які негативно впливають на її ділову репутацію) встановлюється ч. 3 ст. 277 ЦК України, відповідно до якої негативна інформація, поширена про особу, вважається недостовірною, якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежного [19, ст. 277].

Доповнюють систему правового регулювання відносин щодо охорони ділової репутації юридичної особи норми, закріплені у господарському законодавстві України і стосуються створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції. Однією з таких перешкод законодавець визначає дискредитацію суб'єкта господарювання, тобто поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю суб'єкта господарювання, які завдали або могли завдати шкоди діловій репутації суб'єкта господарювання [22]. Звичайно, зазначена норма може застосуватися лише до юридичних осіб, які здійснюють господарську діяльність, і не використовується до юридичних осіб публічного права.

Крім того, вона може поширюватися і на фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності.

Посилює господарсько-правове регулювання відносин, пов'язаних з діловою репутацією юридичної особи, гл. 2 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», яка стосується випадків неправомірного використання ділової репутації суб'єкта господарювання і виражається у неправомірному використанні позначень; неправомірному використанні товару іншого виробника; копіюванні зовнішнього вигляду виробу; порівняльної реклами [23, ст. 4–7], а також глава 3 цього ж Закону у частині дискредитації суб'єкта господарювання [23, ст. 8].

Ділова репутація юридичної особи стає важливим об'єктом окремих суспільних відносин і, відповідно, включається до предмета правового регулювання, зокрема банківської діяльності в Україні. Так, Закон України «Про банки і банківську діяльність» визначає, що власники істотної участі у банку повинні мати бездоганну ділову репутацію [24, ст. 14], а Національний банк України може відмовити в державній реєстрації банку у разі, якщо у Національного банку України є докази, що підтверджують відсутність бездоганної ділової репутації [24, ст. 18]. При цьому нормативні документи Національного банку України деталізують регулювання відповідних відносин, визначаючи поняття «ризик репутації», «імідж фінансової установи» тощо.

Сприйняття іміджу банку, приміром, поділяється на: сприйняття ринком, наприклад, нинішніми або потенційними клієнтами, контрагентами, акціонерами (учасниками); сприйняття органами державного регулювання, наприклад, Національним банком, Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку, Державною податковою адміністрацією, іншими уповноваженими органами [25, п. 13.1].

А до системи управління ризиком репутації має бути включено таке: політику і положення щодо управління ризиком репутації; інформаційну систему управління (форми звітності, схема документообігу тощо) для спостережної ради, правління або профільних колегіальних органів банку щодо моніторингу уразливості всіх видів діяльності банку до ризику репутації; процес контролю за репутацією клієнтів банку для уникнення контактів із клієнтами із незадовільною репутацією, що (контакти) можуть негативно вплинути на репутацію самого банку.

Крім того, для адекватного управління ризиком репутації банк може проводити регулярний моніторинг повідомлень засобів масової інформації про банк, пов'язані з ним структури та клієнтів з метою вжиття відповідних заходів, спрямованих на підтримання та відновлення позитивної репутації банку та його іміджу [25, п. 14.2].

Як бачимо, до системи правового регулювання відносин щодо охорони ділової репутації юридичних осіб включаються адміністративно-правові норми підтримання ділової репутації банківських установ.

Законодавство про боротьбу зі злочинністю також закріплює норми, які стосуються ділової репутації юридичної особи, зокрема, Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» детермінує поняття «бездоганна ділова репутація» через сукупність підтвердженої інформації про особу, що дає можливість зробити висновок про відповідність її діяльності вимогам законодавства, а також для фізичних осіб – про належні професійні, управлінські здібності та відсутність в особи судимості за корисливі злочини і за злочини у сфері господарської діяльності, не знятої або не погашеної в установленому законом порядку [26, ст. 1].

До законодавства у сфері охорони ділової репутації юридичної особи умовно можна віднести і відповідні Постанови Пленуму Верховного Суду, які спрямовані на забезпечення правильного й однакового застосування судами законодавства, що регулює ділову репутацію юридичної особи. До таких на сьогодні належать Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27.02.2009 р. № 1 [27], а також Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31.03.1995 р. № 4 [28].

Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами законодавства, що регулює захист честі, гідності і ділової репутації громадян та організацій» від 28.09.1990 р. № 7, яка втратила чинність, звертала увагу судів на необхідність точного й неухильного застосування положень кримінального законодавства про відповідальність за наклеп і образу [29, п. 1]. Однак на сьогодні такі діяння не є кримінально караними. Хоча Кримінальний кодекс України також містить норму щодо протиправного діяння, пов'язаного з діловою репутацією юридичної особи, зокрема, передбачає кримінальну відповідальність за незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару [30, ст. 229]. Таким чином, норми кримінального права доповнюють систему правового регулювання відносин, пов'язаних з охороною ділової репутації юридичної особи.

Як висновок до викладеного вище додамо, що правове регулювання суспільних відносин, які виникають з приводу ділової репутації юридичної особи, здійснюється не лише за допомогою цивільного законодавства. До системи відповідних норм права включаємо також норми конституційного, адміністративного, господарського, інформаційного, кримінального права України. Зазначимо, що розуміння особливостей регулюючого впливу кожної галузі права України на суспільні відносини щодо ділової репутації юридичної особи сприятиме удосконаленню цивільно-правової охорони ділової репутації юридичної особи. Тому перспективами подальших досліджень у цьому напрямі визначаємо дослідження цивільно-правових форм охорони і засобів захисту ділової репутації юридичної особи.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Хоменко О. В.* Виконавча влада: соціально-правова природа, особливості: дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Хоменко Олена Василівна. Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2005. – 209 с.

2. *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: дис... док. юрид. наук: 12.00.03 / Кучеренко Ірина Миколаївна. – К., 2004. – 475 с.

3. *Винар Л. В.* Правовий статус юридичних осіб, заснованих державою: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Винар Любомир Вікторович. – Л., 2006. – 189 с.

4. *Кравчук В. М.* Соціально-правова природа юридичної особи: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Кравчук Володимир Миколайович. – Л., 2000. – 186 с.

5. *Чорнолуцький Р. В.* Проблеми правосуб'єктності осіб у колізійному праві України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Чорнолуцький Руслан Васильович. – О., 2006. – 198 с.

6. *Фролов В. Д.* Правочиноздатність юридичної особи та її здійснення за цивільним законодавством України (цивілістичний аспект): дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Фролов Валерій Дмитрович. – О., 2004. – 212 с.

7. *Примак В. Д.* Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Примак Володимир Дмитрович. – К., 2005. – 209 с.

8. *Хєда С. М.* Правове регулювання участі іноземних юридичних осіб у цивільних правовідносинах (порівняльно-правовий аспект): дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Хєда Світлана Миколаївна. – К., 2004. – 215 с.

9. *Саприкіна І. В.* Захист честі, гідності, ділової репутації фізичної особи за законодавством України (за матеріалами судової практики): дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саприкіна Ірина Валентинівна. – К., 2006. – 287 с.

10. *Жидкова О. С.* Цивільно-правовий механізм захисту права на недоторканність ділової репутації: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. С. Жидкова. – Харківський національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2008. – 20 с.

11. *Стефанчук Р. О.* Цивільно-правовий захист честі, гідності та репутації: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. О.Стефанчук. – НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2000. – 17 с.

12. *Луспеник Д. Д.* Судопроизводство по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации (опровержение недостоверной информации) / Луспеник Дмитрий Дмитриевич. – Национальная юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого. – Х.: Харьков юридический, 2005. – 320 с.

13. *Килимник І. І.* Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу): дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Килимник Інна Ігорівна. – Х., 2003. – 195 с.

14. *Костів М. В.* Адміністративна правосуб`єктність юридичних осіб: теоретичні та практичні аспекти: [монографія] / Костів Михайло Васильович. – Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – Л.: ПП Лукащук В. С., 2006. – 129 с.

15. *Кулішенко В. С.* Захист від неправомірного використання ділової репутації суб'єктів господарювання у конкуренції: дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Кулішенко Валерія Сергіївна. – О., 2003. – 198 с.

16. *Коваль І. Ф.* Право на ділову репутацію суб'єктів господарювання і його позасудовий захист від неправомірного використання: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Коваль І. Ф. – НАН України; Інститут економіко-правових досліджень. – Донецьк, 2005. – 20с.

17. *Довнар Н. Н., Зикрацкий С. А., Романенко О. К., Тычино М. А.* Защита чести, достоинства и деловой репутации: проблемы журналистики и права / Н. Н. Довнар (науч. ред.). – Минск: Регистр, 2004. – 208 с.

18. *Конституція України* від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

19. *Цивільний кодекс* України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України, 2003. – № 11. – Ст. 461.

20. *Эбзеев Б. Б.* Гражданский оборот: понятие и юридическая природа // Государство и право, 1999. – № 2. – С. 32–38.

21. *Закон України* «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

22. *Господарський кодекс* України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України, 2003. – № 18. – Ст. 144.

23. *Закон України* «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України, 1996. – № 36. – Ст. 164.

24. *Закон України* «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 року // Відомості Верховної Ради України, 2001. – № 5–6. – Ст. 30.

25. *Постанова Національного* банку України від 02.08.2004 р. № 361 «Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації та функціонування систем ризик-менеджменту в банках України» [Електронний ресурс] // Режим доступу: www.rada.gov.ua.

26. *Закон України* «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» від 28.11.2002 р. // Відомості Верховної Ради України, 2003. – № 1. – Ст. 2.

27. *Постанова Пленуму* Верховного Суду України від 27.02.2009 р. №1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» // Вісник Верховного Суду України, 2009. – № 3. – С. 7.

28. *Постанова Пленуму* Верховного Суду України від 31.03.1995 р. № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» (із змінами) [Електронний ресурс] // Режим доступу : www.rada.gov.ua.

29. *Постанова Верховного* Суду України від 28.09.1990 р. № 7 «Про застосування судами законодавства, що регулює захист честі, гідності і ділової репутації громадян та організацій» (втрат. чинність) [Електронний ресурс] // Режим доступу: www.rada.gov.ua.

30. *Кримінальний кодекс* України від 5 квітня 2001 року // Офіційний вісник України, 2001. – № 21. – Ст. 920.

The article dwells on the determination of legal regulation of the relations as for the protection of business reputation of natural person on the basis of the analysis of normative and legal acts and the results of the research of the leading scholars.

В статье на основе анализа нормативно-правовых актов и результатов исследований ведущих научных работников определено правовое регулирование отношений относительно охраны деловой репутации юридического лица.

ЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН НА ВОДОКОРИСТУВАННЯ: ЗАКОНОДАВЧИЙ ПРОЦЕС

Лапечук П. І.,

провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено проблемним питанням реалізації та захисту цивільних прав громадян на водокористування. Принциповим є те, що програмні норми набувають лише статусу декларативних, а невиконання вказаних положень не тягне за собою відповідальності. Вирішальним завданням все ж залишається включення до законодавчого процесу елемента парламентського контролю за виконанням прийнятих актів.

Ключові слова: водокористування, загальне природокористування, відповідальність державних органів та органів місцевого самоврядування.

На сьогодні одним з найсуттєвіших досягнень екологічного права як у Європейському Союзі, так і в Україні є широке визнання його у законодавстві, встановлення екологічних прав громадянина. За часів незалежності України відбулися істотні зміни та суттєве оновлення національного екологічного законодавства. Принципові

засади охорони довкілля і раціонального використання природних ресурсів знайшли своє відображення у Конституції України. Відтак, утворена і розгалужена система екологічного законодавства, проте це не означає, що у цьому питанні зроблено все необхідне.

Як відзначає М. М. Бринчук, в теорії і практиці нормотворчої, правозастосовної та правоохоронної діяльності питання про права людини – найважливіше, громадянин – один із основних суб'єктів екологічного права [2].

І це, без сумніву, так. Якщо звернутися до норм Конституції України, то її ст. 27 гарантує кожній людині невід'ємне право на життя, ніхто не може свавільно позбавити його. Кожному громадянинові гарантується право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та відшкодування збитків, заподіяних порушенням цього права (ч. 1 ст. 50).

Особливо хочемо звернути увагу на ст. 13 Основного закону нашої держави, яка визначає, що земля, її надра, а також атмосферне повітря та інші природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктом права власності Українського народу.

Законодавець, визначаючи право власності Українського народу, вказав на його вагомість та необхідність як елемента державотворення. Слід зазначити, що цей правовий режим характеризується, перш за все, специфічним суб'єктом та об'єктом, його пріоритетом над приватними відносинами, оскільки є надбанням усього народу.

Тобто зазначена норма Конституції України прямо визнає переважне право на користування природними ресурсами всіх громадян, а саме, переважне право на загальне природокористування перед спеціальним.

Статтею 7 Закону України «Про питну воду та питне водопостачання» від 10.01.2002 № 2918-III визначені гарантії прав споживачів у сфері питної води та питного водопостачання.

Зокрема, держава гарантує захист прав споживачів шляхом:

– забезпечення кожної людини питною водою нормативної якості в межах науково обґрунтованих нормативів питного водопостачання залежно від району та умов проживання;

– державної підтримки, регулювання та нагляду у сфері питного водопостачання і водовідведення;

– здійснення заходів організаційного, науково-технічного, санітарно-епідеміологічного, природоохоронного, економічного, правового характеру щодо поліпшення якості питної води, розвитку питного водопостачання, охорони джерел і систем питного водопостачання, відновлення запасів питної води;

– зобов'язання підприємств питного водопостачання здійснювати заходи щодо забезпечення нормативів питного водопостачання та додержання державних стандартів у сфері питної води та питного водопостачання;

– задоволення потреб населення у питній воді шляхом пріоритетного розвитку систем централізованого питного водопостачання та водовідведення, створення резервних систем питного водопостачання;

– зобов'язання центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій дотримуватися екологічних вимог та санітарного законодавства під час проектування, будівництва, реконструкції, введення в дію та експлуатації систем питного водопостачання;

– здійснення контролю за дотриманням законодавства у сфері питної води та питного водопостачання, проведення державного моніторингу стану води і систем питного водопостачання, екологічної і санітарно-епідеміологічної експертизи господарської та іншої діяльності, пов'язаної з використанням джерел питного водопостачання;

– забезпечення відшкодування в установленому порядку шкоди, заподіяної споживачам питної води підприємствами питного водопостачання внаслідок порушення законодавства у сфері питної води та питного водопостачання;

– обмеження, тимчасової заборони (зупинення) в установленому порядку функціонування систем питного водопостачання, які не забезпечують нормативної якості питної води, а також діяльності, що негативно впливає на якість питної води, порушує режим функціонування систем питного водопостачання та водовідведення;

– встановлення екологічної броні питного водопостачання.

Коротко проаналізуємо, як же реалізується це право у законодавчому процесі і на практиці (на прикладі права водокористування).

Вже другий рік ведуться дискусії навколо проекту Закону України «Про внесення змін до Водного Кодексу України» (реєстр. № 2634), особливо щодо питання надання в оренду водних об'єктів.

Особливе занепокоєння викликає норма, відповідно до якої обтяжується право загального водокористування, коли при його здійсненні «порушується технологічний процес підприємств-водокористувачів».

Візьмемо за приклад східні, степові та південні області, де поруч з населеним пунктом є один водний об'єкт, переданий фізичній особі – підприємцю для риборозведення. Він завжди зайде причину порушення технологічного процесу і заборонить загальне водокористування. А де громадянам відпочивати, напувати худобу і птицю, купатися дітям тощо. Тому у законі повинні бути закріплені чіткі норми, відповідно до яких забезпечується конституційне право громадян на загальне водокористування.

Наступне – це реалізація прав громадян на водокористування. За приклад візьмемо сільські населені пункти.

Здавалося б, законодавчо цивільні права громадян на водокористування захищені на достатньо належному рівні, проте подивимося як вони реалізуються на практиці.

Так, Державною цільовою програмою розвитку українського села на період до 2015 року, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 19.09.2007 № 1158, у сфері комунального господарства передбачається забезпечити упорядкування сільських садиб з урахуванням нових стандартів забудови сільських територій, поліпшити їх забезпечення засобами зв'язку, електро-, газо-, тепло- та централізованого водопостачання і водовідведення; здійснити побудову необхідної інфраструктури для надання сільському населенню житлово-комунальних послуг, поліпшення якості таких послуг (п. 5 р. II).

Чи будуть якоюсь мірою виконані завдання цієї програми ми будемо свідками у недалекому майбутньому, але аналіз реалізації подібних програм не додає оптимізму, тому що визначені в них завдання, які затверджені на законодавчому й урядовому рівнях виконуються вкрай незадовільно, чим порушуються цивільні права громадян на водопостачання та водовідведення.

Достатньо сказати, що відповідно до Концепції розвитку водного господарства України, схваленої постановою Верховної Ради (від 14.01.2000 р. № 1390), ще десять років тому було поставлено завдання – забезпечити, як мінімум, половину сільських населених пунктів централізованим водопостачанням у комплексі з системами водовідведення. Проте нині, як зазначається у новому документі – Концепції Загальнодержавної цільової програми розвитку водного господарства на період до 2020 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів (від 03.09.2009 р. № 1029-р), в Україні налічується 1274 сільських населених пунктів з населенням понад 850 тисяч осіб, що користуються привізною водою, причому порівняно з 2005 роком їх кількість навіть збільшилася. На сьогодні послуги централізованого водопостачання доступні лише 23% населених пунктів у сільській місцевості, а водовідведення – 3 % [3].

Таким чином, держава встановлює права громадян, формально створює належні умови для життєдіяльності, проте не вчиняє заходів щодо їх реалізації, тим самим порушує прийняті норми. Варто зазначити, що подібна бездіяльність відбувається не лише в регіонах поступового впровадження програм, а й там, де це було нагальною потребою – захід України протягом травня–липня 2010 року під час повені.

І ще одне. З метою створення системи водопостачання сільських населених пунктів для забезпечення належних соціально-побутових умов проживання та життєдіяльності населення у маловодних і забруднених регіонах, яке користується неякісною питною водою, Кабінет Міністрів затвердив Державну цільову соціальну програму першочергового забезпечення централізованим водопостачанням сільських населених пунктів, що користуються привізною водою, на період до 2010 року (постанова від 27.08.2008 р. № 741), проте і ця програма та її завдання залишаються лише «побажаннями на папері», так як кошти у Державному бюджеті на 2009 рік взагалі не були передбачені.

Складається ситуація, коли відсутня ефективно діюча система екологічного контролю, що негативно позначається на ефективності реалізації екологічного законодавства, боротьбі з його порушниками. Варто зазначити, що у законодавстві України передбачені механізми відповідальності за невиконання рішень суду, законних вимог прокурора, вимог щодо працевлаштування та цивільного захисту. Натомість невиконання вимог екологічного законодавства і досі залишається безкарним.

Тим часом проблеми щодо захисту цивільних прав водоспоживачів у багатьох (точніше кажучи – майже в усіх) областях і регіонах практично не вирішуються, і для цього не робиться жодних кроків з боку місцевих органів державної влади і самоврядування.

Візьмемо за приклад 2008 рік, за підсумками якого Міністерством з питань житлово-комунального господарства України підготовлена «Національна доповідь про якість води та стан питного водопостачання в Україні у 2008 році». Наведені в ній дані свідчать, що практично всі поверхневі джерела водопостачання України в звітному році, як і взагалі впродовж останніх десяти років, інтенсивно забруднювалися. Через низьку якість очищення стічних вод надходження забруднених стоків у поверхневі водойми не зменшується, хоча використання води порівняно з початком 90-х років зменшилося більше ніж удвічі. І це тому, що населення багатьох східних та південних областей постійно потерпає від нестачі води, в першу чергу від байдужого ставлення житлово-комунальних організацій до виконання прямих функцій.

Наприклад, в Луганській області 62 % водопровідних мереж потребували заміни з приводу їх зношення. Не кращий їх стан у Кіровоградській (44 %), Донецькій (42 %) областях, м. Севастополі (41 %) та інших, тобто вода не потрапляє до тих суб'єктів, які за неї платять.

При цьому питомі затрати електроенергії у тих же Луганській та Донецькій областях склали відповідно 1711 та 1606 кВт. год./1000 $м^3$ (у Київській – 290 кВт. год./1000 $м^3$), а собівартість виробництва питної води зросла до 4,9 грн./$м^3$ у Луганській проти 1,62 грн./$м^3$ у Київській областях. Все це відобразилося, відповідно, і на тарифах, які сплачує населення за послуги централізованого водопостачання.

Тому, на нашу думку, законодавчо необхідно закріпити пріоритет загального природокористування, зокрема водокористування, перед спеціальним, оскільки воно є конституційним правом кожної особи.

Крім того, у законодавстві повинна бути чітко визначена відповідальність посадових осіб усіх рангів, які не забезпечують реалізацію тих програм, що приймаються відповідними державними органами і органами самоврядування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конституція* України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України, 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. *Бринчук М. М.* Теоретические основы экологических прав человека // Государство и право, 2004. – № 5, - С. 5–15.

3. *Гафурова О.* Правове регулювання забезпечення централізованим водопостачанням сільських населених пунктів // Юридична України. – 2010. – № 2. – с. 72–76.

4. *Постанова* Верховної Ради України «Про Концепцію розвитку водного господарства України» від 14.01.2000 №1390 // Відомості Верховної Ради України, 2000. – № 8. – Ст. 54.

5. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної цільової соціальної програми першочергового забезпечення централізованим водопостачанням сільських населених пунктів, що користуються привізною водою, на період до 2010 року» від 27.08.2008 №741 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 65. – с. 10.– Ст.2182.

6. *Розпорядження* Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції Загальнодержавної цільової програми розвитку водного господарства на період до 2020 року» від 03.09.2009 № 1029-р // Офіційний вісник України. – 2009. – № 69. – Ст. 35.

This article is devoted to problems of realization and protection of citizen's civil rights for water-using. Fundamentally is that program-norms gain declarative status, and failure of principles isn't implied responsibility. All in the entire crucial task is an introduction in legislative process an element of parliamentary control over execution of adopted acts.

Статья посвящена проблемным вопросам реализации и защиты гражданских прав граждан на водопользование. Принципиально то, что программные нормы приобретают статус декларативных, а неисполнение данных положений не тянет за собой ответственности. Решающей задачей все же остается внесение в законодательный процесс элемента парламентского контроля исполнения принятых актов.

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «НЕПІДПРИЄМНИЦЬКА ЮРИДИЧНА ОСОБА ПРИВАТНОГО ПРАВА»

Кочин В. В.,

молодший науковий співробітник
НДІ приватного права та підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено окремим проблемам правового статусу непідприємницьких юридичних осіб приватного права. Акцентується увага на визначенні поняття, яке б найповніше окреслювало правовий статус юридичних осіб, які не мають на меті отримання прибутку з можливістю його наступного розподілу між учасниками, визначенні видів та обсягу правоздатності вказаних юридичних осіб.

Ключові слова: непідприємницька юридична особа, комерційна діяльність, установа, фонд, непідприємницьке товариство.

Зі здобуттям незалежності Україна стала на шлях розвитку демократичної держави та побудови громадянського суспільства, в якому вагому роль відіграють громадські об'єднання. Йдеться не тільки про об'єднання громадян, а взагалі про такий інститут як непідприємницькі юридичні особи приватного права, адже вказані юридичні особи діють не лише з метою участі у громадському житті держави та суспільства, а й з метою реалізації особистих немайнових прав засновників (учасників) таких утворень.

На сьогодні в Україні є значна кількість законів, які визначають правовий статус окремих видів непідприємницьких юридичних осіб. Проте єдиного нормативного акта, який би визначав загальні засади, принципи їх діяльності, досі не прийнято. Спроби розробки та введення у життя такого закону виявилися безуспішними, а тому звертатися у такому випадку, перш за все, слід до Цивільного кодексу України (далі – ЦК України).

Проблему діяльності непідприємницьких організацій (непідприємницьких юридичних осіб) досліджували такі вчені як О. В. Батожська, В. І. Борисова, С. Л. Буко, І. П. Жигалкін, Ю. О. Заіка, Т. О. Ковдій, Д. С. Лещенко, В. В. Лисенко, О. Миланко, К. В. Негребецька, В. Піддубна, В. Примак, Д. Ратцен, Д. Мур, М. Дарем, М. М. Свиридова та ін.

Метою вказаної статті є окреслення проблеми статусу непідприємницьких юридичних осіб, обґрунтування доцільності використання прийнятої у ЦК України термінології та виокремлення видів вказаних учасників цивільних правовідносин.

Якщо говорити про непідприємницькі організації, то не можна не згадати про такі терміни як «підприємництво» та «непідприємницька діяльність». Звертаючись до тлумачення терміна «підприємництво», розуміють самостійну, систематичну, правомірну економічну (господарську) діяльність юридичних або фізичних осіб з виробництва продукції (товарів), виконання робіт, надання послуг та заняття торгівлею з метою одержання прибутку [13, с. 545].

ЦК України не надає безпосереднього тлумачення терміна «підприємництво», а лише вказує на підприємницькі товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою отримання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (ст. 84 ЦК України). Статтею 42 Господарського кодексу України (далі – ГК України) передбачено, що підприємництво – це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

Таким чином, можна дійти висновку, що основна мета підприємництва (чи підприємницької діяльності) є отримання прибутку з можливістю його наступного розподілу. Отже, як заперечення цього терміна, непідприємницька діяльність не має на меті одержання прибутку, що і передбачено ч. 1 ст. 85 ЦК (йдеться про непідприємницькі товариства), ч. 1 ст. 52 ГК (стосовно некомерційної діяльності).

Для характеристики діяльності, яка не має на меті отримання прибутку, в доктрині використовуються різні терміни: «непідприємницька», «некомерційна», «неприбуткова», «неурядова» [5, с. 65; 9]. Це, у свою чергу, породжує певну невизначеність, оскільки і в нормативно-правових актах трапляються різні визначення такої діяльності. Зокрема, термін «непідприємницька організація» використовується у законах України «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про недержавне пенсійне забезпечення», «Про державну підтримку сільського господарства» тощо. У свою чергу, термін «некомерційна організація» трапляється в Основах законодавства України про культуру, законах України «Про телебачення та радіомовлення», «Про кооперацію» тощо.

До прийняття ЦК України в підручниках з цивільного права України майже немає поділу юридичних осіб за таким критерієм як здійснення діяльності з метою отримання прибутку. Це було цілком природно, хоча вже тоді зазначалося, що існують «комерційні» та «некомерційні» юридичні особи, при цьому роблячи акцент на тому, що вказаний поділ існує у деяких країнах СНД [12, с. 126].

Після набуття чинності ЦК України, котрий закріпив поділ юридичних осіб на «підприємницьких» та «непідприємницьких», в навчальній літературі чомусь триває використання термінів «некомерційні» та «комерційні» [3, с. 64; 10, с. 44], що не відповідає цивільному законодавству.

Слід зазначити, що у зарубіжних країнах використовується інша термінологія. У США – «неприбуткова організація» («non-for-profit organization»); в англійській практиці – «благодійна організація» («charity organization»), при чому цей термін охоплює весь спектр суспільно-корисних неурядових організацій; у Франції – «економічні колективи» («societes»), проте у цій країні також застосовується термін «асоціація» («associations») [5, с. 65].

На нашу думку, найбільш правильним і таким, що відповідає чинному цивільному законодавству, є поняття «непідприємницька діяльність», а тому і юридичні особи слід поділяти на «підприємницькі» та «непідприємницькі». Для підтвердження цієї позиції варто зауважити, що «підприємництво» є ширшим поняттям ніж «комерція» (від лат. commercium – торгівля). Остання – виключно діяльність у сфері торгівлі, торгового обороту. [14, с. 166; 8, с. 287], а «підприємництво» –діяльність у економічній, фінансовій сфері [8, с. 581].

Проте існує думка, що термін «комерція» може використовуватися у широкому значенні. Так, відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» термін «комерційний» тлумачиться широко і охоплює питання, що випливають з усіх відносин торгового характеру – як договірних, так і недоговірних. Відносини торгового характеру включають будь-які торгові угоди про поставку товарів або надання послуг чи обмін товарами або послугами; угоди про розподіл, торгове представництво; факторні операції; лізинг; інжиніринг; будівництво промислових об'єктів; надання консультативних послуг; купівлю-продаж ліцензій; інвестування; фінансування; банківські послуги; страхування; угоди про експлуатацію або концесії; спільні підприємства та інші форми промислового або підприємницького співробітництва; перевезення товарів та пасажирів повітрям, морем, залізничними та автомобільними шляхами. При цьому такий перелік угод не є вичерпним.

Слід зазначити, що і в судовій практиці розрізняють терміни «підприємницький» та «комерційний». Пунктом 15 Інформаційного листа від 07.04.2008 року № 01-8/211 Вищий господарський суд України дає відповідь на запитання: «*Як співвідносяться поняття «підприємницькі товариства» та «непідприємницькі товариства», наведені у ЦК України, з поняттями «комерційні підприємства» та «некомерційні підприємства». Чи є вони тотожними?*»

Відповідь Вищого господарського суду України така. *ГК України використовує як ознаку для поділу вказаних вище понять наявність чи відсутність мети одержання прибутку (який, звичайно, може бути одержаний і без наявності такої мети як побічний результат), а не наявності чи відсутності можливості розподіляти прибуток між учасниками (чи сплати суми прибутку або його частини єдиному учаснику).*

Тому поняття «комерційні підприємства» та «некомерційні підприємства» не є тотожними поняттям «підприємницькі товариства» та «непідприємницькі товариства».

Проте варто зауважити, що у ст. 84–86 ЦК України використовуються поняття «підприємницький» та «непідприємницький» при характеристиці юридичних осіб – підприємницькі товариства та непідприємницькі товариства – тобто суб'єктів правовідносин. Відповідне ж поняття «некомерційний», у свою чергу, використовується у ст. 52 ГК України для позначення виду господарської діяльності – некомерційного господарювання. Таким чином, виникає розбіжність термінів при визначенні суб'єктів відносин та їх економічної (господарської) діяльності.

Більше того, ст. 74 ГК України врегульовано правовий статус державного комерційного підприємства. З огляду на господарсько-правове регулювання визначення є досить логічним, зважаючи на суб'єкт господарювання та його господарську діяльність. Проте, зважаючи на положення ЦК, організаційно-правову форму вказаного суб'єкта визначити досить важко (хоча варто зауважити, що ЦК не має вичерпного переліку організаційно-правових форм).

Можливою є також ситуація, коли громадська організація, яка має статус юридичної особи, продаючи газети власного видавництва, отримує певний прибуток і не розподіляє його між членами громадської організації. Виходячи з позиції Вищого господарського суду України, вказана юридична особа буде непідприємницькою (відповідно до положень ЦК) та комерційною (відповідно до ГК), хоча, по суті, вказана позиція є нелогічною.

Варіантом виходу з ситуації може стати конструкція Німецького цивільного уложення, яка передбачає, що некомерційне об'єднання (§ 21) – це об'єднання, яке не має на меті здійснення підприємницької діяльності, а комерційне об'єднання (§ 22) – це об'єднання, яке, навпаки, має на меті здійснення підприємницької діяльності. Таким чином, вбачається взаємозамінність термінів «комерційний» – «підприємницький» та «некомерційний» – «непідприємницький».

Залежно від організаційно-правової форми усі юридичні особи відповідно до ст. 83 ЦК України поділяються на товариства, установи та інші форми, встановлені законом. Це положення, безперечно, стосується і непідприємницьких організацій, проте щодо них має місце низка істотних прогалин, які породжують, на думку вчених, на практиці цілковитий «хаос» [4, с. 136].

На відміну від підприємницьких товариств, до яких застосовується вичерпний перелік організаційно-правових форм (ст. 84 ЦК), непідприємницькі організації не мають закритого переліку [7, с. 305–306]. Так, відповідно до ст. 6 Закону України «Про благодійництво та благодійні організації» благодійні організації (як непідприємницькі організації) можуть утворюватися у формі: членської благодійної організації; благодійного фонду; благодійної установи та інших благодійних організацій (фундацій, місій, ліг тощо).

Аналізуючи положення ст. 86 ЦК, можна дійти висновку, що непідприємницькими можуть бути як товариства, так і установи. Разом з цим виникає питання стосовно інших організаційно-правових форм. Так, виділяють також фонди, правовий статус яких не врегульовано ЦК. Відповідно до ч. 2 ст. 10 проекту Закону України «Про непідприємницькі організації» (далі – проект Закону) фонд є особливою формою установи [1]. Такої самої позиції дотримується і Д. С. Лещенко при визначенні видів установ [4 с. 136].

Запропоновані проектом Закону організаційно-правові форми непідприємницьких організацій мають таке визначення:

1) непідприємницьке товариство – засновується не менше ніж двома фізичними та/або юридичними особами та об'єднує на добровільних засадах і на основі індивідуального членства осіб, що об'єдналися для досягнення спільної статутної мети для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення спільних нематеріальних інтересів, має корпоративний устрій та управляється його членами;

2) непідприємницька установа – засновується за ініціативою однієї фізичної чи юридичної особи або групи таких осіб, які не беруть участі в її управлінні, на основі майна, переданого установі засновниками, і не має членства. Засновники непідприємницької установи (крім фонду) зберігають право на майно, передане їй, якщо інше не передбачено договором передачі майна;

3) фонд – особлива форма непідприємницької установи, а майно, передане фонду його засновниками, є власністю фонду.

Так як ЦК України містить лише загальні положення про непідприємницькі організації, при їх характеристиці та класифікації навіть вчені в галузі цивілістики використовують положення ГК України щодо некомерційної господарської діяльності [6, 141]. Проте слід зауважити, що

ГК України характеризує лише державний та комунальний сектори економіки щодо непідприємницьких організацій. В цілому можна погодитися з позицією щодо поділу організаційно-правових форм непідприємницьких юридичних осіб на товариства та установи.

Аналіз класифікації непідприємницьких організації на базі різних нормативно-правових актів дає можливість дійти висновку, що поняття «неприбуткові установи та організації» є досить тісним для непідприємницьких юридичних осіб. Так, ст. 7.11.1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» наводить перелік таких юридичних осіб. Проте, визначаючи їх види, Державна податкова адміністрація України у наказі № 355 від 03.07.2000 не наводить характерні ознаки неприбуткових юридичних осіб. Варто зазначити, що під визначенням «структури ознаки» у вказаному наказі розуміються неприбуткові установи (організації), що не відповідає чинному законодавству.

Непідприємницькі юридичні особи можуть також поширювати свою діяльність за межі країни реєстрації. Оскільки така юридична особа не є суб'єктом публічного права, то для її позначення використовується термін «неурядова організація» («INGO») [2]. Вони класифікуються відповідно до сфери їх діяльності на: а) BINGO – бізнес-орієнтована міжнародна організація; б) RINGO – релігійна міжнародна організація, наприклад «Catholic Relief Services»; в) ENGO – екологічна організація, наприклад, «Global 2000»; г) GONGO – це організація, яку може відкрити уряд будь-якої країни для того, щоб реалізовувати проекти і мати право отримувати додаткову фінансову підтримку від інших фондів; ґ) QUANGO – це квазіавтономна організація, як «W3C» чи «International Organization for Standardization» (ISO), з огляду на те, що така організація не є такою в чистому вигляді.

Тим часом проект Закону також поділяє непідприємницькі організації на:

– суспільно корисну організацію (створена і діє виключно з метою, зокрема: охорони прав людини, надання соціальних послуг; підтримки науки, некомерційних засобів масової інформації, аматорських видів спорту, мистецтва, культури, релігії, освіти; полегшення виконання державних функцій, підтримки важливих державних та місцевих соціальних програм);

– приватно корисну організацію (створена і діє з метою досягнення цілей, визначених статутом організації в інтересах членів, працівників організації або конкретних осіб).

Таким чином, враховуючи чинне законодавство, досить важко дійти однозначного висновку стосовно організаційно-правових форм непідприємницьких юридичних осіб приватного права. Виходячи з фундаментальних положень ЦК України вбачається, що вказані юридичні особи за організаційно-правовими формами можна поділити на товариства та установи.

Щодо правоздатності, то юридична особа відповідно до ст. 91 ЦК здатна мати такі самі цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині, тому вона здатна мати загальну (універсальну) правоздатність.

Непідприємницькі організації створюються для досягнення певної мети, а значить надання їм загальної (універсальної) правоздатності не узгоджується з цільовим характером їх діяльності. Виходячи з цього, вказані юридичні особи повинні мати спеціальну (цільову) правоздатність [11, с. 129–130]. Для прикладу можна проаналізувати ст. 24 Закону України «Про об'єднання громадян», яка визначає, що господарська та інша комерційна діяльність об'єднань громадян здіснюється через створені ними юридичні особи, тотбо не самостійно.

До речі, у ЦК Російської Федерації, наприклад, загальна правоздатність встановлена тільки для підприємницьких юридичних осіб, а непідприємницькі, як і раніше (відповідно до радянського законодавства), користуються обмеженим обсягом прав [6, с. 148].

Непідприємницькі організації можуть мати на меті досить різні цілі діяльності, перш за все не пов'язані з отриманням прибутку. Це можуть бути: задоволення та захист своїх законних соціальних, економічних, творчих, вікових, національно-культурних, спортивних та інших спільних інтересів; добровільна безкорислива пожертва фізичних та юридичних осіб у поданні набувачам матеріальної, фінансової, організаційної та іншої благодійної допомоги; специфічними формами благодійництва є меценатство і спонсорство; одноособово чи разом з іншими сповідування будь-якої релігії або не сповідування ніякої, відправляння релігійних культів, відкрите вираження і вільне поширювання своїх релігійних або атеїстичних переконань; об'єднання на основі пов'язаних спільними інтересами за родом їх професійної (трудової) діяльності (навчання); з метою задоволення потреб її членів у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об'єднаних грошових внесків членів кредитної спілки; об'єднання професійних творчих працівників відповідного фахового напряму в галузі культури та мистецтва тощо.

Перелічена вище діяльність є основною, першочерговою. Саме вона задовільняє потреби учасників (головним чином особисті немайнові), стає об'єктом відносин між непідприємницькими організаціями, іншими юридичними особами та державою в межах громадянського суспільства.

Разом з тим, законодавець поруч з основною надає право непідприємницьким організаціям здійснювати і підприємницьку діяльність. Так, ст. 86 ЦК України передбачено, що непідприємницькі товариства (споживчі кооперативи, об'єднання громадян тощо) та установи можуть поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню.

Беручи до уваги брак великих цільових пожертвувань, а також відсутність довготермінових традицій приватної філантропії, реальність життя є такою, що багато організацій в регіоні Центральної та Східної Європи можуть виживати лише завдяки запровадженню певної економічної діяльності, яка покликана доповнювати дохід від пожертвувань і інвестиційної діяльності [9].

Отже, аналізуючи положення законодавства стосовно статусу юридичних осіб, які не мають на меті отримання прибутку та наступного його розподілу між учасниками, для їх позначення найбільш доречно використовувати термін «непідприємницькі юридичні особи», оскільки термін «непідприємницькі», на нашу думку, ширше розкриває вказане поняття як заперечення терміна «підприємництво» («підприємницька діяльність»).

Оскільки в ЦК України містяться норми, які визначають лише їх загальний правовий статус, то слід звертатися до багатьох нормативно-правових актів, які регулюють специфіку діяльності непідприємницьких юридичних осіб, проте це, у свою чергу, призводить до певних розбіжностей.

Для вирішення окресленої проблеми (поняття, організаційно-правові форми, правосуб'єктність тощо) в Україні здійснювалися спроби прийняття Закону про непідприємницькі організації, проте, зважаючи на динаміку цивільних відносин, він залишається тривалий час на доопрацюванні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Проект* № 0961 Закону України «Про непідприємницькі організації» від 14.05.2002 (Тираж 14.03.2005) // Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=1217.
2. *Буко С. Л.* Специфіка активності міжнародних НУО на ринку соціальних послуг // Мультиверсум. Філософський альманах. – К.: Центр духовної культури, - 2006. – № 54. – Режим доступу: http://www.filosof.com.ua/Jornel/M_54/Buko.htm.
3. *Заіка Ю. О.* Українське цивільне право: навчальний посібник. – 2-е вид. змін. і доп. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 368 с.
4. *Лещенко Д. С.* Непідприємницькі юридичні особи: особливості організаційно-правових форм // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: збірник наукових праць. – 2007. – № 1(37). – С.135–143.
5. *Лысенко В. В.* Регламентирование правового положения и функционирования неправительственных организаций в зарубежных странах // Государство и право. – 2009. – №1. – С.65–72.
6. *Науково-практичний* коментар Цивільного кодексу України: У 2-х т. – 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т.І. – 832 с.
7. *Негребецька К. В.* До проблеми відмежування непідприємницьких товариств від підприємницьких // Сучасні проблеми юридичної науки: тези доповідей та наукових повідомлень всеукраїнської науково-практичної конференції молодих учених та здобувачів / За заг. ред. А. П. Гетьмана. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2008 – С.304–307.
8. *Ожегов С. И.* и *Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. – 4-е изд., дополненное. – М.: Азбуковник, 1999. – 944 с.
9. *Ратцен Дуглас, Мур Девід, Дарем Майкл*. Правові основи діяльності некомерційних організацій в Центральній та Східній Європі // «Громадянське суспільство» № 4(11)/2009 – Режим доступу: http://www.icnl.org.
10. *Цивільне право* України: навчальний посібник / За ред.. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубєвої. – К.: Істина, 2009. – 280 с.
11. *Цивільне право* України: підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін..; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т.1. – 480 с.
12. *Цивільне право* України: підручник: У 2-х кн.. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін..; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 864 с.
13. *Юридична* енциклопедія: В 6-ти т./Ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр.енцикл., 1998. – т. 4: Н-П. – 2002. – 720 с.
14. *Юридична* енциклопедія: В 6-ти т./Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр.енцикл., 1998. – т.3: К-М. – 2001. – 792 с.

This article is devoted to some problems of the legal status of non-enterprise legal entities in private law. Stress is on a definition, which would outline the most complete legal entities which are not intended to profit with the possibility of the next allocation between the members, determining the types and amount of capacity listed entities.

Статья посвящена некоторым проблемам правового статуса непредпринимательских юридических лиц частного права. Акцентируется внимание на определении понятия, наиболее точно определяющего правовой статус юридических лиц, не имеющих целью получение прибыли с возможностью её последующего распределения между участниками, определении видов и объема правоспособности данных юридических лиц.

ВІТЧИЗНЯНА ЮРИДИЧНА ТЕРМІНОЛОГІЯ НА ПОЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА: ОСОБЛИВОСТІ СЕМАНТИЧНОЇ ПРИРОДИ ЮРИДИЧНИХ ТЕРМІНІВ

Янчук І. А.,

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

У статті розкриваються особливості семантики термінів, засоби подолання термінологічної полісемії, лінгвістичні чинники, які використовуються в процесах удосконалення юридичної термінології.

Ключові слова: однозначність терміна, термін на позначення поняття, термінологічна полісемія, вимоги до терміна, лінгвістичний чинник.

Ефективними кроками на шляху всебічного вивчення і практичного застосування юридичної термінології є використання сучасних методологічних підходів юридичної науки разом із лінгвістичними засадами щодо активних процесів термінологічної номінації, яка полягає як в переосмисленні загальновживаних слів з метою позначення певного наукового поняття (процес термінологізації), так і перенесенні сформованого терміна з однієї галузі в іншу (процес ретермінологізації), а також використанні словотворчих моделей сполучуваності слів у творенні нових найменувань у вигляді термінослів і терміносполучень.

Стає очевидним той факт, що дослідження нових суспільних і економічних явищ у теоретичному аспекті та розробка якісних методологічних підходів до вивчення нагальних цивільно-правових відносин передбачають широке залучення термінологічних одиниць, які, в свою чергу, потребують обґрунтування і пояснення щодо введення їх в науковий обіг, законотворчу діяльність, судовий розгляд тощо. Враховуючи це, варто підкреслити, що юридична галузь зацікавлена в якості всіх компонентів термінологічної системи.

Слід зауважити, що співвідношення змісту юридичного поняття з його однозначним термінологічним відповідни-

ком набуває практичного спрямування, яке пов'язане із вдосконаленням фахової мови в аспекті термінологічного забезпечення, процес якого, в свою чергу, представляє поступове переміщення теоретичних узагальнень і обґрунтувань у площину практичного оволодіння із залученням як коментарів юристів, так і рекомендацій з боку лінгвістів, економістів, соціологів та фахівців інших галузей знань.

Необхідність врахування думки багатьох фахівців на шляху вдосконалення юридичної термінології очевидна, тому що йдеться про вибір найбільш вдалих термінологічних одиниць на позначення юридичного поняття. Вибір цей, насамперед, стосується сталих однозначних термінів. Проте не виключається і той факт, що вибирати доведеться з-поміж таких термінологічних одиниць, які «навантажені» додатковими семантичними характеристиками та ознаками і які, до речі, становлять переважну більшість термінологічного реєстру юридичної лексики. Тому зважати на лінгвістичний чинник необхідно.

Вимоги до терміна як до складової термінологічної системи загальновідомі. Відповідність цим вимогам дає змогу характеризувати термінологічне слово або словосполучення за визначеними критеріями, які розглядаються як ознаки термінологічної одиниці. Це, насамперед, комплекс вимог як внутрішньомовного, так і екстралінгвістичного характеру, відповідно до яких формується лінгвістично внормована та сприйнятна для юридичної галузі термінологія, а саме:

– однозначна відповідність терміна поняттю, тобто відповідність лексичного значення терміна позначеному ним поняттю;

– сталість і несуперечливість застосування термінології у різних юридичних галузях, зокрема, в довідковій, науковій і методичній літературі, публічних виступах, законодавстві, міжнародних договорах, угодах тощо;

– системність і мовна правильність, тобто дотримування правил словотворення і слововживання, що відповідають системним зв'язкам української мови;

– раціональна стисліть і зрозумілість, тобто при створенні термінів слід дотримуватись раціональної довжини терміна з метою кращого його опанування і розуміння;

– застосування принципу дефініції, яка передбачає опис або тлумачення терміна, що дає змогу відрізнити його від інших термінологічних одиниць у межах системи;

– свідоме впорядкування термінології юридичної галузі, тобто слід виходити з того, що в термінології – найбільш контрольовані процеси, які надають можливість створювати дефініції, здійснювати вибір, зумовлений потребами галузі, визначати зв'язки між термінами, вибудовувати логіко-семантичні відносини, створювати реєстри термінологічних одиниць, контролювати слововживання і науковий обіг терміна;

– виявлення та усунення вад термінології, що застосовується у різних галузях юридичних знань, тобто своєчасне фахове коригування і корекція сумнівних або полісемічних ознак термінологічної одиниці з метою виявлення нових термінологічних значень, уникнення багатозначності та якісного поповнення термінологічної системи за рахунок визначених і визнаних у юриспруденції термінів.

Дотримання і свідоме застосування цих критеріїв до створення, впровадження і системного закріплення юридичного терміна створює необхідні умови для розвитку термінології, сприяє вдосконаленню фахової юридичної термінології, усуває термінологічні перешкоди в юридичних галузях і міжгалузевих вітчизняних і міжнародних зв'язках і відносинах.

Найбільш важливим для юридичної наукової галузі, як і для будь-якої соціальної сфери діяльності, є формування однозначного терміна, який має позначати логічне наукове поняття, яке, в свою чергу, в сукупності з іншими поняттями певної предметної галузі є складником наукової теорії. Порушення однозначної відповідності між терміном і поняттям призводить до багатьох небажаних семантичних проявів термінологічної багатозначності у вигляді омонімії, синонімії, паронімії тощо. У таких випадках термінологічна омонімія, синонімія або паронімія внормовується відповідно до вимог і критеріїв термінологічної номінації, супроводжуючи кожне із значень полісемічного терміна уточненнями чи поясненнями.

Недостатньо визначити термін як термін. Наприклад, термінологічні омоніми: *інтеграція* (від лат. integration – поповнення, відновлення) – об'єднання в ціле будь-яких окремих частин; *інтеграція* соціальна – наявність упорядкованих відносин між індивідами, групами, організаціями, державами тощо. *Ідентифікація* – ототожнювання, уподібнення людей і предметів за їхніми характеристиками, ознаками. В праві *ідентифікація* – встановлення тотожності того чи іншого об'єкта під час збирання та дослідження судових доказів. *Адаптація* (від лат. adapto – пристосовую) – пристосування організмів до умов навколишнього середовища. *Адаптація* в праві – реформування системи вітчизняного законодавства тощо. Як свідчать наведені приклади, мовний чинник із використанням різних лексичних форм, як загальномовного, так і термінологічного вжитку, сприяє тому, що термін уникає небажаної багатозначності, ознак омонімії, обґрунтовано набуває однозначності та сталості застосування. Найчастіше в таких випадках використовується визначення або дефініція, яка створюється для кожного терміна окремо відповідно до конкретної юридичної сфери із залученням усталених термінологічних одиниць та виважених і зрозумілих лексичних засобів, загальноприйнятих і несуперечливих для фахової галузі.

Наведемо кілька синонімічних рядів – *ратифікація, затвердження, прийняття, приєднання; добросовісність, сумлінність; доведеність, доказаність; житло, оселя, помешкання; безтурботність, безпечність, недбалість; брехливість, неправдивість, фальшивість; неправильний, помилковий, хибний* тощо. Усувається така синонімія різними засобами, одним з яких є вживання терміна в певних словосполученнях, завдяки чому виокремлюється притаманне слову термінологічне значення. Проблема однозначності терміна вирішується у кожному окремому випадку, виходячи з характеру лексичної сполучуваності, семантичні особливості та ознаки якої не є постійними і однаковими навіть за умов «абсолютних» синонімів. У будь-якому разі термін позбавляється небажаних синонімічних ознак завдяки прояву такої мовної особливості, як толерантність до кожного застосування термінослова в новоствореному сполученні з іншими словами. Це ще одне підтвердження того, що абсолютних синонімів не існує, тому що кожного разу в нових умовах словосполучень навіть максимально наближені одне до одного лексичні складники синонімічного ряду отримують суттєві уточнення і доповнення до своєї семантики, що дає змогу застосову-

вати уточнене термінологічне значення відповідно до мети висловлювання. Так, близькі за змістом термінослова (термінологічні синоніми) *зближення, адаптація, гармонізація* у кожному із словосполучень *зближення правових систем; адаптація соціальної політики; гармонізація законодавства* отримують нові відтінки значень, що дає змогу, враховуючи уточнену семантику, формувати, впроваджувати та фіксувати нові тлумачення, визначення або дефініції у різних галузях права.

Виявляється, що слововжиток, а точніше – словосполучуваність залишається одним із найефективніших засобів встановлення, фіксації і уточнення термінологічного значення. Завдяки словосполучуваності терміни виявляють свої додаткові семантичні ознаки. Лексико-семантичний характер сполучень дає змогу розрізняти терміни за обсягом семантики, сферами або частотою вживання, мотивованістю або активністю вживання, відтінками значень і, відповідно, створювати юридичну дефініцію, в якій, спираючись на сполучуваність юридичного терміна, відбиваються найбільш значущі риси визначеного терміна (як приклад наведемо такі терміносполучення: *система права* та *правова система*, які не однакові за обсягом семантики).

До розпізнавання термінологічного значення близьких за звучанням, але різних за значенням і написанням слів (паронімів) залучається функціональний слововжиток. Саме особливість сполучуваності, її вибірковість розкривають зміст необхідного терміна: *припинення дії* (втрата міжнародним договором своєї сили) – *призупинення дії* (переривання дії міжнародного договору протягом певного проміжку часу); *споживний* (придатний до споживання як їжа, їстівний) – *споживчий* (який служить для задоволення потреб споживання) – *споживацький* (який прагне до задоволення власних потреб, ігноруючи суспільні інтереси). Терміни відповідної юридичної галузі актуалізуються за допомогою лексико-семантичної сполучуваності, поєднування в процесі слововжитку. У такий спосіб виокремлюється термінологічне значення: *споживний* продукт; *споживче* товариство; *споживчий* кошик; *споживацький* принцип тощо.

Зважаючи на те, що сталих однозначних термінів у реєстрі юридичної термінології небагато, варто з'ясувати, в який же спосіб виокремлювати однозначний термін, чи достатньо визначити термін через дефініцію, яку мовну форму обрати для втілення термінологічного значення, як співвідносяться логічне уявлення і термінологічне позначення юридичного поняття? Узагальнюючи можливі запитання щодо юридичних термінів і їх мотивованості в юридичних галузях, варто зауважити, що керуватися в таких процесах треба, насамперед, виходячи з потреб юридичної галузі. Дотримання мовних норм щодо термінологічної номінації додає цим спрямуванням виваженості, послідовності та зумовленості щодо вибору критеріїв, за якими термін набуває своїх стійких термінологічних ознак.

Універсального засобу для того, щоб розпізнати термін, виявити його та залучити до термінологічної системи, наукового обігу та фахового вжитку, не існує. Проте залишаються випробувані часом підходи та методи, пов'язані, насамперед, з особливостями та властивостями, притаманними як загалом мовній системі впродовж усього періоду її розвитку і вдосконалення, так і її частині – термінологічній номінації з її характерними вимогами та ознаками.

Як впливає мовний чинник на термінологію юридичної галузі? Вдосконалення та ефективність застосування термінології об'єктивно залежать від самої юридичної галузі та зумовлюються специфікою мовного розвитку. Мовні специфіка та особливості полягають у тому, що на будь-якому етапі свого становлення, розвитку та вдосконалення мова не виявляє якості самостійної креативної сили і не створює, відповідно, своєї особистої картини світу. Вона переважно лише фіксує концептуальний світ людини, який має своїм першочерговим джерелом реальний світ і діяльність у цьому світі.

Мова не пізнає світ, а відповідно, і не створює ніяких моделей світу. Проте в мові знаходить своє відображення вся різнобарвність творчої, наукової, пізнавальної соціальної та індивідуальної діяльності, результати якої фіксуються мовою.

У термінологічних номінаціях як найбільш контрольованих процесах має враховуватись ця особливість мовного чинника. Понятійні уявлення отримують втілення у мові: реальне «життя» поняття відбувається у мові, і саме тут воно визначається семантично.

Таким чином, вибір терміна на позначення поняття – це вибір значення. Наскільки це термінологічне значення задовольняє потреби юридичної галузі – вирішує, насамперед, зумовлена об'єктивними вимогами юридичної галузі фахова думка, залучаючи до процесів, пов'язаних із семантикою термінологічних одиниць, мовний чинник, який впливає на вдалий вибір кожного слововживання, до якого належать застосування як термінологічного слова, так і термінологічного сполучення. Засоби та підходи, які використовуються у мовних чинниках, пояснюють значеннєву природу терміна. Знання семантики терміна, його ознак, особливостей слововжитку, змін значеннєвих ознак залежно від сполучуваності з різними словами, закономірностей, особливостей і вад семантичної природи терміна – це далеко не повний перелік можливостей використання мовних чинників, від яких, врешті-решт, залежить якість і повнота термінологічної системи юридичної галузі.

The article describes the features of the semantics of terms, how to overcome terminological polysemy, linguistic factors, which are used in the process of improvement of legal terminology.

В статье раскрываются особенности семантики терминов, способы преодоления терминологической полисемии, лингвистические факторы, используемые в процессах усовершенствования юридической терминологии.

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСІБ

Бичкова С. С.,

кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник
відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню юридичної природи цивільного процесуального правового статусу. У контексті загального правового статусу виокремлено та теоретично обґрунтовано елементи цивільного процесуального правового статусу, визначено передумову його набуття, а також сформульовано поняття цивільного процесуального правового статусу.

Ключові слова: правовий статус; цивільний процесуальний правовий статус; передумова набуття цивільного процесуального правового статусу; елементи цивільного процесуального правового статусу; цивільна процесуальна правосуб'єктність; суб'єктивні цивільні процесуальні права; законні цивільні процесуальні інтереси; юридичні цивільні процесуальні обов'язки.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Передумовою участі у цивільному процесі є наявність у осіб, які беруть участь у справах, визначеного законом правового статусу – цивільного процесуального правового статусу, який є різновидом загального правового статусу.

У цивільному процесуальному праві особливу увагу визначенню поняття правового статусу вчені-процесуалісти не приділяють. Вбачається, така ситуація зумовлена тим, що проблемні аспекти правового статусу, здебільшого, залишаються предметом наукових розвідок фахівців у галузі теорії держави та права. Водночас, поряд із загальним праворозумінням категорії «правовий статус», цивільний процесуальний правовий статус, як його різновид, характеризується певними особливостями, зумовленими специфікою правового регулювання суспільних відносин, що становлять предмет цивільного процесуального права. Спеціальна категорія, гносеологічно наслідуючи загальну, завжди має свою специфіку, індивідуальні риси, особливості, які мають бути виокремлені та досліджені.

Виходячи з викладеного, ***метою*** цієї статті є формування праворозуміння категорії «цивільний процесуальний правовий статус». Для цього спочатку сформуємо чітке уявлення про загальну правову категорію «правовий статус», а далі, враховуючи специфіку правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин, сконцентруємо увагу на дослідженні юридичної природи, визначенні поняття та виокремленні структурних елементів цивільного процесуального правового статусу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Правовий статус є однією із найважливіших юридичних категорій, яка відображає складні зв'язки, що виникають між державою і особою, а також, що виникають між особами у різноманітних правовідносинах, в яких вони беруть участь. У зв'язку з цим поняття правового статусу привертає пильну увагу науковців. Так, у різні часи розвитку науки теорії держави та права правовий статус досліджували С. Д. Гусарєв, С. О. Комаров, С. Л. Лисенков, О. А. Лукашева, О. В. Малько, О. Ф. Скакун, Л. М. Шестопалова та інші. Не залишали без уваги і окремі елементи цивільного процесуального правового статусу вчені-процесуалісти. Відповідними науковими розвідками займалися С. Н. Абрамов, К. В. Гусаров, В. В. Комаров, Г. Л. Осокіна, Д. М. Чечот, М. С. Шакарян, М. Й. Штефан та інші. Приєднаємося до цієї дискусії і ми.

Виклад основного матеріалу дослідження. Так, О. А. Лукашева у загальному вигляді характеризує правовий статус особистості як систему прав та обов'язків, що законодавчо закріплюється державами в конституціях, міжнародних правових актах про права людини та інших нормативно-юридичних актах. При цьому елементами, що складають правовий статус, вона вважає юридичні права, свободи та обов'язки [10, с. 225, 229–233]. Аналогічної позиції щодо елементів правового статусу притримуються й деякі інші правники [2, с. 207; 14, с. 112].

На думку С. Л. Лисенкова, правовий статус особи – це сукупність закріплених у чинному законодавстві прав, свобод та обов'язків, а також гарантій їх реалізації. Таким чином, правовий статус є складним явищем, що складається із трьох елементів: 1) прав і свобод; 2) обов'язків; 3) гарантій реального здійснення прав і обов'язків [4, с. 258].

Більш розширене визначення надає О. Ф. Скакун, яка вважає, що правовий статус особистості – це система закріплених в нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, свобод, обов'язків, відповідальності, відповідно до яких індивід як суб'єкт права (тобто такий, який має правосуб'єктність) координує свою поведінку у суспільстві. Структура правового статусу виявляється, на її думку, у сукупності таких елементів як: правосуб'єктність, права, свободи, обов'язки, відповідальність. При цьому остання має вторинний характер, оскільки реалізується у результаті скоєного правопорушення або у зв'язку з невиконанням компетенції чи перевищенням її обсягу [11, с. 377, 380].

О. В. Малько розширює коло суб'єктів, носіїв правового статусу, не обмежуючись вказівкою тільки на особистість. На його думку, правовим статусом є визнана Конституцією і законодавством сукупність прав та обов'язків суб'єктів, а також повноважень державних органів і посадових осіб, за допомогою яких вони виконують свої соціальні функції. Цей вчений у структурі правового статусу виокремлює: права та обов'язки, законні інтереси, правосуб'єктність, громадянство, юридичну відповідальність, правові принципи тощо [5, с. 87–88]. Використовуючи «тощо», О. В. Малько підкреслює, що переліченими складовими структура правового статусу не обмежується.

Поряд із вищезазначеними в юридичній літературі трапляються й такі дефініції правового статусу, в яких відсутні характерні риси, елементи досліджуваного нами правового явища. Так, правовим статусом іноді іменується правове становище громадян [12, с. 356]; ті правові позиції, які вони займають стосовно один до одного, до

держави [1, с. 649]; результат політико-правового зв'язку особи з державою [15, с. 154].

Таким чином, наукові уявлення вчених щодо юридичної природи та структури правового статусу достатньо різноманітні. Проте їх аналіз у сукупності надає нам змогу дійти таких висновків.

По-перше, слід констатувати, більшість науковців сутність правового статусу визначають через упорядковану сукупність елементів, що становлять його зміст. Подібний підхід видається слушним: щоб встановити сутність складного правового явища, необхідно виокремити його складові елементи, упорядкувавши їх у певну систему.

Зважаючи на це, не можна визнати раціональною позицію О. В. Малька, який підкреслює, що структура правового статусу не обмежується визначеною кількістю складових. Ми із таким баченням погодитися не можемо, оскільки, на наше переконання, аналізоване поняття має бути конкретним і не може охоплювати необмежену кількість структурних елементів.

Тому вбачається, при встановленні юридичної природи правого статусу, у тому числі цивільного процесуального правового статусу, слід виходити з його структури як внутрішньо узгодженої системи взаємопов'язаних, взаємозалежних елементів, що становлять його зміст. Для цього необхідно: 1) чітко встановити, які конкретно елементи, виходячи з їх сутності, юридичної природи та взаємозв'язку між собою, гносеологічно визначають зміст правового статусу; 2) упорядкувати їх у певну систему.

По-друге, незважаючи на те, що серед науковців відсутнє єдине доктринальне розуміння того, які саме елементи мають бути складовими правового статусу, більшість з вчених одностайно погоджуються, що правовий статус беззаперечно мають формувати як мінімум права та обов'язки. Свободи, гарантії, відповідальність, правосуб'єктність (правоздатність і дієздатність), законні інтереси, громадянство, правові принципи тощо не завжди виокремлюються як складові цієї категорії. Окремі науковці навпаки підкреслюють, що деякі із зазначених категорій (які вони не вважають такими, що входять до структури правового статусу) є або передумовами правового статусу, або його умовами, супроводжують його, примикають до нього, але не складають його структуру [8, с. 34; 10, с. 226; 11, с. 378–379].

Ми погоджуємося з тим, що правовий статус мінімально мають становити права та обов'язки як невід'ємні та взаємозалежні його елементи. Виходячи з положень теорії права, зазначимо, якщо суб'єктивні права – це вид та міра можливої поведінки суб'єкта, то юридичні обов'язки – це вид та міра необхідної, доцільної та розумної поведінки суб'єкта. Суб'єктивні права та юридичні обов'язки суб'єктів – невід'ємні, взаємозалежні елементи правового статусу. Як правильно підкреслюється в юридичній літературі, права одних осіб, не підкріплені обов'язками інших, не можуть бути реалізованими [10, с. 231]. Тому обов'язки – настільки ж важливий і необхідний елемент правового статусу, як і права, і навпаки.

Видається, для того, щоб встановити, які ще правові категорії є складовими правового статусу, а які – його передумовами, слід проаналізувати кожну з них на предмет взаємозв'язку, взаємозалежності з правами та обов'язками суб'єкта, можливості впливу на загальне правове становище суб'єкта у суспільстві.

Отже, майже всі вчені погоджуються із наявністю у складі правового статусу *свобод*.

У сучасній теорії права термін «свободи» вважається майже тотожним терміну «права». Більшість науковців визнає ідентичність прав і свобод за юридичною природою та засобами гарантування, разом з тим, вказуючи на деякі особливості цих двох категорій [2, с. 210–211; 4, с. 260; 6, с. 265].

Зокрема, О. Ф. Скакун зазначає, що свобода полягає у можливості робити все, що не завдає шкоди іншій особі. При цьому межі свободи можуть визначатися законом, який відповідає праву, а право є мірою свободи [15, с. 154].

Деякі автори взагалі не розмежовують ці поняття [15, с. 154].

Ми поділяємо позицію, що право є мірою свободи, виходячи із такого. Як уже відмічалося вище, наявність прав як одного зі складових елементів правового статусу, на наше переконання, є беззаперечною. При цьому суб'єктивне право ми розглядаємо як вид та міру можливої поведінки суб'єкта, правомочність діяти за власним бажанням у межах, визначених законом. Водночас свобода – це можливість особи діяти на власний розсуд, робити все те, що не заборонено законом, у межах, визначених суб'єктивним правом. Отже, термін «свобода» є вужчим за термін «право», свобода фактично є змістом права, а право – це міра свободи.

Відповідний висновок підтверджується і нормами законодавства України. Так, згідно зі ст. 34 Конституції України кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. У ст. 35 Конституції України вказується на те, що кожен має право на свободу світогляду і віросповідання. Аналогічну позицію щодо співвідношення прав і свобод займає ЦПК України, відповідно до ч. 1 ст. 31 якого позивач, серед іншого, має право збільшити або зменшити розмір позовних вимог, тобто має свободу у визначенні розміру позовних вимог.

Вбачається, що поряд з правами, свободи, з огляду на взаємозв'язок із першими, також входять до структури правового статусу. Але, враховуючи зроблений нами попередній висновок про те, що свобода є змістом права, а право є мірою свободи, вважаємо недоцільним виокремлювати свободи як самостійний елемент правового статусу.

Дуже тісний зв'язок із правами та свободами мають *інтереси*. Навіть в законодавчих нормах вони стоять поруч: наприклад, у ст. 1 ЦПК України визначено, що розгляд і вирішення цивільних справ здійснюється з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

В юридичній літературі законні інтереси по-різному оцінюються науковцями. Зокрема, законні інтереси розглядаються як: юридично значущі і юридично виправдані домагання на соціальні блага, які не охоплюються безпосереднім змістом прав і свобод [6, с. 265]; потреби, що виявляються в діяльності з усвідомлення та реалізації цілей у суспільних відносинах [11, с. 379]; дозволені нормативно-правовими актами прагнення особи до задоволення власних потреб, до володіння тими чи іншими благами, соціальними цінностями, послугами [15, с. 154].

На противагу поглядам щодо включення законних інтересів до структури правового статусу, О. Ф. Скакун наголошує, що інтерес передує правам та обов'язкам і взагалі є категорією «позаправовою» або «доправо-

вою», а тому може бути елементом лише структури соціального, а не правового статусу [11, с. 379].

На нашу думку, позаправовими (доправовими) категоріями слід вважати такі об'єктивно існуючі явища, які не врегульовані нормами права. А тому виникає запитання, чи є предметом правового регулювання «домагання», «діяльність з усвідомлення та реалізації цілей», «прагнення» – абстрактно-умовні категорії, через які науковці визначають інтереси і конкретний зміст яких взагалі важко осмислити? У відповідному контексті законодавець займає неухильну позицію: законні інтереси осіб підлягають задоволенню і захисту. Це вбачається, зокрема, із змісту ст. 36, 44 Конституції України, ст. 1, 3 ЦПК України, ч. 2 ст. 15 ЦК України, ст. 18 СК України тощо.

Виходячи з викладеного, можна дійти висновку: законні інтереси є одним з елементів правового статусу, оскільки інакше їх не потрібно було б задовольняти і захищати. Крім того, законні інтереси перебувають у невід'ємному взаємозв'язку з правами та обов'язками, адже є тими потребами і прагненнями, задля досягнення яких суб'єкти реалізують свої права та виконують обов'язки.

У правовій літературі існують різні підходи до питання про співвідношення *правосуб'єктності* і правового статусу: одні вчені вважають правосуб'єктність передумовою набуття правового статусу; інші – схильні включати її як структурний елемент до складу правового статусу; треті – називають правосуб'єктність більш об'ємною категорією, яка вбирає в себе правовий статус [11, с. 379].

Зупинимося лише на окремих аспектах, які допоможуть визначити, чи входить ця категорія до складу правового статусу.

Більшість науковців схиляється до думки, що правосуб'єктність складають правоздатність і дієздатність [7, с. 135; 18, с. 62]. Нагадаємо, як саме ці поняття визначаються національним законодавством України (з огляду на тематику нашого дослідження сконцентруємо свою увагу на дослідженні правових норм цивільного процесуального законодавства України).

Відповідно до ст. 28 ЦПК України цивільна процесуальна правоздатність – це здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки сторони, третьої особи, заявника, заінтересованої особи. Цивільна ж процесуальна дієздатність – це здатність особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді (ст. 29 ЦПК України).

Отже, можна зробити висновок, що лише будучи наділеною здатністю мати та набувати права і обов'язки, особа може стати їх суб'єктом, набути визначеного законом правового статусу. Виходячи з викладеного, правосуб'єктність слід вважати передумовою виникнення, набуття правового статусу.

Далі розглянемо *юридичні гарантії*, які є специфічним правовим засобом забезпечення, реалізації, охорони та захисту прав людини та громадянина [9, с. 524]; засобами та умовами, що покликані забезпечувати на практиці повну і безперешкодну реалізацію суб'єктивних прав і юридичних обов'язків [4, с. 262].

Цікаву думку на поняття юридичних гарантій висловив О. Г. Бєрєжнов. Він зазначив, обов'язки держави, що виникають у зв'язку з наданням прав і свобод своїм громадянам, виявляються в сукупності зафіксованих у законі різних гарантій, тобто тих умов і можливостей, які держава зобов'язується створити й надати громадянам для практичного здійснення ними своїх прав і свобод [6, с. 265].

Якщо виходити із такого розуміння, то, по-перше, юридичні гарантії стосуються лише правового статусу держави, і по-друге, їх не потрібно окремо включати до складу правового статусу, оскільки вони вже входять до його структури у вигляді обов'язків.

Вбачається, більш точною у відповідному контексті є позиція О. Ф. Скакун, яка підкреслює, що гарантії реалізації прав і обов'язків істотно впливають на зміст і соціальне значення правового статусу особи. Без створення державою умов для здійснення прав, свобод, обов'язків вони залишаться «заявами про наміри». Однак гарантії (у тому числі й юридичні) є факторами реалізації правового статусу особи, а не елементами структури його системи [11, с. 379].

Поділяючи позицію О. Ф. Скакун, зауважимо: юридичні гарантії не входять до правового статусу особи, адже через свою правову природу вони покликані забезпечувати реальність прав та інтересів суб'єктів, а також покладених на них обов'язків, які, у свою чергу, і є елементами правового статусу.

Юридична відповідальність – ще один з елементів, який виокремлюється вченими як складова правового статусу.

Правова природа юридичної відповідальності порізному оцінюється науковцями, зокрема, як-от: передбачений правовими нормами обов'язок суб'єкта права зазнати несприятливі (негативні) для нього наслідки вчиненого правопорушення [4, с. 231; 9, с. 519; 10, с. 489; 14, с. 207]; передбачені законом вид і міра втрат особи за вчинене правопорушення [8, с. 102; 11, с. 431]; застосування до порушника певних примусових заходів [2, с. 183; 16, с. 271]; санкції, що застосовуються до правопорушника [17, с. 268].

Виходячи з викладеного, юридичну відповідальність можна визначити як форму впливу на порушників, реакцію держави на допущені порушення правових норм, на посягання щодо соціальних інтересів суспільства, прав та інтересів особи. При цьому юридична відповідальність буде наслідком невиконання або неналежного виконання суб'єктом покладеного на нього обов'язку. Отже, вона не є такою, що апріорі притаманна суб'єкту, покладається на нього, на відміну від прав, інтересів, обов'язків. Під її вплив підпадають лише порушники встановленого державою правового режиму, зважаючи на це, є неправильним введення до складу правового статусу такого елемента.

Далі слід дати відповідь на запитання: чи слід визнавати *громадянство* складовою досліджуваної нами категорії?

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про громадянство України» громадянство України – це правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що виявляється у їх взаємних правах і обов'язках.

І. М. Погрібний називає громадянство передумовою правового статусу [8, с. 34]. О. Ф. Скакун уточнює, що цей політико-юридичний стан є передумовою набуття індивідом правового статусу громадянина конкретної держави у повному обсязі [11, с. 379]. Такої самої, по суті, думки дотримується і О. А. Лукашева [10, с. 226].

Ми приєднуємося до думки, що громадянство є передумовою, а не структурним елементом правового статусу, зважаючи на таке. Як було зазначено, громадянство – це правовий зв'язок між державою та особою, що виявляєть-

ся у їх взаємних правах і обов'язках. Отже, фактично громадянство – це правовідносини між державою та особою з усіма класичними структурними елементами: суб'єктами, об'єктами та змістом. На наше переконання, правовідносини не є елементом правового статусу: правовий статус визначає становище певного суб'єкта у правовідносинах, в яких суб'єкт бере участь. Виходячи з цього, правовий статус є змістом правовідносин і входить до їх структури, а не навпаки. Крім того, громадянство – це правовідносини з особливим суб'єктним складом, правовідносини виключно між державою, з одного боку, та фізичною особою – з іншого. Водночас визначеним законом правовим статусом наділені не лише фізичні особи, а й юридичні особи, суспільство, держава. А вести щодо них мову про громадянство неможливо.

Таким чином, громадянство як особливий вид правовідносин між державою та особою з огляду на специфіку його юридичної природи та особливостей суб'єктного складу не розглядається нами як структурний елемент правового статусу. Ми вважаємо, набуття громадянства є передумовою виникнення у фізичної особи певного виду правового статусу – статусу громадянина, іноземця, особи без громадянства.

Принципи права визначаються науковцями як керівні (основоположні) ідеї (засади), які характеризують зміст права, його сутність і призначення у суспільстві [2, с. 99; 3, с. 26; 13, с. 149].

Юридичне значення принципів права полягає у тому, що вони забезпечують однакову спрямованість норм права, а також їхній вплив на суспільні відносини у формі правового регулювання та в інших формах правового впливу [4, с. 134]. При цьому принципи права – не результат суб'єктивного розсуду законодавців чи вчених, а органічно властиві праву якості [13, с. 149], своєрідна конструкція, на якій ґрунтуються і реалізуються не тільки окремі правові норми, інститути і галузі права, а й уся система права [3, с. 26].

Вбачається, у контексті співвідношення із правовим статусом принципи права як основоположні ідеї, які органічно властиві праву і характеризують його зміст, мають бути орієнтиром при формуванні правового статусу, визначати його основні засади, проте аж ніяк не його складовою.

Таким чином, зважаючи на викладене, ***елементами правового статусу*** є визначені у законодавстві права, інтереси та обов'язки. При цьому правосуб'єктність ми розглядаємо як загальну передумову набуття правового статусу, громадянство ж вважаємо підставою виникнення у фізичної особи певного виду правового статусу – статусу громадянина, іноземця, особи без громадянства. Принципи права, на наше переконання, є орієнтиром при формуванні правового статусу, юридичні гарантії – засобом його реалізації, а відповідальність – формою державного впливу на порушення засад правового статусу. Свободи, у свою чергу, хоча і входять до структури правового статусу, не є самостійним елементом останнього, адже вони становлять зміст прав і повністю поглинаються ними. Таким чином, зазначені категорії (правосуб'єктність, громадянство, принципи права, юридичні гарантії, свободи та відповідальність) з огляду на специфіку їх юридичної природи не є елементами структури правового статусу.

Враховуючи це, ***правовий статус*** слід визначити як сукупність закріплених у законодавстві прав, інтересів та обов'язків суб'єкта.

Складність юридичної природи, а також особливості суб'єктного складу зумовлюють різноманіття видів правового статусу, що виокремлюються науковцями.

Так, на думку О. В. Малька, правовий статус доцільно класифікувати на загальний (статус особи як громадянина держави закріплено в Конституції України); спеціальний – такий, що фіксує особливості становища визначених категорій громадян (студентів, учасників війни, бізнесменів, адвокатів та ін.), забезпечуючи можливість виконання їх спеціальних функцій; та індивідуальний – який виражає конкретику окремої особи (стать, вік, сімейний стан, посаду, стаж тощо) і є сукупністю персоніфікованих прав та обов'язків особистості [5, с. 88]. Аналогічну позицію займає й низка інших вчених [8, с. 34–35].

О. Ф. Скакун також погоджується із наявністю трьох видів правового статусу (загального, спеціального, індивідуального), але виділяє ще кілька видів цієї категорії за суб'єктами (статус громадян, іноземців, осіб без громадянства, осіб з подвійним громадянством, біженців, українських громадян, які перебувають за кордоном; статус службових і посадових осіб; статус осіб, які працюють в екстремальних умовах, та ін.) [11, с. 382].

О. Ф. Скакун виводить свою позицію із поглядів М. І. Матузова, але додатково виокремлює статус фізичних та юридичних осіб, а також галузеві правові статуси: цивільно-правовий, адміністративно-правовий тощо [13, с. 235–236]. Про правові статуси у галузевому аспекті пише і К. Г. Волинка [2, с. 208–209]. М. В. Кравчук, поряд із галузевими, згадує і про міжгалузеві правові статуси (які визначаються нормами комплексних правових інститутів) [14, с. 113].

З огляду на тематику нашого дослідження звернемо свою увагу на галузеві правові статуси. З наведених положень вбачається, що ***галузевим правовим статусом*** є сукупність прав, інтересів та обов'язків суб'єкта, що регламентуються нормами конкретної галузі права.

Одним із галузевих правових статусів є цивільний процесуальний правовий статус, яким наділені суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин. Як і будь-який інший галузевий правовий статус, цивільний процесуальний правовий статус складається з конкретних елементів, що визначаються нормами цивільного процесуального права.

Викладене вище надає змогу визначити ***цивільний процесуальний правовий статус*** як сукупність закріплених у цивільному процесуальному законодавстві прав, інтересів та обов'язків суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин.

Відповідно, ***елементами цивільного процесуального правового статусу*** слід вважати: 1) цивільні процесуальні права; 2) цивільні процесуальні інтереси; 3) цивільні процесуальні обов'язки. *Передумовою* ж його набуття є цивільна процесуальна правосуб'єктність.

Змістовно складаючись з трьох елементів та маючи своєю передумовою цивільну процесуальну правосуб'єктність, цивільний процесуальний правовий статус є одним з найвагоміших інститутів цивільного процесуального права, адже він визначає процесуальні повноваження суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин під час розгляду і вирішення цивільних справ.

Із проведеного дослідження можна зробити такі висновки:

1) правовий статус – сукупність закріплених у законодавстві прав, інтересів та обов'язків суб'єкта;

2) правосуб'єктність є загальною передумовою набуття правового статусу; громадянство – підставою виникнення у фізичної особи певного виду правового статусу (статусу громадянина, іноземця, особи без громадянства); принципи права є орієнтиром при формуванні правового статусу; юридичні гарантії – засобом його реалізації; а відповідальність – формою державного впливу на порушення засад правового статусу. Свободи ж входять до структури правового статусу як складова прав суб'єктів;

3) цивільний процесуальний правовий статус – сукупність закріплених у цивільному процесуальному законодавстві прав, інтересів та обов'язків суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин;

4) елементами цивільного процесуального правового статусу є: а) цивільні процесуальні права; б) цивільні процесуальні інтереси; в) цивільні процесуальні обов'язки;

5) передумовою набуття цивільного процесуального правового статусу є цивільна процесуальна правосуб'єктність.

Усі інші проблеми, пов'язані із дослідженням цивільного процесуального правового статусу (зокрема, поглиблене дослідження його елементів та передумови виникнення), які існують у теорії і на практиці, виходять за межі цієї статті і становлять ***перспективні напрями подальших наукових розвідок***.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Алексеев С. С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М.: Статут, 1999. – 712 с.
2. *Волинка К. Г.* Теорія держави і права: навч. посіб. – К.: МАУП, 2003. – 240 с.
3. *Кельман М. С., Мурашин О. Г.* Загальна теорія права (зі схемами, кросвордами, тестами): Підруч. – К.: Кондор, 2002. – 353 с.
4. *Лисенков С. Л.* Загальна теорія держави і права: навч. посіб. – К.: Юрисконсульт; КНТ, 2006. – 355 с.
5. *Малько А. В.* Теория государства и права в вопросах и ответах. Учеб.-метод. пособие. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 1997. – 197 с.
6. *Общая* теория государства и права: Академический курс в 2-х т.: учеб. / Отв. ред. М. Н. Марченко. – М.: Зерцало, 1998. – Т. 1: Теория государства. – 1998. – 416 с.
7. *Олійник А. Ю., Гусарєв С. Д., Слюсаренко О. Л.* Загальна теорія держави і права (терміни, визначення, елементи змісту): навч. посіб. – К.: НАВСУ, 1998. – 237 с.
8. *Погребной И. М.* Теория права: учеб. пособие. – 3-е изд., испр. и доп. – Х.: Основа, 2003. – 128 с.
9. *Популярна* юридична енциклопедія / Відп. ред. О. В. Лавринович; наук. ред. В. Ф. Погорілко. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 528 с.
10. *Проблемы* общей теории права и государства: учебник / Под. общ. ред. В. С. Нерсесянца. – М.: НОРМА-ИНФРА, 1999. – 832 с.
11. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права: підруч. – Х.: Консум, 2001. – 656 с.
12. *Теория* государства и права: учеб. / Под ред. С. С. Алексеева. – М.: Юрид. лит., 1985. – 480 с.
13. *Теория* государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М.: Юристъ, 1997. – 672 с.
14. *Теорія* держави і права (опорні конспекти): навч. посіб. / авт.-упоряд. М. В. Кравчук. – К.: Атіка, 2003. – 288 с.
15. *Теорія* держави і права: навч. посіб. / Упоряд. Л. М. Шестопалова. – К.: Прецедент, 2004. – 224 с. – С. 154.
16. *Цивільне* право України: підруч.: у 2-х т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – 480 с.
17. *Цивільне* право України. Загальна частина: підруч. / За ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заіки. – 2-ге вид., змін. та допов. – К.: КНТ, 2008. – 480 с.
18. *Цивільне* процесуальне право України: підруч. / За заг. ред. С. С. Бичкової. – К.: Атіка, 2009. – 760 с.

This scientific article is dedicated to investigation of juridical nature of civil procedural legal status. Civil procedural legal status elements are theoretically substantiated and segregated in general legal status context, pre-conditions of its acquisition are defined, as well as civil procedural legal status conception is laid down.

Статья посвящена исследованию юридической природы гражданского процессуального правового статуса. В контексте общего правового статуса выделены и теоретически обоснованы элементы гражданского процессуального правового статуса, определена предпосылка его приобретения, а также сформулировано понятие гражданского процессуального правового статуса.

ЗУСТРІЧНИЙ ПОЗОВ ЯК ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ЗАСІБ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ ВІДПОВІДАЧА

Хіміч С. П.,

молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті аналізуються загальні особливості поняття зустрічного позову як спеціального процесуального засобу захисту інтересів відповідача.

Ключові слова: зустрічний позов, первісний позов, процесуальні засоби, позивач, відповідач, зустрічні вимоги, недобросовісність позову.

Реалізація принципів змагальності та процесуальної рівності сторін у цивільно-процесуальному праві України полягає в закріпленні ним системи процесуальних засобів, які допомагають не лише позивачу, а й відповідачу активно та ефективно захищати свої права й інтереси проти пред'явленого до нього позову. Процесуальні засоби складаються з процесуальних прав і обов'язків відповідача, процесуальних дій, їх реалізації, а також процесуальних форм їх виразу. Вони можуть поділятися на загальні та спеціальні. До загальних належать процесуальні засоби, якими можуть скористатися позивач й інші особи, які беруть участь у справі (ст. 99 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України). Спеціальні засоби можуть бути використані лише відповідачем, – це є запереченням проти позову (п. 2 ст. 143 ЦПК України) і зустрічним позовом (ст. 140 ЦПК України).

Метою цієї статті є висвітлення такого поняття як «зустрічний позов», а також аналіз зазначеного явища з позиції його історичного розвитку.

Процедура зустрічного позову відома ще з часів глибокої давнини. Майже протягом всієї своєї історії зустрічний позов ототожнювався із заліком. Слід зазначити, що зустрічний позов застосовувався ще в римському процесі. Розвиток зустрічного позову шляхом заліку пов'язаний з постановою Марка Аврелія, що передбачала заперечення про недобросовісність проти позову кредитора, який вимагав сповна борг з тієї особи, відносно якої він сам був боржником. Посилаючись на це, відповідач вказував на недобросовісність позову. У цьому випадку суддя міг, хоч і не був зобов'язаний, вилучити з позову зустрічні вимоги з тих самих боргових відносин. Однак, як і будь-яке приватне право, право заліку здійснювалося не автоматично, а лише на прохання заінтересованої особи шляхом пред'явлення зазначених вимог. При цьому відповідач брав на себе роль позивача, він зобов'язаний був довести твердження, що міститься у вимозі. Отже, були присутні елементи зустрічного позову.

Так, Статут цивільного судочинства 1864 року закріпився у ст. 340 чинного ЦПК України: «Відповідач має право заявити зустрічний позов не пізніше, як в першому папері у відповідь, а якщо такий не був поданий, тоді в першому судовому засіданні по справі». Далі зустрічний позов згадується вже в ЦПК УРСР 1924 р., але лише як примітка до ст. 81: «Всі недоліки зустрічної позовної заяви повинні бути виконані не пізніше дня, призначеного для слухання справи, а інакше, пред'явлений зустрічний позов у даному процесі не розглядається». Згідно з ч. 1 ст. 123 чинного ЦПК України відповідач має право до або під час попереднього судового засідання пред'явити зустрічний позов.

У процесуальній літературі немає єдиного визначення поняття зустрічного позову. Під зустрічним позовом більшість авторів розуміє позов відповідача до позивача, заяву в уже виниклому процесі для спільного розгляду з позовом первісним. Зустрічний позов являє собою самостійну вимогу відповідача до позивача [1, с. 408–409].

Інші автори при визначенні зустрічного позову вкладають у це поняття і процесуальну мету зустрічного позову. Так, С. Н. Абрамов зустрічним позовом називає зустрічну самостійну вимогу відповідача до позивача, поглинання або погашення прав позивача [10, с. 22–27]. Своєрідно визначає зустрічний позов і Н. І. Клейн. Під зустрічним позовом вона розуміє, передусім, право захисту проти первісного позову або лише можливий зв'язок його спільністю правової підстави [5, с. 49–51].

Останні два визначення зустрічного позову справедливо піддавалися критиці у вітчизняній літературі, оскільки доповнення визначення зустрічного позову не розкриває всієї його суті, а лише обмежує його застосування, в одному випадку – зарахуванням, поглинанням або погашенням права позову, а в іншому – захистом проти первісного позову або правовим зв'язком з ним.

По суті, зустрічний позов як засіб захисту використовується відповідачем значно ширше. Він є як засобом захисту проти першого позову, так і засобом здійснення відповідачем самостійних вимог до позивача [4, с. 25–26].

Вдале визначення зустрічного позову, яке відповідає його правовій природі, надано М. А. Гурвичем. Він пише, що зустрічний позов – це звернення відповідача до суду із проханням про захист самостійної вимоги до позивача шляхом розгляду спору про цю вимогу в тому самому процесі [11, с. 10–12].

Отже, спираючись на викладене, зазначаємо, що зустрічний позов – це заявлена відповідачем до позивача у справі самостійна позовна вимога для сумісного її розгляду з первісним позовом. Зустрічний позов забезпечує відповідачу захист його самостійного права й охоронюваного законом інтересу проти пред'явленої до нього вимоги позивачем. Він полегшує розгляд взаємних вимог сторін та усуває можливість несумлінного позивача уникнути одночасного задоволення справедливих вимог відповідача. Зручність зустрічного позову також у поєднанні одним провадженням двох справ, що сприяє економії процесуальних засобів. Спільний розгляд первісного та зустрічного позовів дає суду змогу ширше дослідити взаємовідносини сторін, усуває можливість постановлення протилежних рішень і цим самим створює умови для найбільш повного захисту суб'єктивних майнових і особистих немайнових прав та інтересів відповідача.

Проте зустрічний позов може негативно вплинути на розвиток процесу в справі. Несумлінний відповідач може використати його для затягування і ускладнення процесу, для створення тяганини і цим самим перешкодити нормальному відправленню правосуддя. Таке використання процесуальних засобів для захисту цивільного права буде зловживанням процесуальними правами і суд має право відхилити прийняття зустрічного позову до свого провадження, роз'яснивши відповідачу право на пред'явлення його окремо.

Статтею 140 ЦПК України встановлено, що право на пред'явлення зустрічного позову виникає з порушенням у суді провадження у справі і може бути реалізовано не пізніше як за три дні до судового засідання. Прийняття зустрічного позову після закінчення цього строку залежить від суду. Закріплене право покликане гарантувати швидкий і правильний розгляд порушеної в суді справи за первісним позовом, оскільки подання зустрічного позову відповідачем призводить до відкладення розгляду справи з тим, щоб надати позивачу можливість підготуватися до захисту проти такого позову. Надане суду право вирішення питання про прийняття зустрічного позову після встановленого ст. 140 ЦПК України строку забезпечує відмову в його прийнятті як тоді, коли зустрічний позов пред'явлений з пропуском строку, так і тоді, коли буде встановлено, що зустрічним позовом відповідач, зловживаючи своїми правами, навмисно спрямовує свої дії на затягування процесу.

Наприклад, Сторона_1 пред'явив позов про визнання недійсним ордера, виданого ЖКВ тресту «Житлобуд» Стороні_2 на дві кімнати. Трест «Житлобуд» позову не визнав, посилаючись на те, що ордер свого часу був виданий «Холодильником», якому не належить дана житлова площа. В свою чергу, трест «Житлобуд» пред'явив позов про визнання цього ордера недійсним, оскільки «Холодильник» не мав права на розпорядження житловою площею.

У цьому випадку позов пред'явлено відповідачем по первісному позову і заявлено в уже виниклому процесі для спільного розгляду. Не є зустрічним позовом вимога, хоча і заявлена відповідачем у виниклому процесі, але пред'явлена не до позивача, а до іншої особи.

Наприклад, подружжя Сторона_3 і Сторона_4 звернулося з позовом до Сторони_5 про вилучення у нього двох кімнат, в яких вони раніше проживали. Як співвідповідач був притягнутий до справи і відділ обліку та .розподілу житлової площі. Відділ розподілу житлової площі пред'явив позовну вимогу до Сторони 5 про вилучення цих двох кімнат на тих підставах, що Сторона_5 систематично здає ці кімнати в піднайм. Цим позовом відділ розподілу житлової площі заявив свої самостійні вимоги на спірні кімнати, однак не позивачем, а відповідачем у справі. Тому такі вимоги зустрічним позовом бути не можуть.

За процесуальної співучасті зустрічний позов може бути пред'явлений як одним із співвідповідачів, так і до одного із співпозивачів. Питання про процесуальне становище сторін при співучасті вирішується значно ширше. Припускається пред'явлення зустрічного позову не лише до позивача, а й до особи, яка не є позивачем по первісному позову, і тут створюється видимість зустрічного позову, хоча такого по справі немає.

Суд зобов'язаний прийняти зустрічний позов до сумісного розгляду з первісним позовом, якщо обидва позови взаємопов'язані та сумісний їх розгляд є доцільним, зокрема, коли вони випливають з одного правовідношення або коли вимоги за ними можуть зараховуватися (ст. 141 ЦПК України). Взаємозв'язок первісного і зустрічного позовів може полягати в такому їх співвідношенні, за яким зустрічне право відповідача виключає право позивача, підриває його підставу або може зарахуватися з первісним позовом. Критерієм доцільності є найбільш сприятливі умови для встановлення судом об'єктивної істини шляхом повного і всебічного з'ясування всіх обставин у справі, які характеризують дійсні права і обов'язки сторін. Коли прийняття зустрічного позову сприятиме досягненню такої мети, то суд зобов'язаний прийняти його до свого провадження. Нехтування цим призводить до неправильного вирішення справи. Так, суд, у провадженні якого був позов матері дитини до батька дитини про стягнення аліментів, відмовив у прийнятті зустрічного позову батька про передачу дитини йому на виховання. Обидва позови були розглянуті окремо з винесенням рішення про їх задоволення. У наглядній інстанції такі рішення були скасовані за вказівкою для суду першої інстанції розглянути сумісно обидва позови, виходячи з того, що це сприятиме повному, всебічному і правильному їх розгляду та усуне можливість прийняття протилежних за змістом рішень, що мало місце при окремому їх розгляді.

На своєрідну особливість процесуальних прав сторін при зустрічному позові звернув свого часу увагу Верховний Суд СРСР. В одній із своїх ухвал Верховний Суд СРСР зазначив, що коли взаємні вимоги сторін випливають з однієї підстави і за ними пропущений строк позовної давності, то суд, відновивши строк давності одній стороні, не повинен відмовляти у такому відновленні іншій [3].

Зустрічний позов, за загальним правилом, є засобом захисту проти позову. Він включає в себе як ознаки процесуального захисту, так і матеріально-правового. Зустрічні вимоги відповідача можуть бути вимогами про присудження, визнання, перетворення.

При пред'явленні зустрічного позову відповідач прагне до досягнення подвійної мети: захисту свого права і захисту від попередніх вимог позивача. Однак цілком припустимі випадки, коли зустрічні позови не переслідують мети захисту проти позову.

Так, Сторона_7 звернулася з позовом до Сторони_8 про розірвання шлюбу. Відповідач пред'явив зустрічний позов про поділ вкладу в ощадному банку, посилаючись на те, що вклад є їх спільним майном. З викладеного вище можна зробити висновок, що цей зустрічний позов не спрямований на спростування первісного позову, не служить відповідачу засобом захисту, а пред'явлений для одночасного розгляду взаємозв'язаних вимог. Зустрічний позов пред'являється в уже виниклому процесі за первісним позовом і для спільного з ним розгляду. Тому не буде зустрічним позов відповідача, пред'явлений до позивача під час судочинства у справі, але не для спільного розгляду, а для розгляду в іншому процесі, тому вимоги відповідача, заявлені в зустрічному позові, можуть бути предметом самостійного процесу.

Це можливо в тих випадках, коли первісний позивач не пред'явив чомусь позову, а можливому відповідачу необхідно захистити свої права. Тоді відповідач заявляє свої вимоги уже не в зустрічному, а в самостійному позові. Однак вимоги відповідача можуть мати самостійний характер і тоді, коли первісний позов уже розглянуто, але відповідач не пред'явив зустрічного позову або позов за мотивами доцільності спільного розгляду не був прийнятий судом. Розгляд зустрічного позову в одному процесі буде і тоді, коли зустрічний позов пред'явлено під час нового розгляду справи за скасованим рішенням, якщо навіть під час первісного розгляду справи зустрічний позов не пред'являвся. Від подібних випадків слід відрізняти ті випадки, коли відповідач після скасування рішення суду подає заяву про повернення йому майна, присудженого позивачу за скасованим рішенням у справі. В цьому випадку відповідач пред'являє не зустрічний позов, а подає заяву про повернення виконання скасованого рішення. Ця заява має бути розглянута судом під час нового розгляду справи, але вже не за правилами розгляду зустрічного позову, а з певними процесуальними особливостями.

Зв'язок зустрічного позову з первісним може обумовлюватися різними причинами і, відповідно, мати різний зміст: а) відповідач протиставляє вимозі позивача однорідну вимогу, строк якої наступив, пред'являючи її для заліку первісної вимоги; б) задоволення зустрічного позову виключає повністю або частково задоволення первісного позову; в) закон допускає й інші випадки взаємного зв'язку між первісним і зустрічним позовами, коли їх спільний розгляд призводить до більш швидкого та правильного вирішення спорів [2, с. 15–18].

Необхідність зв'язку між зустрічною та первісною вимогами не усуває самостійного характеру зустрічного позову. Практично це проявляється у такому: а) хоча задоволення зустрічного позову, звичайно, спричиняє відмову від первісного позову, не виключена можливість відмови від основного позову з причин, які не мають відношення до зустрічного позову, в якому суд також відмовляє з причин його незаконності або необґрунтованості; б) через самостійний характер зустрічного позову суд зобов'язаний вирішити його і у тому випадку, якщо за первісним позовом рішення не приймається (наприклад, внаслідок відмови позивача від позову).

Таким чином, зустрічний позов ми розглядаємо, передусім, як засіб захисту проти первісного позову (з матеріально-правовими і процесуальними ознаками), а також незалежно від цього захисту, якщо у відповідача є самостійні вимоги до позивача, вимоги, міцно пов'язані з пред'явленим позовом. Слід зазначити, що не всі процесуалісти розглядають зустрічний позов як засіб захисту від первісного позову, роблячи наголос на самостійний характер вимог відповідача до позивача [6, с. 117–118].

Заперечення або применшення значення ознак засобів захисту у зустрічному позові ускладнює з'ясування його справжньої правової природи, його значення для захисту прав відповідача.

Якщо ми розглядаємо зустрічний позов як засіб захисту відповідача, то виникає питання про його відмінність від заперечення проти позову. Зустрічний позов і заперечення проти позову об'єднує їх процесуальна цілеспрямованість [7, с. 165–167].

Судовій практиці відомі випадки, коли відповідач, захищаючись проти позову, ту саму незгоду з вимогами позивача процесуально заявляє або у вигляді заперечень, або у вигляді зустрічного позову. Це, зокрема, трапляється за позовами про стягнення аліментів на утримання дітей. В одному випадку відповідач оспорює своє батьківство за допомогою заперечень, вимагаючи рішення про відмову позивачу в позові, в іншому – пред'являє зустрічний позов про визнання недійсним запису його батьком дитини.

У процесуальній літературі немає єдиної думки про співвідношення заперечень проти позову із зустрічним позовом. Одні автори вважають, що процесуальне здійснення права можливе не лише шляхом пред'явлення зустрічного позову, а й шляхом заперечення, яке протиставляється первісному позову [8, с. 204–205].

На нашу думку, відповідач не може скористатися запереченням проти позову, якщо його право потребує судового підтвердження. В даному випадку обов'язково має бути пред'явлено зустрічний позов.

Погоджуючись з думкою про те, що як заперечення проти позову, так і зустрічний позов спрямовані проти позову первісного, слід все-таки провадити між цими засобами захисту прав відповідача певні відмінності. При запереченні проти позову найвигідніші наслідки для позивача можуть полягати лише у відмові йому в позові. Присуджувати з нього якихось дій на користь відповідача суд не має права. При зустрічному ж позові відповідача не задовольняє лише відмова в позові позивачу. У нього є своя самостійна вимога, підтвердження якої він і вимагає в суді.

Якщо ж зустрічний позов відповідачем не пред'явлений, позивач ніколи не може бути поставлений у гірше становище порівняно з тим, в якому він перебував до виникнення процесу. Ця ж відмінність зустрічного позову від заперечень виявляється і у справах, де вирішення спору відбувається шляхом зарахування. Якщо сума зустрічної вимоги не перевищує суми вимог за основним позовом, зарахування може бути проведено і шляхом заперечення проти позову. Якщо ж вимоги відповідача перевищують вимоги позивача, зарахування можливе лише при пред'явленні зустрічного позову. Отже, зустрічний позов відрізняється від заперечень проти позову своєю самостійністю.

Заперечення проти позову цілком залежить від долі первісного позову, рух якого залежить від розсуду позивача, суду. Наприклад, при відмові від позову, при зупиненні, припиненні судочинства по справі заперечення відповідача втрачає своє значення, оскільки воно вже цілком залежить від процесуальних результатів розгляду первісного позову. Якщо відповідач свою вимогу висловлює у вигляді заперечення, вимагаючи відмови у позові, суд може відмовити позивачу в позові на інших підставах, не вирішуючи питання з урахуванням заперечення відповідача. Свої заперечення в цих випадках відповідач може заявити у суді шляхом самостійного позову. Якщо ж вимога відповідача виражена у вигляді зустрічного позову, суд зобов'язаний винести за ним рішення, незалежно від долі позову первісного.

При відмові позивача від позову, зупиненні або закритті судочинства по справі суд може лише виділити вимогу за зустрічним позовом в окреме судочинство.

Нарешті, зустрічний позов відрізняється від заперечення проти позову формою і часом його пред'явлення. Заперечення проти позову може бути заявлено у письмовій та усній формах на будь-якій стадії процесу до ухвали судом рішення по справі. Зустрічний же позов може бути пред'явлений у певний час (ст. 140 ЦПК України) за загальними правилами пред'явлення позову (ст. 137 ЦПК України).

Розглянувши найпринциповіші відмінності між запереченням і зустрічним позовом, необхідно ще раз зазначити, що коли вимога відповідача формулюється у вигляді визнання за ним певного права (позов про визнання), захист відповідача проти позову може здійснюватися як у формі заперечення проти позову, так і у формі зустрічного позову.

Вибір цієї альтернативної форми захисту залежить від тієї процесуальної мети, яку переслідує відповідач.

Для прийняття зустрічного позову з метою спільного розгляду його з первісним необхідні певні умови. Стаття 141 ЦПК України встановлює, що зустрічний позов може бути прийнятий до спільного розгляду, коли обидва позови взаємно пов'язані та спільний їх розгляд є доцільний. Тут же розкривається поняття взаємного зв'язку обох позовів. Позови вважаються взаємно пов'язаними, якщо обидва випливають з одного правовідношення або вимоги за ними здатні до зарахування. Взаємний зв'язок первісного і зустрічного позову може виявлятися в тому, що зустрічна вимога виключає вимогу первісну.

За чинним процесуальним законодавством для здійснення зарахування обов'язкове пред'явлення зустрічного позову. Зарахування, як відомо, не настає автоматично. Для припинення зобов'язання шляхом зарахування необхідна заява про це хоча б одного учасника спірного правовідношення. Згода іншої сторони не потрібна, оскільки зарахування – це одностороння угода. Водночас зарахування не виключає й взаємної згоди сторін і зобов'язань з цього приводу [9, с. 134–135].

У судовій практиці зарахування зустрічних вимог відбувається таким шляхом: менша за сумою вимога погашається повністю, а більша – припиняється в частині, рівній меншій вимозі. Пред'явлення зустрічного позову відбувається за загальними правилами позовного судочинства. У зустрічній позовній заяві мають бути вимоги про реквізити позовної заяви (ст. 137 ЦПК України) загальними правилами зустрічної позовної заяви. Велике практичне значення має строк пред'явлення зустрічного позову. Необхідність встановлення строку для пред'явлення зустрічно-

го позову диктується інтересами судової практик, ст. 140 ЦПК України встановлює загальне правило про те, що зустрічний позов може бути пред'явлений не пізніше трьох днів до судового засідання по справі. Зазначені в законі строки забезпечують можливість для відповідача своєчасно подати зустрічний позов, попереджують необхідність відкладання слухання справи, оскільки позивач може підготуватись до захисту за зустрічним позовом. Припинення зустрічного позову після вказаного строку залежить від розсуду судді або суду.

Прийняття зустрічного позову за три дні до судового засідання (за наявності необхідних умов) – це обов'язок судді. Прийняття зустрічного позову пізніше – це вже не обов'язок судді, а право. Кінцевим строком пред'явлення зустрічного позову буде, природно, вихід суду до нарадчої кімнати.

На основі аналізу зустрічних позовів можна зазначити, що засобом захисту відповідача проти позову являється зустрічний позов відповідача, задоволення якого повністю чи частково задовольняє первісний позов. На прикладах із судової практики можна переконатися, що руйнівна дія зустрічного позову виражається в тому, що заперечується фактична обгрунтованість первісного позову; заперечуються факти виникнення, зміни чи припинення правовідносин, чи доказова приналежність відповідачу спірного права.

Предметом зустрічного позову, пред'явленого відповідно до ст. 141 ЦПК України, являється відхилення первісного позову рішенням суду і один із інших способів витребуваного позивачем захисту (наприклад, відхилення позову про виселення з визнанням права відповідача на спірну жилу площу). Підставами зустрічного позову можуть слугувати юридичні факти, що підривають підстави первісного позову і норми права.

Отже, проаналізувавши викладені в літературі погляди на поняття зустрічного позову, можна дійти висновку, що під зустрічним позовом слід розуміти звернення до юрисдикційного органу – є вимога відповідача про захист його суб'єктивного матеріального права або інтересу, що охороняється законом та підлягає спільному розгляду з первісним позовом.

Виходячи із позицій відповідача в цивільному процесі, розрізняємо: по-перше, зустрічні позови, що спрямовані на заперечення первісного позову; по-друге, зустрічні позови, які не переслідують такої мети.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільне* процесуальне право України: Підручник / Бичкова С. С., Бірюков І. А., Бобрик В. І. та ін.; За заг. ред. С. С. Бичкової. – К.: Атіка, 2009. – 760 с.
2. *Викут М. А., Зайцев И. М.* Гражданский процесс России: учебник. – М.: Юристъ, 1999. – 384 с.
3. *Гражданский* процесс: учебное пособие / За ред. Ю. С. Червоного. – Х., 2003. – 352 с.
4. *Гражданское* процессуальное право: учебник / Под ред. М. С. Шакарян. – М.: ТК Велби, Проспект, 2004. – 584 с.
5. *Клейн Н. И.* Встречный иск в суде и арбитраже. – М., 1964.
6. *Молева Г. В.* Процессуальные средства защиты ответчика против иска. – Пенза, 1993.
7. Арапов Н. Т. Встречный иск в советском гражданском процессуальном праве. – Томск, 1965.
8. *Тараненко В.Ф.* Принципы диспозитивности и состязательности в советском гражданском процессе. – М., 1990.
9. *Анисимова Л. И.* Возражения ответчика в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1961.
10. *Абрамов С. Н.* Советский гражданский процесс. – М., 1952.
11. *Гурвич М. А.* Право на иск. – М., 1949.

The article analyzes the main features of the concept of a counterclaim as a special procedural way to protect the interests of the defendant.

В статье анализируются основные особенности понятия встречного иска как специального процессуального способа защиты интересов ответчика.

ДОПУСТИМІСТЬ ПИСЬМОВИХ ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Бесарабчик В. О.,

молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню поняття допустимості доказів, особливостей допустимості письмових доказів, необхідності вдосконалення положень цивільного процесуального законодавства щодо допустимості письмових доказів.

Ключові слова: докази, засоби доказування, допустимість, письмові докази, класифікація письмових доказів.

Актуальність теми дослідження. Допустимість засобів доказування має істотне значення для цивільного обороту, оскільки належне оформлення правочинів упорядковує досудові відносини суб'єктів цивільного права, виключає зайві спори про право. Разом з тим це має значення і для цивільного судочинства, тому що спрощує завдання суду при вирішенні окремих спорів.

Наукове розкриття змісту норм права про докази (зокрема правил про допустимість письмових доказів) значно збагачує саме розуміння закону, сприяє правильному його застосуванню. При цьому практичне значення теми дослідження важко переоцінити, оскільки аналіз доказів з точки зору їх допустимості є необхідним елементом оцінки доказів як інтелектуальної діяльності суду із встановлення обставин, що мають значення для вирішення справи.

В сучасній літературі дослідження допустимості письмових доказів мають більш фрагментарний характер. Зазвичай, допустимість письмових доказів розглядається в межах допустимості доказів в цілому. Допустимістю доказів займалися у своїх працях такі вчені як М. Й. Штефан, Т. В. Цюра, С. Я. Фурса, В. В. Комаров, В. І. Тертишніков, А. В. Гордейчиков, М. С. Строгович, С. А. Шейфер, Н. М. Кіпніс, М. К. Треушніков, А. А. Амерханова та інші.

Допустимість доказів досліджується як у науці цивільного, так і кримінального, господарського, адміністративного процесуального права.

Традиційно правило допустимості доказів у цивільному процесуальному праві розумілося як визначене, встановлене законом обмеження у використанні доказів у процесі вирішення конкретних цивільних справ [1, с. 23].

Статтею 59 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) встановлено критерії недопустимості доказів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 59 ЦПК України суд не бере до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, встановленого законом. Допустимість кожного конкретного доказу залежить від дотримання процесуального порядку його отримання, дослідження та оцінки змісту і процесуальної форми цього доказу. Порушення вимог закону, що пред'являються до порядку формування засобів доказування як процесуальної форми судових доказів, тягне за собою недопустимість цих засобів доказування, неможливість використання фактичних даних, які містяться в них, для встановлення істини у справі [2, с. 170].

У ч. 2 ст. 59 ЦПК України закріплено імперативне правило, відповідно до якого обставини справи, що за законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватись іншими засобами доказування. Так, згідно зі ст. 218 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), у разі недодержання сторонами вимоги щодо письмової форми правочину, яка встановлена законом, рішення суду у справі з приводу заперечення факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин однією із сторін не може ґрунтуватися на показаннях свідків.

Щодо окремих договорів правила допустимості доказів закріплені у книзі п'ятій «Зобов'язальне право» ЦК України. Так, відповідно до ст. 1051 ЦК України, якщо договір позики має бути укладений у письмовій формі, рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків для підтвердження того, що гроші або речі насправді не були одержані позичальником від позикодавця [3]. Отже, у справах, що стосуються договорів позики, допустимими є всі засоби доказування, крім показань свідків. За таких умов безумовна перевага у вищевказаній категорії справ надається законодавцем письмовим доказам.

Відповідно до ч. 1 ст. 64 ЦПК України письмовими доказами є будь-які документи, акти, довідки, листування службового або особистого характеру або витяги з них, що містять відомості про обставини, які мають значення для справи.

Встановлення відповідності письмових доказів у цивільному процесі критеріям допустимості доказів здійснюється при дослідженні таких доказів. Чинне процесуальне законодавство передбачає, що письмові докази досліджуються шляхом їх оголошення в судовому засіданні і пред'явлення особам, які беруть участь у справі. Однак не всі властивості документа можуть бути перевірені таким шляхом. Аналіз судової практики свідчить про те, що письмові докази можуть бути перевірені за допомогою інших доказів, зокрема, свідчень свідків, експертизи та інших документів.

Специфіка доказу як інформації про реальну дійсність полягає в тому, що він створюється людиною, думки якої матеріалізуються в певну форму. Зміст документа визначається його суб'єктом, тому важливе значення мають умови сприйняття і закріплення відомостей, дотримання запропонованої законом форми [4, с. 84]. Це надає змогу зробити висновок про те, що при дослідженні документів повинні бути перевірені не тільки його зміст, а й форма.

Письмові докази як за формою, так і за змістом можуть бути різними. Дослідження змісту документа є встановлення його належності, достовірності та достатності. Досліджуючи письмовий доказ, суд повинен перевірити дотримання встановленої законом форми для даного виду доказу, встановити наявність певного зв'язку змісту документа з предметом доказування; правомочність суб'єкта на видачу документа; наявність необхідних реквізитів (дати, підпису, печатки тощо). Письмове закріплення фактів, що мають юридичне значення, у багатьох випадках залежить від часу їх оформлення, тому при вивченні письмових доказів необхідно звертати увагу на дати складання, від чого залежить виникнення певних правових наслідків і дійсність реєстрації акта.

Дослідження документа буде цілеспрямованим і повним, якщо суд заздалегідь визначить зазначені вище об'єкти дослідження. Суд зобов'язаний не тільки перевірити всі ознаки документа, а й дати їм оцінку.

Розглядаючи питання про допустимість письмових доказів, не можна не відзначити, що допустимість окремих видів письмових доказів має свої особливості. В науці цивільного процесуального права виділяють різні види письмових доказів, і їх різноманітність визначається множинністю цивільних правовідносин, що знаходять своє закріплення у письмовій формі.

Так, за формою письмові докази класифікуються за такими чотирма ознаками:

1) за суб'єктами (джерелом) формування – офіційні та неофіційні (приватні);

2) за характером змісту – розпорядчі та довідково-інформаційні;

3) за формою закріплення – прості та нотаріально посвідчені;

4) за способом формування – оригінали та копії.

Запропонована класифікація надає можливість визначити особливості, які необхідно враховувати при дослідженні письмових доказів та визначенні їх допустимості у цивільному процесі.

Офіційні письмові докази визначаються як документи, акти, які походять від державних органів, установ, підприємств, посадових осіб та громадських організацій. Приватними (неофіційними) називають документи, які походять від фізичних осіб.

Разом з тим така класифікація не дає змоги встановити, до якої категорії належать письмові докази, які походять одночасно від державних організацій і фізичних осіб. Установи, підприємства, організації вступають з фізичними особами в правовідносини, що закріплюються в письмовій формі. Подібні документи належать до офіційних, оскільки однією стороною договору є організація. Договори між фізичними особами, укладені в письмовій формі, незалежно від нотаріального посвідчення слід віднести до приватних документів, оскільки вони походять від фізичних осіб.

Судова практика свідчить, що офіційний документ, зазвичай, володіє більшим ступенем достовірності і часто є цілком достатнім доказом, що не вимагає підкріплення іншими даними. У сказаному не йдеться про перевагу офіційних документів перед неофіційними. Ті й ін-

ші підлягають ретельному дослідженню в судовому засіданні в сукупності з іншими доказами в справі.

До офіційних письмових доказів належать:

– акти, в яких реалізується або воля одного суб'єкта, наділеного владними повноваженнями у межах своєї компетенції, або декількох суб'єктів. Це акти розпорядчого характеру, прийняття яких тягне за собою юридично значущі наслідки;

– документи, якими може бути встановлено наявність або відсутність юридично значущих фактів. До них належать різного роду акти, протоколи, висновки компетентних органів, складені в ході проведених перевірок, обстежень тощо;

– документи, якими підтверджується наявність або відсутність юридично значущих фактів. Такі документи мають інформаційний характер. Це довідки, платіжні доручення, квитанції, рахунки, накладні тощо. Вони мають важливе значення для вирішення справи по суті.

У судовій практиці досить часто трапляються приватні (неофіційні) документи. До них належить листування ділового та особистого характеру, різноманітні записи, щоденники, рукописи, різні операції, договори та інші документи.

Специфічні особливості має використання даних з особистого листування і особистих телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції як доказів у цивільному процесі, їх таємниця охороняється законом (ст. 31 Конституції України), тому вони можуть бути оголошені у відкритому судовому засіданні лише за згодою осіб, між якими відбувалася ця переписка і повідомлення, а інакше таке листування і телеграфні повідомлення оголошуються та досліджуються у закритому судовому засіданні (ст. 187 ЦПК України).

Для особистого листування характерно, що необхідні обставини у справі викладені у формі листа, який написано певною особою, в певному місці, в певний час. Тому копія, вирізки, фотокопія особистих листів без оригіналу не мають правового значення.

Інформація, викладена в особистому листуванні, може оспорюватися шляхом спростування її достовірності або ствердженням про її недостатність. Спростування достовірності можливе шляхом встановлення підробки листа, доказування невідповідності інформації або її суперечливості дійсним обставинам справи або доказування, що лист був написаний з певною метою. При оголошенні в судовому засіданні особистого листування необхідно виключати ті частини, в яких говориться про обставини, що стосуються інтимного життя сторін і не мають значення для справи. Принцип таємниці особистого листування не виключає можливості використання в судочинстві у цивільних справах однією стороною листування другої сторони, що було адресовано іншим особам, які не беруть участі в справі і які надали його в розпорядження заінтересованої особи [5]. Порушенням цього принципу (таємниці листування) буде використання протиправно вилученого в інших осіб листування, в якому можуть бути викладені необхідні факти для вирішення справи.

За змістом письмові докази поділяються на розпорядчі та довідково-інформаційні. До розпорядчих слід віднести акти органів державної влади та державного управління, а також документи, в яких виражається воля учасників цивільного обороту, спрямована на встановлення, зміну і припинення правовідносин.

У судовій практиці використовуються й довідково-інформаційні письмові докази (різноманітні довідки, звіти, акти, листи, повідомлення). Вони підтверджують наявність або відсутність певних фактів, у тому числі наявність волевиявлення в розпорядчому документі. Істотна ознака цього виду документа – його інформаційний характер. У ньому повідомляється лише про певні факти.

Розглянутий розподіл документів носить умовний характер, так як в одному і тому самому документі можуть бути закріплені одночасно і волевиявлення особи, і відомості довідково-інформаційного характеру.

Критерієм поділу письмових доказів на прості та нотаріально посвідчені є наявність або відсутність нотаріального посвідчення. Виходячи з цього і дається визначення двом групам письмових доказів: документ простої письмової форми – якщо він не засвідчений нотаріально, документ кваліфікованої письмової форми – якщо посвідчений. Подібний розподіл письмових доказів не повний, оскільки не визначається положення документа, для якого встановлена певна форма, але не нотаріальна. На нашу думку, за таким критерієм необхідно класифікувати письмові докази на три групи: а) документи простої письмової форми; б) документи, форма яких встановлена відповідними правовими нормами та обов'язкова до застосування; в) нотаріально посвідчені документи.

Велику групу становлять документи кваліфікованої форми. Головна їхня відмінність полягає в тому, що для них встановлена певна форма з наявністю необхідних реквізитів. Законом, іншими правовими актами та за згодою сторін можуть встановлюватися додаткові вимоги, яким повинна відповідати форма угоди (створення на бланку певної форми, скріплення печаткою і т. п.) і передбачатися наслідки недотримання цих вимог.

Нотаріальне посвідчення правочинів є обов'язковим у випадках: 1) зазначених у законі; 2) передбачених за згодою сторін, навіть якщо за законом для правочинів даного виду нотаріальна форма не потрібна. Недотримання нотаріальної форми правочину тягне за собою не тільки заборону посилатися на докази, що не відповідають формі правочину, а й нікчемність правочину.

Постає питання, чи діє правило допустимості доказів при розгляді та вирішенні справ про визнання правочину дійсним у разі ухилення іншої сторони від його нотаріального посвідчення. На нашу думку, факти ухилення сторони від нотаріального посвідчення правочину можуть підтверджуватися будь-якими доказами, у тому числі й показаннями свідків.

У судовій практиці існує також проблема допустимості доказів при розгляді та вирішенні спорів, які випливають з правовідносин, пов'язаних з державною реєстрацією правочинів. Згадана проблема може виникнути за двома видами справ: а) у разі ухилення однієї із сторін від реєстрації правочину. Суд вправі на вимогу іншої сторони винести рішення про реєстрацію правочину; б) відмова у державній реєстрації права на нерухомість або правочину з нею, а також ухилення відповідного органу від реєстрації можуть бути оскаржені до суду.

Для правильного застосування правил допустимості доказів у зазначеній категорії справ потрібно диференціювати обставини (факти), що входять до предмета доказування. Факти, пов'язані зі змістом правочину, умо-

вами, предметом, відповідальністю сторін за угодою, формою договору можна доводити лише за допомогою письмових доказів. Особистими доказами, зокрема показаннями свідків, замінити їх неможливо. Що стосується поведінки сторони, яка ухиляється від реєстрації правочину, посадових осіб органу, який відмовив у реєстрації договору, мотивів відмови та інших фактів, то вони можуть підтверджуватися будь-якими засобами доказування, в тому числі й особистими доказами.

Розвиток нових інформаційних технологій останніми десятиліттями поставив перед доказовим правом нові питання, що стосуються віднесення до письмових доказів нетрадиційних носіїв інформації (головним чином, документів, отриманих за допомогою електронно-обчислювальної техніки, аудіо- та відеозапису). Документи, отримані за допомогою факсимільного, електронного чи іншого зв'язку, а також документи, підписані електронним цифровим підписом або іншим аналогом власноручного підпису, допускаються як письмові докази у випадках і порядку, які встановлені законом, іншим нормативно-правовим актом або договором.

На сьогодні в законодавстві відсутнє чітке регулювання питань допустимості електронних документів як доказів у цивільному процесі.

При укладенні договору сторони попередньо у письмовому вигляді мають домовитись про використання електронного цифрового підпису в документі, і це може слугувати підставою для партнерів, третіх осіб та суду вважати договір, закріплений електронним цифровим підписом, укладеним. Для того, щоб такий правочин був визнаний юридично значущим, сторони повинні правильно оформити договір про використання електронного цифрового підпису. Умови і порядок електронного документообігу, а також використання цифрового підпису сторони повинні чітко прописати в договорі.

Письмові докази класифікують також за способом і характером формування. За цією ознакою їх можна підрозділити на оригінали і копії документів. Оригіналами є перші примірники. Такий документ має більшу достовірність, оскільки відомості про факт закріплені в ньому безпосередньо особою, яка склала цей документ.

Дублікат має значення справжнього документа, оскільки він видається органом, який правомочний надавати оригінал документа. Крім того, дублікат складається на підставі тих даних, які були використані при створенні оригіналу. Копія документа – відтворення форми і змісту оригінала документа, причому копія повинна бути відповідним чином обов'язково засвідчена. Право такого засвідчення належить державним нотаріальним конторам, а в обмежених випадках – іншим державним органам і громадським організаціям, в передбачених законом межах. Головна вимога, що пред'являється до копіювання, полягає в точному відтворенні змісту оригіналу.

Цивільний процесуальний закон передбачає можливість здійснення судом певних процесуальних дій залежно від того, оригінал чи копія письмового доказу представлені до суду. Письмові докази, як правило, надаються в оригіналі. Якщо подано копію документа, суд має право у разі необхідності вимагати подання оригіналу. Перед судом постають додаткові питання при дослідженні та оцінці копій письмових доказів, а саме, з'ясування можливих помилок при знятті копії з оригіналу.

За загальним правилом судового доказування, письмові докази подаються сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, якщо вони мають фактичну можливість представити письмові докази [6, с. 271]. Якщо ж особи, які беруть участь у справі, такої можливості не мають, суд за клопотанням зацікавлених осіб витребовує письмові докази як від осіб, які беруть участь у справі, так і від осіб, що не беруть участі у справі.

Якщо доказ на вимогу суду направляється уповноваженими особами, а у судді є інформація, що він отриманий з порушенням процедури, то яким чином повинен реагувати суд? Зокрема, такий доказ має бути оформлений згідно з вимогами діловодства, тобто надсилається документ та супроводжуючий лист, який скріплюється печаткою установи і підписом уповноваженої особи. Коли до суду направляється копія або витяг з документа, то правильність копії або витягу засвідчується печаткою та підписом уповноваженої особи.

Підсумовуючи вищевикладене, необхідно констатувати, що письмові докази за своєю природою достатньо різноманітні та поширені, що передбачає їх активне використання в цивільному процесі. Визначення особливостей окремих видів письмових доказів дає можливість визначити їх допустимість в цивільному процесі.

Детальне регулювання допустимості письмових доказів надасть можливість сторонам, а також їх представникам завчасно вирішити, які докази суд не має права приймати до уваги.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гордейчик А. В.* Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процесах. – Хабаровск, 2000. – С. 23.

2. *Цивільний* процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, В. І. Бірюков та ін.; За заг. ред. С. С. Бичкової. – 2-ге вид., допов. і перероб. – К.: Атіка, 2010. – С. 170.

3. *Цивільний* кодекс України. – К.: Атіка, 2003. – 416 с.

4. *Фурса С. Я., Цюра Т. В.* Докази і доказування у цивільному процесі: науково-практичний посібник (Серія: Процесуальні науки). – К.: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2005. – С. 84.

5. *Штефан М. Й.* Цивільне процесуальне право України: академічний курс. Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – 624 с.

6. *Фурса С. Я., Фурса Є. І., Щербак С. В.* Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар. У 2-х т. / За заг. ред. С. Я. Фурси. – К., 2007. – С. 271.

The article investigates the concept of admissibility of evidence, especially the admissibility of written evidence, the need to improve the provisions of the civil procedural law on the admissibility of written evidence.

Статья посвящена исследованию понятия допустимости доказательств, особенностей допустимости письменных доказательств, необходимости совершенствования положений гражданского процессуального законодательства о допустимости письменных доказательств.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОЕКТНІ ТА ПОШУКОВІ РОБОТИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Гриняк А. Б.,

кандидат юридичних наук, завідувач наукового сектору проблем цивільного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено важливому та актуальному питанню – правовій природі договору підряду на проектні та пошукові роботи як договору, який вперше знайшов своє відображення у Цивільному кодексі України. Крім того, акцентується увага на проблемі визначення змісту відносин, що охоплюються положеннями гл. 61 ЦК України, та застосування загальних норм цієї глави до досліджуваного договору.

Ключові слова: зобов'язання, договір, підряд, договір підряду на проектні та пошукові роботи, проектно-кошторисна документація, підрядник, замовник.

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 договірного права в цілому та підрядних договорів зокрема приділяли увагу фахівці в галузі цивільного права, зокрема, М. М. Агарков, В. А. Бєлов, М. І. Брагінський, Д. В. Боброва, В. А. Васильєва, О. М. Вінник, В. В. Вітрянський, О. В. Дзера, О. С. Іоффе, В. М. Коссак, Н. С. Кузнєцова, 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.

Глава 61 ЦК України завершується параграфом 4 «Підряд на проектні та пошукові роботи». Насамперед зазначимо, що ЦК УРСР не містив норм, які б регулювали зазначені правовідносини. Таким чином, він належав до непоіменованих договорів та, відповідно, регулювався загальними нормами про підряд глави 28 та нормами глави 29 ЦК УРСР і лише з 1991 року знайшов своє відображення в Основах цивільного законодавства.

Слід зазначити, що у науковій літературі свого часу побутувала думка, що договір на проведення проектних та пошукових робіт є різновидом договору підряду на капітальне будівництво [1, с. 240]. Однак згодом все ж було встановлено, що згадані договори мають як низку спільних, так і відмінних ознак [2, с. 154]. В результаті цього видається неможливим застосування норм про будівельний підряд до договорів на проведення проектних та пошукових робіт і навпаки, як пропонувалось раніше. Однак слід зважати на те, що в переважній більшості випадків даний договір якраз і використовується у сфері будівництва. І хоча у законодавчому визначенні договору підряду на проектні та пошукові роботи не вказується на застосуванні згаданого договору у будівництві, однак зі змісту ч. 1 ст. 891 ЦК України напрошується такий висновок.

Нормативною основою регулювання відносин з виконання проектних і пошукових робіт до недавнього часу були акти колишнього СРСР. Сьогодні ж ці відносини регулюються на основі положень ЦК, ГК України та законів України «Про інвестиційну діяльність» [3], «Про основи містобудування» [4], «Про архітектурну діяльність» [5], «Про планування і забудову територій» [6] та деяких інших підзаконних нормативно-правових актів. Однак, як уже відмічалось в літературі, в Україні відсутній єдиний нормативно-правовий акт, який регулював би договірні підрядні відносини з виконання проектних і пошукових робіт [7, с. 236].

Разом з тим правовому регулювання договорів підряду на виконання проектних і пошукових робіт присвячено тепер безпосередньо норми параграфа 4 глави 61 ЦК. Однак не слід забувати, що 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 підряду, будівельного підряду, на виконання проектних та пошукових робіт тощо. Норми «Загальних положень про підряд» діють у випадках, коли йдеться про моделі підряду, 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.

До договорів підряду на проектні та пошукові роботи, враховуючи незначну кількість спеціальних норм, застосовуватимуться загальні норми про підряд. Наприклад, застосуванню підлягають норми, присвячені правовому регулюванню відносин генерального підрядника і субпідрядника (ст. 838 ЦК), виконання роботи з матеріалів підрядника та його засобами (ст. 839 ЦК), розподілу ризиків випадкового знищення або випадкового пошкодження матеріалу (ст. 842 ЦК), ціни роботи (ст. 843 ЦК), ощадливості підрядника (ст. 845 ЦК), строків виконання робіт (ст. 846 ЦК), обставин, про які підрядник зобов'язаний попередити замовника (ст. 847 ЦК), сприяння замовника при виконання робіт підрядником (ст. 850 ЦК) тощо. Таким чином, норми, що регулюють загальні положення про підряд, підлягають застосовуванню до регулювання досліджуваних правовідносин субсидіарно.

Відповідно до ч. 1 ст. 887 ЦК України за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт підрядник зобов'язується розробити за завданням замовника проектну або іншу технічну документацію та виконати пошукові роботи, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити їх. Із дефініції цього договору відокремлення його як різновиду договору підряду вбачається у характері робіт і в їх результаті. Тобто ці роботи повинні носити характер проектно-пошукових, а їх результат відображатися у розробленій підрядником технічній документації. Таким чином, предметом даного договору є проектно-кошторисна доку-

ментація та отримані в результаті робіт дані. Зважаючи на те, що значення терміна «проект» надзвичайно широко використовується у різних сферах життєдіяльності людства (від математичної сфери і до сфери телерадіомовлення), в цивільно-правовій сфері під зазначеним терміном розуміється цілий комплекс технічної документації, зміст якої складають техніко-економічні обґрунтування доцільності проведення робіт, креслення, пояснювальні записки, технічні завдання та інші відомості, необхідні для якісного проведення проектних та пошукових робіт.

Слід на підтвердження вищезазначеної тези відмітити, що матеріальний об'єкт досліджуваного нами договору у більшості випадків є проміжним, що спрямований на досягнення кінцевого результату, а кінцевим результатом є матеріальний об'єкт іншого договору, наприклад договору будівельного підряду. Таким чином, повністю схвалити виготовлену підрядником проектну документацію та дані пошукових робіт видається можливим лише після завершення будівельних робіт і подальшої експлуатації побудованого об'єкта. У зв'язку із цим законодавець цілком слушно у ст. 891 ЦК України покладає на підрядника відповідальність за неналежне виконання умов договору, а саме, за недоліки проектно-кошторисної документації та даних пошукових робіт, що виявлені у ході будівництва чи в процесі експлуатації даного об'єкта будівництва.

Разом з тим не слід виключати й випадки, коли даний договір не припиняється передачею результатів проектних та пошукових робіт, а на підрядника за договором на виконання проектних та пошукових робіт покладається обов'язок контролювати та здійснювати нагляд за відповідністю ведення будівельних робіт до розробленої проектантом проектно-технічної документації. У цьому випадку такі обов'язки підрядника слід передбачати у договорі підряду на проектні та пошукові роботи, що, безперечно, впливатиме і на вартість виконуваних робіт, оскільки все належне виконання цих умов потребує більше часу та зусиль виконавця. Крім договору, такі додаткові умови можуть встановлюватись законодавчими актами. Так, Законом України «Про архітектурну діяльність» передбачається обов'язок проектанта щодо здійснення авторського нагляду за виконанням робіт (статті 4, 11) [5].

Окремою особливістю, що дає змогу відмежувати досліджуваний договір від інших договірних конструкцій, виступає те, що результати проектних та пошукових робіт одночасно підпадають під регулювання і авторського права. Цей висновок випливає із аналізу розділу 8 Закону України «Про архітектурну діяльність», який визначено як «Авторське право на об'єкти архітектурної діяльності», ч. 1 ст. 29 якого містить відсильну норму до ЦК та Закону України «Про авторське право і суміжні права», де у ст. 3 передбачено, що дія цього нормативно-правового акта поширюється на твори архітектури і скульптури, які об'єктивно знаходяться на території України. Відповідно ж до ч. 2 ст. 29 цього Закону об'єктами авторського права в галузі архітектури є твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва, а також плани, креслення, пластичні твори, ілюстрації, карти та ескізи, що стосуються архітектури.

Як і будь-який договір у сфері підприємництва, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт може укладатись або шляхом підписання сторонами одного документа, або ж схваленням та прийняттям виконавцем замовлення іншої сторони. Зокрема, при незначних обсягах проектних робіт та їх вартості замовник передає проектній організації лист-заяву з гарантією оплати, а за згодою виконавця починаються проектні роботи [7, с. 236].

Як і у будь-якому підрядному договорі сторонами договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт виступають замовник і підрядник. Слід зазначити, що за умов планового характеру договору замовником проектних робіт, що виконуються за рахунок коштів капітального будівництва або бюджетних асигнувань, виступала організація, якій були виділені ці кошти. В інших випадках, коли роботи виконували за рахунок коштів від основної діяльності державних підприємств або власних коштів кооперативної, громадської або іншої організації-власника (господарської асоціації, акціонерного товариства, орендного підприємства тощо), замовником виступала будь-яка організація, яка наділена правами юридичної особи [8, с. 250]. Сьогодні у питаннях правового регулювання суб'єктного складу договору на виконання проектних і розвідувальних робіт знято обмеження щодо участі окремих громадян як на стороні замовника, так і на стороні підрядника. Замовником може бути будь-яка фізична або юридична особа. А от участь як підрядника будь-якого учасника цивільних відносин є обмеженою. Підрядником можуть бути як спеціалізовані організації, так і фізичні особи-підрядники (проектанти), які мають відповідним чином оформлені допуски (ліцензії, сертифікати тощо) на виконання такого роду робіт [9, с. 445].

Відповідно до вимог ст. 888 ЦК України замовник повинен підготувати для підрядника технічне завдання на проектування, а також інші вихідні дані, необхідні для складання проектно-кошторисної документації. Відповідно до ч. 7 ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність» завдання на проектування – це документ, у якому містяться вимоги замовника до планувальних, архітектурно-інженерних і технологічних рішень та властивостей об'єкта архітектури, його основних параметрів, вартості та організації його будівництва, який складається відповідно до архітектурно-планувального завдання і технічних умов [5].

Слід відмітити важливість попереднього погодження між сторонами завдання та усіх вихідних даних, оскільки в подальшому проектні та пошукові роботи повинні виконуватись у повній відповідності до тих вимог, які погоджені контрагентами. Відступи від них заборонені, крім випадків їх погодження між контрагентами договору. Згодом же прийняття виконаних проектних та пошукових робіт перевірятимуться замовником на відповідність із завданням, яке ставилось перед підрядником.

Перелік обов'язків підрядника, як основної, на нашу думку, сторони договору, передбачені у ст. 890 ЦК. Проводячи паралелі між обов'язками замовника (ст. 889 ЦК) та підрядника, стає зрозуміло, чому підрядник виступає основною фігурою цього договору. Так, якщо права замовника викладені у диспозитивній формі, то права підрядника є імперативними. Таким чином, навіть тоді, коли інше буде передбачено у договорі, застосуванню підлягатимуть норми ЦК України.

Насамперед проаналізуємо зміст прав та обов'язків підрядника як основної фігури досліджуваного договору. Законодавцем у ст. 890 ЦК, перш за все, акцентовано

увагу на обов'язку підрядника виконувати роботи відповідно до вихідних даних на проектування та договору. У разі виникнення необхідності відступити від завдання, вихідних даних, умов договору підрядник повинен отримати на це згоду замовника.

Підрядник зобов'язаний погоджувати із замовником усі питання, які можуть виникати у ході розроблення проектно-кошторисної документації. Крім того, за необхідності разом із замовником підрядник повинен узгодити технічну документацію із компетентними державними органами й органами місцевого самоврядування, що зобов'язує його відстоювати інтереси замовника у відповідних інстанціях, де вони затверджуються. Підрядник зобов'язаний забезпечити належну якість документації і всіх виконаних робіт, відповідність їх установи технічним вимогам.

Разом з тим на підрядника покладається обов'язок не передавати без згоди замовника проектно-кошторисну документацію третім особам. Цей обов'язок пов'язаний із тим, що особа, яка виготовляє проект, стає суб'єктом авторських прав. Виходячи із цього, зазначаємо, що на підрядника якраз і покладається обов'язок не передавати технічну документацію іншим особам. І, нарешті, обов'язки підрядника за договором підряду на проектні та пошукові роботи, за загальним правилом, закінчуються передачею замовнику готової технічної документації і результатів пошукових робіт.

Відповідно до ст. 891 ЦК підрядник відповідає за неналежне виконання договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт, а також за недоліки, допущені під час їх виконання. Підрядник несе відповідальність не лише за недоліки, допущенні в роботі, а й за недоліки, що можуть бути виявлені у процесі експлуатації об'єкта, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт.

Як випливає зі змісту ст. 891 ЦК України відповідальність підрядника визначена у загальній формі і не містить вказівок про окремі випадки відповідальності, зокрема при порушенні термінів виконання робіт. Тому в даному випадку слід застосовувати загальні норми про відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договору.

Слід зазначити, що у доктрині загального права відсутнє загальноприйняте визначення договірної відповідальності. Р. О. Халфіна зазначала, що це природне явище, якщо врахувати, що в системі загального права юридична наука носить значною мірою прикладний характер і приділяє мало уваги загальним проблемам теорії права [10, с. 10]. За визначенням В. В. Луця, *договірною* вважається відповідальність у формі відшкодування збитків, сплати неустойки, втрати завдатку або позбавлення суб'єктивного права за невиконання або неналежне виконання зобов'язання, яке виникло з договору [11, с. 831].

Сторони в договорі, звичайно, передбачають санкції у формі неустойки (штрафу) при порушенні зобов'язань за договором. Така відповідальність може бути передбачена за ненадання вихідних даних, необхідних для початку проектування, несвоєчасну оплату робіт замовником; підрядник сплачує неустойку за порушення термінів, складу і якості переданої документації. В усіх випадках порушення умов укладеного договору підрядник зобов'язаний відшкодувати завдані цим збитки (ст. 623 ЦК) і неустойку, якщо інше не передбачено договором.

Таким чином, зважаючи на те, що у ст. 891 ЦК не визначаються умови відповідальності підрядника, розмір відшкодовуваних збитків, то ці питання слід вирішувати з урахуванням загальних положень договірного права та загальних положень ЦК України про підряд. Якщо ж контрагентами за цим договором виступають господарські організації, а спірні відносини мають ознаки господарсько-правових, то можуть застосовуватися також положення ст. 321 ГК України про відповідальність підрядника за недоліки проекту.

Замовник же, в свою чергу, за договором підряду на проектні і пошукові роботи зобов'язаний першочергово ознайомити підрядника з тематикою робіт. Після чого передати підрядникові завдання на проектування, а також інші дані, необхідні для складання проектно-кошторисної документації. Відповідно до ст. 5 і 7 Закону України «Про архітектурну діяльність» до вихідних даних на проектування належать: архітектурно-планувальне завдання, завдання на проектування; технічні умови щодо інженерного забезпечення об'єкта архітектури [5]. Як уже відмічалось, завдання на проектування за дорученням замовника може підготувати особисто підрядник. У цьому разі завдання стає обов'язковим для сторін з моменту його затвердження замовником.

Не менш важливим обов'язком замовника є обов'язок сплатити підрядникові встановлену ціну після завершення усіх робіт чи сплатити її частинами після завершення окремих етапів роботи або ж в іншому порядку, передбаченому договором. Так, замовник зобов'язаний оплатити роботу підрядника в порядку, установленому договором, а також відшкодувати підряднику додаткові витрати, викликані зміною вихідних даних для виконання робіт внаслідок обставин, що не залежали від підрядника.

Крім того, замовник зобов'язаний використовувати проектно-кошторисну документацію, одержану від підрядника, тільки з метою, передбаченою договором, не передавати цю документацію третім особам і не розголошувати дані, що містяться у ній, без згоди підрядника. Тобто у випадку необхідності розголошення певних даних іншим особам замовник повинен одержати згоду підрядника. Відповідно до ст. 30 Закону України «Про інформацію» конфіденційною визнається інформація, що знаходяться у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб і поширюється за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов [12]. Забезпечення конфіденційності інформації полягає у створенні таких умов користування цією інформацією, за яких буде обмежено доступ до неї інших осіб. Таким чином, замовник повинен використовувати отриману від підрядника технічну документацію лише з метою, передбаченою договором. Однак не слід виключати можливість визначення у договірному порядку і більш ширших прав замовника, зокрема можливість тиражування технічної документації.

Замовник зобов'язаний надавати послуги підрядникові у виконанні ним проектних і пошукових робіт в обсязі та на умовах, передбачених у договорі. Разом з тим замовник зобов'язаний брати участь разом із підрядником у погодженні готової проектно-кошторисної документації з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Надання таких послуг може виражатися в наданні підряднику діючої нормативно-технічної документації, виді-

ленні своїх фахівців, яких підрядник включає до групи проектування, передачі підряднику додаткових вихідних даних, необхідних для складання технічної документації тощо.

Водночас замовник зобов'язаний відшкодувати підрядникові додаткові витрати, пов'язані зі зміною вихідних даних для проведення проектних та пошукових робіт внаслідок непередбачених обставин. У таких випадках підрядник повинен провести спочатку пошукові роботи, розробити нову проектну документацію чи привести існуючу у відповідність зі змінами до нових стандартів. Не секрет, що усі додаткові роботи підрядника пов'язані із необхідними витратами, тому на замовника покладено обов'язок відшкодувати йому вартість додаткових робіт.

Нарешті, замовник зобов'язаний також залучати підрядника до участі у справі за позовом, пред'явленим до замовника іншою особою у зв'язку з недоліками складеної проектної документації або виконаних пошукових робіт, оскільки підрядник прямо зацікавлений у можливості прийняти безпосередню участь у суперечці між замовником і третьою особою, а також довести, що передана ним документація і дані дослідних робіт не мають недоліків. В той час як не залучення підрядника до участі в справі звільняє його від відповідальності перед замовником, якщо підрядник доведе, що, взявши участь у справі, він міг запобігти стягненню з замовника збитків чи застосуванню до нього інших санкцій, пов'язаних із недоліками технічної документації чи даних дослідних робіт. І навпаки, підрядник, залучений до участі в справі, але який не з'являвся у судові засідання, позбавляється права доводити слушність ведення справи замовником.

Отже, до основи ЦК України вперше вводиться такий різновид договору підряду як підряд на проектні та пошукові роботи, який до цього належав до непоіменованих договорів, хоча й застосовувався на практиці. Слід підкреслити необхідність аналізу положень, які присвячені цій договірній конструкції, оскільки виявлення протиріч та суперечностей між, скажімо, загальними нормами про підряд та нормами підряду на проектні та пошукові роботи має велике значення для правильного й однозначного застосування норм ЦК, їх гармонізації та адаптації до права ЄС.

Разом з тим, як і будь-який цивільно-правовий договір, договір підряду на проектні та пошукові роботи має враховувати інтереси обох контрагентів – замовника і підрядника. При цьому, проводячи паралелі між обов'язками замовника та підрядника, доходимо висновку, що підрядник виступає основною фігурою цього договору, оскільки права замовника викладені у диспозитивній формі, а права підрядника є імперативними. Таким чином, юридична конструкція цього договору дає змогу, з одного боку, забезпечити повну господарську самостійність виконавцю робіт – підряднику, а з іншого – гарантує замовникові право здійснювати на всіх етапах контроль за ходом виконання робіт.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Толстой Ю. К.* Договоры в социалистическом хозяйстве / Ю. К. Толстой. – М., 1964. – С. 240.
2. *Брагинский М. И, Витрянский В. В.* Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський. – М.: «Статут», 2007. – С. 154.
3. *Закон України* «Про інвестиційну діяльність» // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.
4. *Закон України* «Про основи містобудування» // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 52. – Ст. 683.
5. *Закон України* «Про архітектурну діяльність» // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 31. – Ст. 246.
6. *Закон України* «Про планування і забудову територій» // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 31. – Ст. 250.
7. *Луць В. В.* Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов / В. В. Луць. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 236.
8. *Цивільне право* України: підручник. У 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. // За ред О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. Кн. 2. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 250.
9. *Договірне право* України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін. / За ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 445.
10. *Халфина Р. О.* Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфіна. – М.: Юрид. лит. – 1974. – С. 10.
11. *Цивільне право* України: Підручник. У 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 831.
12. *Закон України* «Про інформацію» // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

The article is devoted an important and actual question – legal nature of agreement of labor contract on project and searching works as to the agreement which first found the reflection in the Civil code of Ukraine. Attention is in addition, accented on the problem of determination of maintenance of relations which are engulfed positions of gl. 61 Civil code of Ukraine and application of general norms this the heads to the probed agreement.

Статья посвящена важному и актуальному вопросу – правовой природе договора подряда на проектные и изыскательские работы как договора, впервые нашедшего свое отображение в Гражданском кодексе Украины. Кроме того, акцентируется внимание на проблеме определения содержания отношений, охватывающихся положениями гл. 61 ЦК Украины, и применения общих норм этой главы к исследуемому договору.

ОСНОВОПОЛОЖНІ ПІДХОДИ ЩОДО ВПЛИВУ ДОГОВОРУ КОНТРАКТАЦІЇ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ НА ОХОРОНУ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ-КОНТРАГЕНТІВ

Вавженчук С. Я.,

кандидат юридичних наук, адвокат, доцент кафедри цивільного та трудового права юридичного факультету Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана.

У статті звертається увага на аспекти правового регулювання і з'ясування окремих проблем щодо договору контрактації сільськогосподарської продукції. При цьому окреслюються ознаки та елементи договору контрактації сільськогосподарської продукції, приділяється увага його складній юридичній природі.

Ключові слова: договір, контрактація сільськогосподарської продукції, зобов'язання.

Постійне та неухильне вдосконалення правового регулювання договірних та трудових відносин у сфері контрактації сільськогосподарської продукції як складової підґрунтя розвитку договірного та трудового права є пріоритетним завданням держави. Процеси розвитку правового регулювання договірних та трудових відносин у сфері контрактації сільськогосподарської продукції протікають динамічно та суперечливо. Окреслений стан правового регулювання контрактації сільськогосподарської продукції належить до однієї із основних підстав здійснення наукових розвідок у цій сфері.

Теоретико-практична характеристика основоположних підходів щодо впливу договору контрактації сільськогосподарської продукції на охорону трудових прав працівників контрагентів допоможе з'ясувати сутність досліджуваних правових процесів.

Серед правників, які переймалися проблемами правового регулювання відносин у сфері контрактації сільськогосподарської продукції та охорони трудових прав працівників, варто виділити Н. Б. Болотіну, Г. І. Чанишеву, В. В. Вітрянського, С. І. Кожушко, В. В.Луця, М. І. Іншина та інших.

Метою даної статті є уточнення сутності та основних ознак договору контрактації сільськогосподарської продукції та їх вплив на трудові права працівників-контрагентів.

Формування державних ресурсів сільськогосподарської продукції, забезпечення населення продовольством, а переробних підприємств – сировиною значною мірою залежить від чітко налагодженої системи договірних відносин із закупівель цієї продукції у сільськогосподарських товаровиробників [1, с.167].

Договір контрактації сільськогосподарської продукції належить до виду договору купівлі-продажу. Зокрема, на думку В. В. Вітрянського, правове регулювання договірних відносин щодо контрактації сільськогосподарської продукції будується за загальним принципом регламентації окремих видів договорів купівлі-продажу з певною особливістю [2, с.129]. Під договором контрактації сільськогосподарської продукції розуміється правочин, за яким виробник сільськогосподарської продукції зобов'язується виробити визначену сільськогосподарську продукцію і передати її у власність заготівельникові (контрактанту) або визначеному ним одержувачеві, а заготівельник зобов'язується прийняти відповідну продукцію та сплатити за неї встановлену у договорі ціну. Зазначене визначення випливає зі ст.713 Цивільного кодексу України [3].

Відповідно до ч. 2 ст. 272 Господарського кодексу України за договором контрактації виробник сільськогосподарської продукції (далі – виробник) зобов'язується передати заготівельному (закупівельному) або переробному підприємству чи організації (далі – контрактанту) вироблену ним продукцію у строки, кількості, асортименті, що передбачені договором, а контрактант зобов'язується сприяти виробникові у виробництві зазначеної продукції, прийняти і оплатити її [4].

Визначення договору контрактації сільськогосподарської продукції, сформульоване у Господарському кодексі України, дає підстави стверджувати про зміщення акцентів стосовно обов'язку контрактанта у бік сприяння виробникові у виробництві зазначеної продукції. Також таке визначення не вказує, на якому правовому титулі передається вироблена заготівельником продукція.

Визначення договору контрактації сільськогосподарської продукції дає підстави стверджувати, що він належить до консенсуальних договорів, так як виробник сільськогосподарської продукції саме зобов'язується виробити продукцію, а заготівельник, у свою чергу, зобов'язується її прийняти. Тобто договір контрактації сільськогосподарської продукції буде вважатися укладеним тоді, коли виробник та заготівельник дійдуть згоди за всіма істотними умовами договору. Зазначений договір є двостороннім через те, що виробник бере на себе зобов'язання виробити та передати сільськогосподарську продукцію у власність заготівельнику або визначеному одержувачу, а заготівельник несе зобов'язання щодо прийняття такої продукції та її оплати. Ознака відплатності теж притаманна цьому договору в силу того, що виробник отримує визначену договором ціну за сільськогосподарську продукцію, а контрактант отримує таку продукцію.

Договір контрактації сільськогосподарської продукції має такі притаманні йому ознаки.

По-перше, лише виробник сільськогосподарської продукції виступає як продавець. До виробників слід віднести підприємства, організації будь-якої форми власності (колективні сільськогосподарські підприємства, кооперативи, фермерські господарства тощо), фізичних осіб-підприємців. Отже, як правило, виробниками сільськогосподарської продукції виступають юридичні особи-роботодавці, які зобов'язані при реалізації цивільних та господарських договорів дотримуватися заходів щодо охорони праці на підставі ст. 161 КЗпП та положень Закону України «Про охорону праці». Так, відповідно до ст. 161 КЗпП власник або уповноважений ним орган розробляє за участю професійних спілок і реалізує комплексні заходи щодо охорони праці відповідно до Закону України «Про охорону праці» [5]. Вказана норма має відсильний характер щодо обов'язку реалізації заходів щодо охорони праці. Незважаючи на взяті виробником договірні зобов'язання по контрактації сільськогосподарської продукції, працівник має право відмовитися від дорученої роботи, якщо створилася виробнича ситуація, небезпечна для його життя чи здоров'я або для людей, які його оточують, або для виробничого середовища чи довкілля. Зазначене право працівника випливає з імперативних положень ч. 2 ст. 6 Закону України «Про охорону праці» [6].

По-друге, покупцем може бути лише контрактант. Контрактантом виступає заготівельник, який має право здійснювати закупівлю сільськогосподарської продукції. Закупівля може здійснюватися як за прямим держзамовленням (замовниками виступають міністерства, відомства, використовуючи для закупівлі кошти державного бюджету), так і за регіональним держзамовленням (замовниками виступають організації, установи, використовуючи кошти місцевих бюджетів). У питомій вазі контрактантами є юридичні особи-роботодавці. Якщо при виконанні договору сільськогосподарської продукції має місце період простою при здійсненні прийняття сільськогосподарської продукції з вини роботодавця або третіх осіб, виробник або контрактант несе збитки у розмірі заробітної плати своїм працівникам за час такого простою. Адже працівники контрактанта за період простою, під час прийняття сільськогосподарської продукції за договором, не з їх вини, а з

причин, передбачених ч. 2 ст. 6 Закону України «Про охорону праці» [6], зберігають середній заробіток.

По-третє, предметом договору контрактації виступає продукція яка має ознаки сільськогосподарської, тобто така, яка вироблена або вирощена силами виробника. До такої продукції слід відносити вирощені виробником овочі, фрукти або вироблені виробником птиця, худоба. На момент укладення договору контрактації сільськогосподарська продукція може бути ще не вирощена (не вироблена) виробником через особливості здійснення сільськогосподарського виробництва. Як правило, виробництво (вирощування) сільськогосподарської продукції здійснюється шляхом здійснення працівниками виробника робіт, пов'язаних із забрудненням або у несприятливих температурних умовах (наприклад, вирощування сільськогосподарських культур тепличним способом). За цих обставин на виробника покладається обов'язок видати своїм працівникам на безоплатній основі за встановленими нормами спеціальний одяг та взуття, а також інші засоби індивідуального захисту на підставі ч.1 ст. 163 КЗпП та ст. 8 Закону України «Про охорону праці».

Норми ч. 3 ст. 272 ГК України ставлять вимоги до умов контрактації. Так, враховуючи ч. 3 ст. 272 ГК України, у договорах контрактації повинні передбачатися:

– види продукції (асортимент), номер державного стандарту або технічних умов, гранично допустимий вміст у продукції шкідливих речовин;

– кількість продукції, яку контрактант приймає безпосередньо у виробника;

– ціна за одиницю, загальна сума договору, порядок і умови доставки, строки здавання-приймання продукції;

– обов'язки контрактанта щодо подання допомоги в організації виробництва сільськогосподарської продукції та її транспортування на приймальні пункти і підприємства;

– взаємна майнова відповідальність сторін у разі невиконання ними умов договору;

– інші умови, передбачені Типовим договором контрактації сільськогосподарської продукції, затвердженим у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України [4].

Враховуючи норми ч. 3 ст. 713 ЦК України, законом можуть бути визначені певні особливості укладення та виконання договорів контрактації сільськогосподарської продукції.

На підставі ч.1 ст. 273 ГК України до особливостей виконання договорів контрактації можна віднести те, що виробник не пізніше як за п'ятнадцять днів до початку заготівлі продукції зобов'язаний повідомити контрактанта про кількість та строки здачі сільськогосподарської продукції, яка була запропонована до продажу, та погодити визначений сторонами календарний графік її здачі.

Договір контрактації сільськогосподарської продукції має передбачати умови прийняття сільськогосподарської продукції контрактантом від виробника. Обов'язок прийняття сільськогосподарської продукції від виробника контрактантом визначений ч. 2 ст. 273 ГК України, яка вказує, що контрактант зобов'язаний прийняти від виробника всю пред'явлену ним продукцію на умовах, передбачених у договорі, а нестандартну продукцію, яка швидко псується, придатну для використання у свіжому або переробленому вигляді, та стандартну продукцію, яка швидко псується, що здається понад обсяги, передбачені договором, контрактант приймає за цінами і на умовах, що погоджені сторонами [4].

Договір контрактації сільськогосподарської продукції має визначати обсяги сільськогосподарської продукції, яка передається контрактанту виробником. Сільськогосподарська продукція може передаватися як безпосередньо контрактанту, так і вказаним контрактантом третім особам. Продукція вважається переданою контрактанту у разі її прийняття уповноваженим на це працівником контрактанта. Приймання-передача продукції здійснюється працівниками сторін договору з додержанням умов охорони праці жінок, неповнолітніх, інвалідів. Так, відповідно до ст. 10 Закону України «Про охорону праці» забороняється застосування праці жінок на важких роботах і на роботах зі шкідливими або небезпечними умовами праці, а також залучення жінок до підіймання і переміщення речей, маса яких перевищує встановлені для них граничні норми, відповідно до переліку важких робіт і робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, граничних норм підіймання і переміщення важких речей, що затверджуються центральним органом виконавчої влади у галузі охорони здоров'я.

Договір контрактації також може містити умови про порядок забезпечення контрактантом виробника тарою та пакувальним матеріалом у погоджені сторонами строки.

Розпорошеність та нетривалий характер нормативних актів у галузі виробництва сільськогосподарської продукції призводить до необхідності детального врегулювання відносин заготівельника і виробника у договорі контрактації сільськогосподарської продукції.

Таким чином, уточнюючи сутності та основні ознаки договору контрактації сільськогосподарської продукції та їх вплив на трудові права працівників контрагентів, можна зазначити таке. По-перше, договір контрактації сільськогосподарської продукції належить до виду договору купівлі-продажу. По-друге, виходячи з наведених особливостей правового регулювання контрактації сільськогосподарської продукції, слід констатувати, що виробник та контрактант, будучи роботодавцями, зобов'язані дотримуватися норм, що встановлюють правила охорони праці своїх працівників у разі реалізації укладених договорів контрактації сільськогосподарської продукції. По-третє, якщо при виконанні договору сільськогосподарської продукції має місце період простою при здійсненні прийняття сільськогосподарської продукції з вини роботодавця або третіх осіб, виробник або контрактант несе збитки у розмірі заробітної плати своїм працівникам за час такого простою.

Подальші наукові розвідки та дослідження у цій сфері дадуть можливість удосконалити чинне цивільне та трудове законодавство і уникнути чисельних проблем правозастосування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Луць В.В.* Контракти у підприємницькій діяльності : навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і доп., – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 167.

2. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга вторая: договоры о передаче имущества. Изд. 4-е, стереотипное. – М.: Статут, 2002. – С. 129.

3. *Цивільний* кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV (станом на 21 січня 2010 р.) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11 (28.03.2003). – Ст. 461.

4. *Господарський* кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № – 11 (28.03.2003). – Ст. 462.

5. *Кодекс законів* про працю України // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – додаток до № 50. – Ст. 375.

6. *Закон України* «Про охорону праці» від 14.10.1992 № 2694-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 49 (08.12.92). – Ст. 668.

The article focuses on a series of aspects of legal regulation and clarification of individual issues in the contract of procurement of agricultural products. It outlines features and elements of the contract of procurement of agricultural products and pays attention to its complex legal nature.

В статье обращается внимание на аспекты правового регулирования и определения отдельных проблем касательно договора контрактации сельскохозяйственной продукции. При этом определяются особенности и элементы договора контрактации сельскохозяйственной продукции, уделяется внимание его сложной юридической природе.

СУТНІСТЬ ДОГОВОРУ ЯК ПРАВОВОЇ ФОРМИ, В ЯКІЙ РЕАЛІЗУЄТЬСЯ ЦИВІЛЬНА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Зозуляк О. І.,

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

В статті досліджуються теоретико-правові питання, пов'язані із визначенням сутності договору як правової форми, у якій реалізується цивільна правосуб'єктність юридичних осіб.

***Ключові слова*:** юридична особа, цивільний договір, договороздатність.

Реалізація змісту елементів цивільної правосуб'єктності юридичних осіб відбувається за допомогою певних правових форм. Під правовою формою реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб, на нашу думку, слід розуміти такий правовий механізм, через який юридична особа набуватиме конкретних цивільних прав та обов'язків. У цивільному праві існують досить різноманітні форми, за допомогою яких суб'єкти цивільного права набувають конкретних цивільних прав та обов'язків.

Так, набуття конкретних цивільних прав та обов'язків юридичними особами може відбуватися через прямі вказівки цивільного законодавства, якими визначаються межі участі юридичних осіб у цивільному обороті. До такого твердження приходимо, виходячи із ч. 3 ст. 11 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), у якій зазначається, що цивільні права та обов'язки можуть виникати безпосередньо з актів цивільного законодавства. У випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки виникають безпосередньо із актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування (ч. 4 ст. 11 ЦК України). У ч. 5 цієї ж статті також визначено, що у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати з рішення суду.

Але найпоширенішою та найдоцільнішою правовою формою реалізації правосуб'єктності виступає цивільно-правовий договір. У ч. 1 ст. 11 ЦК України визначено, що *договори* (курсив наш – О. З.) та інші правочини виступають підставами виникнення цивільних прав та обов'язків. У даній нормі законодавець виводить договір на перше місце, підкреслюючи тим самим роль двосторонніх правочинів – договорів.

Слід сказати, що з адміністративними актами та рішеннями суду договори зближує те, що всі вони належать до юридичних актів – правомірних дій суб'єктів, метою яких є виникнення, зміна або припинення цивільних правовідносин, тобто спрямованих на досягнення правових наслідків. Між адміністративними актами та договорами як підставами виникнення цивільних прав та обов'язків існують також певні відмінності. Як слушно зазначається в правовій літературі, адміністративні акти, по-перше, можуть бути здійснені тільки органом державної влади чи місцевого самоврядування в межах його компетенції, в той час договори вчиняються також іншими учасниками цивільних відносин. По-друге, адміністративні акти, спрямовані на встановлення цивільних правовідносин, завжди породжують і певні адміністративні наслідки, тоді як договори за своєю природою спрямовані на виникнення, зміну або припинення саме цивільних прав та обов'язків. По-третє, орган, який здійснив адміністративний акт, сам не стає учасником цих правовідносин, а особа, що вчинила правочин з метою установлення цивільних правовідносин, неодмінно стає їх учасником [1, с. 499–500].

Різниця між договором та адміністративними актами як підставами виникнення цивільних прав та обов'язків полягає також у тому, що для договору характерним є принцип свободи. Так, серед загальних засад цивільного законодавства у ст. 3 ЦК України закріплено свободу договору, яку, як слушно зазначається у літературі, можна беззастережно визнати принципом договірного права [1, с. 52]. Ця теза знаходить своє підтвердження у ст. 627 ЦК України, згідно з якою відповідно до ст. 6 даного Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Тут варто погодитись із А. В. Луць, яка стверджує, що ст. 6 ЦК України закріплює лише межі свободи договору [2, с. 8]. Дійсно, при вступі у договірні відносини існує значна кількість обмежень. Є. О. Мічурін, досліджуючи обмеження майнових прав учасників комерційного обороту у договірних відносинах, цілком правильно вказує на обмеження щодо волевиявлення сторін договору, щодо змісту договору, щодо предмета та ціни договору, обмеження, пов'язані зі строком договору [3, с. 65–73]. Варто зазначити, що, з одного боку, наведені автором випадки свідчать про обмеження договірної свободи, а з іншого – про поєднання різних форм реалізації цивільної правосуб'єктності особи: закону та договору, адміністративного акта та договору, рішення суду та договору. При цьому договір при зазначеному поєднанні завжди виступає тією формою, завдяки якій особа набуває конкретних прав та обов'язків. Іншими словами, у законі чи рішенні суду можуть міститись вказівки щодо обов'язку укласти той чи інший договір, умови, на яких він повинен

укладатись, проте тільки на підставі договору в його сторін виникають права та обов'язки. Прикладом такого поєднання є обов'язкове укладення договору на підставі адміністративного акта. Так, у ст. 648 ЦК України визначено, що зміст договору, укладеного на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору, має відповідати цьому акту. Проте, у кінцевому результаті, конкретні цивільні права та обов'язки все ж виникають на підставі договору, що ще раз переконує у його універсальності як правової форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб.

Тим часом категорія договору у такому сенсі є неприпустимо малодослідженою. Спробуємо у межах даної статті дати відповідь на запитання, в чому ж сутність договору як правової реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб?

Для відповіді на поставлене запитання спробуємо розробити концепцію (від лат. conceptio – розуміння, система) договору як правової форми, у якій реалізується цивільна правосуб'єктність юридичної особи.

З цією метою розглянемо існуючі підходи щодо розуміння цивільно-правового договору.

Цивільно-правовий договір сягає своїм корінням ще у часи римського приватного права, пройшовши тисячолітній шлях свого розвитку. Римські юристи розглядали цивільно-правовий договір як двосторонню угоду, в якій виражена воля двох сторін, спрямована на досягнення або припинення правового результату – виникнення, зміну чи припинення прав та обов'язків [4, с. 281].

Розвиток ринкової економіки та підприємництва докорінно змінили роль та значення договору, розширилася сфера його застосування, з'явилося багато нових договорів, договір використовують як засіб подолання монополії у процесі приватизації і корпоратизації, дедалі більшого поширення набуває договірна форма створення комерційних структур, у багатьох випадках договір стає єдиним регулятором відносин [5, с. 719]. Дійсно, у сьогоднішніх умовах зменшення державного регулювання договірних зв'язків суттєво відчувається зростання свободи суб'єктів договору в реалізації своїх прав та інтересів. І хоча сьогодні виникають нові конструкції цивільно-правових договорів, все ж основна увага науковців прикута до дослідження загальних положень про договір, адже останні поширюються на всі види відносин договірного характеру, що виникають у нашій державі. Феномен договору полягає у тому, що він виступає правовим засобом, у межах якого інтерес однієї сторони задовольняється тільки через інтерес іншої. Така ситуація породжує загальний інтерес сторін до укладення договору та його належного виконання [6, с. 32]. З огляду на це, як слушно зауважує С. О. Бородовський, договір, заснований на взаємній зацікавленості сторін, здатний забезпечити таку організацію, порядок та стабільність в економічному обороті, яких неможливо досягти за допомогою найжорсткіших адміністративно-правових засобів [7, с. 7].

Цивілістична література характеризується багатоманітністю поглядів у визначенні цивільно-правового договору. За такого розмаїття підходів щодо розуміння цивільно-правового договору основним виступає його розуміння як угоди [8, с. 467–468]. Таке бачення договору було відображене і в цивільному законодавстві радянського періоду. За умов відсутності легального визначення поняття «договір» у ЦК УРСР 1963 р. до уваги бралася ч. 2 ст. 41 цього Кодексу, в якій вказувалось на поділ угод на одно-, дво- та багатосторонні (договори). Таким чином, поняття договору зводилось до категорії дво - або багатосторонньої угоди.

Друга, не менш важлива позиція щодо визначення поняття договору пов'язана із його розумінням як юридичного факту, відома нам з римського приватного права. Наведена позиція отримала особливу популярність у радянський період в умовах застосування командних механізмів регулювання економіки. На думку М. В. Сібільова, договір – це умова, з якою норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правовідносин і як певний автономний регулятор суспільних відносин [9, с. 17–18]. Дана позиція не втратила свого значення і в сучасних умовах. Свідченням цьому виступає ст. 11 ЦК України, в якій зазначається, що договір виступає однією із найпоширеніших підстав виникнення цивільно-правових зобов'язань.

Слід зауважити, що в сучасних умовах договір не обмежується лише його трактуванням як юридичного факту. Адже така змістовна форма договору не дає можливості виявити усі його істотні ознаки, у першу чергу як основного регулятора приватноправових відносин. За своїм характером договір як правомірна дія виступає підставою виникнення регулятивних правовідносин. Дійсно, сьогодні важко знайти дослідника, який би заперечував регулятивну функцію договору. Остання безпосередньо випливає із ст. 6 ЦК України. Цією нормою законодавець, по-перше, робить вказівку на дану функцію договору, встановивши, що «сторони в договорі можуть відступати від актів цивільного законодавства і врегульовувати свої відносини на власний розсуд». По-друге, визначає межі регулятивного впливу договору на відносини між договірними сторонами через вказівку на те, що «сторони в договорі не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін актів цивільного законодавства випливає із їх змісту або із суті відносин між сторонами».

Вважаємо, що слід погодитись із тими цивілістами, котрі надають саморегулюванню договірних цивільних відносин переважного значення у порівнянні із державно-правовим регулюванням. Тут варто процитувати З. В. Ромовську, яка переконана, що у сфері регулювання договірних відносин ЦК відсуває закон на другий план, віддаючи перевагу договору. І тільки тоді, коли сторони не скористались наданою їм можливістю саморегуляції своїх відносин, застосовуються положення закону. Норми договору, згідно з якими сторони відступають від положень закону, мають вважатися нормами цивільного права [10, с. 42].

Наступна позиція пов'язана із розумінням договору як зобов'язального правовідношення, змістом якого є взаємні права та кореспондуючі обов'язки сторін. О. С. Іоффе розумів під договором саме зобов'язання, що виникло із такої угоди [11, с. 26].

У цивілістичній доктрині сформувалась також концепція договору як особливого виду нормативного акта в тих випадках, якщо цей договір має форму типового документа. На думку С. А. Верба, типовий договір є нормативним актом, в якому правила поведінки виявляються в умовах конкретного договору [12, с. 146–147]. Досить прогресивну позицію щодо розуміння договору в цьому контексті зна-

ходимо у працях С. О. Погрібного. Автор вважає, що сутність цивільно-правового договору як регулятора цивільних відносин полягає у тому, що ним створюються і закріплюються правила поведінки учасників відповідних відносин. Іншими словами, договір визначає норму цивільного права, якою відповідні відносини регулюються. Саме така характеристика цивільного договору дає змогу говорити про його нормативний характер [13, с. 94].

Таким чином, розуміння договору не є однозначним. Він виступає і юридичним фактом, і формою існування правовідношення, і угодою. Дані категорії виступають самостійними аспектами договору. Наведені уявлення про договір знайшли своє подальше закріплення у цивільному законодавстві нашої держави. Прийняття Цивільного кодексу України 16 січня 2003 р. знаменувало новий етап у розвитку договірного права. Так, у ст. 626 даного Кодексу вперше закріплено легальне визначення договору як «домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків». Таким чином, законодавець робить акцент на «домовленості», визначаючи поняття та правову природу договору. Законодавче визначення договору було піддане критиці цивілістами. Так, визначення договору як домовленості двох або більше сторін, на думку окремих вчених, є невдалим [14, с. 19]. У літературі вказується на методологічний та юридичний дефекти, які мають місце у даному визначенні. Суть неточності з точки зору філології полягає в тому, що термін «домовленість» виступає синонімом поняття «договір». У словнику синонімів української мови синонімами договору визначено такі поняття як угода, контракт, домовленість [15, с. 440]. Як вважає А. Д. Корецький, такий підхід у визначенні договору не дає нам нової інформації, у даному випадку процес пізнання правового явища (договору) «іде по кругу», залишаючись осторонь від його суті. Юридична помилка, на думку вказаного вченого, полягає у тому, що не будь-яка домовленість, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, визнається цивільно-правовим договором. Автор наводить приклади, коли більшість недійсних договорів на етапі свого укладення виступає домовленостями, сторони яких добросовісно бажають встановити (змінити чи припинити) цивільне правовідношення. Проте пізніше (на етапі свого виконання або після того, як всі обов'язки будуть виконані сторонами) подібний договір суд може визнати недійсним у зв'язку із дефектом форми, змісту, помилки волі, помилки в суб'єкті чи з інших причин [14, с. 19–20]. Без сумніву, наведена критика є справедливою, проте слід врахувати і позитивні моменти легального визначення договору. Перш за все, таке рішення законодавця пов'язане із прагненням до уніфікації цивілістичних термінів та категорій, які використовуються в правових системах країн СНД. Зокрема, аналогічне визначення договору можна знайти у ч. 1 ст. 420 Цивільного кодексу Російської Федерації, ч. 1 ст. 390 Цивільного кодексу Білорусі та інших країн пострадянського простору.

Розглянувши існуючі підходи щодо розуміння договору, розкриємо сутність договору як правової форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб.

З цією метою варто звернутись до розуміння договороздатності юридичних осіб. На нашу думку, під договороздатністю юридичної особи слід розуміти здатність укладати та виконувати договори, що відповідають її правовій природі та виду цивільної правоздатності, а також нести відповідальність за їх невиконання. При цьому для визначення сутності договору як правової форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб звернемось до розуміння договороздатності юридичної особи саме в аспектах функціональної та вольової спрямованості дій.

Так, розглядаючи договороздатність юридичної особи з точки зору функціональної спрямованості дій, в першу чергу слід наголосити на правонабувальній здатності (здатності своїми діями набувати прав та обов'язків за договором). Разом з тим у цьому випадку слід звернути увагу і на іншу сторону зазначеної здатності, адже договір спрямований не тільки на виникнення прав та обов'язків, а й на їх припинення. Саме тому договору на даній стадії договороздатності приманні ознаки юридичного факту.

Коли ж йдеться про здатність самостійно здійснювати цивільні права та обов'язки за договором та здатність своїми діями виконувати договірні зобов'язання, то на цих стадіях реалізації договороздатності договір слід розглядати як правовідношення.

Таким чином, якщо розглядати договороздатність в аспекті функціональної спрямованості дій, то договір набуває ознак і юридичного факту, і правовідношення.

Проте, коли розглядати договороздатність з точки зору вольової спрямованості дій, то договір як правомірну дію, спрямовану на виникнення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків, можна ототожнювати із правочином.

Отже, залежно від того, в якому аспекті і на якій стадії розглядати договороздатність, договір набуває різних значень, виступаючи при цьому і юридичним фактом, і формою існування правовідношення, і правочином. Ці категорії виступають самостійними аспектами договору. З цього приводу В. В. Луць робить слушне застереження: «В конкретному аналізі юридичних явищ завжди слід розкривати їх сутність, встановлювати, зокрема, що розуміється під поняттям «договір» у тому чи іншому випадку» [16, с. 15].

Виходячи із викладеного, сутність договору у контексті його розуміння як основної правової форми реалізації цивільної правосуб'єктності юридичної особи полягає у тому, що він вміщує у собі всі елементи її договороздатності. Такий висновок випливає із того, що договір виступає юридичним фактом, на підставі якого виникають договірні відносини, у ньому передбачаються вимоги щодо виконання договірного зобов'язання, а також умови та форми відповідальності за його порушення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільне право* України. Загальна частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.

2. *Луць А. В.* Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес, сімейне право, міжнародне приватне право» / А. В. Луць. – К., 2001. – 18 с.

3. *Мічурін Є. О.* Обмеження майнових прав учасників комерційного обороту у договірному праві / Євген Олександрович Мічурін // 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. – С. 59–76.

4. *Підопригора О. А.* Римське приватне право / О. А. Підо-

пригора. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. – 440 с.

5. *Цивільне* право України: підручник: у 2-х кн. [Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – Кн. 1. – 864 с.

6. *Договор* в народном хозяйстве (вопросы общей теории) / [М. К. Сулейманов, Б. В. Покровский, В. А. Жакенов и др.]; отв. ред. М. К. Сулейманов. – Алма-Ата, 1987. – 223 с.

7. *Бородовський С. О.* Укладення, зміна і розірвання договору в цивільному праві України: монографія / Станіслав Олександрович Бородовський. – Івано-Франківськ, Нова зоря. – 2008. – 141 с.

8. *Цивільне* право України: Академічний курс : підруч. : у 2-х томах / [За заг. ред. Я. М. Шевченко]. – Загальна частина. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – Т. 1. – 520 с.

9. *Сібільов М.* Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України / Микола Сібільов // Українське комерційне право. – К., 2003. – № 4. – С. 17–21.

10. *Кодифікація* приватного (цивільного) права України / За ред. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — 336 с.

11. *Иоффе О. С.* Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М.: Госюриздат, 1975. – 880 с.

12. *Верб С. А.* Типовые и примерные договоры как средство правового регулирования общественных отношений / С. А. Верб // Договорная дисциплина в советском гражданском праве. – Свердловск, 1985. – С. 144– 152.

13. *Погрібний С. О.* Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія / Сергій Олексійович Погрібний. – К. : Правова єдність. – 2009. – 304 с.

14. *Корецкий А. Д.* Договорное право России. Основы теории и практика реализации. / А. Д. Корецкий. – М.: ИКЦ «МарТ», Ростов н/Д: Издательский центр «МарТ», 2004. – 528 с.

15. *Словник* синонімів української мови: в 2-х т. / [А. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк, С. І. Головащук та ін.]. – К.: Наукова думка, 2001. – Т. 1. – 1040 с.

16. *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посібник – 2-е вид., стер. / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 560 с.

This article is devoted to research of theoretical and legal problem connected with the contract conception construction as the law form realized the civil law capacity of the juridical persons in it.

В статье исследуются теоретико-правовые вопросы, связанные с определением сущности договора как правовой формы, у которой реализуется гражданская правосубъектность юридических лиц.

КЛАСИФІКАЦІЯ ДОГОВОРІВ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Тверезенко О. О.,

завідувач сектору комерційних позначень НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

Статтю присвячено визначенню місця організацій колективного управління в процесі реалізації виключних майнових прав на об'єкти авторського права та суміжних прав авторами та іншими суб'єктами права інтелектуальної власності. Аналізується національне та зарубіжне законодавство, міжнародно-правові акти, висвітлюються питання історії виникнення та розвитку організацій колективного управління, визначається їх правовий статус.

***Ключові слова*:** організація колективного управління правами (ОКУ), посередник, суб'єкти авторського права і суміжних прав, автор, користувачі об'єктів авторського права і суміжних прав, право на використання об'єктів авторського права і суміжних прав.

Здійснення класифікації договорів дає можливість не лише виділити риси чи істотні ознаки того чи іншого договору, а й визначити його місце в системі цивільно-правових відносин, оскільки правильно побудована класифікація сприяє систематизації накопичених знань, забезпечує належне використання термінів, усуває неоднозначність правозастосування [1, с. 321–322]. Класифікація договорів дає змогу учасникам цивільного обороту досить легко виявляти найбільш суттєві властивості договору та звертатись у практичній діяльності до такого договору, який найбільш відповідає їхнім потребам [2, с. 594].

Поділяючи думку Л. К. Веретельник, слід констатувати, що питання класифікації та систематизації договорів вже тривалий час є дискусійним і неоднозначним в цивілістичній доктрині. Це пов'язано з їх складною структурою та значною кількістю їх різновидів [3, с. 57].

Загальні аспекти класифікації цивільно-правових договорів досліджували, зокрема, такі вітчизняні цивілісти як А. Т. Бабаскін, І. Г. Бабич, С. М. Бервено, Л. К. Веретельник, В. В. Луць, Р. А. Майданик, А. А. Пушкін, В. М. Самойленко, Є. О. Харитонов, Р. Б. Шишка та іноземні цивілісти, зокрема А. А. Амангельди, М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, Т. І. Ілларіонова, О. С. Іоффе, Н. Д. Єгоров, А. Д. Корецький, Ю. В. Романець, Л. А. Руднєва, Е. А. Суханов.

Проблематику ж систематизації та класифікації договорів у сфері інтелектуальної власності вивчали такі вітчизняні та іноземні цивілісти як А. А. Амангельди, Ю. Л. Бошицький, В. С. Дмитришин, О. М. Мельник та О. А. Рузакова.

Метою даної статті є:

– визначення загальних принципів та підходів до класифікації цивільно-правових договорів, тобто поділ договорів на певні види, інші класифікаційні утворення (типи, підтипи, підвиди тощо);

– дослідження доктринальних засад групування договорів залежно від правових наслідків, досягнення яких прагнуть учасники відносин;

– здійснення систематизації договорів у сфері інтелектуальної власності.

Загальні принципи та підходи до класифікації цивільно-правових договорів.

В основу більшості наукових класифікацій договорів закладається або економічний, або юридичний критерії, або поєднуються перший та другий.

У цивілістичній доктрині класифікація договорів проводиться за різними ознаками (критеріями) залежно від поставленої мети.

Як слушно зазначає С. М. Бервено, пріоритетною вважається практична значущість поділу договорів на види, яка полягає, перш за все, в можливості нормативного закріплення їх суттєвих видових ознак і, як результат, – у забезпечені одноманітного застосування договорів із відповідними характерними рисами.

Відомі вітчизняні цивілісти, зокрема Є. О. Харитонов та І. Г. Бабич, зазначають, що класифікацію можна здійснювати з урахуванням їх належності до певного типу, виду або змішаного договору [4, с. 108].

На думку О. С. Іоффе, договірний тип суспільних відносин виділяється за специфікою матеріальних відносин, що опосередковуються договором, або низкою юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Достатньо будь-якої з двох вищеназваних передумов, щоб відповідні зобов'язання утворили самостійний тип договору.

Якщо ж укладений договір опосередковує два або більше різнорідних відносин та об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він стає змішаним договором [5, с. 37].

У межах одного типу договору існують різні види договорів. Визначити вид договору – означає виділити в межах одного договірного типу такі договори, які одночасно із загальними рисами, притаманними даному типу, містять специфічні особливості, що характеризують суб'єктів договірних правовідносин, предмет договору, підстави виникнення, зміст договірних правовідносин тощо. Вид договору – це основа системи договорів. У межах окремих видів цивільно-правових договорів можуть розрізнятись договори, які містять у собі такі особливості, які надають можливість виділити в межах одного виду договорів низку підвидів (різновидів) цивільно-правових договорів [6, с. 355–362].

Як слушно зазначає Л. К. Веретельник, систематика договорів здебільшого викликана такими критеріями як: мета її проведення, рівень законодавчого забезпечення як об'єктивного критерію та кваліфікація особи, яка її проводить.

Цивільно-правові договори можна поділити на дві групи: визначені у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) і ті, що залишились поза його межами. Деякі договори взагалі законодавчо не врегульовані і тому регулюються виключно домовленістю сторін [3, с. 58–59] із додержанням загальних засад цивільного законодавства (ч. 1 ст. 6 ЦК України).

Для класифікації договорів у доктрині цивільного права традиційно застосовують два способи – дихотомії та спрямованості зобов'язання, яке породжується договором [1, с. 222].

Як правило, критеріями класифікації договорів виступають дихотомічного характеру властивості (поділ на два протилежні за значенням елементи), притаманні переважній більшості договорів.

Найбільше значення для класифікації цивільно-правових договорів має дихотомія, яка заснована на одній із трьох підстав: розподіл зобов'язань між сторонами, наявність зустрічного задоволення, момент виникнення договору. Використання зазначених підстав дає змогу виділити відповідно три групи договорів: односторонні та двосторонні, оплатні та безоплатні, реальні і консенсуальні [7, с. 266].

Щодо договорів у сфері інтелектуальної власності, зазвичай всі договори є двосторонньо-зобов'язальними, оплатними та консенсуальними [8, с. 162].

Крім того, договори можна поділити залежно від:

– сфери суспільних відносин, яку вони регулюють (майнові та організаційні);

– юридичної спрямованості на досягнення мети (основні та попередні);

– підстав укладання договору (вільні і обов'язкові);

– того, хто може вимагати виконання договору (договори, що укладаються на користь їх учасникам, та договори на користь третьої особи);

– визначеності предмета виконання (однооб'єктні та альтернативні) [9, с. 228–232].

Подібний підхід до класифікації договорів поділяє й Н. Д. Єгоров, додатково виокремлюючи взаємопогоджені договори та договори приєднання [2, с. 594–602].

Погоджуючись з наведеною вище класифікацією договорів, Л. К. Веретенюк також доводить, що цивільно-правові договори можна поділити залежно від рівня врегульованості на пойменовані та непойменовані.

Пойменованими є договори, які змодельовані законодавцем, і в разі виникнення спору суд може звернутися до закону з метою встановлення відповідності їх змісту вимогам законодавства. Відтак, пойменовані договори у національному праві за рівнем їх визначеності можуть бути поділені на ті, що 1) закріплені ЦК України; 2) закріплені іншими кодифікованими актами цивільного законодавства; 3) закріплені поточними законами; 4) закріплені підзаконними актами.

Непойменовані договори – це така група договорів, що не отримали свого нормативно-правового врегулювання та не передбачені актами цивільного законодавства, а є результатом волевиявленням їх сторін. У деяких випадках, залежно від характеру суспільних відносин, юридична природа таких договорів буває неоднозначною.

Л. К. Веретенюк також поділяє договори залежно від:

– засад участі сторін в узгодженості умов договору;

– темпоральної ознаки.

Перший чинник надає можливість класифікувати договори на взамопогоджувальні та договори приєднання, а другий – на миттєві (виконуються в момент їх укладання) та строкові (наприклад річні) і довгострокові [10, с. 61, 67].

Крім того, деякі цивілісти, зокрема А. Ю. Бабаскін, С. М. Бервено та Р. А. Майданик виділяють фідуціарні правочини (від лат. fiducia – довіра). Фідуціарні правочини характеризуються наявністю між його сторонами особисто довірчих відносин. Прикладом фідуціарного правочину є договір доручення та довіреність. Втрата довіри у відносинах сторін за фідуціарним правочином дає право будь-кому з них відмовитись від нього. До того ж, законодавець надає право довірителю або повіреному відмовитись від договору доручення у будь-який час (ч. 2 ст. 1008 ЦК України) [11, с. 339].

Вищенаведені критерії класифікації договорів способом дихотомії можуть бути застосовані до договорів у сфері інтелектуальної власності.

Класифікація договорів залежно від правових наслідків, досягнення яких прагнуть учасники відносин. Заслуговує на увагу багаторівнева класифікація М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського, за якою договори об'єднуються у певні групи, при цьому кожний наступний рівень відображає особливості попередніх. На першому рівні всі договори поділені на чотири групи за їх метою на: 1) передачу майна, 2) виконання робіт, 3) надання послуг 4) заснування різноманітних товариств. На другому рівні кожна з цих груп, у свою чергу, має підрівні, договори, в яких містяться притаманні їм специфічні ознаки та особливості.

У процесі класифікації договорів на такі групи, в одну й ту саму групу разом з певним типом договорів, якому присвячено окрему главу ЦК України, ввійдуть й всі інші види відповідного типу договорів, яким, у свою чергу, присвячено окремий параграф даної глави. Наприклад, першу групу можуть складати договори під загальною назвою «купівля-продаж», яка, в свою чергу, може бути поділена на такі договори: роздрібна купівлі-продаж, поставка (включаючи поставку товарів для державних потреб та контрактацію), енергопостачання, продаж нерухомості (включаючи продажу підприємств). Друга група охоплює окремі види підряду –побутовий підряд, будівельний підряд, підряд на виконання проектних та дослідних робіт, підряд для державних потреб, а для третьої групи разом з зберіганням – зберігання на товарних складах та спеціальні види зберігання. Нарешті, щодо четвертої групи йдеться про різні види засновницьких договорів [7, с. 270–279].

С. М. Бервено та Р. А. Майданик вважають, що поділ договорів залежно від їх мети (договори, спрямовані на передачу майна у власність, договори про передання майна у користування тощо) обумовлюють приналежність відповідних договорів до певного типу. Категорія «тип» має застосовуватись для позначення найбільш повної групи договорів, які мають ідентичну спрямованість. У свою чергу, в межах кожного типу договорів формується певна група (підтип) договорів (купівлі-продажу, майнового найму підряду тощо) [1, с. 223, 325].

Підтримуючи такий поділ договорів, виникає потреба детальніше зупинитись на аналізі зазначеної класифікації договорів та дослідити врахування українськими та іноземними цивілістами особливостей договорів у сфері інтелектуальної власності під час побудови зазначеної класифікації.

Аналіз праць українських та іноземних цивілістів дає підставу стверджувати, що деякі з них не враховують договори у сфері інтелектуальної власності під час здійснення такої класифікації, серед них С. М. Бервено [9, с. 334]. У той же час інші цивілісти об'єднують у самостійні групи лише деякі договори, що регулюють зазначену сферу правовідносин.

Так, В. В. Луць, взявши за основу критерій групування договорів залежно від правових наслідків, досягнення яких прагнуть учасники відносин, виділяє такий тип цивільно-правових договорів як договори про передачу результатів творчої діяльності (авторські, ліцензійні договори, договори про передачу науково-технічної продукції тощо) [12, с. 25].

Запропоновану В. В. Луцем класифікацію договорів підтримують Є. О. Харитонов та І. Г. Бабич [5, с. 108–109]. Проте, виходячи з вищенаведеного, у зазначеній класифікації договорів не були враховані інші договори у сфері інтелектуальної власності, зокрема, договори, на підставі яких передаються (відчужуються) майнові права інтелектуальної власності.

До того ж, аналіз змісту підручника «Цивільне право» за редакцією Є. О. Харитонова [5, с. 830] свідчить про те, що його автори віднесли договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності до нетипових цивільно-правових договорів.

Дещо інша класифікація цивільно-правових договорів залежно від мети договору була запропонована Л. К. Веретельник. В одному монографічному дослідженні зазначена класифікація налічує 11 типів договорів [3, с. 69–71]. У іншому своєму монографічному дослідженні Л. К. Веретельник, виходячи з формального критерію – розміщення договорів у ЦК України та підтримуючи тезу про типи договорів, виділяє 14 їх видів [13, с. 11–12]. Що стосується сфери інтелектуальної власності, то, враховуючи класифікацію Л. К. Веретельник, можна зробити висновок, що вона виділяє такі типи договорів у зазначеній сфері:

– договори про створення та використання результату творчої діяльності (літературного чи сценарного замовлення, художнього замовлення, постановчий, виконавський);

– договори про надання майнових прав на використання результату творчої діяльності (ліцензійний договір, договір ноу-хау, концесійні, інжинірингу).

Водночас до класифікаціюї Л. К. Веретельник не увійшли договори, за якими відчужуються майнові права інтелектуальної власності.

Звертає на себе увагу той факт, що наявні доктринальні дослідження проблематики класифікації цивільно-правових договорів свідчать про те, що залишилось поза увагою науковців все різноманіття типів договорів у сфері інтелектуальної власності. Наприклад, Л. К. Веретельник, Є. О. Харитонов та І. Г. Бабич у своїх запропонованих класифікаціях не враховують групу договорів щодо передання (відчуження) майнових прав інтелектуальної власності.

Враховуючи вищезазначене, класифікацію договорів залежно від наслідків, досягнення яких прагнуть учасники відносин, було б доцільно доповнити ще одним типом договорів – договорів щодо передання (відчуження) майнових прав інтелектуальної власності (договори про передання (відчуження) майнових прав інтелектуальної власності, договори про розподіл майнових прав на службові об'єкти інтелектуальної власності тощо).

Класифікація договорів залежно від сфери регулювання суспільних відносин. Систематизація договорів у сфері інтелектуальної власності. У цивілістичній доктрині договори класифікують і за сферою регулювання суспільних відносин [3, с. 72, 74] на: господарські (гл. 20 Господарського кодексу України), інвестиційні (ст. 9 Закону України «Про інвестиційну діяльність»), банківські (Закон України «Про банки і банківську діяльність»), зовнішньоекономічні (ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»), сімейні (ст. 9 Сімейного кодексу України), договори у сфері інтелектуальної власності (щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності) (гл. 75 та 76 ЦК України) тощо.

Договірні зобов'язання, об'єктом яких є майнові права інтелектуальної власності, належать до особливого виду зобов'язань. Їх специфіка обумовлена юридичною природою зазначених прав, що відрізняються від інших майнових прав – зобов'язальних, речових та корпоративних, яка, у свою чергу, обумовлена особливостями самих майнових прав інтелектуальної власності – результатів творчої діяльності та засобів індивідуалізації.

Враховуючи мету нашого дослідження, виникає запитання: які ж види цивільно-правових договорів у сфері інтелектуальної власності передбачені чинним законодавством та правозастосовною практикою?

Погоджуючись з думкою Є. Ш. Гарєєва [5, с. 651], слід констатувати, що права суб'єкта інтелектуальної власності щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності є одним з його основних повноважень.

Важливість таких прав та специфіка об'єктів інтелектуальної власності як предметів відповідних договорів сприяли виокремленню договорів у сфері інтелектуальної власності в окрему гл. 75 ЦК України. Крім того, питанню щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності присвячено інші положення ЦК України, зокрема, гл. 76 цього Кодексу, ст. 429 та 430 тощо.

Так, відповідно до ст. 1107 ЦК України [14] розпорядження майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких договорів:

1) ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності;

2) ліцензійного договору;

3) договору про створення на замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності;

4) договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;

5) іншого договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Стосовно інших договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, то до них слід віднести, зокрема, такі:

– договір про розподіл майнових прав інтелектуальної власності на службові об'єкти інтелектуальної власності (ч. 2 ст. 429 ЦК України);

– договір про передачу майнових прав інтелектуальної власності у співвласність від одного співвласника до іншого співвласника (п. 1.8 Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстрів відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг [21], п. 1.7 І Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі) [22] тощо);

– договір застави майнових прав інтелектуальної власності (ч. 3 ст. 424 ЦК України).

Як зазначає В. Є. Макода [9, с. 902], [15, с. 1010], «…майнові права на твір можуть бути предметом укладання договору купівлі-продажу (ч. 2 ст. 656 ЦК України), договору міни (ст. 716 ЦК України), договору дарування (ч. 2 ст. 718 ЦК України) тощо…». У наведених В. Є. Макодою статтях ЦК України йдеться про купівлю-продаж майнових прав, правове регулювання міни та дарування майнових прав відповідно.

Викликає заперечення вищенаведене твердження В. Є. Макоди, на тій підставі, що:

– терміни «майнові права» та «майнові права інтелектуальної власності» є різними за свої правовим змістом [16, с. 58–59];

– відносини щодо передання (відчуження) майнових прав інтелектуальної власності регулюються відповідним договором (ст. 1113 ЦК України), який може бути як оплатний так і безоплатний, на що звернув увагу В. С. Дмитришин у своєму дослідженні [17, с. 69].

При цьому відповідні положення ЦК України, які визначають вимоги до договорів міни та дарування, можуть застосовуватись за аналогією закону, оскільки спеціальним законодавством України не врегульовані правовідносини щодо міни майнових прав інтелектуальної власності або дарування таких прав.

Дещо інший підхід щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (виключними правами) запропонований російським законодавством. Наприклад, згідно зі ст. 1233 ЦК Російської Федерації (далі – ЦК РФ) правовласник може розпоряджатись належним йому виключним правом на результат інтелектуальної діяльності чи на засіб індивідуалізації будь-яким способом, що не суперечить закону та змісту такого виключного права, у тому числі шляхом його відчуження за договором іншій особі (договір про відчуження виключного права) чи надання іншій особі права використання відповідних результатів інтелектуальної діяльності чи засобів індивідуалізації в обумовлених договором межах (ліцензійний договір).

Одночасно із названими двома видами договорів ЦК РФ до договорів щодо розпорядження виключними правами відносить й договір застави (ч. 5 ст. 1233) та договір авторського замовлення (ст. 1288) [18, с. 25, 78–79].

Керуючись положеннями російського законодавства, О. А. Рузакова до договорів у сфері інтелектуальної власності відносить такі їх типи:

– авторські договори, включаючи договір замовлення;

– договори щодо передання суміжних прав;

– патентно-ліцензійні договори на об'єкти промислової власності;

– договори на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт;

– договори комерційної концесії (франчайзингу);

– договори про передачу ноу-хау [19, с. 25].

З метою класифікації та систематизації договорів у сфері інтелектуальної власності було б доцільно звернутися до загальноприйнятих критеріїв цільової спрямованості. Саме на це звернув увагу А. А. Амангельди [8, с. 148], зазначивши, що вони більш повно враховують як сутність самих договорів, так і зміст даних договорів.

На думку В. С. Дмитришина, за загальною правовою природою усі правочини щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності можна поділити на правочини, згідно із якими відчужуються майнові права інтелектуальної власності (або частина таких прав), тобто повністю передаються такі права та правочини, згідно із якими передаються майнові права інтелектуальної власності (або частина таких прав) у тимчасове користування (ліцензія та ліцензійний договір) [20, с. 34]. При цьому В. С. Дмитришин до договорів щодо відчуження майнових прав інтелектуальної власності відносить:

– договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;

– договір щодо передання майнових прав на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору;

– договір щодо передання майнових прав на об'єкт, створений на замовлення;

– установчі договори щодо внесення майнових прав інтелектуальної власності як внесків до статутного фонду господарських товариств;

– договір застави [20, с. 43–61].

Крім того, до договорів у сфері інтелектуальної власності належать також договори на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт та договір комерційної концесії (франчайзинг) [21, с. 411–441], хоча зазначені договори і виділені у окремі глави (гл. 62 та 76 ЦК України та гл. 16 ГК України).

Дещо іншу позицію займає Ю. Л. Бошицький, вказуючи на те, що договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності утворюють дві самостійні групи. Це договори, які сприяють створенню об'єкта права інтелектуальної власності, і договори щодо розпорядження майновими правами на вже створені об'єкти права інтелектуальної власності. Традиційно зазначені договори поділяють і за змістом, тому їх можна поділити на кілька груп. До першої групи належать договори щодо наукової, літературної, художньої та мистецької діяльності та договори, пов'язані з виконавчою діяльністю, виробництвом відео- і фонограм, сферою мовлення. До третьої групи належать договори у сфері індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг. І, нарешті, до четвертої – договори, які стосуються управління майновими правами авторів на колективній основі, договори на представництво суб'єктів права інтелектуальної власності тощо. Ці договори є супутніми до договорів у сфері інтелектуальної власності [22, с. 370].

Подібної класифікації дотримується і О. М. Мельник: «основні договори у сфері інтелектуальної діяльності можна поділити на договори, спрямовані на створення об'єктів інтелектуальної власності, і на договори, що регулюють порядок використання об'єктів інтелектуальної власності».

Зазначені договори О. М. Мельник поділяє за змістом інтелектуальної діяльності на:

– договори у галузі наукової, літературної, художньої та мистецької діяльності;

– договори, пов'язані із використанням об'єктів суміжних прав – виконавської діяльності, виробництва фонограм, відеограм та сфери мовлення;

– договори, що стосуються науково-технічної діяльності (договори на створення об'єктів промислової власності, а також договори на їх використання);

– договори на використання засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг;

– супутні договори, що стосуються інтелектуальної діяльності. До них належать договори на управління майновими правами авторів на колективній основі, договори на представництво суб'єктів права інтелектуальної власності тощо [22, с. 363].

Виходячи із вищенаведеної класифікації, О. М. Мельник окремо не виділяє групу договорів щодо відчуження майнових прав інтелектуальної власності.

Не можна оминути увагою дослідження українських цивілістів – О. А. Підопригори та І. А. Безклубого щодо авторських договорів та договорів про використання об'єктів промислової власності. Проте вони не досліджують договори щодо передання (відчуження) майнових прав на об'єкти промислової власності [23, с. 258].

Законодавством України закріплено значний перелік договорів у сфері авторського права та суміжних прав. Так, Законом України «Про авторське право і суміжні права» передбачено такі договори:

– договір про розподіл майнових прав на службовий твір (ст. 16 Закону);

– договір між співавторами твору (ст. 13 Закону);

– договір про передачу (відчуження) майнових прав суб'єктів авторського права (ст. 31 Закону);

– договір про передачу виключного (невиключного) права на використання об'єктів авторського права (ст. 32 Закону);

– договір замовлення (ст. 33 Закону);

– договір про колективне управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав (ст. 48 Закону);

– договір між організацією колективного управління та особою, яка використовує об'єкти авторського права і суміжних прав (ст. 32, 48 Закону);

– договір про виплату відрахувань виробниками та імпортерами обладнання і матеріальних носіїв, із застосуванням яких у домашніх умовах можна здійснити відтворення творів і виконань, зафіксованих у фонограмах та відеограмах (ст. 42 Закону);

– договір про виплату винагороди за використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань (ст. 43 Закону);

– інші договори у сфері авторського права і суміжних прав [24].

Крім того, Законом України «Про видавничу справу» передбачено укладання видавничого договору (ст. 17, 20 цього Закону) [25].

Деякі фахівці у сфері інтелектуальної власності, зокрема О. А. Підопригора, Ю. Л. Бошицький, О. М. Мельник та О.А. Рузакова виділяють авторські договори як самостійну групу договірних зобов'язань, що мають певні особливості. Передусім, суб'єктами цих договорів, з одного боку, завжди є автор (співавтори) або їх правонаступники, а з іншого – як правило, певна організація, що може використовувати твір, обумовленим у договорі способом.

Доцільно зазначити, що увагу до договорів у сфері авторського права приділяли ще за радянських часів. Так, відомі радянські вчені Б. С. Антимонов, Е. А. Флейшиц досліджували особливості таких цивільно-правових договорів як видавничий договір, постановчий договір та кіносценарний договір ще у 60-х роках минулого століття [26, с. 161–269]. Тієї ж точки зору притримувався і Е. П. Гаврилов [27, с. 56–103].

Згідно з ЦК УРСР 1963 року (ст. 500 та 501) автору або його правонаступнику надавалось право укласти авторський договір на використання твору з відповідною організацією.

При цьому радянський законодавець виділяв два види авторських договорів:

– авторський договір про передачу твору для використання;

– авторський ліцензійний договір.

До авторських договорів про передачу твору для використання належать:

– договір про видання або перевидання твору в оригіналі (видавничий договір);

– договір про депонування рукопису;

– договір про публічне виконання неопублікованого твору (постановочний договір);

– договір про використання неопублікованого твору в кінофільмі чи телевізійному фільмі (сценарний договір), в радіо- чи телевізійній передачі;

– договір про створення твору образотворчого мистецтва з метою публічного виставлення (договір художнього замовлення);

– договір про використання у промисловості неопублікованого твору декоративно-прикладного мистецтва;

а також інші договори про передачу творів літератури, науки чи мистецтва для використання будь-яким іншим способом [28].

О. А. Підопригора виділяє такі види авторських договорів:

– видавничі договори;

– договір про депонування рукопису;

– постановчий договір;

– сценарний договір;

– договір художнього замовлення;

– договір про створення аудіовізуального твору;

– договори про передачу (відступлення) виключних майнових авторських прав;

– договір про передачу права на використання твору;

– авторський договорів про видання твору своїм коштом;

– договори про використання об'єктів суміжних прав;

– договори про управління майновими правами авторів [23, с. 226–250].

Водночас чинна редакція ЦК України, а саме гл. 75, не використовує термін «авторський договір».

До прийняття 4 книги ЦК Російської Федерації авторські договори виділяли і деякі російські вчені, зокрема А. П. Сергєєв, який характеризував авторський договір так: «за авторським договором автор передає або зобов'язується передати набувачу свої права на використання твору в межах та на умовах, погоджених сторонами». А. П. Сергєєв вважає, що авторські договори носять цивільно-правовий характер і є самостійним договором серед інших цивільно-правових договорів.

Авторські договори, на думку А. П. Сергєєва, можна класифікувати за двома критеріями – за об'єктом авторського права та за обсягом прав, що передаються за договором. Так, залежно від виду твори, з приводу якого вони укладаються, авторські договори класифікувалися на договори щодо створення та використання літературних, аудіовізуальних, музикальних, архітектурних та інших творів.

За другим критерієм авторські договори поділялися на:

– авторські договори замовлення (коли твір ще не створено) і авторські договори на готовий твір;

– авторські договори на використання обнародуваного твору чи не обнародуваного твору;

– авторські договори передачі виключних і невиключних прав.

Крім того, А. П. Сергєєв, залежно від сфери культурної діяльності окремо виділяє такі авторські договори: видавничий договір, сценарний договір, постановчий договір, договір про депонування рукописів, договір художнього замовлення, договір про використання у промисловості творів декоративно-прикладного мистецтва, договір про публічне виконання [29, с. 188–192].

Разом з тим на сьогодні законодавча позиція щодо виокремлення авторських договорів у окрему групу цивільно-правових договорів змінюється. Так, аналіз книги 4 ЦК РФ, зокрема ст. 1285–1287, свідчить, що стосовно відчуження та використання об'єктів авторського права у зазначеному Кодексі не застосовують термін «авторській договір», натомість у Кодексі закріплено терміни «договір про відчуження виключного права на твір», «ліцензійний договір про надання права на використання твору», «ліцензійний видавничий договір» [18, с. 76–78].

Така концепція ЦК РФ може бути взята за основу в процесі вирішення питання щодо співвідношення термінів «авторський договір щодо надання виключного (невиключного) права на використання» та «ліцензійний договір». Таким чином, можна зробити висновок, що авторський договір щодо надання виключного (невиключного) права на використання твору є одним з підвидів ліцензійного договору.

При цьому варто зазначити, що наведена вище точка зору в національній цивілістичній доктрині є спірною. Не сприяє остаточному з'ясуванню цього питання й Закон України «Про авторське право і суміжні права» та гл. 75 ЦК України, які є колізійними за своїм змістом, оскільки в зазначеному Законі використовується саме термін «авторський договір», а не «ліцензійний договір». На цій підставі деякі науковці вважають авторські договори самостійним видом договорів у сфері інтелектуальної власності, а не підвидом ліцензійних договорів, про що зазначалось раніше.

Окремо слід зупинитись на висвітленні специфіки договорів щодо відчуження майнових прав інтелектуальної власності.

До договорів щодо відчуження майнових прав інтелектуальної власності законодавець відноситься одноймений договір, за яким одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах (ст. 1113 ЦК України).

Крім того, існують різні способи укладання договорів щодо відчуження майнових прав інтелектуальної власності від одного співвласника до іншого співвласника, що не охоплюються положеннями ст. 1113 ЦК України.

Так, законодавством України закріплено відмінний від інших держав світу принцип розподілу майнових прав інтелектуальної власності на службовий об'єкт інтелектуальної власності між роботодавцем та автором (згідно із ст. 429 ЦК України майнові права на відповідний об'єкт інтелектуальної власності належать спільно роботодавцеві і автору, якщо інше не встановлено договором). Для того, щоб відповідному підприємству отримати всі майнові права на певний службовий об'єктів інтелектуальної власності, необхідно укласти договір з працівником. Цей договір також можна віднести до договорів щодо відчуження майнових прав.

Укладення договору щодо внесення майнових прав інтелектуальної власності як внесків до статутного фонду господарських товариств за своїм характером та правовими наслідками є відчуження майнових прав інтелектуальної власності відповідному господарському товариству.

Слід зазначити, що група договорів щодо відчуження майнових прав інтелектуальної власності належить до найменш досліджених договорів у сфері інтелектуальної власності. Так, більшість цивілістів взагалі оминає увагою такі договори під час побудови як системи цивільно-правових договорів взагалі, так і системи договорів у сфері інтелектуальної власності зокрема.

Заслуговує на увагу позиція А. А. Амангельди, яка, розглянувши всі основні системи договорів, доходить висновку, що система договорів у сфері інтелектуальної власності заснована на застосуванні критерію їх цільового спрямування та виглядає так:

1) договори про створення об'єктів інтелектуальної власності (договори авторського замовлення, договір про створення службового твору та винаходу, договори на виконання науково-дослідних та дослідно-конструкторських та технологічних робіт);

2) договори про передання прав на використання об'єктів інтелектуальної власності: (договори щодо передачі авторських прав, договори щодо передачі суміжних прав, ліцензійні договори, договори щодо передачі прав на ноу-хау, договір франчайзингу);

3) забезпечувальні договори (договір застави виключних прав);

4) договори щодо надання послуг з приводу виключних прав (договір довірчого управління виключними правами);

5) договори щодо відчуження виключних прав (договір про поступку права на подачу заявки на отримання охоронного документа, договір про поступку права на отримання охоронного документа, договір поступки охоронного документа) [8, с. 157].

Наведена класифікація є багатоступеневою та такою, що враховує усю специфіку договірних відносин у сфері інтелектуальної власності, відтак було б доцільно її взяти за основу для систематизації договорів у сфері інтелектуальної власності, враховуючи положення чинного національного законодавства. Отже, можна запропонувати таку класифікацію договорів у сфері інтелектуальної власності, залежно від правових наслідків, досягнення яких прагнуть учасники відносин:

1) договори щодо створення об'єктів інтелектуальної власності (договір про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності, договори на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт);

2) договори щодо надання прав на використання об'єктів інтелектуальної власності (ліцензійні договори, договір комерційної концесії (франчайзингу));

3) договори щодо передання (відчуження) майнових прав (договори про передання (відчуження) майнових прав інтелектуальної власності, договори про розподіл майнових прав інтелектуальної власності на службові об'єкти інтелектуальної власності тощо);

4) забезпечувальні договори (договір застави майнових прав інтелектуальної власності);

5) договори щодо управління майновими правами у сфері інтелектуальної власності (договір про колективне управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав; договір між організацією колективного управління та особою, яка використовує об'єкти авторського права і суміжних прав; договір про виплату відрахувань виробниками та імпортерами обладнання і матеріальних носіїв, із застосуванням яких у домашніх умовах можна здійснити відтворення творів і виконань, зафіксованих у фонограмах та відеограмах; договір про виплату винагороди за використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Договірне право* України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Бондар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 896 с. – С. 321–325.

2. *Гражданское право*: ученик. в 3-х т. Т. 1, перераб. и доп. / под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. «Проспект», 2005. – 765 с.

3. *Цивільне право* України: курс лекцій. У 6-ти т. Т. 5. Кн. 2. Договірне право: Загальні положення про договори на передачу майна у власність / Р. Б. Шишка (керівник авт. кол.), Є. О. Мічурін та ін.: За ред. Р. Б. Шишки. – Харків: Еспада, 2006. – 336 с. – С. 57–74.

4. *Цивільне право* України: підручник: У 3-х кн. Кн. 3 / Є. О. Харитонова, І. А. Безклубний та ін.; за ред. проф. Є. О. Харитонова. – Одеса: Юридична література, 2006. – 832 с.

5. *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М. Юрид. лит., 1975. – 880 с. – С. 37.

6. Хозяйственное право: учебное пособие / В. П. Грибанов, О. А. Красавчиков. – М.: Юрид. лит., 1977. – 480 с. – С. 355–362.

7. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. – М.: «Статут», 1999. – 848 с. – С. 266–279.

8. *Амангельды А. А.* Договоры в сфере интеллектуальной собственности по заканодательству Республики Казахстан. Алматы: ИЦ ОФ Интерлигал, 2010. – 344 с. – С. 148–162.

9. *Цивільне право* України. Особлива частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданника. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с. – С. 228–234.

10. *Цивільне право* України: Курс лекцій. У 6-ти т. Т. 5. Кн. 2. Договірне право: загальні положення про договори на передачу майна у власність / Р. Б. Шишка (керівник авт. кол.), Є. О. Мічурін та ін.: за ред. Р. Б. Шишки. – Харків: Еспада, 2006. – 336 с. – С. 61, 67.

11. *Цивільне право* України: Академічний курс: підруч.: у 2-х т. / За заг. ред. Шевченко. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: Видавничій Дім «Ін Юре», 2006. – Т. 1. Загальна частина. – 696 с. – С. 339.

12. *Зобов'язальне право*: теорія і практика. Навч. посіб. Для студентів юридич. вузів і фак. ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць та інші; за ред. О. В. Дзери. – К. Юрінком Інтер, 1998. – 912 с. – С. 25.

13. *Веретельник Л. К.* Систематизація договорів у цивільному праві: автореф. дис. канд. юридич. наук. – Х., 2007. – 20 с. – С. 11–12.

14. *Цивільний кодекс* України від 16.01.2003 № 435-IV (із змінами) // Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003. – 2003 р. – № 40. – Ст. 356.

15. *Договірне право* України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Бондар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.: за ред. О. В. Дзери. – К. Юрінком Інтер, 2009. – 1200 с. – С. 1010.

16. *Тверезенко О. О.* Договір застави майнових прав інтелектуальної власності: загальні положення // Теорія і практика інтелектуальної власності, 2010. – № 2 (52). – Ст. 57–66.

17. *Дмитришин В. С.* Співвідношення договорів розпорядження майном та договорів розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності // Теорія і практика інтелектуальної власності, 2010. – № 4 (54). – Ст. 67–74.

18. *Комментарий* к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный). Правовое регулирование отношений в сфере интеллектуальной собсвенности. С постатейными материалами и практическими разъяснениями. Автор комментариев и составитель – А. Б. Борисов – М.: Книжный мир, 2007. – 288 с.

19. *Рузакова О. А.* Право интеллектуальной собственности / Московская финансово-промышленная академия, М., 2004. – 308 с.

20. *Дмитришин В. С.* Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності / Конспект лекцій для студентів спеціальності «Інтелектуальна власність» 7(8). 000002. – К.: «Ін-т. інтел. власн. і права, 2005. – 212 с. – Ст. 34, 43–61.

21. *Право* інтелектуальної власності: Академ, курс: підручник для студентів вищих навч. закладів / О. А. Підопригора, О. Б. Бутнік-Сіверський, В. С. Дроб'язко та ін.; За ред. О. А. Підопригори, О. Д. Святоцького. - 2-ге вид., переробл. та допов. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – 672 с. – Ст. 363– 441.

22. *Цивільне право* України: академічний курс: підруч.: у 2-х т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: Видавничій Дім «Ін Юре», 2006. – Т. 2. – 520 с. – С. 363–370.

23. *Цивільне право* України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е вид. допов. і перероб. – К. Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 2. – 640 с. – С 258.

24. *Закон України* «Про авторське право і суміжні права» в редакції Закону № 2627-III від 11.07.2001 (із змінами) // Відомості Верховної Ради України від 26.10.2001. – 2001 р. – № 43.

25. *Закон України* «Про видавничу справу» від 05.06.1997 № 318/97-ВР (із змінами) // Відомості Верховної Ради України від 08.09.1997. – 1997 р. – № 32.

26. *Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А.* Авторское право. – М: Юридическая литература. –1957. –280 с. – Ст. 161–269.

27. *Гаврилов Э. П.* Авторское право. Издательские договоры. Авторский гонорар. – М., Юрид. лит., 1988. – 176 с. – Ст. 56–103.

28. *Цивільний кодекс* Української Радянської Соціалістичної Республіки від 18.07.1963 № 1540-VI (із змінами) // [Електронний ресурс] // Режим доступу до Кодексу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi.

29. *Гражданское право*: ученик. в 3-х т. Т. 3, 4-е изд., перераб. и доп. / Под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого.– М.: ТК Велби, Изво «Проспект», 2005. – 784 с. – С. 188–192.

The article is sanctified to the location of organizations of collective management in the process of realization of absolute property titles on the objects of copyright and allied rights by authors and other legal of intellectual property subjects. A national and foreign legislation acts, is analyzed, the questions of history of origin and development of organizations of collective management are illuminated, it is determined them legal status.

Статья посвящена определению места организаций коллективного управления в процессе реализации исключительных прав на объекты авторского права и смежных прав авторами и другими субъектами права интеллектуальной собственности. Анализируется национальное и зарубежное законодательство, международно-правовые акты, раскрываются вопросы истории возникновения и развития организаций коллективного управления, определяется их правовой статус.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СТОРІН ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ ЗА ПРОСТРОЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Пленюк М. Д.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті визначаються поняття та форми відповідальності сторін за договором підряду, зокрема, за прострочення виконання ними договірних зобов'язань.

Ключові слова: *замовник, підрядник, строки (терміни), прийняття та оплата робіт, відповідальність за прострочення.*

У зобов'язаннях, що виникають з договорів підряду, правами та обов'язками наділяються обидві сторони договору. Відповідно до ч. 1 і 2 ст. 837 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на власний ризик виконати певну роботу за завданням іншої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Договір підряду може укладатися на виготовлення, обробку, переробку, ремонт речі або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові.

Здійснення сторонами своїх суб'єктивних прав та виконання ними суб'єктивних цивільних обов'язків пов'язане з дотриманням певних строків, які встановлені законом, договором, звичаєм ділового обороту, рішенням суду тощо. Дотримання цих строків управомоченою або зобов'язаною особою є важливою умовою нормального розвитку підрядних правовідносин, задоволення матеріальних і духовних потреб його учасників.

Головним обов'язком підрядника за договором підряду є виконання обумовленої договором роботи або її окремих етапів у строки, обумовлені договором (ч. 1 ст. 846 ЦК України). Невиконання цього та інших обов'язків підрядника в обумовлені строки є порушенням зобов'язання (простроченням).

Правові наслідки порушення зобов'язання визначені у ч. 1 ст. 611 ЦК України. У разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

Прострочення підрядником виконання обов'язків за договором підряду є одним із видів цивільного правопорушення. Відповідно до ч. 2 і 3 ст. 612 ЦК України боржник, який прострочив виконання зобов'язання, відповідає перед кредитором за завдані простроченням збитки і за неможливість виконання, що випадково настала після прострочення. Якщо внаслідок прострочення боржника виконання втратило інтерес для кредитора, він може відмовитися від прийняття виконання і вимагати відшкодування збитків.

Однак зазначені у ч. 1 ст. 611 та частинах 2 і 3 ст. 612 ЦК України правові наслідки порушення (прострочення) боржником зобов'язання не можна визнати вичерпними, оскільки за порушення строків виконання зобов'язання можуть передбачатися й такі правові наслідки як компенсація моральної шкоди, сплата неустойки (штрафу, пені), втрата завдатку або повернення його у подвійному розмірі тощо.

Виникає насамперед запитання: який характер мають правові наслідки прострочення підрядником строків виконання своїх обов'язків за договором підряду ? В широкому розумінні правові наслідки порушення (прострочення) боржником зобов'язання розглядаються як санкція цивільно-правового характеру. Зазначаючи, що санкція безпосередньо пов'язана з вимогою певної поведінки, яка міститься у правовій нормі, О. Е. Лейст писав: «В юридичному обов'язку відображено вимогу належної поведінки, а санкція – спосіб державного примусу до виконання (додержання) цієї вимоги, загроза примусом на випадок її порушення» [1, с. 23]. Стосовно цивільно-правових відносин О. О. Красавчиков під санкцією розумів установлену законом міру майнових або інших правових невигідних для особи наслідків, яка застосовується в разі недодержання закону, невиконання прийнятих зобов'язань, заподіяння шкоди або за наявності інших передбачених законом підстав [2, с. 13].

Відповідно до ч. 2 ст. 849 ЦК України, якщо підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її в строк стає явно неможливим, замовник має право відмовитися від договору підряду та вимагати відшкодування збитків. Коментуючи ч. 2 ст. 849 ЦК України, І. А. Діковська доходить висновку, що під-

рядник несе відповідальність за порушення умов договору щодо строку. Ці порушення можуть виявитися в тому, що підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її в строк стає явно неможливим. У цих випадках в силу ч. 2 ст. 849 та ч. 2 ст. 852 ЦК України замовник має право відмовитися від договору підряду та вимагати відшкодування збитків. Крім того, при порушенні умов договору, які встановлюють строки виконання робіт підрядником, можливо також стягнення з останнього неустойки, якщо вона передбачена договором або законом [3, с. 398].

Варто зазначити, що, по-перше, в наведеному автором переліку правових наслідків прострочення підрядника зазначені не всі із можливих наслідків прострочення, зокрема, такі як компенсація моральної шкоди, втрата завдатку або повернення його в подвійному розмірі тощо, а, по-друге, не всіх їх можна розглядати як міри цивільно-правової відповідальності.

В літературі із загальної теорії права і цивільного права питання про суть санкції та її співвідношення із поняттям відповідальності залишається дискусійним. Слід, однак, приєднатись до розуміння цивільно-правової відповідальності як різновиду санкції, а саме, покладення на правопорушника основаних на законі невигідних правових наслідків, які виявляються у позбавленні його певних прав або в заміні невиконаного обов'язку новим, або в приєднанні до невиконаного обов'язку нового додаткового [4, с. 14]. Такими наслідками для правопорушника можуть бути відшкодування ним заподіяних збитків, сплата неустойки (штрафу, пені), втрата завдатку або повернення його у подвійному розмірі.

Серед загальних положень про договори підряду немає норм про відповідальність підрядника за несвоєчасне виконання його основного обов'язку – виконання роботи в обумовлений (розумний) строк і передачу результату цієї роботи замовникові. Лише стосовно договорів будівельного підряду ЦК України 2003 року передбачив можливість застосування відповідальності підрядника як за недоліки збудованого об'єкта, так і за прострочення передання його замовникові. Так, відповідно до ст. 883 ЦК України підрядник відповідає за недоліки збудованого об'єкта, за прострочення передання його замовникові та за інші порушення договору (за недосягнення проектної потужності, інших запроектованих показників тощо), якщо не доведе, що ці порушення сталися не з його вини. За невиконання або неналежне виконання обов'язків за договором будівельного підряду підрядник сплачує неустойку, встановлену договором або законом, та відшкодовує збитки в повному обсязі. Суми неустойки (пені), сплачені підрядником за порушення строків виконання окремих робіт, повертаються підрядникові у разі закінчення всіх робіт до встановленого договором граничного терміну.

Загальною формою цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язань є відшкодування збитків. Відповідно до ст. 22 ЦК України особа, якій завдано збитків у результаті порушення її цивільного права, має право на їх відшкодування. Збитками вважаються: 1) втрати, які особа зазнала у зв'язку із знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б одержати за звичайних обставин, якби її право не було б порушено (упущена вигода). Збитки відшкодовуються в повному обсязі, якщо законом або договором не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі. Отже, правило про повне відшкодування збитків має застосовуватись в усіх випадках порушення цивільного права, в тому числі і при простроченні виконання обов'язку підрядником, якщо навіть стосовно конкретного виду підрядного договору відповідальність у формі відшкодування збитків прямо не передбачена. Як правильно зазначає О. Денисенко, стосовно господарських зобов'язань відповідальність у формі стягнення збитків є універсальною, тобто збитки як форма відповідальності застосовуються у випадках порушення будь-якого господарського зобов'язання і в будь-яких випадках, коли інше не передбачено законом [5, с. 218]. Звичайно, що законом або договором може бути передбачено відшкодування збитків у меншому або більшому розмірі.

Прострочення виконання підрядником обумовлених договором робіт і передачі їх результатів замовникові може призвести до виникнення в останнього не лише майнової шкоди (збитків), а й моральної шкоди. За загальним правилом, закріпленим у ст. 23 ЦК України, особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав. Моральна шкода полягає, зокрема, у фізичних та душевних стражданнях, приниженні честі, гідності фізичної особи або в порушенні ділової репутації фізичної чи юридичної особи. Як зазначив Вищий господарський суд України у п. 1 роз'яснення від 22 лютого 1996 р. (у редакції від 31 травня 2001 р. № 02-5/95), моральною шкодою юридичної особи визнається шкода, заподіяна організації порушенням її законних немайнових прав. Посягання на немайнові права юридичної особи може спричинити негативні наслідки: приниження репутації в суспільстві, формування негативної оцінки її як суб'єкта цивільних правовідносин і, як результат, зменшення кількості контрагентів, споживачів тощо, а отже, і майнові витрати.

Оскільки відшкодування моральної шкоди є одним із загальних способів захисту цивільних прав та інтересів (ст. 16 ЦК України), а положення ст. 23 ЦК України теж є нормами загальної дії і не пов'язують таке право із закріпленням його у спеціальних нормах законодавства, слід визнати обґрунтованим висновок про те, що право на відшкодування моральної (немайнової) шкоди виникає внаслідок порушення права особи незалежно від наявності спеціальних норм цивільного законодавства [6, с. 54].

Крім відшкодування збитків та моральної шкоди, підрядник у договорах підряду може нести відповідальність у формі неустойки (штрафу, пені, за термінологією Господарського кодексу України – штрафних санкцій).

Однак як серед загальних положень про договори підряду, так і серед норм, присвячених окремим їх різновидам, не передбачено конкретних штрафних санкцій (неустойки) за несвоєчасне виконання підрядником своїх обов'язків за договором. Лише при порушенні господарського зобов'язання, в якому хоча б одна сторона є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектору економіки, або порушення пов'язане з виконанням державного контракту, або виконання зобов'язання фінансується за рахунок державного бюджету України чи за рахунок державного кредиту, передбачені штрафні санкції, в тому числі за прострочення зобов'язання. Зокрема,

відповідно до абзацу 3 ч. 2 ст. 231 ГК України за порушення строків виконання зобов'язання стягується пеня у розмірі 0,1 відсотка вартості товарів (робіт, послуг), з яких допущено прострочення виконання, за кожний день прострочення, а за прострочення понад 30 днів додатково стягується штраф у розмірі семи відсотків вказаної вартості. Крім того, відповідно до ч. 5 ст. 10 Закону України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. [7], якщо виконавець за договором побутового замовлення не виконує, прострочує виконання роботи (надання послуги) згідно з договором, він за кожен день (годину, якщо тривалість виконання визначена у годинах) прострочення сплачує споживачеві пеню у розмірі трьох відсотків вартості роботи (послуги), якщо інше не передбачено законодавством. У разі якщо вартість роботи (послуги) не визначено, виконавець сплачує споживачеві неустойку у розмірі трьох відсотків загальної вартості замовлення.

Якщо ж за прострочення виконання підрядником як основного обов'язку за договором підряду (своєчасне виконання певної роботи і передача замовникові результату виконаної роботи), так і за прострочення інших обов'язків (наприклад, за несвоєчасне повернення замовникові залишку або основних відходів від одержаних від нього матеріалів тощо) законом конкретні санкції не встановлені, вони мають встановлюватись у договорах підряду.

Як випливає із ч. 1 ст. 837 ЦК України, головними обов'язками замовника за договором підряду є обов'язок прийняти від підрядника результат виконаної роботи та обов'язок оплатити його. Ці обов'язки замовник повинен виконувати у строки (терміни), визначені законом або договором.

У цьому зв'язку обґрунтованою слід визнати пропозицію О. Л. Абрамцової про доцільність законодавчого закріплення обов'язку підрядника у письмовій формі повідомляти замовника про закінчення робіт і готовність їх результату до здавання у загальних нормах про підряд (ст. 720 ЦК Російської Федерації) з метою забезпечення можливості їх застосування до всіх видів договору підряду, якщо це не встановлено спеціальними нормами [8, с. 66]. Доцільним було б закріплення такого правила і серед загальних норм про договір підряду у Цивільному кодексі України.

На той випадок, коли замовник зволікає з прийняттям результату завершених робіт (особливо у відносинах з будівельного підряду), доцільним було б встановлення у договорах підряду санкцій у формі неустойки (штрафу, пені) за кожен день прострочення приймання замовником результату виконаних робіт.

За загальним правилом, встановленим у ст. 853 ЦК України, замовник зобов'язаний прийняти роботу, виконану підрядником відповідно до договору підряду, оглянути її та в разі виявлення допущених у роботі відступів від умов договору або інших недоліків *негайно* заявити про них підрядникові. Якщо замовник не зробить такої заяви, він втрачає право в подальшому посилатися на ці відступи від умов договору або недоліки у виконаній роботі. Замовник, який прийняв роботу без перевірки, позбавляється права посилатися на недоліки роботи, які могли бути встановлені при звичайному способі її прийняття (явні недоліки). 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 такі, що були умисно приховані підрядником, він зобов'язаний *негайно* повідомити про це підрядника.

Якщо замовник протягом одного місяця ухиляється від прийняття виконаної роботи, то підрядник має право після дворазового попередження продати результат роботи, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести на депозит нотаріуса на ім'я замовника, якщо інше не встановлено договором (ч. 5 ст. 853 ЦК України). Така сама норма стосовно правових наслідків нез'явлення замовника за одержанням роботи за договором побутового підряду (але з умовою прострочення замовника – протягом двох місяців) передбачена у ст. 874 ЦК України. У зв'язку з цим слушною є пропозиція А. Б. Гриняка уточнити ч. 5 ст. 853 ЦК України щодо дворазового *письмового* попередження замовника, якщо він протягом одного місяця ухиляється від прийняття виконаної роботи [9, с. 223].

Крім обов'язку щодо прийняття виконаної роботи, замовник за договором підряду зобов'язаний оплатити її. Порядок оплати виконаної роботи може бути передбачений договором або законом. Відповідно до ст. 854 ЦК України, якщо договором підряду не передбачена попередня оплата виконаної роботи або окремих її етапів, замовник повинен сплатити підрядникові обумовлену ціну після остаточного здавання роботи за умови, що робота виконана належним чином і в погоджений строк, або ж, за згодою замовника, – достроково. Підрядник має право вимагати виплати йому авансу лише у випадку та розмірі, встановлених договором. За договорами будівельного підряду оплата робіт проводиться після прийняття збудованого об'єкта (виконаних робіт), якщо інший порядок розрахунків не встановлений за погодженням сторін (ч. 4 ст. 879 ЦК України). У договорах підряду на проведення проектних та пошукових робіт замовник зобов'язаний, якщо інше не встановлено договором, сплатити підрядникові встановлену ціну після завершення усіх робіт чи сплатити її частинами після завершення окремих етапів робіт або в іншому порядку, встановленому договором або законом (п. 1 ч. 1. ст. 889 ЦК України). За договором побутового підряду робота оплачується замовником після її остаточного передання підрядником. За згодою замовника робота може бути ним оплачена при укладенні договору підряду шляхом видачі авансу або у повному обсязі (ч. 2 ст. 873 ЦК України).

Оскільки серед загальних положень про договори підряду і положень, що стосуються окремих його різновидів, відсутні норми щодо правових наслідків прострочення замовником оплати виконаних робіт, слід, очевидно, керуватися нормами ст. 625 ЦК України про відповідальність за порушення грошового зобов'язання. Зокрема, боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Крім того, за порушення строків оплати виконаних робіт у договорах підряду може встановлюватись неустойка (штраф або пеня). Зокрема, у відносинах господарюючих суб'єктів відповідно до ст. 1 і 3 Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» від 22.11.1996 р. платники коштів сплачують на користь одержувачів цих коштів за прострочку платежу пеню в розмірі,

що встановлюється за згодою сторін. Розмір пені обчислюється від суми простроченого платежу та не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який сплачується пеня.

Отже, за порушення сторонами строків у договорах підряду до правопорушників можуть застосовуватись невигідні для них правові наслідки, зокрема цивільно-правова відповідальність.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Лейст О. Э.* Санкции и ответственность по советскому праву: теоретические проблемы // О. Э. Лейст. – М., 1981.
2. *Красавчиков О. А.* Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве / Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав // О. А. Красавчиков. – Свердловск, 1973.
3. *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. – С. 398. (автор глави 19 – І. А. Діковська).
4. *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву // О. С. Иоффе. – М., 1955.
5. *Денисенко О.* Співвідношення штрафних санкцій та збитків у господарських відносинах / О. С. Денисенко // Право України. – 2010. – № 7. – С. 216-223.
6. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України*: У 2-х т. – 2-е вид., перероб. і допов. / За ред. О. В. Дзери (кер авт. кол.) Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. 1. – С. 54 (авт.коментаря – С. І. Шимон).
7. *Відомості Верховної Ради України*. – 1991. – № 30. – Ст. 379.
8. *Абрамцова Е. Л.* Договор подряда в гражданском праве России: дис. … канд. юрид. наук // Е. Л. Абрамцова. – Волгоград, 2005.
9. *Гриняк А. Б.* Договірне регулювання підрядних відносин у підприємницькій діяльності // 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. – 300с.

In the article a concept and forms of responsibility of sides is determined by agreement of contract, in particular for expiration of implementation by them contractual obligations.

В статье определяются понятие и формы ответственности сторон по договору подряда, в частности за просрочку выполнения ими договорных обязательств.

ОПЛАТНЕ НАДАННЯ КОНСУЛЬТАЦІЙНИХ ПОСЛУГ (КОНСАЛТИНГУ) У СФЕРІ АУДИТУ

Шаркова Г. Ю.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено науковому дослідженню таких часто вживаних категорій як «консультація» та «консалтинг». За допомогою порівняння встановлено їх приватноправову природу та на прикладі механізму правового регулювання надання аудиторських та консалтингових послуг охарактеризовано їх різницю. Розглянуто наукові підходи щодо правової природи договору консалтингу та договору на проведення аудиту, виходячи із висхідних положень класифікації договорів, розробленої доктриною цивільного права.

Ключові слова: *консультація, оплатне надання консультаційних послуг, консалтинг, аудиторська послуга, консультаційна послуга, консалтингова послуга, аудит, договір консалтингу, договір на проведення аудиту, механізм правового надання аудиторських послуг, механізм правового надання консалтингових послуг.*

В умовах подальшої демократизації українського суспільства, свободи вибору підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, та створення найбільш сприятливих з часів незалежності держави умов для ефективного розвитку підприємництва особливої актуальності набуває розвиток консалтингової діяльності. Процеси становлення її, як різновиду підприємницької діяльності в Україні, характеризуються просторовими, інституційними, структурними та іншими особливостями. Консалтингова діяльність розвивається в Україні динамічними темпами, про що свідчить і статистика та судова практика.

Актуальність дослідження проблем, пов'язаних із оплатним наданням консалтингових послуг, не викликає сумніву. Враховуючи активний розвиток економічних відносин, реалії нового підприємницького середовища характеризуються мінливістю та нестабільністю, особливо пильної уваги потребує правовий механізм регулювання приватноправових відносин щодо надання консалтингових послуг, і цим ставить відповідні завдання перед сучасною наукою цивільного права. Таким чином, механізм правового регулювання надання консалтингових послуг вимагає наявності трансформатора потенційних положень норм цивільного права в реальний стан цивільних відносин. У зв'язку із цим видається абсолютно слушним твердження Н. М. Мироненко, що універсальний характер договору як засобу саморегуляції суспільних відносин дає можливість використовувати його в різних галузях права для досягнення певних цілей правового регулювання, в кожній з яких договір набуває специфічних ознак та характеристик, зумовлених предметом правового регулювання. Підприємницька діяльність є професійною та систематичною діяльністю, а, отже, такою, що потребує відповідної цілеспрямованої організації. Оскільки підприємницька діяльність орієнтована на досягнення економічних та соціальних результатів, а не на задоволення потреб, пов'язаних із особистим споживанням, відносини, що складаються між її учасниками, мають організований характер, навіть, якщо ззовні вони виглядають як «стихійно-ринковий» [19, с.18].

На ситуацію, яка склалася, впливає декілька чинників: по-перше, ринок консалтингових послуг є одним із сегментів загального ринку, а особливості його функціонування обумовлені співвідношенням попиту і пропозиції, та по-друге, у судовій практиці трапляється дедалі більше спорів, які тим чи іншим чином пов'язані із наданням консалтингових послуг.

Про високий рівень дискусійності зазначеної проблеми свідчить той факт, що законодавець, не розкриваючи поняття та зміст таких категорій як «консультація»

та «консалтинг», застосовує ці терміни у низці нормативно-правових актів. Так, п. 6 ст.3 Закону України «Про аудиторську діяльність» визначає види консультаційних послуг, які можуть надавати аудитори (аудиторські фірми), до яких належать: консультації з питань бухгалтерського обліку та фінансової звітності, експертизи і оцінки стану фінансово-господарської діяльності та інших видів економіко-правового забезпечення господарської діяльності суб'єктів господарювання. У свою чергу, ст. 5 Закону України «Про адвокатуру», перераховуючи види адвокатської діяльності, зазначає, що адвокати мають право надавати консультації та роз'яснення з юридичних питань, але при цьому законодавець не деталізує їх.

Крім того, ст. 41 Закону України «Про землеустрій» згадує термін «консалтингові послуги», але визначення поняття цих послуг відсутнє, у ньому лише зазначено, що консалтингові послуги з питань землеустрою передбачають: а) консультування власників землі та землекористувачів щодо раціонального використання та охорони земель; б) надання інформації про результати досліджень щодо використання та охорони земель, запровадження і здійснення природоохоронних заходів тощо; в) надання інформаційних послуг з питань земельного законодавства, здійснення цивільно-правових угод, оцінки земель, оподаткування, оренди та інших послуг щодо земельних ділянок; г) надання сільськогосподарським товаровиробникам і громадянам практичної допомоги щодо складання бізнес-планів.

І, врешті-решт, терміни: послуги консультантів, іноземна консалтингова фірма, іноземний індивідуальний консультант та місцева консалтингова фірма містяться в Угоді про позику (Проект «Україна – розвиток через Інтернет») між Україною та Міжнародним банком реконструкції та розвитку від 01.10.2003 р., яку ратифіковано Законом від 01.07.2004 р. № 1979-IV, в якій жодне тлумачення та роз'яснення даних понять відсутнє.

Таке законодавче застосування понять «консультації», «консалтингу» та «консалтингової послуги» привертає до себе увагу, перш за все, неоднозначністю розуміння, що зумовлює як теоретичну, так і практичну необхідність дослідження питання про механізм правового регулювання надання консалтингових послуг. Очевидно, що відсутність поняття «консультація» та «консалтинг», а також сучасний стан правового регулювання надання консультаційних послуг спричиняє безліч суперечностей та проблем у правозастосовчій діяльності, оскільки за допомогою надання цих послуг здійснюється правове регулювання складного комплексу відносин, що виникають при наданні консультацій у галузі аудиту, інжинірингу, правових (юридичних) послуг тощо.

У спеціальній зарубіжній та вітчизняній літературі серед науковців ведеться жвава дискусія та обговорення стосовно співвідношення понять «консалтинг» та «консультація» [10–12]. Зокрема, постає питання про синонімічність цих понять [20, с. 13–14]. Тривалий характер цієї дискусії і активна участь у ній провідних економістів, правників та практиків так і не надали можливість досі виробити узгоджене рішення. Тож, не вдаючись до аналізу висловлених з цього приводу думок, ми поділяємо позицію тих вчених, які співвідносять категорії «оплатні консультаційні послуги» і «консалтинг» та вважають їх тотожними [21, с. 8; 22, с. 6].

Окремим питанням надання оплатних консультаційних послуг присвячено декілька дисертаційних досліджень та низка публікацій, які з'явилися відносно нещодавно. Дослідники у своїх працях торкалися лише деяких окремих аспектів, наприклад, охарактеризовано послугу як об'єкт цивільних прав або встановлення правової природи договору на надання оплатних послуг, залишаючи поза межами дослідження питання правового механізму надання консалтингових послуг. Серед дисертаційних досліджень можна відзначити такі: Н. Дроздова «Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України», Р. Бурлаков «Цивільно-правові питання здійснення аудиторської діяльності в Україні», О. Сукманова «Господарський договір про надання консультаційних послуг». Також можна виділити статті таких авторів як: Ф. Хміля, Г. Васильєвої, О. Трофімової, І. Ромашової, М. Дмитрієва, П. Лютикова, Н. Федосенко [27–31].

Водночас безпосереднім предметом дослідження вказаних робіт було з'ясування конкретних правових проблем певного виду консультацій, а розкриття особливостей консультаційних послуг під приватноправовим кутом дослідження проведено не було. Тож, **метою** даної статті виступатиме визначення, співвідношення та взаємозв'язок оплатних консультаційних послуг у сфері аудиту та інжинірингу.

Характеристики і тенденції світового ринку консалтингу певним чином відбиваються і на його становищі в Україні. На сьогодні в Україні консалтинг вже визнано важливою професійною діяльністю, яка допомагає керівникам юридичних осіб приватного права у вирішенні практичних завдань, які виникають у зв'язку із здійсненням останніми підприємницької діяльності. Усвідомивши на практиці важливість об'єктивних порад, рекомендацій щодо ефективного ведення бізнесу, вітчизняні підприємницькі юридичні особи дедалі частіше використовують послуги професійних консультантів, що зумовлює прискорений розвиток консалтингової діяльності і подальшу диверсифікацію ринку консалтингових послуг у нашій державі [23, с. 237].

Практика свідчить, що найбільша кількість питань, які надходять до виконавців консультаційних послуг, пов'язана із консультуванням з питань податкового планування, бухгалтерського супроводу у вигляді надання консультацій із ведення бухгалтерського обліку, аналізу фінансового стану юридичної особи та фізичної особи-підприємця, консультації із правових питань та інших видів правового консультування щодо застосування окремих положень законодавства [12, с. 78]. Належна організація фінансової діяльності при здійсненні підприємницької діяльності є запорукою стабільності та довготривалості діяльності будь-якої підприємницької юридичної особи, тому вважається за доцільне розпочати дослідження саме із розкриття особливостей консалтингу та аудиту.

У сучасній літературі є різні точки зору відносно співвідношення понять консалтингу та аудиту. Сучасний російській дослідник С. П'ятенко [6, 30] вважає, що терміни «аудиторські послуги» та «консультаційні послуги» використовуються як синоніми, оскільки як консалтинг, так і аудит передбачає надання професійної інтелектуальної послуги.

Аудиторські послуги як складова консалтингових послуг, які входять до складу останніх, введені до класифікаційної схеми, запропонованої Г. Васильєвим та О. Дєєвою [7, с. 52]. Подібної точки зору дотримується і Ф. Хміль, який вважає, що аудиторські послуги входять до складу

консультаційних (консалтингових) послуг [8, с. 33]. Водночас О. Звороно зазначає протилежне, що поняття «консалтинг» близьке за значенням, але не тотожне аудиту: «… если в результате аудита выражается мнение о достоверности бухгалтерской отчетности (дается ей объективная оценка), то конечный продукт консалтинга – это совет или рекомендация узконаправленного характера, то есть преобладают субъективные элементы» [9, с. 32]. Такої самої думки дотримується і Європейська федерація асоціацій консультантів (FEACO) [10, с. 2].

Російський фахівець у сфері консалтингу Г. І. Марінко взагалі розділяє аудит та бухгалтерське обслуговування. Аудит, на його думку, – це системний процес отримання та оцінки об'єктивних даних про економічні дії та події, який встановлює рівень їх відповідності визначеному критерію та надає результати зацікавленому замовнику. Аудит – незалежна перевірка бухгалтерської (фінансової) звітності клієнта та експертна оцінка (висновок) з метою встановлення її достовірності, правильності та відповідності фінансово-господарських операцій загальноприйнятим стандартам.

При розробці економічних рішень та аналізі ситуації різні державні та комерційні структури зацікавлені у збільшенні достовірності економічної інформації, яку вони використовують, оскільки це дає можливість спрогнозувати наслідки прийнятих рішень та зменшити підприємницький ризик [11, с. 16]. Бухгалтерське обслуговування передбачає надання послуг замовнику зовнішніми бухгалтерськими фірмами. Такі послуги включають в себе консультування з питань ведення та відновлення бухгалтерського обліку, аналіз фінансового стану та розробку облікової політики, сприяють складанню звітності. У межах бухгалтерського обслуговування проводиться перевірка правильності ведення обліку з метою виявлення помилок та оперативного їх виправлення [11, с. 20].

Законодавець розмежовує два поняття: «аудиторська діяльність» і «аудит». Аудиторська діяльність – підприємницька діяльність, яка включає в себе організаційне і методичне забезпечення аудиту, практичне виконання аудиторських перевірок (аудит) та надання інших аудиторських послуг (ч. 1 ст. 3 Закону України «Про аудиторську діяльність»). Дещо інше визначення «аудиторської діяльності» передбачено в ГК України. У ст. 362 закріплено, що аудиторською діяльністю визначається діяльність громадян та організацій, предметом якої є здійснення аудиту, організаційне і методичне забезпечення аудиту та надання інших аудиторських послуг. Окрім зазначеного вище закону та ГК України, аудиторська діяльність регламентується ЦК України (ст. 146, 162) та іншими законами України, зокрема: «Про зовнішньоекономічну діяльність» (ст. 22), «Про господарські товариства» (ст. 13, 17, 18, 20), «Про банки та банківську діяльність» (ст. 16, 24, 28, 37, 38, 39, 41, 45, 47, 69, 70, 71, 76, 90, 96), «Про цінні папери та фондовий ринок» (ст. 30, 40), «Про заставу» (ст. 12), «Про страхування» (ст. 18, 34, 37, 43) тощо, іншими підзаконними нормативно-правовими актами і стандартами аудиту.

Проаналізувавши наукові погляди стосовно співвідношення понять «консультація», «консалтинг», «оплатні консультаційні послуги» та «консультації у сфері аудиту», не залишивши поза увагою норми чинного законодавства, спробуємо проаналізувати перераховані вище категорії з приватноправової точки зору.

Стрімке збільшення різновиду послуг в економіці України призвело до необхідності формування механізму цивільно-правового регулювання відносин із надання послуг. Як справедливо зазначає В. В. Луць, результати господарської діяльності та підприємництва, зазвичай, реалізуються на ринку товарів та послуг на договірних засадах, зростає, як правило, роль цивільно-правового договору як правової форми, що є найбільш доцільною та адекватною вільним ринковими відносинами формою їх опосередкування [24, с. 418–419]. З цього приводу слушно зауважують С. М. Бервено та Р. А. Майданик, саме цінність класифікації договорів викликана тим, що юридично оформлюючи і закріплюючи суспільні, передусім економічні, зв'язки суб'єктів, надаючи цим зв'язкам рис стабільності і визначеності, цивільно-правові договори, взяті в цілому, є єдиною системою, окремі частини якої тісно пов'язані між собою і взаємодіють. Правильно побудована система договорів надає істотну допомогу в формуванні правильних суджень щодо суті закону, в усвідомленні того порядку, до встановлення якого прагнув законодавець [25, с. 322].

Правовим регулятором правовідносин із надання консалтингових послуг є цивільно-правовий договір, який в практичній діяльності отримав назву «договір консалтингу». Договір консалтингу можна визначити як різновид договору оплатного надання послуг, відповідно до якого одна сторона – виконавець зобов'язується здійснити для іншої сторони – замовника фактичну діяльність зі створення та передачі обумовленої сторонами інформації для вирішення конкретних проблем замовника, яка використовується у процесі її здійснення, результат якої, як правило, не має речового виразу, але інколи може фіксуватися на матеріальному носії, котра може надаватися як одноразово (за заявкою), так і на постійній основі (абонентське консультаційне обслуговування), замовник зобов'язаний прийняти зазначену інформацію від виконавця та оплатити її [26, с. 49].

Важливим науковим і практичним інтересом є віднесення договору консалтингу до відомої вже у доктрині цивільного права шестиступеневої класифікації договорів [25], з метою досягнення низки прикладних результатів, та, передусім, окремих часткових наукових проблем та питань подальшого удосконалення чинного законодавства.

Головним розмежувальним критерієм договору консалтингу від суміжних договорів є його предмет – консалтингова послуга. Консалтингова послуга дуже широко використовується як вид підприємницької діяльності та для практиків є сталою, але наука ще не приділяла достатньої уваги цій договірній категорії. Зокрема, немає єдиного доктринального підходу до визначення правової природи консалтингової послуги, не врегульований та не сформований чіткий механізм її надання, і, врешті-решт, не визначено головні риси даної послуги, завдяки яким її можна розмежувати від суміжних послуг (аудиторських, інформаційних та ін.). О. В. Сукманова, яка досліджувала господарський договір надання консультаційних послуг, визначає консультаційну або консалтингову послугу як вид інтелектуальної діяльності, яка передбачає збір інформації, аналіз, обґрунтування перспектив розвитку, використання науково-технічних та організаційно-економічних інновацій при подальшому внесенні рекомендацій з урахуванням предметної галузі та проблем замовника [27, с. 30–32]. Дане визначення заслуго-

вує на увагу, але цю думку ми не повністю розділяємо, оскільки авторка, даючи визначення консалтингової послуги, ототожнює поняття «консультація» та «консалтинг», а цілком очевидно, що вони відрізняються, про що ми вже згадували вище, і, в першу чергу, за змістовністю та інформаційним змістом. Отже, можна запропонувати власну науково обгрунтовану модель визначення консалтингової послуги. Консалтингова послуга, під якою розуміємо різновиди комерційної та інформаційної послуг, результат інтелектуальної, творчої діяльності, створений консалтинговою фірмою (консультантом) зі збору, накопичення, обробки та передачі інформації (яка, як правило, зафіксована на матеріальному носії) із подальшим впровадженням її у діяльність замовника для настання певних корисних наслідків. Так, є підстави говорити, що консалтингова послуга є різновидом послуги, механізм правового регулювання якої здійснюється на підставі договору про надання послуг, ця точка зору стала хрестоматійною і знайшла своє відображення в більшості сучасних підручників з цивільного права [25]. Проведений аналіз та наведені нами аргументи дають підстави стверджувати, що договір консалтингу належить до договорів з надання послуг.

Здійснивши короткий огляд механізму правового регулювання надання консалтингових послуг, залишивши поза увагою правове регулювання аудиторської діяльності, зупинимось на останній.

Підставою здійснення аудиторської діяльності або надання послуг у сфері аудиту є цивільно-правовий договір, що укладається між аудитором (аудиторською фірмою) та замовником. У Законі України «Про аудиторську діяльність» (та й будь-де в законодавстві України) відсутнє визначення договору на проведення аудиту. Пропозиції щодо визначення договору на проведення аудиту в науковій літературі було надано Р. Ю. Ханик-Посполітак: «За договором на проведення аудиту аудитор чи аудиторська фірма як виконавець зобов'язується своїми силами і засобами здійснити перевірку фінансово-господарської діяльності суб'єкта господарювання, а також надати інші супутні аудиту послуги і дати замовнику аудиторський висновок чи інший офіційний документ у встановлений термін, а замовник зобов'язується надати виконавцю необхідну документацію та іншу інформацію, а по завершенню робіт – оплатити їх» [28, с. 9]. Серед українських цивілістів постало запитання: чи є договір на проведення аудиту окремим видом договору, чи він є різновидом уже відомих і закріплених законодавством України договорів? З цього приводу слушно зауважують С. М. Бервено та Р. А. Майданик, цінність класифікації договорів викликана тим, що юридично оформлюючи і закріплюючи суспільні, передусім економічні, зв'язки суб'єктів, надаючи цим зв'язкам рис стабільності і визначеності, цивільно-правові договори, взяті в цілому, є єдиною системою, окремі частини якої тісно пов'язані між собою і взаємодіють. Правильно побудована система договорів надає істотну допомогу в формуванні правильних суджень щодо суті закону, в усвідомленні того порядку, до встановлення якого прагнув законодавець [25, с. 322]. Практичної одностайності серед науковців у розумінні того, до якого виду (типу, виду) договорів відносить договір на проведення аудиту, немає. Більшість українських науковців, які досліджували договір на проведення аудиту, вказують, що він є різновидом договору підряду [29, с.16, 30, с. 12], оскільки він регулює відносини з виконання певної роботи (здійснення аудиторської перевірки) і передачі її результатів (аудиторського висновку) від однієї особи (аудитора чи аудиторської фірми) до іншої (замовника). І лише деякі науковці вказують на те, що договір на проведення аудиту має змішаний характер, оскільки, окрім аудиторської перевірки, аудиторська фірма може надавати замовнику різні аудиторські послуги у формі аудиторських перевірок та пов'язаних з ними експертиз, консультації з питань бухгалтерського обліку, звітності, оподаткування тощо. Сторони мають право включати до договору на проведення аудиту елементи, властиві іншим цивільно-правовим договорам, зокрема договорам про надання послуг. Проте і в даному випадку в договорі на проведення аудиту переважають характерні риси договору підряду [28, с. 9–10].

Таким чином, можна зробити певні висновки із зазначених питань, які на даний момент ще не отримали належного поглибленого дослідження в науковій літературі. У кожній сфері людських знань, із широкого кола питань можуть надаватися консультації (оплатні та безоплатні), відповідно, підставою їх надання є цивільно-правовий договір як регулятор приватноправових відносин, але безпосереднім орієнтиром може слугувати тільки правова природа послуг, які він покликаний врегулювати, та подальший механізм правового регулювання їх надання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Закон України* «Про аудиторську діяльність» // Відомості Верховної Ради України, 1993. – № 23. – Ст. 243.
2. *Закон України* «Про адвокатуру» // Відомості Верховної Ради України, 1993. – № 9. – Ст. 62.
3. *Закон України* «Про землеустрій» // Відомості Верховної Ради України, 2003. – № 36. – Ст. 282.
4. *Цивільний кодекс* України // Відомості Верховної Ради України, 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.
5. *Господарський кодекс* України // Відомості Верховної Ради України, 2003. – № 18–22. – Ст. 144.
6. *Пятенко С. В.* Организация работы аудитора и консультанта: учебно-практическое пособие. – М., 2001.
7. *Васильєв Г. А., Деева Е. М.* Управленческое консультирование: учеб. пособие для студентом вузов. – М., 2004.
8. *ХмільФ. І.* Основи управлінського консультування: навч. посібник. – К.: Академвидав, 2008.
9. *Звороно А. Ф.* Сущность и специфика современных аудиторских услуг // Налоговый вестник, 2002. – № 7.
10. *FEACO* information document. Brufelles, – 1994.
11. *Маринко Г. И.* Управленческий консалтинг: учеб. пособие. – М. ИНФРА-М, 2005.
12. *Посадский А. П.* Основы консалтинга: пособие для преподавателей экономических и бизнес-дисциплин. – М., 1999.
13. *Зевайкина А. Н.* К вопросу о совершенствовании правового регулирования аудиторской деятельности в России // Аудитор, 2005. – № 4.
14. *Осипова Л. В., Синява И. М.* Основы коммерческой деятельности: учебник для вузов. – М., 1997.
15. *Маркетинг*: учебник / Под ред. А. Н. Романова. – М., 1996.
16. *Енциклопедія* цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; відп. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Ін Юре, 2009.
17. *Бирбраев Р. А., Альтшулер И. Г.* Основы инженерного консалтинга. –М., 2005.
18. *Богославець В. М.* Природа договірних правовідносин щодо надання правової допомоги // Підприємництво, господарство і право, 2006. – № 6.
19. *Актуальні* проблеми правового регулювання розвитку підприємницької діяльності в Україні: Монографія / За ред. Н. М. Мироненко. – Київ-Тернопіль: підручники і посібники. – С. 18.

20. *Управленческое* консультирование в 2-х т. / Под ред. М. Кубра. – Т. 1. – М.: 2004. – 211 с.

21. *Кабалкин А. Ю.* Договор возмездного оказания услуг // Российская юстиция, 1998. – № 3–4. – С. 14.

22. *Санникова Л. В.* Услуги в гражданском праве России. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 78 с.

23. *Основи* управлінського консультування: Навчальний посібник / А. Е. Воронкова [та ін.]; За заг. ред. док. екон. наук, проф. А. Е. Воронкової. – Х.: ВД «ІНЖЕК», 2010. – 484 с.

24. *Луць В. В.* Сучасна кодифікація договірного права в Україні: здобутки і проблеми // Вісник Академії правових наук України, 2003. – № 2 (33)–№ 3 (34). – С. 418–419.

25. *Договірне* право України. Загальна частина: навч. посіб. / [Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.] ; За ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.

26. *Шаркова Г. Ю.* До питання щодо визначення поняття договору консалтингу // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 8, 2009 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідницький інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України, 2009. – С. 46–49;

27. *Сукманова Е.* Правовое регулирование консалтинговых услуг в Украине / Е. Сукманова // Підприємство, господарство і право, 2002. – № 9. – С. 30–32.

28. *Ханик-Посполітак Р. Ю.* Договори на проведення аудиту: автореф. дис. … канд.. юрид. наук: 12.00.03 / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 1997. – С. 23.

29. *Бурлаков Р. М.* Цивільно-правові питання здійснення аудиторської діяльності в Україні / Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Університет внутрішніх справ. – Харків, 2000. – 27 с.

30. *Веретельник Л. К.* Систематизація договорів у цивільному праві / Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харківський національний університет внутрішніх справ. – Харків, 2007. – 29 с.

31. *Дроздова Н.* «Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України» / Автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2005. – 24 с.

Article is devoted to research on such categories often used as a «consultation» and «consulting». The author found by comparing their private nature and the example of legal regulation of accounting and consulting services are considered differences. We consider approaches to the legal nature of consulting and contract agreement for the audit based on the provisions of the ascending classification of contracts, developed the doctrine of civil law.

Статья посвящена научному исследованию таких часто употребляемых категорий как «консультация» и «консалтинг». Посредством сравнения установлена их частноправовая природа и на примере механизма правового регулирования предоставления аудиторских и консалтинговых услуг охарактеризована их разница. Рассмотрены научные подходы относительно правовой природы договора консалтинга и договора на проведение аудита, исходя из положений классификации договоров, разработанной доктриной гражданского права.

ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ ВИНИКНЕННЯ ВІДНОСИН ЗА КРЕДИТНИМ ДОГОВОРОМ

Оплачко Л.П.,

науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

Статтю присвячено комплексному аналізу історичних джерел, які регулювали порядок виникнення, зміни та припинення відносин за кредитним договором.

Ключові слова*: кредитні відносини, кредитний договір, грошово-кредитні операції, відсоток, майно.*

Коли виникли кредитно-позикові відносини докорінно не відомо. Разом з тим в усі часи більшість держав намагалася врегулювати порядок ведення не лише торговельних операцій, а й виникнення відносин у сфері кредитування.

Вважається, що стародавня банківська справа, зокрема кредитування, розпочалася зі Стародавньої Греції. Ще дві з половиною тисячі років тому в давньогрецьких містах на узбережжях Середземного, Егейського і Чорного морів було здійснено перші грошово-кредитні операції [1, с. 61]. Займалися такою справою трапезити, міняйли чи лихварі. В Законах вавілонського царя Хаммураппі (ЗХ) (ІІ тис. до н. е.) чітко регулювався порядок надання позик, а саме:

1) згаданим видом діяльності мали право займатися лише тамкари (особи, які вклали капітал в торгово-лихварську операцію). Під такими особами розумілися купці та лихварі. При цьому купці виконували роль державних агентів* , їхня посада так і називалась «тамкар», а лихварем могла бути будь-яка фізична особа, яка мала змогу надати під відсоток гроші чи майно (§ 40 ЗХ) [2, с. 157];

2) в позику надавалося зерно та срібло. Держава намагалася контролювати позикові операції шляхом встановлення максимального відсотка, а виникнення таких відносин контролювалося уповноваженими особами держави – контролерами. Так, в § 88–90 ЗХ були обмежені відсотки на борги: на срібло – 20 % річних, на зерно – 33,5 % річних;

3) договір кредиту записували на глиняних табличках. В договорі кредиту мали зазначатися такі реквізити: розмір позики, імена кредитора та позичальника, дата укладення договору, місце укладення, розмір відсотка, строк сплати, імена свідків та відтиск нігтя позичальника [3, с. 27–28].

В законах Ману (ІІ ст. до н. е.), які існували в Стародавній Індії, зазначалося, що «лихвар може отримувати процент, який збільшує багатство, встановлений Васіштхою». Разом з тим ці ставки різнилися залежно від соціального стану позичальника: для брахманів – максимум 24 % річних; кшатріїв – 36 %; вайшья – 48 %; шудр – 60 % [4, с. 129– 137].

В Стародавньому Римі регулювання кредитних відносин відбувалося за Законами 12 таблиць (449 р. до н. е.). В ІІІ таблиці було передбачено порядок стягнення боргу з боржника. Якщо боржник не віддав борг протягом 60 днів з моменту винесення рішення суду про стягнення боргу чи родичі боржника не сплатили цей борг, кредитор мав право продати боржника в рабство. Крім того, в таблицях був визначений максимальний річний відсоток – так званий fenus unciarium (унціальний), тобто 1/12 вкладеного капіталу, або 8,33 % річних.

* *Хаммураппі* ліквідував велику приватну торгівлю; у зв'язку з цим купці або мали перейти на державну службу, або залишити торгівлю. Купець – тамкар повинен був торгувати державним товаром та приносити прибуток державі, за що отримував право провадити і самостійні приватні торгові операції (на практиці ці види діяльності суміщалися) [1, с. 60].

В Київській Русі кредитні відносини регулювалися зведенням законів, що мали назву Руська Правда. В просторовій редакції Руської Правди було передбачено такі вимоги щодо виникнення кредитно-позичкових відносин: договір необхідно було укладати при свідках (ст. 47), якщо борг був більше трьох гривень і при укладенні договору свідки були відсутні, то не можна було вимагати повернення боргу (ст. 52), розмір відсотків залежав від строку дії договору: чим більший строк дії договору, тим більший відсоток. Місячний «рез» назначався при виплаті боргу протягом декількох днів чи місяця. Ставка його чітко не зазначалася, однак науковці вважають, що це 20 %) [5, с. 577].

Разом з тим Руська Правда не встановлювала чітко відсотки по позиках, тому лихварі встановлювали занадто високі відсотки, що призводило до пожиттєвого відпрацювання боргу у кредитора. Більшість боржників ставали «закупами», бо не мали змоги сплатити борг, адже робота на кредитора не давала можливості заробити грошей. Свавілля лихварів призвело до повстання 1113 р., після якого відбувся прихід до влади Володимира Мономаха. За рішенням князівської Ради лихварі були виселені за межі Русі з усім їх майном без права повернення, цим же рішенням було законодавчо встановлено відсотки по позиках – 20–50 % [6, с. 5–6].

Подальше дослідження історичних законодавчих актів показало, що з прийняттям нових законодавчих актів вдосконалювалося і законодавство щодо регулювання питань надання позик (кредитів), надавалися нові права та покладалися нові обов'язки на учасників таких відносин. Якщо зробити огляд законодавства X–XX ст. з точки зору прав та обов'язків, наданих учасникам кредитних відносин, форми укладення договору, відповідальності сторін, то можна побачити таку картину.

Псковська судна грамота (1467 р.) передбачала три способи укладення договору позики: позика під забезпечення заставою з оформленням запису, позика під забезпечення заставою з оформленням заставної дошки, застава.

При цьому ст. 30 Псковської судної грамоти надає право укладати договір позики на суму не більше 1 рубля без оформлення запису. Статті 73–74 встановлювали правила стягнення відсотків, а саме: якщо кредитор вимагає виконання зобов'язання у визначений строк, то він отримує свої відсотки. Якщо пропустить строк сплати позики, то втрачає право на відсотки. Кредитор втрачає право на відсотки і в тому разі, коли буде вимагати повернення боргу достроково [8, с. 358–362, 372].

Починаючи з XVI ст., українські землі опинилися у складі різних держав. На території Західної Русі, яка була під юрисдикцією Польщі, діяло звичаєве право, бо після загарбання польськими феодалами Галицької Русі, в якій вже існувала чітка система судівництва, що ґрунтувалася на законах «Руської Правди» та звичаєвому праві, польський уряд не міг вводити свого законодавства, яке перебувало у зародковому стані [9, с. 47].

Більше документальних відомостей про правове регулювання кредитних відносин є щодо територій, які відійшли до Москви.

Так, Судебник 1497 р. передбачав, по-перше, норми щодо можливості взяття купцями чужих грошей чи товарів під відсотки для використання їх для власного торгового обороту з метою отримання прибутку; по-друге, для захисту боржника в суді – у разі сплати ним боргу повинна бути надана «полетная грамота» – документ про сплату боргу (ст. 55) [10, с. 88].

Статті 189–192 «Соборного Уложення» 1649 р. передбачали, що договір позики та кредитний договір мали бути оформленими в письмовій формі під страхом втратити право звернення до суду в разі його не виконання. Такі документи мали назву позикових кабальних, закладних тощо. Статті 254–260 встановлювали правила сплати боргу. Так, казна мала перевагу перед приватними боргами, іноземні кредитори – перед місцевими [11, с. 312, 321]. Іменний Указ Петра I «Про боржників» від 15 січня 1718 року забороняв підданим брати гроші в кредит від посадових осіб, а також забороняв встановлення фінансової залежності деяких посадових осіб від окремих приватних осіб: морських посадовців заборонялося годувати в приватних будинках в борг, давати в борг гроші на горілку та азартні ігри [12, с. 687, 706–707]. В 1754 році було створено Державний дворянський банк, в якому перевага щодо надання кредитів належала поміщикам. Кредит поміщикам видавався під 6 % річних, водночас приватний кредит видавався під 20 % річних, хоча був закон 1754 р. «Про покарання лихварів», який встановлював відсоткову ставку 6 %, так званий «указний відсоток». Однак його ніхто не виконував. Цей закон був підтверджений у 1764 р. і зберігав чинність протягом першої половини XIX ст. У такій ситуації будь-яка приватна кредитна операція перетворювалася на нелегальну та ризиковану, що сприяло збільшенню вартості кредиту. Отже, політика держави не сприяла виникненню та розвитку приватних кредитних закладів [13, с. 178].

В Україні в XIX–XX ст. були відомі так звані державні та приватні кредити. Державні кредити надавалися спеціально створеними установами (банками, приказами громадської опіки). Приватні кредити надавалися лихварями.

В 1817 році замість дисконтних контор були створені контори та відділення Державного комерційного банку при Асигнаційному банку, які працювали в більшості великих міст імперії – Одесі, Києві, Харкові. В Одесі на початку XIX ст., до заснування контори Комерційного банку, лихварський відсоток становив 36 %, а після заснуванням банку він знизився до 12 %. В Україні першої половини XIX ст. ощадні скарбниці в основному мали домінуюче становище.

Царський уряд, передбачаючи неминучість селянської реформи, змушений був вживати заходів щодо зміни всієї системи державних кредитних установ. В 1860 р. було створено Державний банк, на який було покладено завдання зміцнення грошової та фінансової системи. Він мав право обліковувати векселі та інші цінні строкові папери, надавати позики, за винятком іпотечних, купувати й продавати дорогоцінні метали та цінні папери, приймати вклади тощо. Однак він не мав права самостійної емісії, а лише випускав кредитні білети на вимогу уряду. З проведенням селянської реформи було прийнято «Положение о выкупе крестьянами, вышедшими из крепостной зависимости их усадебной оседлости и о содействии правительства к приобретению сими крестьянами в собственность полевых угодий» від 19 лютого 1962 року [14, с. 10–250]. Статті 64–73 Положення встановлювали розміри викупної позики та порядок видачі такої позики селянам з царської казни. Оскільки Державний банк дедалі менше займався комерційною діяльністю, то виникла потреба в кредитних закладах, які б надавали кре-

дитну допомогу найчисельнішим верствам населення – дворянам та селянам. У 80-х роках XIX ст. виникли Селянський поземельний та Дворянський земельний банки.

З прийняттям у 1900 році Зводу законів Російської імперії було покладено початок кодифікації російського законодавства. Так, у 1903 році був прийнятий Кредитний статут (том XI Зводу) [15, с. 738–910]. Кредитним статутом передбачалося таке:

1. Кредитні установи були державними, приватними та громадськими (ст. 2 Кредитного статуту). До державних кредитних установ відносились: Державна комісія погашення боргів; Державний банк з його конторами, відділеннями і агентствами; Державна Ощадна каса; Державний дворянський земельний банк; Селянський поземельний банк; Позикові каси. Статути всіх без винятку кредитних установ повинні бути затвердженими в Міністра Фінансів.

2. Сплата капітального боргу та відсотків проводилася готівковими коштами. Однак в деяких випадках допускалася сплата боргу облігаціями Санкт-Петербурзького, Московського, і Одеського міського кредитних товариств та закладних листів Земського банку Херсонської Губернії [15, с. 852].

3. Позики моглт видаватися на таких умовах: за особистою довірою; під забезпечення порукою; під заставу нерухомого чи рухомого майна [15, с. 866].

Після революції 1917 року ще три роки в Україні продовжувалась запекла та безжальна війна, яка супроводжувалась масовим терором і лютістю, між чисельними претендентами на владу в Україні. Відповідно, кожна нова влада приймала рішення про випуск грошей та становлення грошово - кредитної системи. Так, 6 січня 1918 року Центральна Рада прийняла Закон «Про випуск державних кредитових білетів УНР», яким встановлювалося , що :

1) кредитові білети випускаються Державним банком УНР в розмірі, чітко обмеженому дійсними потребами грошового обміну під забезпечення тимчасово майном Республіки – нетрі, ліси, залізниця і прибутки від монополій (ст.1);

2) кредитові білети випускаються в карбованцях, при чому один карбованець містить 17,424 долі щирого золота і ділиться на 200 шагів (ст.4) [16, с. 33].

В IV Універсалі Центральної Ради від 9 січня 1918 року було доручено установити державно-народний контроль над усіма банками, що « через кредити нетрудовим клясам помагали експлуатувати трудові маси. Відтепер кредитова поміч банків має йти передовсім на піддержку трудовому населенню й на розвиток народного господарства Української Народної Республіки, а не для спекуляції й ріжнородної банкової експлуатації» [16, с. 39].

За часів Гетьмана Скоропадського всіма справами державного кредиту та фінансової політики займалася Фінансова Рада (ст.37 Законів про тимчасовий державний устрій України від 29 квітня 1918 року) [16, с. 66]. Нині сказати щось про кредитну політику цих влад неможливо, адже історичні події швидко змінювались і вже 27 січня 1920 року було прийнято Постанову Всеукраїнського революційного комітету про поширення на Україну декретів РРФСР [16, с. 156]. Про кредитну політику 1918–1924 рр. України можна сказати, що вона характеризувалася такими ознаками:

1) ліквідовано всі приватні та іноземні банки (Постанова РНК від 02. 12. 1918 р. про ліквідацію іноземних банків в РРФСР; Декрет РНК про ліквідацію приватних земельних банків) [17, с. 120–121, 251]. При цьому зазначено, що кошти, які можуть залишитися після продажу цих банків, повинні зараховуватись до казни;

2) націоналізовано Московський народний банк, та на основі Московського народного банку і Народного банку РРФСР створено Народний банк РРФСР. Крім того, було прийнято рішення про єдиний банк на території РРФСР (Декрет РНК про націоналізацію Московського народного банку та про кредитування кооперації від 2 грудня 1918 р. [17, с. 119]; З часом про націоналізацію банків було проголошено і на західній Україні (Декларація Українських Народних Зборів про націоналізацію банків та великої промисловості Західної України від 29 жовтня 1939 року, Указ Президії Верховної Ради СРСР про націоналізацію банків, промислових і торгових підприємств, залізничного і водного транспорту і засобів зв'язку північної частини Буковини від 15 серпня 1940 р. [16, с. 379, 388]);

3) кредити видавалися в більшості випадків підприємствам для закупівлі сировини та обладнання, сплати заробітної плати тощо (Постанова РНК від 2 січня 1919 р. про асигнування 75 млн. рублів на фінансування промисловості і розплату з робочими Уфимської губернії та про порядок надання кредитів сусіднім радянським республікам [17, с. 595].

Різноманітність нормативно-правових актів, що регулювали питання укладення договорів, окреслення прав та обов'язків сторін договорів, встановлення принципів визначення власника на річ призвело до прийняття в 1922 році Цивільного кодексу РРФСР. У зв'язку з цим всі дружні республіки також прийняли такі кодекси, які фактично за змістом були подібні до ЦК РРФСР. В Цивільному Кодексі УРСР 1922 року в главі VI зобов'язального права договору позики присвячено 12 статей (ст. 208–219). Відповідно до ст. 208 ЦК УРСР 1922 року по договору позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальнику) гроші чи визначені родовими ознаками речі, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцю отриману суму грошей чи рівну кількість речей того самого роду та якості з відсотками чи без відсотків [18, с. 232].

З метою підвищення централізованого планового керівництва кредитною системою та встановлення домінуючої ролі Державного банку відносно інших кредитних установ 15 червня 1927 року було прийнято Постанову ЦВК та РНК СРСР «Про принципи побудови кредитної системи» [19, с. 23]. Відповідно до цієї постанови господарським організаціям надавалася можливість користуватися короткотерміновим кредитом і зберігати вільні гроші тільки в одному банку залежно від характеру їх діяльності.

Слід погодитися з тим, що з кінця 20-х років і до 1987 року в країні існувала гіпертрофована банківська система, основним завданням якої був механічний перерозподіл загальнодержавного позикового фонду між різними ланками народногосподарської системи всупереч загальновизнаним принципам ринкової економіки. Державна монополія на банківську справу призводила до формалізації суті кредитних відносин. Кошти загальнодержавного кредитного фонду розподілялись централізовано на підставі кредитних планів. Кредитодавцем виступала держава, а фінансові організації лише представляли її інтереси. На цьому етапі характерною є специфіка банківського законодавства – на рівні ін-

струкцій та розпоряджень державних органів і, зокрема, Держбанку [20, с. 23].

Весь період формування банківської системи та вдосконалення законодавства щодо правового регулювання кредитування умовно можна поділити на два етапи: до проголошення незалежності України і після проголошення незалежності України.

До проголошення незалежності України правовики ще користувалися законодавчими актами СРСР, хоча вже почалося реформування не лише суспільних процесів, а й законодавства. Постанова ЦК КПРС та Ради Міністрів СРСР «Про вдосконалення системи банків у країні та посилення їх впливу на підвищення ефективності економіки» від 17. 07. 1987 року започаткувала реформу банківської системи. Постановою Ради Міністрів УРСР від 15 листопада 1979 р. (в редакції постанови Ради Міністрів УРСР від 30 липня 1985 р. «Про затвердження Інструкції про порядок продажу громадянам товарів тривалого користування в кредит») встановлювалися правила кредитування громадян: кредит видавався під 16 % (п. 9 Інструкції) При отриманні кредиту необхідно надати паспорт з постійною пропискою (якщо прописка була тимчасовою, то кредит видавався лише на строк до закінчення дії прописки), довідку з основного місця роботи (п. 5–6). З часом договірні відносини в кредитуванні були передбачені і Законом СРСР «Про кооперацію в СРСР» від 26. 05. 1988 року, Законом СРСР «Про підприємства в СРСР» від 04. 06. 1990 року. Однак законодавчу основу кредитування після проголошення незалежності Україною заклав Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 20. 03. 1991 року, який дуже багато разів доповнювався та змінювався. До кредитних операцій зазначений закон відносить: 1) організацію купівлі та продажу цінних паперів за дорученням клієнтів; 2) здійснення операцій на ринку цінних паперів від власного імені (включаючи андеррайтинг); 3) надання гарантій і поручительств та інших зобов'язань від третіх осіб, які передбачають їх виконання у грошовій формі; 4) придбання права вимоги на виконання зобов'язань у грошовій формі за поставлені товари чи надані послуги, приймаючи на себе ризик виконання таких вимог та прийом платежів (факторинг); 5) лізинг (ст. 49 Закону в редакції від 7 грудня 2000 р.). Необхідно погодитись з тим, що частина таких операцій, за правовою сутністю не є такими, що опосередковують виникнення кредитних відносин [20, с. 25].

З кожним новим нормативно-правовим актом, таким як Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19. 06. 2003 року, Закон України «Про кредитні спілки» від 20. 12. 2001 року, Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12. 07. 2001 року, законодавець нібито намагався вдосконалити процес виникнення кредитних відносин та врегулювати процедуру укладення договору. Разом з тим вся маса прийнятих законодавчих актів не може захистити ні права позичальників, ні права кредитодавця, адже в даних нормативно-правових актах чітко не прописано: механізми захисту позичальників (який максимальний відсоток може бути встановлений, за яких умов він може бути змінений і наскільки; який порядок звернення стягнення на майно в разі неможливості подальшого погашення боргу; чи мають право банки та інші кредитні установи передавати інформацію по боржниках до колекторних установ тощо), механізми захисту банків та інших кредитних установ, які є учасниками кредитних відносин. Дехто може заперечити проти такого твердження, адже є Постанова правління Національного банку України «Про затвердження Положення про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків» від 6 липня 2000 р., в якій надано вказівку щодо оцінки фінансового стану позичальника; Постанова правління Національного банку України «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., в якій встановлено максимальну процентну ставку за кредитними договорами. Однак відповідно до ст. 3 ЦК України та ст. 44 ГК України суб'єкти господарювання при здійсненні діяльності мають право дотримуватися принципу свободи здійснення підприємницької діяльності, а саме: тільки кредитодавець може вирішити – кому надати кредит, на яких умовах та визначити порядок виконання кредитного договору. На підтвердження цього можна навести ст. 1056-1 ЦК України, яка надає право визначати розмір процентів та порядок їх сплати за договором залежно від кредитного ризику, наданого забезпечення, попиту і пропозицій, які склалися на кредитному ринку, строку користування кредитом, розміру облікової ставки та інших факторів, тобто фактично розмір відсотків встановлює кожна окрема фінансова структура, яка може надати кредит. А це на практиці призводить до свавілля та встановлення занадто високих відсотків чи занадто суворих договірних умов. Тому на законодавчому рівні необхідно закріпити механізми захисту всіх учасників кредитних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Скржинська* М. Найдавніші грошово-кредитні операції на території України/ М. Скржинська // Вісник Національного банку України. – 1998. – №7. – С. 61–64.
2. *Хрестоматия* по истории древнего Востока. – М., 1980. – С. 152–177.
3. *Прядко В. В.* Історія грошей і кредиту. Підручник / В. В. Прядко, М. М.Сайко – К.: Кондор, 2009. – 508 с.
4. *Бонград-Левин Г. М.* Индия в древности. / Г. М. Бонград-Левин, Г. Ф. Ильин / – М., 1985 – 755 с.
5. *Владимирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права. /М. Ф.Владимирский-Буданов / – Ростов-на-Дону. – «Феникс», 1995.– 640 с.
6. *Кредит и его формы:* Учебное пособие./ Колесников В. И., Черненко В. А., Малькова С. А., Иванова Л. М. – Спб: Издательство СпбГУЭФ, 2001. – 74 с.
7. *Шевелева К.* Безрассудная ссуда... как взять деньги в ломбарде // Сегодня. – 2009. – 14 мая.
8. *Российское* законодательство X–XX веков: в 9-и т. – М.: Юридическая литература, 1984. – Т. 1: Законодательство Древней Руси. – 1984. – 432 с.
9. *Гошко Ю. Г.* Звичаєве право населення Українських Карпат та Прикарпаття XIV–XIX ст. / Ю. Г. Гошко. – Львів: Інститут народознавства НАН України, 1999. – 329 с.
10. *Судебники* XV-XVI веков. / Подготовка текстов Р. Б. Мюллер, Л. В. Черепнина. Комментарии А. И. Копанева, Б. А. Романова и Л. В. Черепнина. Под общей редакцией академика Б. Д. Грекова. – Москва–Ленинград: Изд-во Академии наук СССР, 1952. – 618 с.
11. *Российское* законодательство X–XX веков: В 9-и т. – М.: Юридическая литература, 1984. – Т. 3: Акты земских соборов. – 1985. – 512 с.

12. *Законодательство* Петра I. – М.: Юридическая литература, 1997.– 880 с.

13. *Дружкова І. С.* Кредитно-банківські установи на півдні України в XIX – на початку XX ст. (історичний аспект): дис. ….канд. іст. наук: 07.00.01/ Дружкова Ірина Сергіївна. – Одеса, 2004 .– 220 с.

14. *Российское* законодательство X–XX веков: В 9-и т. – М.: Юридическая литература, 1984. – Т. 7: Документы крестьянской реформы. – 1989. – 816 с.

15. *Свод законов* Российской империи: В 18-и т. – Спб, 1906. – Ч. 2 Т. 11: Уставь Кредитный . – 1906. – 910 с.

16. *Хрестоматія* з історії держави і права України: навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти: У 2-х т. / За ред. В Д. Гончаренко. – Вид. 2-ге перероблене і доповнене. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2000. – Т. 2: Лютий 1917 р. – 1996 р. – 2000. – 728 с.

17. *Декреты* Советской власти: В 10-и т. – М.: Издательство политической литературы, 1957. – Т. IV: 10 ноября 1918 г. – 31 марта 1919г. – 1968. – 731 с. (Институт марксизма-ленинизма при ЦК КПСС Институт истории СССР АН СССР).

18. *Хрестоматия* по истории отечественного государства и права 1917–1991гг. / Под. ред. О. И. Чистякова.– М.: Зерцало, 1997. – 564 с.

19. *Кредитно-денежная* система СССР. К 50-летию Великой Октябрьской социалистической революции / Гл. редактор А. А. Посконов. – М.: «Финансы», 1967.– 320 с.

20. *Лепех С. М.* Кредитний договір: дис. .канд. юрид. наук: 12.00.03/ Лепех Світлана Михайлівна. – Львів, 2003 .– 204 с.

This article is devoted to complex complex analysis of historical sources, which regulated the order of origin, change and stopping of relations by credit agreement.

Статья посвящена комплексному анализу исторических источников, которые регулировали порядок возникновения, изменения и прекращения отношений по кредитному договору.

ПРАВОВІ ПРИНЦИПИ У ЖИТЛОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Галянтич М. К.,

доктор юридичних наук, доцент, заступник директора з наукової роботи
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

В статті розглядаються поняття та основні правові принципи, які мають знайти відображення як правова норма і вплинути на практику застосування житлового законодавства.

***Ключові слова*:** принципи, система принципів житлового права, добросовісність, розумність.

Держава, в особі спеціально створених органів, приймає нормативні акти на основі вироблених в суспільстві принципів, зокрема закріплених в ст. 1 Конституції України, згідно з якою Україна є соціальною, правовою державою. Поняття «соціальна держава» – загально-правова категорія, яка потребує подальшого визначення його змісту. Як зазначає В. Я. Тацій, у Науково-практичному коментарі до Конституції України [1] «через конституційну невизначеність змісту соціальної держави посилання на цей принцип як на норму, що має пряму дію, в судовій практиці використовується надзвичайно рідко. Соціальна держава проявляється через принципи людської гідності, соціальної справедливості, соціальних зобов'язань, які виступають як форма суспільної свідомості, що обумовлює міру поведінки людей, виступає мірою усвідомлення своїх прав та обов'язків. Нормативно-правові акти є не стільки механічна сукупність норм, скільки правові принципи, що зумовлюють не форму існування, а, головним чином, зміст суспільних відносин». С. Погребняк виділяє основний принцип, який має бути притаманним нашій правовій системі, це принцип верховенство права «Як ціннісний сплав ідей справедливості, рівності, свободи і гуманізму, верховенство права формує відповідний образ правової системи і визначає ті умови, що дають змогу перетворити цей образ на реальність» [2]. Правові принципи мають визначати межі здійснення права, поза якими воно носить неправовий характер, тому вони повинні закріплюватися в законі, становити його складову частину, а не бути тільки надбанням правової науки. Як зазначає С. Погребняк, «під принципом права слід розуміти систему найбільш загальних та імперативних вимог, закріплених в праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис і цінностей, що притаманні цій системі права і визначають її характер та напрямки подальшого розвитку» [3]. Слід погодитися з тим, що принципи не є досяганням науки, а об'єктивною потребою розвитку законодавства.

У процесі трактування конкретних правових норм посадові особи використовують такі поняття як моральність, суспільне життя, справедливість, добросовісність, розумність, звичай, публічний порядок тощо, яким законодавство не може дати точного пояснення в силу своєї суті. Невизначені правові принципи в силу своєї природи можуть привести до розширеного розуміння правової норми або звуження змісту прав особи. Слід пам'ятати, що згідно зі ст. 22 Конституції України закріплені в ній права і свободи людини й громадянина не є вичерпними.

Правові принципи мають застосовуватися з умовою, що вони будуть спрямовуватися на досягнення мети, поставленої законом, не порушуватимуть права особи та не виходитимуть за межі норм і принципів, визначених законом. Вважаємо, що правозастосування може здійснюватися не тільки у поєднанні конкретної правової норми із правовими принципами, які мають бути закріплені в самому законі, як це здійснюється на практиці, а навпаки, правові принципи, спрямовані на правильне розуміння та застосування норми Закону, мають застосовуватися безпосередньо як норми прямої дії.

В житловому праві знайшли своє відображення як загальноправові, так і спеціально-правові принципи: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності на житло; точне застосування чинного законодавства відповідно до принципів справедливості, добросовісності та розумності; рівність перед законом і судом; гласність тощо.

Проте слід зазначити, що правові принципи можуть мати практичне значення тільки у випадку їх втілення у практичній діяльності. Житлове законодавство постійно розвивається і, відповідно, збагачується змістом і принципами інших галузей права. Тому розвиток житлового права полягає у чіткому закріплені принципів відповідно до предмета правового регулювання, чіткому їх застосуванні.

Правові принципи не є тільки складовою частиною світогляду, а й створюють основу єдиного розуміння положень житлового законодавства, визначають загальні засади і зміст житлового права, сприяють усвідомленню права і тим самим дають можливість однакового тлумачення цих положень. Вони, перш за все, є правовими категоріями, якими характеризується житлове законодавство, і безпосередньо мають бути пов'язаними з умовами, що визначають, наприклад, дійсність правочинів щодо житла.

Так само і судова практика повинна спиратися на принципи, що випливають із визначених конкретним юридичним фактом правовідносин. Важливе значення для правильного розуміння і застосування норм житлового законодавства мають ті принципи, які адресовані всім учасникам житлових правовідносин, а не тільки зобов'язаним учасникам цивільних правовідносин.

В юридичній літературі існує багато дефініцій принципів права. Під ними розуміють основні ідеї права як віддзеркалення сутності історичного типу права, що безпосередньо відображають його зміст. Вони можуть належати до сфери правосвідомості, правової ідеології і науки. Як зазначає С. Шевчук, «принципи права можуть бути: 1) створені або відкриті судами у процесі здійснення правосуддя; 2) шляхом судової правотворчості розкривається їх додатковий зміст, якщо вони попередньо закріплені в текстах Конституції та законах; 3) являють собою стандарти прийняття судових рішень та визначають параметри судової правотворчості» [4]. У цивілістичній науці ще не вироблено єдиного визначення принципу цивільного права. На нашу думку, найбільш повним серед різних визначень цього поняття є запропоноване О. В. Дзерою, за яким

принципи цивільного права становлять основоположні (корінні, відправні, визначальні) ідеї (засади, риси), втілені чи закладені в законі, відповідно до яких здійснюється правове регулювання цивільно-правових відносин та забезпечується реалізація покладених на цивільне право функцій [5]. З урахуванням вищезгаданого значення принципів для житлового права полягає у тому, що в них відображено найбільш характерні його риси, загальну спрямованість на забезпечення прав людини, соціальну суть і гуманний характер житлового права в цілому.

Відповідно до конституційного положення житлові права громадян охороняються законом. Ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду, і це знайшло своє правове закріплення в ст. 9 Житлового кодексу України, відповідно до якої будь-яка особа не може бути виселена із займаного приміщення або обмежена у праві користування житловим приміщенням. Виселення допускається як виняток, і тільки з підстав і у порядку, передбачених законом. Перш за все, ними можуть бути випадки, коли права здійснюються в суперечності з їх призначенням або порушенням прав інших громадян чи суспільства, а не умови цивільно-правових зобов'язань, в тому числі і деліктних.

Одним із принципів, що знайшов своє відображення в Конституції, є недоторканність житла. Відповідно до ст. 30 Конституції не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. Тільки у невідкладних випадках можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла, що отримало своє закріплення у ст. 311 ЦК України. Об'єктом даного права виступає недоторканність житла як особисте немайнове благо.

Принцип законності передбачає законодавче гарантування житлових прав громадян, посилення юридичних гарантій захисту недоторканності людини та її житла. Недоторканність житла передбачає недоторканність проникнення до нього проти волі осіб, які в ньому проживають, за рішенням суду. Однак її запровадження потребує попереднього створення низки умов, зокрема, оновлення законодавства з урахуванням завантаженості судів щодо вирішення такої категорії справ. Законність й обґрунтованість проникнення до житла громадян, визначення механізму їх реалізації мають визначатися наявністю процесуальних норм щодо оскарження незаконних дій балансоутримувача, управителя, аварійно-ремонтної бригади.

Принцип свободи реалізації права на житло полягає у вільному виборі громадянином шляхів реалізації суб'єктивних права, що здійснюються через вибір форм власності житлового фонду, шляхом приватизації, придбання у власність, будівництво, отримання житла житлового фонду соціального призначення шляхом укладення цивільно-правових договорів тощо.

Разом з тим норми ст. 311 ЦК України мають визначити й інші випадки, коли може здійснюватися проникнення до житла: за наявності даних, що відбувся нещасний випадок, при стихійних подіях, аваріях тощо.

Принцип доступності судового захисту прав і свобод людини відповідно до ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Принцип гарантованості правового захисту виявляється у тому, що кожен громадянин України має право за захистом своїх прав звертатися до суду, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а після використання всіх національних засобів правового захисту до відповідних міжнародних установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Виходячи із зазначеного принципу та гарантування Конституцією судового захисту конституційних прав і свобод, судова діяльність має бути спрямована на захист цих прав і свобод від будь-яких посягань шляхом забезпечення своєчасного та якісного розгляду конкретних справ у порядку, визначеному Цивільно-процесуальним кодексом України або Кодексом адміністративного судочинства України.

Правопорядок будь-якої держави залежить від дотримання принципу єдності судової практики. Ігнорування судом норм права ставить під сумнів законність винесених рішень. Сформувати практику вирішення певної категорії справ покликані і науковці шляхом узагальнень у наукових коментарях, посібниках, методичних вказівках матеріалів розгляду конкретних справ, щоб будь-який суддя, при винесенні рішення з певної категорії справ, зобов'язаний був ними керуватися. Висновок фахівця-науковця, правові позиції судової практики з певної категорії справ мають визнаватися доказом по конкретній справі.

З одного боку, судова практика стає засобом регулювання суспільних відношень, з іншого – це певний спосіб застосування правових норм. Застосування судом правової норми має бути пов'язано з виробленням і застосуванням певних правових принципів, як певних загальних рамок, поза межі яких не можуть виходити як окремі громадяни, так і посадові особи, які уповноважені державою застосовувати норму права. Принципи також формуються в процесі судової практики як положення, що вироблене в результаті багаторазового застосування норми права з аналогічних справ.

Відповідно, система забезпечення житлових прав і свобод особи в сучасній Україні поки що перебуває на стадії становлення, а реалізованість та захищеність окремих прав і свобод залишається й досі на невисокому рівні. Тому судова діяльність має бути спрямована на захист цих прав і свобод від будь-яких посягань шляхом забезпечення своєчасного та якісного розгляду конкретних справ на підставі норми права та цивільно-правових принципів: добросовісності справедливості, розумності. Водночас відсутні судові рішення, які ґрунтуються тільки на застосуванні принципів цивільного права, не пов'язаних із конкретною правовою нормою.

Принцип дозвільної спрямованості цивільно-правового регулювання не допускає обмеження суб'єктивних прав, крім випадків, спеціально визначених у законі. При такому підході більш точним і таким, що узгоджується з вимогами сучасного законодавства, є вказівка на право потерпілого здійснювати правозастосовчу діяльність при захисті права тоді, коли це не заборонено законом [6]. Оскільки акти правозастосування і впливу на правопорушника можуть здійснюватися уповноваженими державними органами і потерпілою стороною, а розбіжності між ними виявляються лише у сфері компетенції, захист правильно сприймати як юридичну діяльність з усунення перешкод на шляху здійс-

нення суб'єктами своїх прав і припинення правопорушення, а також відновлення становища, що існувало до правопорушення [7]. Способами подолання прогалин у сучасному житловому праві є аналогія закону і аналогія права. Умови їх застосування традиційно розглядаються тільки в рамках відповідних підручників, посібників по цивільному праву. Тому залишається не вирішеною низка питань щодо умов застосування аналогії права і закону, зокрема щодо форм, в яких воно може відбуватися, щоб не виходити за межі дії принципів цивільного права.

При застосуванні аналогії права необхідно брати до уваги принципи права, які можуть визначати основні засади цивільного права. Але, на жаль, як слушно зазначає І. Спасибо-Фатєєва, має місце ставлення до принципів права як до занадто високих наукових матерій, що буквально не сприймаються, поширеним є бачення принципів права туманними, абстрактними та невизначеними, що заважає їх безпосередньому застосуванню [8].

На сьогодні виникло багато проблем, пов'язаних з неможливістю застосовування житлового законодавства, відсутністю дієвих механізмів реалізації задекларованих нормативних положень, чисельністю неузгоджень, колізій, прогалин у самому законодавстві, що вимагає створення нового права, яке має стати, в першу чергу, нормативним вираженням загальнолюдських цінностей, принципів справедливості та людяності, засобом забезпечення прав і свобод громадянина, основою організації та функціонування держави в інтересах людини і всього суспільства.

Саме для регулювання житлових відносин законодавець використовує диспозитивний і імперативний метод, причому не в чистому вигляді, а в їх поєднанні або з урахуванням впливу, наприклад, принципів соціального забезпечення.

Звичайно, межі здійснення житлових прав не вичерпуються принципами, які знайшли своє закріплення або відображення у законодавстві. Правозастосування може здійснюватися лише у поєднанні конкретної правової норми із правовими принципами, які мають бути закріплені в самому законі, що призведе до правильного його розуміння та застосування.

Необхідно відзначити тенденцію, за якою законодавство України проходить по шляху надання державним органам дедалі більших повноважень у прийнятті рішень на основі правових принципів. В житловому праві загальні правові принципи знайшли своє відображення у Конституції України, у Цивільному, Житловому, Кримінальному кодексах тощо. Зокрема, йдеться про:

1) конституційний принцип: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;

2) кримінально-правовий: неприпустимість позбавлення права власності на житло;

3) цивільно-правовий: точне застосування чинного законодавства відповідно до принципів справедливості, добросовісності та розумності;

4) цивільно-процесуальний: рівність перед законом і судом;

5) житлово-правовий: гласність. До основних принципів житлового права, які повинні отримати відповідне своє правове закріплення, слід віднести: законність здійснення права на житло, свободи вибору гідного місця проживання; посімейне заселення квартири (одноквартирного будинку); гарантованість правового захисту від свавільного позбавлення житла, доступності користування житловим фондом, цільового використання житла тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Конституція України: науково-практичний коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін. – Харків: Вид-во «Право»; К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – С. 13.

2. Погребняк С. Основні вимоги, що випливають з принципу верховенства права // Вісник Академії правових наук України. – Харків, 2007. – № 4 (51). – С. 41.

3. Погребняк С. Втілення принципів права в юридичних актах // Вісник академії правових наук України. – Харків, 2006. – № 2 (45). – С. 22-23.

4. Шевчук С. Судова правотворчість у контексті застосування принципів права // Вісник Академії правових наук України. – Харків, 2007. – № 4 (51). – С. 70.

5. Цивільне право України: підручник у 2-х кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. / За заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – Кн. 1.–720 с. – С. 27.

6. Мурашко М. С. Судебная защита субъективных гражданских прав. Дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. – СПб, 2000. – С. 18.

7. Вершинин Л. П. Способы защиты гражданских прав в суде. СПб., 1997. – С. 17.

8. Спасибо-Фатєєва І. Трансцендентна судова мімікрія, або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці // Вісник Академії правових наук України. – Харків, 2003. – № 4. – С. 141-142.

The article examines the concepts and basic legal principles that should find their place as a legal rule that will affect the practice of housing legislation

В статье рассматриваются понятия и основные правовые принципы, которые должны найти свое отображение как правовая норма и повлиять на практику применения жилищного законодательства.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ЖИТЛОВИХ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ

Фігель А. А.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті аналізується важливе та актуальне питання – питання захисту житлових прав фізичних осіб, розкривається зміст права на захист через призму дослідження правових проблем реалізації деяких способів захисту житлових прав та інтересів фізичних осіб, проводиться розмежування способів та засобів захисту таких прав, акцентується увага на спеціальних способах захисту.

Ключові слова: *право на захист; способи захисту; засоби захисту; спеціальні способи захисту.*

Правові аспекти захисту цивільних прав та інтересів неодноразово досліджувалися в юридичній літературі. Із цього приводу варто виділити праці таких авторів як Г. П. Тимченко «Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав», Я. В. П'янової «Судовий захист майнових цивільних прав», Т. М. Підлубної «Право на захист

цивільних прав та інтересів» тощо. Однак вказані праці є такими, які стосуються загалом проблем захисту цивільних прав та інтересів. Водночас житлові права, будучи особливим інститутом житлового права, вимагають специфічних підходів щодо їх правового захисту. Слід зазначити, що в юридичній літературі досліджувалися тільки окремі аспекти захисту таких прав. Із цього приводу можна виділити праці таких авторів як М. К. Галянтича, В. В. Луця, Л. Г. Лічмана тощо. Тому в умовах реформування житлового законодавства України питання захисту житлових прав набуває дедалі більшої актуальності.

Метою цієї статті є дослідження правових проблем реалізації окремих способів захисту житлових прав та інтересів фізичних осіб.

Для житлових прав, як зазначено в юридичній літературі, характерними є такі риси: носіями цих прав є всі громадяни України; виникнення права на житло випливає безпосередньо із Конституції України і припиняється тільки із задоволенням громадянином своїх житлових потреб у межах, визначених законом, що не виключає можливості неодноразової реалізації суб'єктивних прав на житло залежно від наявності відповідних юридичних фактів. Право на житло закріплює за громадянином не тільки загальну можливість вступати в різні житлові відносини, а й юридичну можливість захищати їх [2; с. 13–14].

Відповідно до ст. 55 Конституції України кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Розглядаючи правові аспекти реалізації окремих способів захисту житлових прав, не оминемо увагою проблеми юридичної природи самого «права на захист».

Право на захист, як випливає з аналізу юридичної літератури, розглядають переважно як один із елементів суб'єктивного права. Так, на думку Т. М. Підлобної, при визначенні таких елементів суб'єктивного права, як право на власні дії та право на чужі дії, доцільно включити і третій елемент – право на захист, у зміст якого входить не лише можливість звернення до компетентних органів з вимогою захисту порушеного права, а й можливість особи, право якої порушено, самостійно, без звернення до компетентних органів реалізувати своє право на захист. Разом з тим, як зазначає автор, особливістю права на захист є те, що самостійне суб'єктивне право, яке одночасно є складовим елементом будь-якого суб'єктивного права, реалізується лише у випадку порушення останнього.

З огляду на зазначене, право на захист Т. М. Підлубна визначає як можливість його носія самому вчиняти юридично значущі активні дії в разі порушення його прав та інтересів шляхом звернення до компетентних державних органів або за допомогою застосування особою фактичних дій, які не суперечать закону, з метою задоволення особистих інтересів [4; с. 9–10].

Разом з тим в юридичній літературі існують й інші міркування щодо юридичної природи такого права. Наприклад, Г. П. Тимченко вважає, що включення права на захист до структури суб'єктивного права є досить спірним. На думку автора, право на захист є елементом правового статусу, який складають права, свободи та обов'язки, що фіксують стандарти поведінки особи, розкривають основні принципи її взаємодії з державою. Право на захист має конституційну природу та існує в рамках відносин держави і особи. Це положення підтверджується чинним законодавством, зокрема Конституцією України (ст. 3, 8, 19, 55) [7, с. 7–8]. Розглядаючи право на захист як елемент правового статусу, автору, як нам видається, все-таки варто було б показати як, на його думку, співвідносяться між собою такі правові категорії як правовий статус та суб'єктивне право з огляду на існуючі в юридичній літературі дискусії. Наприклад, М. К. Галянтич право на захист визначає як юридично закріплене право особи звернутися з вимогою про відновлення порушеного права або про його припинення [1, с. 309].

Таким чином, виходячи з аналізу юридичної природи права на захист, зробимо висновок, що таке права все-таке доцільно розглядати як елемент суб'єктивного права, реалізувати яке можна тільки у випадку порушення останнього.

Слід розмежовувати способи та засоби захисту цивільних прав та інтересів. Так, під способами захисту цивільних прав та інтересів розуміють правові прийоми, за допомогою яких заінтересована особа має змогу відновити своє порушене, оспорюване чи невизнане право та інтерес. На відміну від способів захисту засоби захисту цивільних прав та інтересів – це інструменти реалізації того чи іншого способу захисту [4, с. 11].

Загалом способи захисту суб'єктивних прав та інтересів визначено в загальних положеннях ст. 16 ЦК України. Так, відповідно до ч. 2 цієї статті такими способами є: визнання права, визнання правочину недійсним, припинення дії, яка порушує право, відновлення становища, яке існувало до порушення, примусове виконання обов'язку в натурі, зміна правовідношення, відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди, відшкодування моральної (немайнової) шкоди, визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб.

Як випливає з аналізу цієї правової норми перелік способів захисту суб'єктивних прав та інтересів не є вичерпним, адже, як зазначено в ч. 2 аналізованої статті, суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом.

Способи захисту суб'єктивних прав та інтересів, про які йдеться в цій правовій нормі, є такими, які можуть бути використані для захисту будь-яких цивільних прав та інтересів, в тому числі і житлових прав. Тому конкретні способи захисту житлових прав та інтересів можуть бути передбачені як в окремих договорах, укладених учасниками цивільних правовідносин, так і в спеціальних нормативно-правових актах.

До спеціальних способів захисту житлових прав в юридичній літературі, наприклад, відносять позови про визнання правочину щодо житла недійсним тощо [1, с. 313]. Слід звернути увагу на те, що такий спосіб захисту як визнання правочину недійсним не є таким, який безпосередньо обумовлений положеннями ч. 2 ст. 16 ЦК України, однак такий спосіб захисту житлових прав фізичними особами широко використовується в судовій практиці.

Порядок і межі застосування конкретного способу захисту цивільного права, як зазначено в юридичній літературі, має залежати від змісту суб'єктивного права, що захищається, і характеру правопорушення. При цьому посягання на житлові права з боку інших осіб має бути наявним [1, с. 316].

З огляду на специфіку житлових прав особливу увагу привертає до себе такий спосіб захисту як визнання житлових прав (п. 2 ч. 2 ст. 16 ЦК України), зокрема, на підставі ч. 2 ст. 220 ЦК України. Так, відповідно до цієї правової норми якщо сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, але одна із сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається. Слід зазначити, що відповідно до ч. 1 цієї статті у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним. Постановка такого питання обумовлена, насамперед, матеріалами судової практики.

Так, у справі № 2-2485 від 2 березня 2009 року за позовом особи 1 до осіб 2, 3, 4 про визнання договору купівлі-продажу дійсним та визнання права власності на квартиру Білгород-Дністровський міськрайонний суд Одеської області визнав договір купівлі-продажу квартири від 01.11.2008 р. між особою 1 та особами 2, 3 та 4 – дійсним, а також право власності на квартиру за особою 1. У своєму рішенні суд зазначив, що вищевказану квартиру позивач придбав у відповідачів, а відповідачі, як доказ отримання грошей, передали йому квартиру та правовстановлюючі документи на неї.

Нотаріально посвідчити договір сторони не змогли у зв'язку з тим, що відповідачі відмовилися від такого посвідчення, посилаючись на важкий матеріальний стан та відсутність часу.

Відповідно до ч. 2 ст. 220 ЦК України, якщо одна із сторін повністю або частково виконала договір, що вимагає нотаріального посвідчення, а інша сторона ухиляється від нотаріального оформлення договору, то суд має право на вимогу сторони, що виконала договір, визнати договір дійсним.

Враховуючи викладене, суд визнав за необхідне визнати договір купівлі-продажу квартири, укладений 01.11.2008 р. між особою 1 та особами 2, 3 та 4, дійсним. Крім того, з огляду на положення ст. 41 Конституції України суд також визнав необхідним визнати за особою 1 право власності на квартиру [5].

Таким чином, як випливає з наведеного рішення, на підставі ч. 2 ст. 220 ЦК України суд визнав договір купівлі-продажу дійсним, що стало підставою для визнання за **особою 1** права власності на квартиру.

Так, розглянувши у відкритому судовому засіданні цивільну справу № 2-950-07 від 12 листопада 2007 року за позовом особи 1 до особи 2 про визнання договору купівлі-продажу житлового будинку дійсним та визнання права власності на житловий будинок, Березівський районний суд Одеської області встановив, що 3 травня 2007 р. між особою 1 та особою 2 було укладеного договір купівлі-продажу житлового будинку. Умови договору викладені в письмовій формі, де особа 2 підтверджує, що за продаж будинку отримала від особи 1 4000 грн.

Як зазначено в рішенні суду, особа 2 ухилялася від нотаріального посвідчення договору купівлі-продажу житлового будинку, у зв'язку із чим позивача звернулася до суду з цим позовом. Враховуючи зазначене, а також виходячи із ст. 220, 657 ЦК України та інших правових норм, суд визнав договір купівлі-продажу житлового будинку дійсним. Крім того, суд також визнав за особою 1 право власності на житловий будинок [3]. Таким чином, задовольняючи позовні вимоги про визнання договору купівлі-продажу житлового будинку дійсним, що стало підставою для визнання за особою 1 права власності на житловий будинок, Березівський районний суд Одеської області також виходив із положення ч. 2 ст. 220 ЦК України.

Слід звернути увагу на те, що в судовій практиці існує чимало таких рішень, на підставі яких суди, виходячи із ч. 2 ст. 220 ЦК України, визнавали дійсними договори купівлі-продажу житлових будинків, що, у свою чергу, служило підставою для визнання за фізичними особами право власності на житло [8, 9]. Однак з огляду на положення ст. 657 ЦК України, виникає питання щодо правомірності таких рішень.

Так, відповідно до ст. 657 ЦК України договір купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації. Крім того, згідно з ч. 4 ст. 334 ЦК України, якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації. Таким чином, право власності на нерухоме майно за договором, як випливає із наведених правових норм, виникає не з моменту нотаріального посвідчення договорів, а безпосередньо з моменту їх державної реєстрації. Тобто, з одного боку, державна реєстрація таких договорів є моментом, з настанням якого вони вважаються укладеними, а з іншого – способом виникнення права власності на нерухоме майно. Слід зазначити, що договори купівлі-продажу квартир є такими, які належать до договорів про відчуження майна.

Виходячи із зазначеного, виникає питання щодо можливості визнання за особою у судовому порядку права власності на квартиру внаслідок визнання договору купівлі-продажу дійсним на підставі ч. 2 ст. 220 ЦК України. Враховуючи положення наведеної правової норми, а також зміст ч. 4 ст. 334 ЦК України та ст. 657 ЦК України, відповідь на поставлене питань, як нам видається, повинна бути негативною, оскільки в аналізованому випадку право власності на квартиру як нерухоме майно виникає не з моменту нотаріального посвідчення договору про відчуження майна, а з моменту державної реєстрації такого договору. Тобто позов про визнання на підставі ч. 2 ст. 220 ЦК України договору купівлі-продажу квартири, який не є нотаріально посвідченим, дійсним не можна розглядати як окремий спосіб захисту суб'єктивних житлових прав та інтересів учасників цивільних правовідносин.

З огляду на зазначене варто погодитися із позицією *Каланчацького районного суду Херсонської області, який своїм рішенням від 18 травня 2010 р. у справі № 2-451/10 відмовив у задоволенні позову особи 1 до особи 2 про визнання права власності на житловий будинок. Як зазначено у судовому рішенні, посилання позивача в мотивування задоволення її позовних вимог на ч. 2 ст. 220 ЦК України є безпідставними, оскільки дія норми ч. 2 ст. 220 ЦК України поширюється лише на договори, щодо яких передбачене обов'язкове нотаріальне посвідчення, і не може застосовуватися до договорів, які підлягають і нотаріальному посвідченню, і державній реєстрації. З огляду на зазначене суд правомірно дійшов висновку, що*

неможливо визнати право власності позивача на житловий будинок на підставі договору купівлі – продажу, який є нікчемним, тому позов задоволенню не підлягає [6].

Зокрема, М. К. Галянтич та А. І. Дрішлюк, розглядаючи можливість застосування ч. 2 ст. 220 ЦК України до правочинів щодо житла як особливого об'єкта нерухомості, також дійшли висновку, що зазначена правова норма не повинна поширюватися при вирішенні судами питання щодо визнання дійсними правочинів, про які йдеться, на підставі ч. 2 ст. 220 ЦК України [1; с. 323].

Таким чином, можна зробити висновок про наявність окремих проблем, які виникають у зв'язку із застосуванням у судовому порядку окремих способів захисту житлових прав фізичних осіб, що породжено недосконалістю цивільного законодавства, у зв'язку з цим виникає необхідність для проведення подальших наукових досліджень з цієї тематики, а також внесення відповідних змін і доповнень до ЦК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Галянтич М. К.* Здійснення та судовий захист суб'єктивних житлових прав. Монографія / Галянтич М., Дрішлюк А., Лічман Л. – Київ-Тернопіль: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, Підручники і посібники, 2009. – 496 с.

2. *Галянтич М. К.* Приватноправові засади реалізації житлових прав громадян в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня док. юрид. наук: спец. 12.00.03 / М. К. Галянтич. – К., 2007. – 40 с.

3. *Заочне рішення* Березівського районного суду Одеської області від 12 листопада 2007 р. у справі № 20950-07 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.reyestr.gov.ua.

4. *Підлубна Т. М.* Право на захист цивільних прав та інтересів: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т. М. Підлубна. – К., 2009. – 20 с.

5. *Рішення Білгород-Дністровського* районного суду Одеської області від 2 березня 2009 р. у справі № 2-2485 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.reyestr.gov.ua.

6. *Рішення Каланчацького* районного суду Херсонської області від 18 травня 2010 р. у справі № 2-451/10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.reyestr.gov.ua.

7. *Тимченко Г. П.* Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. П. Тимченко. – Харків, 2002. – 20 с.

8. *Рішення Роздольненського* районного суду АР Крим від 31 березня 2008 р. у справі № 2-1261/08 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.reyestr.gov.ua.

9. *Рішення Миколаївського* районного суду Одеської області від 10 березня 2009 р. у справі № 2 – 108 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.reyestr.gov.ua.

This article analyzes an important and topical issue - the protection of housing rights of individuals, the content of the right to defense through the lens of research and legal problems of some ways to protect housing rights and interests of individuals, makes a distinction ways and means of protection of such rights, special attention is focused on ways protection.

В статье анализируется важный и актуальный вопрос – вопрос защиты жилищных прав физических лиц, раскрывается содержание права на защиту через призму исследования правовых проблем реализации некоторых способов защиты жилищных прав и интересов физических лиц, проводится разграничение способов и средств защиты таких прав, акцентируется внимание на специальных способах защиты.

НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО ЗА ЗАПОВІТОМ

Солтис Н. Б.

науковий співробітник відділу приватного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Набуття житла у спадщину за заповітом є здійсненням заповідачем заповідальної правосуб'єктності як власника житла, яке належить йому на праві власності або буде належати йому у майбутньому. Це дає можливість розпорядитися заповідачу своїм правом розпорядження, виходячи із таких видів належності йому житла: реальне право власності на житло і абстрактне. Право власності на житло у спадкоємців може виникнути у разі прийняття спадщини за одним із видів заповітів, передбачених законодавством.

Ключові слова: спадкування, заповіт, види заповітів, заповідальна правосуб'єктність, житло, житлові права.

Право визначати долю свого житла на випадок смерті – є елементом правоздатності особи. Для власника житла це право є одним із способів здійснення правомочності розпорядження. Законодавство, в першу чергу, надає право особі, яка є власником житла, самій визначити його долю шляхом складання заповіту. Передумовою такого розпорядження може бути набуття особою за життя права власності на житло, яке представляє для особи значну цінність як об'єкт, придбаний для проживання (наприклад, за іпотечним кредитуванням, орендою з правом викупу, за договором купівлі-продажу), та за вартісною оцінкою є річчю, яка має велику ціну у грошовому виразі. Крім того, така цінна річ може стати після смерті власника предметом розподілу з боку його рідних або інших близьких осіб. Тому власник житла може ще за життя розпорядитися своєю власністю, вирішивши житлове питання для своїх близьких шляхом передачі їм житла у власність за заповітом.

Ця проблематика досліджувалася в різний період вітчизняними і зарубіжними фахівцями з цивільного та спадкового права. Зокрема, загальні питання спадкування за заповітом були проаналізовані у працях таких фахівців: Л. К. Буркацького, Л. Ю. Грудциної, Ю. О. Заіки, А. Г. Кравчук, Ю. К. Толстого, С. Я. Фурси, Є. І. Фурси та деяких інших. З огляду на перераховані праці та загальні теоретичні напрацювання з питань спадкування метою статті є виявлення певних особливостей спадкування житла, яке є річчю оборотоздатною, що дає можливість заповідачу реалізувати своє право власника розпорядитися своїм житлом ще за життя.

Відповідно до ст. 1233 ЦК України заповітом є особисте розпорядження фізичної особи на випадок її смер-

ті. Ю. О. Заіка зазначає, що необхідним елементом заповіту є не лише особистість розпорядження, а розпорядження щодо майна, яке за заповітом набуде спадкоємець, і пропонує у зв'язку з цим своє визначення поняття. Заповіт – це особисте розпорядження фізичної особи стосовно її майна і зобов'язань, яке набуває чинності після смерті, складене в передбаченій законом формі і посвідчене особами, зазначеними у законі [1, с. 79]. Л. К. Буркацький також вважає, що легальне визначення поняття «заповіт» є неповним та потребує вдосконалення і, в свою чергу, пропонує визначення цього поняття як вольового одностороннього акта фізичної особи (у тому числі подружжя) щодо розпорядження своїми майновими правами власника на випадок смерті, вчиненого на користь однієї або кількох осіб у формі і порядку, встановлених законом. Але в згаданому визначенні автор не врахував положення ст. 1240 ЦК України, відповідно до якого заповідач може зобов'язати спадкоємця до вчинення дій і немайнового характеру [2, с. 79]. Більш наближеним до складу особистого розпорядження виявився Ю. К. Толстой, який визначив заповіт як акт фізичної особи (громадянина, іноземця, особи без громадянства) з розпорядження належними йому матеріальними чи нематеріальними благами на випадок смерті [3, с. 79]. За класифікацією правочинів заповіт є одностороннім правочином, так як для здійснення заповідального розпорядження не потрібне зустрічне волевиявлення іншої сторони правочину (спадкоємця). ЦК Російської Федерації (далі −ЦК РФ) імперативно визначає заповіт як односторонній правочин, який має суворо особистий та індивідуальний характер (ч. 3, 4 ст. 1118 ЦК РФ).

Складаючи заповіт, заповідач реалізує свою активну заповідальну дієздатність. Л. Ю. Грудцина вважає, що за змістом заповіт можна визначити як виражене у передбаченій законом формі волевиявлення спадкодавця, яке спрямоване на визначення юридичної долі його майна після смерті цієї особи [4, с. 117]. Частина 5 ст. 1118 ЦК РФ визначає заповіт як односторонній правочин, який створює права та обов'язки після відкриття спадщини. Російська вчена А. Г. Кравчук вважає таке формулювання невдалим і пропонує таку редакцію ч. 5 ст. 1118 ЦК РФ: «заповітом є односторонній правочин, який тягне зп собою юридичні наслідки після відкриття спадщини». У зв'язку з цим автор дає також визначення заповіту як одностороннього, нотаріально посвідченого правочину, який здійснено дієздатним громадянином та який містить розпорядження майном на випадок смерті [5, с. 67−68].

Здатність особи до складання особистого розпорядження є його суб'єктивним правом. Суб'єктивні права виникають у фізичних осіб на підставі їх правоздатності за умови наявності певних юридичних фактів, передбачених ст. 11 ЦК України. Цивільна правоздатність – це здатність фізичної особи мати цивільні права і обов'язки, закріплені законом. Суть цивільної правоздатності в тому, що вона є лише передумовою виникнення суб'єктивних прав та обов'язків, яких фізична особа набуває внаслідок реалізації своєї правоздатності. Будь яка особа-заповідач як учасник цивільних правовідносин має право на складання заповіту як природної здатності людини мати права та обов'язки. Але для участі у цивільних правовідносинах мати лише цивільну правоздатність недостатньо. Заповідач повинен мати здатність своїми діями набувати цивільних прав та обов'язків і реалізовувати їх. Але, по суті, заповідач набуває для себе прав на складання заповіту, а обов'язки виникають вже для спадкоємців. Крім того, під час розпорядження своїми майновими і немайновими правам він повинен усвідомлювати значення своїх дій та мати можливість ними керувати при складанні заповіту. *Таким чином, правоздатність та дієздатність заповідача у сукупності складають поняття заповідальної правосуб'єктності, що є складовою загальної цивільної правосуб'єктності. У зв'язку з цим вважається за необхідне підтримати позицію деяких авторів щодо доцільності виділення окремої категорії заповідальної правосуб'єктності.*

Заповідальна правосуб'єктність передбачає право заповідача на визначення обсягу спадщини, до складу якої входять житлові права − право власності та право користування житлом. Це дає можливість розпорядитися заповідачу своїм правом розпорядження виходячи із таких видів належності йому житла: реальне право власності на житло і абстрактне, тобто таке право, яке можливо виникне або буде йому належати у майбутньому.

Реальне право власності на житло пов'язане із моментом набуття права власності, яке виникає у фізичної особи після державної реєстрації прав на житло в органах БТІ. У такий спосіб можна набути житло виходячи із такої класифікації: 1) за цивільно-правовими договорами, що регулюють набуття права власності на житло: договір купівлі-продажу, договір міни житла, договір довічного утримання, договір ренти, договір дарування житла, спадковий договір; 2) шляхом приватизації житла, яке перебувало у державному житловому фонді; 3) за набувальною давністю; 4) шляхом спадкування (за заповітом або за законом); 5) новостворене майно (житлове будівництво (за договором дольової участі особи у житловому будівництві, житлово-будівельному кооперативі (ЖБК), 6) кредитування житла (молодіжне кредитування, іпотечний кредит).

Нотаріус при посвідченні заповіту від заповідача не вимагає подання доказів, які підтверджують його право на майно, що заповідається (п. 159 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України затвердженої Наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004. № 20/5). Тому заповідачу на момент складання заповіту не обов'язково мати правовстановлюючі документа на житло, що підтверджують право власності на нього. Житло, право власності на яке може набути заповідач у майбутньому, є абстрактне набуття права власності на житло. Основним критерієм розмежування набуття реального від абстрактного житла на праві власності є строк виникннення даного права. Строком є певний період у часі, зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення. За призначенням виникнення права власності це є строк правостворюючий, тобто з настанням або закінченням якого пов'язане набуттям нового цивільного права, а саме, права власності на житло. Таке право власності може виникнути у заповідача у майбутньому зі сплином правовстановлюючого строку: 1) на новостворене майно; 2) за набувальною давністю. Стаття 331 ЦК України встановлює три моменти виникнення права власності на новостворене нерухоме майно: з моменту завершення будівництва (створення майна); з моменту прийняття його до експлуатації; з моменту державної реєстра-

ції. Тому, якщо на час відкриття спадщини за заповітом (а також і за законом) не буде правовстановлюючих документів, що підтверджують право власності на житло, то спадкоємці відповідно до ч. 3 ст. 331 ЦК України до завершення будівництва (створення майна) отримують у спадщину право власності на матеріали, обладнання тощо, які були використані в процесі його будівництва. Заповідач також може розпорядитися як всім житлом, яке належить йому на праві власності, так і його частиною. Але в такому разі інша чистина житла буде спадкуватися спадкоємцями за законом на загальних підставах. Разом з правами, які розподілив між спадкоємцями у заповіті заповідач, переходить та частина його обов'язків, що є пропорційною до одержаних ними прав. Так заповідач може розпорядитися житлом, яке обтяжене заставою. Відповідно до ст. 9 Закону України «Про іпотеку» іпотекодавець має право заповідати передане в іпотеку нерухоме майно. Правочин, який обмежує право іпотекодавця заповідати передане в іпотеку нерухоме майно, є нікчемним.

Також заповідач має право заповідати свою частку у праві спільної сумісної власності до її визначення та виділу в натурі. Співвласниками спільного житла заповідача можуть бути як один співвласник-спадкоємець − другий із подружжя, так і декілька спавласників-спадкоємців, які набули житло у спільну власність в результаті спільної праці та за спільні кошти членів сім'ї. Співвласники-спадкоємці мають право на виділ у натурі частки із житла, що належить їм на праві спільної сумісної власності. За загальним правилом, частки співвласників житла є рівними, якщо інше не встановлено домовленістю між ними, законом або рішенням суду (ст. 370 ЦК України). Тому розмір частки заповідача у праві спільної сумісної власності на житло, яка складає обсяг спадщини, буде визначатися та виділятися в натурі при прийнятті спадщини спадкоємцями із врахуванням особливостей поділу житла як речі неподільної.

Заповідач може за життя реалізувати своє право власника на розпорядження своїм житлом склавши заповіт і тим самим надати можливість спадкоємцям реалізувати своє житлове право через спадкове правонаступництво − прийнявши спадщину, у складі якої є житло. Право власності на житло у спадкоємців може виникнути у разі прийняття спадщини за одним із видів заповітів: заповіт із покладенням обов'язків (ст. 1240 ЦК України); заповіт з умовою (ст. 1242 ЦК України); заповіт із заповідальним відказом (ст. 1237 ЦК України); заповіт подружжя (ст. 1243 ЦК України). Деякі науковці виділяють як окремий вид «секретний заповіт» (ст. 1249 ЦК України). Вважається таке виокремлення «секретного заповіту» як виду недоцільним, оскільки зміст заповіту не містить істотних особливостей, які дадуть змогу виділити його в окремий вид. Єдина його особливість полягає у нотаріальній процедурі посвідчення заповіту, що є особливістю нотаріально процесуальних дій, які слід дотримуватися нотаріусу при посвідченні заповіту (ст. 1250 ЦК України).

За заповітом із покладенням обов'язків заповідач своїм розпорядженням обмежує права спадкоємців щодо спадкової маси вчиненням певних дій: 1) вчиненням певних дій немайнового характеру; 2) вчиненням певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети. Покладення передбачає вигоду немайнового характеру без зазначення конкретної особи, на користь якої вчинятимуться певні дії: розпорядження особистими паперами, передача листів, речей, визначення місця поховання і форми (можливо за певним релігійним обрядом). Стаття 1240 ЦК України також імперативно не встановлює строк виконання даного покладення і особи, яка буде контролювати виконання обов'язку. Тому автор підтримує позицію С. Я. Фурси щодо доцільності регламентації у заповіті шляхом конкретизації заінтересованих осіб, а також і строк виконання обов'язків [6, с. 46−47]. Право власності на житло виникне у спадкоємця з моменту його державної реєстрації, тоді з якого моменту і в який строк повинен спадкоємець виконати обов'язок, покладений на нього за заповітом? По-перше, таким моментом відліку строку слід вважати момент прийняття спадщини, а не момент її відкриття [6, с. 47], так як моментом здійснення права на спадкування є вчинення певних дій спадкоємцями, а саме, подача заяви про прийняття спадщини, що свідчить про їх намір прийняти права і обов'язки за заповітом (або за законом). По-друге, строк остаточного виконання може бути передбачений у заповіті залежно від покладеного обов'язку заповідачем, так як строк здійснення покладеного обов'язку може бути здійснений як до моменту виникнення права власності на квартиру, так і розтягнутий у часі.

Останнім часом стало модним залишати свій спадок тваринам. Цивільне право окремих країн (зазвичай загальної системи права) допускає укладення заповіту не лише на користь юридичних чи фізичних осіб, а й на користь тварин. До заповіту американці часто включають своїх домашніх тварин (котів, собак тощо, а відомий американський співак Майкл Джексон, наприклад, призначив спадкоємицею свою улюблену мавпу). В такому випадку грошима буде розпоряджатися фізична особа, з якою вони житимуть під одним дахом після смерті власника. Для контролю за виконанням заповітів, складених на тварин, відповідні закони ухвалили 39 американських штатів [7]. Відповідно до ЦК України скласти заповіт на тварину не можна, оскільки домашня тварина не належить до жодної з категорій учасників спадкових правовідносин, а навпаки, є об'єктом цивільного обороту − річчю (майном), що становить склад спадкової маси як і інше майно − житловий будинок чи квартира для проживання. Тому цю проблему на користь своїх домашніх улюбленців деякі автори пропонують вирішувати, склавши заповіт із покладенням обов'язків на спадкоємця [6, с. 46; 8, с. 69]. Заповідач може заповідати житло спадкоємцю, встановивши при цьому довічний обов'язок догляду за твариною, що не перевищує вартості отриманої спадщини (квартири). Існує й інша пропозиція щодо можливості забезпечення безбідного існування тварин через зобов'язальне правовідношення шляхом укладення спадкового договору [9, с. 60]. Тварина за класифікацією об'єктів цивільних прав є річчю, власністю відчужувача (заповідача) і набуває режиму власності, який передбачає можливість здійснення власником правомочностей володіння, користування та розпорядження речами. Тому у заповідача є право скласти заповіт і передати тварину, яка належала йому на праві власності, у спадщину як майно, що входить до складу спадщини. Незважаючи на те, що і в заповіті із покладенням на спадкоємця обов'язків, і в спадковому договорі набувача зобов'язують вчинити дії немайнового характеру, доцільніше складати заповіт про передачу тварини у влас-

ність спадкоємців із покладенням обов'язку догляду за нею, так як предметом покладення є дії як майнового, так і немайнового характеру. В цьому аспекті слід підтримати російського законодавця, який вирішив дану проблему, зазначивши в ст. 1139 ЦК РФ, що заповідач може в заповіті покласти на одного або декількох спадкоємців за заповітом або за законом обов'язок здійснити будь-яку дію *майнового або немайнового характеру*, спрямовану на здійснення загальнокорисної мети (заповідальне покладання). ЦК РФ не деталізує так конкретно (а можливо й обмежено) дій немайнового характеру, які слід вчинити спадкоємцю, але щодо долі тварин імперативно встановлює: «Заповідач має право також покласти на одного або декількох спадкоємців обов'язок утримувати домашніх тварин, що належать заповідачеві, а також здійснювати необхідний нагляд і догляд за ними». Така позиція російського законодавця здається досить перспективною для спадкових правовідносин.

Заповіт із покладенням на спадкоємця обо'язків також передбачає покладення на спадкоємця виконання дій для суспільно корисної мети. Заповідач може зобов'язати свого спадкоємця використовувати квартиру або її частину як музей або бібліотеку. Тобто у таких випадках, як зазначає С. Я. Фурса, виконанню обов'язку передуватиме створення юридичної особи, наприклад громадського об'єднання [6, с. 47]. Але в такому випадку у спадкоємців не виникає житлових прав на житло, так як суспільно корисна мета в такому випадку змінює цільове призначення примішення на нежитлове, яке не призначене для постійного проживання в ньому фізичних осіб, звісно, якщо йдеться про передачу всієї квартири або будинку, а не її частини.

Оскільки заповіт є особистим розпорядженням фізичної особи і в ньому виражається його воля, то відповідно до ст. 1242 ЦК України заповідач має право скласти заповіт з умовою, в якому він може обумовити виникнення права власності на житло у особи, яка призначена в заповіті спадкоємцем, за наявності певної умови. Особливість цього заповіту полягає в тому, що умова, визначена в заповіті, має існувати вже на час відкриття спадщини. Заповіт з умовою відрізняється від заповідального відказу тим, що перший вимагає наявності певної умови на момент смерті заповідача, а другий – виконання певних дій уже після відкриття спадщини.

Заповідач також має право зробити у заповіті особливе заповідальне розпорядження – заповідальний відказ (легат). Його суть полягає в тому, що заповідач покладає на спадкоємця за заповітом виконання будь-якого зобов'язання на користь однієї або кількох осіб (відказоодержувачів), які набувають права вимагати його виконання.

Передача відказоодержувачеві якоїсь речі, що входить до складу спадкового майна, можлива шляхом передачі у власність, у володіння за іншим речовим правом у користування. Наприклад, коли предметом відказу є надання спадкоємцем, який отримав жиле приміщення, іншій особі права користування житловим приміщенням або його частиною. Це право може надаватися на термін життя відказоодержувача або на інший строк, проте до спадкоємців відказоодержувача воно не переходить. Таким чином, предметом заповідального відказу відповідно до ч. 1 ст. 1238 ЦК України, на перший погляд, не виключається і можливість покладення на спадкоємця обов'язку передання квартири, кімнати, житлового будинку у власність або за іншим речовим правом. Хоча виникає запитання, що заважає заповідачу передати у власність квартиру, склавши заповіт безпосередньо на самого відказоодержувача. Це набагато спростить саму процедуру передачі нерухомості, що пов'язана із спеціальним регулюванням правового режиму нерухомості, так як передача власності спадкоємцем відказоодержувачу через заповідальний відказ занадто ускладнює процедуру державної реєстрації. Крім того, в Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [10] серед прав і обтяжень, які підлягають обов'язковій реєстрації, підстави отримання права власності за заповідальним відказом не передбачено. Тому законодавець в ч. 2 ст. 1238 ЦК України виділяє окремо житлове приміщення як об'єкт спадкування і встановлює лише єдину правомочність власності щодо нього − право користування. А безпосереднє право власності на житло за заповітом із заповідальним відказом виникає лише у спадкоємців.

Цивільним законодавством встановлено право подружжя скласти спільний заповіт щодо житла, яке належить йому на праві спільної сумісної власності. Таким є житло, що набуте подружжям під час шлюбу, незалежно від того, що один із них не мав з поважної причини самостійного заробітку. Заповіт подружжя не охоплює всього майна, а стосується лише тієї його частини, яка перебуває у спільній сумісній власності подружжя, тобто житло, яке придбане подружжям в період перебування у шлюбі та за спільні кошти. Другою необхідною умовою заповіту подружжя є наявність шлюбних відносин між чоловіком і жінкою, що підтверджується свідоцтвом про реєстрацію шлюбу, тоді як фактичні шлюбні відносини не породжують права на спільний заповіт подружжя. Особливістю вказаного різновиду заповіту є те, що в разі смерті одного з подружжя частка у праві спільної сумісної власності на житло переходить до другого з подружжя, який його пережив. При цьому на житло, зазначене в такому заповіті, нотаріусом накладається заборона відчуження. І тільки після смерті останнього із подружжя право на спадкування житла мають особи, визначені подружжям у заповіті.

Підсумовуючи вищевикладене, доходимо висновку, що правоздатність та дієздатність заповідача у сукупності складають поняття заповідальної правосуб'єктності, що є складовою загальної цивільної правосуб'єктності. Набуття житла у спадщину за заповітом є здійсненням заповідачем заповідальної правосуб'єктності як власника житла, яке належить йому на праві власності або буде належати йому у майбутньому. Таким чином, заповідач через заповідальну правовсуб'єктиність надає можливість спадкоємцям реалізувати конституційне право на житло шляхом прийняття його у спадщину. До обсягу спадщини, яку заповідач може охопити заповітом, входять такі житлові права: 1) реальне та абстрактне право власності на житло; 2) право власності на частину житла; 3) частка у праві спільної сумісної власності на житло до її визначення та виділу в натурі; 4) обов'язки, які є пропорційними правам, що переходять до спадкоємців житла у порядку правонаступництва за зобов'язаннями. Правомочність власника розпоряджатись житлом може бути здійснена заповідачем в одному із видів складених ним заповітів, які передбачені законодавством. З огляду на це пропонується розуміти поняття «заповіт» − як здійснення особистої заповідальної правосуб'єктності заповідачем на випадок смерті сво-

їм майном, яке належить йому на праві власності або буде належати йому у майбутньому.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Заіка Ю. О.* Спадкове право в Україні: становлення і розвиток. Монографія / Ю. О. Заіка. − 2-е вид. – К.: КНТ, 2007. – 288 с.

2. *Буркацький Л. К.* Спадкове право України: теорія, коментарі, практика, зразки заяв: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / Л. К. Буркацький. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2008. – 384 с.

3. *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.

4. *Грудцына Л. Ю.* Наследственное право: Учебный курс – 2-е изд., испр. и доп. / Л. Ю. Грудцына. – М.: Изд-во Эксмо, 2006. – 272 с. – (Полный курс за три дня).

5. *Кравчук А. Г.* Правовая судьба наследственного имущества [Электронный ресурс]: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А. Г. Кравчук. ─ М.: РГБ, 2004 ─ 192 с. – (Из фондов Российской Государственной библиотеки).

6. *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.

7. *Домашнім тваринам* заповідають по 10 тисяч доларів //Gazeta.ua. − 2007. − 23 лист. −№ 499. − Режим доступу. − [Електронний ресурс] // http://gazeta.ua/index.php?id=193239.

8. *Бюлетень законодавства* і юридичної практики України. − 2008. − № 4. − Спадкування за законодавством України. Коментар. Судова практика. − 336 с.

9. *Жук Л.* Американський досвід з питань спадкування / Л. Жук // Юриспруденція. Теорія і практика. − 2008. −№ 10 (48). − 56−62.

10. *Закон України* «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» // Відомості Верховної Ради України. − 2004. − № 51. − Ст. 553.

Purchase housing in the inheritance by will is an exercise by the testator testamentary personality as the owner of housing belonging to him by right of ownership or that will belong to him in the future. This allows the testator to dispose of its right of disposal from the following types of housing belonging to him: the real ownership of the housing and abstract. Ownership of the house from the heirs may arise in the case of the inheritance of one of the types of wills, under the law.

Приобретение жилья в наследство по завещанию является осуществлением завещателем завещательной правосубъектности как собственника жилья, которое принадлежит ему на праве собственности или будет принадлежать ему в будущем. Это дает возможность распорядиться завещателю своим правом распоряжения исходя из следующих видов принадлежности ему жилья: реальное право собственности на жилье и абстрактное. Право собственности на жилье у наследников может возникнуть в случае принятия наследства по одному из видов завещаний, предусмотренных законодательством.

ФОРМИ ТА ЗАСОБИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Поєдинок В. В.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглянуто правові форми державного регулювання інвестиційної діяльності. Проведено класифікацію засобів державного регулювання інвестиційної діяльності на основі комплексу критеріїв. Охарактеризовано окремі види засобів державного регулювання інвестиційної діяльності.

***Ключові слова*:** інвестиційна діяльність, державне регулювання, форми та засоби державного регулювання інвестиційної діяльності.

Інвестиційна діяльність, як і будь-яка інша господарська діяльність, потребує державного регулювання. Специфіка регулюючого впливу держави в інвестиційній сфері виявляє себе у формах та засобах державного регулювання інвестиційної діяльності. Виділення і класифікація таких форм і засобів має не лише теоретико-пізнавальне, а й практичне значення, оскільки надає можливість всебічно дослідити особливості регулюючого впливу держави на різних стадіях та у різних сегментах інвестиційного процесу, оцінити його інтенсивність, рівномірність, відповідність обраній економічній стратегії тощо.

Проблематиці державного регулювання господарської діяльності, його оптимального співвідношення з ринковою саморегуляцією присвячена значна кількість наукових публікацій і дисертацій [8, с. 61–102]. Однак спеціальні питання державного регулювання інвестиційної діяльності, у тому числі щодо форм і засобів такого регулювання, є недостатньо дослідженими. Ці питання висвітлюються переважно в навчальній літературі з інвестиційного права [1, с. 69–70; 9, с. 77–80; 10, с. 219–220] на основі положень чинного інвестиційного законодавства. Це обумовило обрання нами форм та засобів державного регулювання інвестиційної діяльності предметом спеціального розгляду у цій статті.

Завданням статті є різнобічне дослідження регуляторних можливостей держави в інвестиційній сфері на основі виділення форм та проведення класифікації засобів державного регулювання інвестиційної діяльності.

Господарсько-правова наука визначає ***правові форми державного керівництва економікою*** як врегульовані нормами права, відмінні за конкретними цілями і способом здійснення види діяльності держави (її органів) у сфері економіки [3, с. 93]. Це визначення цілком може бути прийняте нами за основу із застереженням, що державне керівництво економікою (або організація господарської діяльності) є поняттям ширшим, аніж державне регулювання господарської діяльності.

Підтримуємо точку зору І. М. Кравець, згідно з якою управління господарською діяльністю та регулювання господарської діяльності є двома різними формами організації господарської діяльності. При цьому *управління* господарською діяльністю – це комплекс необхідних заходів, що реалізуються на підставі права власності на майно, на базі якого провадиться господарська діяльність, або делегованих повноважень з метою ефективного її здійснення. У свою чергу, *регулювання* господарської діяльності – це встановлення уповноваженими органами господарського керівництва умов здійснення цієї діяльності суб'єктами господарювання всіх форм власності з метою гарантування свободи підприємництва, обмеження монополізму з захисту економічної конкуренції, з одночасним здійсненням контролю за дотриманням встановлених правил, норм і застосування відповідальності за їх порушення У свою чергу, *контроль* є необхідною складовою як управління, так і регулювання [5, с. 39–40].

Згідно з ч. 1 ст. 12 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 р. *формами державного регулювання інвестиційної діяльності* є:

– управління державними інвестиціями;

– регулювання умов інвестиційної діяльності;

– контроль за її здійсненням усіма інвесторами та іншими учасниками інвестиційної діяльності.

Якщо керуватися описаним вище розмежуванням регулювання, управління та контролю, то виходить, що легальний перелік форм державного регулювання інвестиційної діяльності сформований за рахунок неоднопорядкових понять. Залишаючи осторонь управління державними інвестиціями, що здійснюється державою як власником, пропонуємо розрізняти такі форми державного регулювання інвестиційної діяльності:

– встановлення умов здійснення інвестиційної діяльності;

– нагляд/контроль у сфері інвестиційної діяльності;

– гарантування прав та законних інтересів суб'єктів інвестиційної діяльності.

Встановлення умов здійснення інвестиційної діяльності полягає у визначенні правовими нормами правил здійснення інвестиційної діяльності та окремих інвестиційних операцій, правового становища суб'єктів інвестиційної діяльності, правового режиму інвестицій як майнових цінностей, порядку укладання та виконання інвестиційних договорів, відповідальності за порушення правил здійснення інвестиційної діяльності.

Контроль у господарсько-правовій літературі традиційно визначається як встановлення компетентними органами ступеня відповідності фактичних напрямів і результатів діяльності суб'єктів господарського життя встановленим державою правилам, нормам і нормативам, а також виявлення порушень в діяльності цих суб'єктів, вжиття заходів щодо їх усунення, в тому числі застосування господарсько-правових санкцій [3, с. 93].

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 5 квітня 2007 р. державний нагляд (контроль) – це діяльність уповноважених законом центральних органів виконавчої влади, їх територіальних органів, органів місцевого самоврядування, інших органів в межах повноважень, передбачених законом, щодо виявлення та запобігання порушенням вимог законодавства суб'єктами господарювання та забезпечення інтересів суспільства, зокрема, належної якості продукції, робіт та послуг, прийнятного рівня небез-

пеки для населення, навколишнього природного середовища. В. С. Щербина вказує, що таке визначення є дещо звуженим, оскільки не охоплює основний аспект здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарювання, який, власне, і становить його *зміст* – встановлення відповідності (невідповідності) діяльності (поведінки) суб'єктів господарювання встановленим приписам [11, с. 85–86].

На нашу думку, не є безспірним і ототожнення понять нагляду та контролю. Вживання цих понять як абсолютних синонімів може бути достатнім для цілей Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», однак не для характеристики відповідної форми державного регулювання. У джерелах з державного управління наголошують на необхідності розрізнення контролю та нагляду як різних, хоч і близьких за своєю сутністю, видів державної діяльності. При цьому виділяють такі ознаки нагляду: наглядові функції виконуються по відношенню до непідпорядкованих об'єктів; нагляд характеризується систематичністю, повнотою охоплення діяльності піднаглядного об'єкта, що дає змогу активно виявляти порушення законності на всіх рівнях реалізації повноважень [2, с. 12].

Виокремлення нами *гарантування* як форми державного регулювання інвестиційної діяльності пов'язане з такими особливостями цієї діяльності, як переважно довгостроковий характер та наявність інвестиційного ризику (неможливість передбачити заздалегідь, чи окупляться витрати). Це викликає необхідність прийняття державою додаткових, підвищених обов'язків, спрямованих на створення спеціальних правових умов, за яких права та законні інтереси суб'єктів інвестиційної діяльності стали б реальнішими та забезпеченими. В інвестиційному праві (зокрема міжнародному) гарантіям традиційно приділяється величезна увага; в свою чергу, в навчальній літературі з інвестиційного права гарантії, зазвичай, розглядаються в темах, присвячених державному регулюванню інвестиційної діяльності [1, с. 78–80; 9, с. 80–86]. Вважаємо, що в інвестиційній сфері гарантування набуває значення самостійної форми регуляторної активності держави; більше того, ця форма фактично виступає «візитною карткою» регулювання.

Вважаємо за необхідне поряд з формами державного регулювання виділяти і нерегуляторну форму державного керівництва (організації) інвестиційної діяльності – *сприяння інвестуванню*. Згідно з усталеною світовою практикою сприяння інвестуванню (англ. *investment promotion*) являє собою самостійний напрям діяльності держави в царині залучення інвестицій, насамперед прямих іноземних. Усталеним є таке визначення сприяння інвестуванню: це – діяльність щодо поширення інформації або створення іміджу об'єкта інвестування та надання послуг, пов'язаних з інвестиціями, потенційним інвесторам [13, с.1]. Хоч залучення іноземних інвестицій вимагає скоординованих зусиль у багатьох сферах, саме технології сприяння забезпечують донесення усіх цих зусиль до їх адресатів.

Засоби державного регулювання інвестиційної діяльності перераховані в ч. 3 ст. 12 Закону України «Про інвестиційну діяльність». Так, регулювання умов інвестиційної діяльності здійснюється шляхом:

– подання фінансової допомоги у вигляді дотацій, субсидій, субвенцій, бюджетних позик на розвиток окремих регіонів, галузей, виробництв;

– державних норм та стандартів;

– заходів щодо розвитку та захисту економічної конкуренції; роздержавлення і приватизації власності;

– визначення умов користування землею, водою та іншими природними ресурсами;

– політики ціноутворення;

– проведення державної експертизи інвестиційних програм та проектів будівництва;

– інших заходів.

Нескладно помітити, що цей перелік мало чим відрізняється від переліку засобів державного регулювання господарської діяльності загалом, наведеного в ч. 2 ст. 12 Господарського кодексу України. Тільки державна експертиза інвестиційних програм та проектів будівництва (ст. 15 Закону України «Про інвестиційну діяльність») є спеціальним засобом регулювання саме інвестиційної діяльності. Уявляється, що в умовах дії ГК Закон України «Про інвестиційну діяльність» повинен зосереджуватися на розкритті специфіки власного предмета регулювання.

З метою якнайповнішого дослідження регуляторних можливостей держави в інвестиційній сфері пропонується класифікувати засоби державного регулювання інвестиційної діяльності за низкою критеріїв.

1. *За формами державного регулювання*, в рамках яких застосовуються засоби, слід виділяти:

– засоби встановлення умов здійснення інвестиційної діяльності;

– засоби нагляду/контролю в інвестиційній сфері;

– гарантії прав та законних інтересів суб'єктів інвестиційної діяльності.

2. *За роллю в механізмі правового регулювання* засоби поділяються на:

– стимулюючі;

– обмежувальні;

– нейтральні.

За визначенням А. Малька, *правовий стимул* є правовим спонуканням до законослухняного діяння, що створює для задоволення власних інтересів суб'єкта режим сприяння. *Правове ж обмеження* є правовим стримуванням протизаконного діяння, що створює умови для задоволення інтересів контрсуб'єкта та суспільних інтересів щодо охорони і захисту; це встановлені в праві межі, в яких особи повинні діяти. Автор вказує, що категорії стимулу та обмеження – кібернетичні, а дихотомія «стимул – обмеження» має не тільки загальнонауковий статус, а й притаманні масовій свідомості та повсякденній поведінці («пряник та кнут») [7, с. 71–72].

На нашу думку, розглядати будь-які засоби правового регулювання господарської/інвестиційної діяльності лише як стимули або обмеження немає підстав. В умовах ринкової конкуренції та конфлікту інтересів одні й ті самі правові засоби водночас можуть виступати стимулами для одних суб'єктів і обмеженнями для інших. Так, відповідно до ч. 3 ст. 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність» інвестування та фінансування будівництва об'єктів житлового будівництва з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управління, може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, а також шляхом випуску цільових облігацій, виконання зобов'язань за якими забезпечується одиницею

такої нерухомості, відповідно до законодавства; інші способи фінансування будівництва таких об'єктів визначаються виключно законами. Ця норма є обмеженням можливостей інвестування в будівництво для широкого кола суб'єктів, однак саме в силу цього вона ж стимулює створення і розвиток відповідних фінансових установ.

Крім того, значна частина правових приписів взагалі не мають ознак стимулів або обмежень, тобто є *нейтральними* щодо інтересів суб'єктів, яких вони стосуються. Прикладами можуть слугувати такі засоби правового регулювання інвестиційної діяльності як державна експертиза інвестиційних програм і проектів будівництва або державна реєстрація іноземних інвестицій. Зрозуміло, що у разі неадекватності, незбалансованості, непрозорості реєстраційних та дозвільних процедур вони дефакто виступатимуть обмеженнями відповідної діяльності, однак такий вплив не матиме нічого спільного з задекларованими цілями цих заходів.

3. ***За характером впливу на поведінку суб'єктів*** інвестиційної діяльності розрізняють:

– засоби команди-контролю;

– заохочувальні засоби;

– засоби ринкового впливу [12].

Засоби команди-контролю (command & control regulations) являють собою встановлення стандартів поведінки, недотримання яких тягне за собою застосування санкцій. Такі засоби мають свої *переваги*, до яких належать:

– можливість швидкого впровадження;

– чітке визначення неприйнятної поведінки;

– демонстрація політичної рішучості суб'єкта регулювання;

та *недоліки*:

– небезпека виникнення «регуляторної пастки» – тісний зв'язок між суб'єктом та адресатом регулювання може призводити до того, що суб'єкт регулювання починає діяти в інтересах адресата, а не в публічних інтересах;

– легалізм – складність, негнучкість і надмірна обтяжливість встановлюваних правил;

– складність визначення належних стандартів поведінки.

Заохочувальні засоби (incentive-based regulations) мають на меті модифікування поведінки адресатів регулювання шляхом зміни граничних витрат або граничних вигод, пов'язаних з певними рішеннями або діяльністю. *Перевагами* таких засобів є:

– низька дискреція суб'єкта регулювання;

– можливість вибору варіантів поведінки адресатами регулювання;

– низькі витрати впровадження;

– заохочення технологічних інновацій;

недоліками:

– ймовірність створення складних і негнучких правил;

– презюмування економічної раціональності, яка не завжди має місце;

– складність прогнозування наслідків регулювання.

Різновидом заохочувальних засобів є *засоби, пов'язані з результативністю господарювання* (performance-based regulations). Тут заохочення пов'язуються з отриманими результатами без надання чітких вказівок щодо того, яким чином ці результати мають бути отримані.

В економічній літературі зазначається, що первинним об'єктом державного регулювання інвестиційної діяльності доцільно розглядати не умови і процес, а результати інвестування. На сьогодні в Україні концептуально не визначено результатів інвестування як об'єкта регулювання і не забезпечено методичної основи для конструктивного регулювання інвестиційної діяльності за результатами, хоч існує позитивний досвід саме такого регулювання в зарубіжних країнах. Так, у США до середини 80-х років XX ст. корпорації отримували знижку з податку на прибуток у розмірі 30 % за цільові результати – використання прибутку на оновлення виробничих фондів. У 1986 р. податкова реформа скасувала ці пільги, оскільки вже не було особливої потреби нарощувати виробничий потенціал за рахунок бюджету. Але підприємствам надається знижка, яка стимулює економію енергоресурсів і використання альтернативних (нетрадиційних) видів енергії. Корпораціям надано право відраховувати від суми податків 15 % вартості устаткування, яке використовує сонячну і вітрову енергію [6, с. 97–107].

Аналіз інвестиційного законодавства України свідчить про недостатнє використання засобів, пов'язаних з результативністю. При тому, що кількість чинних пільг для суб'єктів інвестиційної діяльності не є значною, більшість з них застосовується на передінвестиційній або інвестиційній, але не експлуатаційній стадії інвестиційного процесу. Однак саме засоби, пов'язані з результативністю, є найменш витратними для державного бюджету, а доступ до них не обтяжений корупційним чинником, що визначає їх адекватність сучасним умовам в Україні.

До *засобів ринкового впливу* (market-based mechanisms) належать засоби конкуренційного регулювання, укладання договорів з приватними партнерами на конкурсній основі, продаж ліцензій та квот на викиди шкідливих речовин, вимоги щодо розкриття інформації. *Перевагами* таких засобів є:

– реагування підприємств на вимоги ринку, а не бюрократів;

– гнучкість;

– низькі витрати впровадження;

недоліками:

– непевність і трансакційні витрати, пов'язані з застосуванням;

– можливість створення бар'єрів для доступу на ринок;

– залежність від прозорості і надійності інформації.

Розглянутий поділ засобів, що застосовується, зокрема в документах ЮНІДО, близький до традиційного для господарсько-правової науки поділу засобів (методів) державного керівництва економікою на адміністративні та економічні [3, с. 94]. З точки зору останнього засоби команди-контролю виступають адміністративними засобами, заохочувальні засоби та засоби ринкового впливу – економічними. Разом з тим між двома останніми видами засобів є істотна різниця. В результаті дії заохочення вигода адресата регулювання отримується від держави (безпосередньо, коли йдеться про пряму фінансову підтримку, або опосередковано, коли йдеться, наприклад, про податкові пільги). Застосування засобів ринкового впливу не пов'язана з бюджетними втратами, їх дія заснована на використанні самими адресатами регулювання наявних на ринку можливостей з метою їх максимізації.

4. ***За структурою*** уявляється необхідним поділяти засоби на:

– дискретні;

– комплексні.

Дискретні засоби є відносно самостійними в механізмі правового регулювання, застосування кожного окремого засобу має власний регуляторний ефект, кожен засіб повинен піддаватися аналізу з точки зору співвідношення втрат і вигод від його застосування.

Комплексні засоби мають складну структуру – можуть бути розкладені на кілька окремих засобів, однак регуляторний ефект досягається внаслідок застосування усіх складових у їх взаємозв'язку. Прикладом комплексного засобу є спеціальний режим господарської/інвестиційної діяльності, який являє собою правовий режим, що визначає особливий порядок організації і здійснення господарської діяльності на певній території, у певній галузі економіки, який відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством та запроваджується державою у певних цілях для забезпечення розумного поєднання публічних та приватних інтересів шляхом встановлення обмежень та/або заохочень для суб'єктів господарювання [4, с. 15]. Комплексний засіб повинен розглядатися як єдине ціле і для цілей аналізу з точки зору співвідношення втрат і вигод від його застосування.

5. *За рівнем застосування* можна виділити:

– засоби макрорівня;

– засоби мікрорівня.

Засоби макрорівня слугують державному регулюванню інвестиційної діяльності в межах країни, регіонів, галузей народного господарства (державні програми, визначення пріоритетних напрямів інвестиційної/інноваційної діяльності, засоби конкуренційного регулювання та ін.). *Засоби мікрорівня* спрямовані на модифікування параметрів господарської діяльності окремих суб'єктів інвестиційної діяльності (регулювання умов інвестиційних договорів, державна підтримка на адресній основі та ін.).

6. *За стадіями інвестиційного процесу* виділяємо засоби, які застосовуються:

– на передінвестиційній стадії;

– на стадії інвестування;

– на експлуатаційній стадії.

Таким чином, за результатами проведеного дослідження: удосконалено перелік правових форм державного регулювання інвестиційної діяльності (порівняно з переліком, закріпленим в Законі України «Про інвестиційну діяльність»); класифіковано засоби державного регулювання цієї діяльності на основі комплексу критеріїв; сформульовано низку положень, що стосуються розмежування та особливостей застосування окремих видів таких засобів. Перспективи подальших розвідок у цьому напрямі стосуються формулювання загальної методології державного регулювання інвестиційної діяльності в межах виділених форм та з використанням відповідних засобів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Вінник О. М.* Інвестиційне право: Навчальний посібник / О. М. Вінник. – К.: Правова єдність, 2009. – 616 с.

2. *Гаращук В. М.* Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні / В. М. Гаращук. – Автореф. дис... док. юрид. наук (12.00.07). – Х., 2003.

3. *Господарське право:* практикум / В. С. Щербина, Г. В. Пронська, О. М. Вінник та ін.; За заг. ред. В. С. Щербини. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 320 с.

4. *Зельдина Е. Р.* Специальный режим хозяйствования: теоретические вопросы и направления модернизации. Монография / Е. Р. Зельдина / НАН Украины. Ин-т экономико-правовых исследований. – Донецк: ООО «Юго-Восток, Лтд», 2007. – 247 с.

5. *Кравець І. М.* Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень: монографія / І. М. Кравець – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 240 с.

6. *Кузьмін О. Є., Князь С. В.* Регулювання інвестиційної діяльності в Україні / О. Є. Кузьмін, С. В. Князь // Фінанси України. – 2002. – № 3. – С. 97 – 107.

7. *Малько А.* Правовые стимулы и ограничения: двоичность информации как метод анализа / А. Малько // Общественные науки и современность. – 1994. – № 5. – С. 67–76.

8. *Правовое* регулирование хозяйственных отношений: библиографический справочник (начало 70-х годов – конец 2008 г.) / Сост. А. Г. Бобкова. – Харьков: Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н. Н., 2009. – 656 с.

9. *Фархутдинов И. З., Трапезников В. А.* Инвестиционное право: учеб.-практ. пособие / И. З. Фархутдинов, В. А. Трапезников. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 432 с.

10. *Чернадчук В. Д., Сухонос В. В., Чернадчук Т. О.* Основи інвестиційного права України: Навчальний посібник / В. Д. Чернадчук, В. В. Сухонос, Т. О. Чернадчук; За заг ред. В. Д. Чернадчука. – Суми: ВТД «Університетська книга». – К.: Видавничий дім «Княгиня Ольга», 2005. – 384 с.

11. *Щербина В. С.* Державний нагляд (контроль) у сфері господарювання / В.С. Щербина // Юридична Україна. – 2009. – № 11. – С.84–87.

12. *Regulation* types and options [Electronic resource] / UNIDO. – Mode of access: http://www.unido.org/ fileadmin/media/ documents/ pdf/Module5.pdf.

13. *Wells L. T., Wint A. G.* Marketing a Country: Promotion as a Tool for Attracting Foreign Investment [Electronic resource] / L.T. Wells, A.G. Wint; Foreign Investment Advisory Service (FIAS) Occasional Paper 13. International Finance Corporation, Washington, D.C., April 2000. – 204 p. – Mode of access: http://rru.worldbank.org/ Documents/PapersLinks/244.pdf.

Legal forms of investment activity regulation by the state are studied. Instruments of investment activity regulation are classified. Certain types of investment activity regulation instruments are characterized.

Рассмотрены правовые формы государственного регулирования инвестиционной деятельности. Классифицированы средства государственного регулирования инвестиционной деятельности. Охарактеризированы отдельные виды средств государственного регулирования инвестиционной деятельности.

ПРАВОВЕ ОФОРМЛЕННЯ ВІДНОСИН В ЕКОНОМІЧНІЙ КОНКУРЕНЦІЇ

Безух О. В.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено застосуванню форм права та правовому оформленню відносин економічної конкуренції. В результаті дослідження автор дійшов висновку, що правові відносини у сфері економічної конкуренції є способом перетворення та регулювання певних суспільних економічних відносин.

Ключові слова: економічна конкуренція, форма права в конкуренції, оформлення правовідносин.

Особливістю господарської діяльності є той факт, що економічна конкуренція є принципом, механізмом, способом існування господарської ринкової системи та рушієм господарських горизонтальних і вертикальних відносин, що виникають. Вся господарська діяльність, як суспільні відносини, підпорядкована законам конкуренції, які мають публічний та економічний характер.

Конкуренція, як суспільні економічні господарські відносини, на певних стадіях, унаслідок здійснення правочинів та інших юридичних фактів стосовно учасників у сфері господарювання, перетворюється у правові відносини, Втративши юридичний характер, конкуренція на ринку (в господарській системі) зберігається як суспільні відносини.

Оформлення господарських відносин на певних стадіях їх руху як приватноправових між рівними учасниками господарських відносин не знімає з них статусу відносин у сфері суспільного виробництва. Це обумовлює наявність певних регулятивних та управлінських відносин, зміст яких повинні визначати не відносини підпорядкування, а завдання упорядкування відносин у сфері економіки з метою забезпечення інтересів всіх учасників та конкурентоспроможності в цілому.

Відносини економічної конкуренції, будучи врегульованими нормами права, набувають певної форми свого вираження. Правова форма представляє собою «спосіб організації права зовні». Таким чином, категорія правової форми відображає особливості структури відносин економічної конкуренції та правових засобів, що застосовуються.

Термін «правова форма» застосовують в різних змістах. В. Л. Кулапов вважає, що «правова форма відображає всю правову реальність». Це поняття використовується для визначення зв'язку права з іншими соціальними процесами та акцентує увагу на юридичних властивостях правових явищ, що опосередковують економічні, політичні та інші відносини [1]. Р. Халфіна зазначає, що під правовою формою іноді розуміють всю сукупність правових норм, систему права, норму права і т. п. Разом з тим під правовою формою іноді розуміють сукупність норм або правових інститутів, що опосередкують певний вид економічних відносин. К. Маркс зазначав, що, наприклад, правовою формою товарно-грошових економічних відносин є договір [2]. Призначення правової форми – це упорядкування змісту відносин, надання йому визначеного обов'язкового правового характеру. Складна система суспільних відносин економічної конкуренції породжує різноманіття форм зовнішнього виразу права, що їх регулює.

Правову форму необхідно відрізняти від правових інститутів, оскільки поняття правової форми може включати норми та інститути різних галузей права [3].

Правова форма реального відношення визначається не тільки змістом даного відношення, а й волею держави, яка встановлює для конкретного виду відносин ту чи іншу форму [4].

У правовій системі утвердилися такі форми права як правовий звичай, правовий прецедент, договір з нормативним змістом і нормативно-правовий акт [5].

Правовий звичай — це найстаріший різновид соціальних норм, які фіксують модель поведінки, що виникла в результаті багаторазового повторення та узагальнення найбільш раціональних варіантів значущої поведінки людей. Правовий звичай фіксує позитивну модель добросовісної поведінки (конкуренції), та будь-який учасник конкурентних відносин має очікувати від інших учасників її дотримання.

Порушення звичаїв в підприємницької діяльності створює негативну модель недобросовісної конкуренції. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» недобросовісною конкуренцією є будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності.

Правові звичаї свідчать про активність, ініціативу знизу, які є рушієм економічної конкуренції. Як зазначав Л. С. Явич, «звичаї можна … трактувати як стихійне передбачення встановленого законом права, в той час як закон, кодифікація є вже не спонтанне вираження права, а його раціональне джерело» [6]. В умовах бурхливого розвитку науково-технічного прогресу та трансформації економіки постійно змінюються способи господарської діяльності, які потребують нових форм діяльності та взаємодії. Це породжує нові моделі поведінки, які є добрими для конкуренції або обмежують її. Такі моделі не завжди фіксуються в правових нормах. У даному випадку доцільно стверджувати, що порушення звичаїв суперечить добрим звичаям, перекручує конкуренцію та робить її несумлінною.

Торгові звичаї є «зовнішньотекстуальним» джерелом права та займають особливу роль в регулюванні економічної конкуренції. Стаття 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» встановлює, що не існує вичерпного переліку дій щодо недобросовісної конкуренції. Статті 5, 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» визнають антиконкурентними узгодженими діями укладення суб'єктами господарювання *угод у будь-якій формі*, прийняття *об'єднаннями рішень у будь-якій формі*, а також *будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка* (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції. Згідно зі ст. 13 наведеного Закону зловживанням монопольним (домінуючим) становищем на ринку є дії чи бездіяльність суб'єкта господарювання, який займає монопольне (домінуюче) становище на ринку, що призвели або можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції. Тобто знову *немає вичерпного переліку правопорушення* (курсив наш – Б. О.).

Аналіз наведених правових норм свідчить, що у правовому регулюванні економічної конкуренції головним є: певний економічний стан та мета – існування конкуренції та захист споживачів; наслідки будь-яких дій суб'єктів господарювання, що призвели або можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції. Тобто відсутність конкретного вичерпного переліку заборонених дій та побудова правових норм як загальної генеральної заборони будь-яких дій, що можуть мати певні наслідки в економічній конкуренції, свідчать, що джерелом права є

безпосередня суб'єктивна діяльність учасників конкурентних відносин, які реалізують власні економічні інтереси, створюючи при цьому певні типи та інститути суспільних відносин в умовах ринкової економіки, що мають економічні наслідки та вплив на економічну конкуренцію.

Слід мати на увазі, що «під формою (джерелом) права розуміються певні способи (прийоми, засоби) вираження державної волі суспільства. Форма показує, які зовнішні прояви права, в якому вигляді воно існує та функціонує в реальному житті» [7] .

Державна воля проявляється в генеральній забороні поведінки, яка підлягає оцінці з точки зору економічних поглядів суб'єктів правовідносин та правозастосування стосовно недопущення, усунення чи обмеження конкуренції. З цієї точки зору правові звичаї відіграють особливу роль в регулюванні економічної конкуренції, як фіксатори усталеної добросовісної правомірної поведінки, яка відповідає закономірностям ринкової економіки та яку може очікувати кожний суб'єкт господарських відносин від інших суб'єктів, відхилення від якої створює правопорушення.

Н. Н. Алексєєв, зокрема, зазначав, що «коли називати джерелом права все те, що спроможне встановлювати права та обов'язки, то нормативні або нормовстановлюючі факти можна вважати первинними джерелами права. Вони є підставою для створення необмеженого кола норм, постанов, приписів і т. п. з відповідними їм тлумаченнями і роз'ясненнями. Останні в усій їх сукупності є змістом даного позитивного права. В останньому, в свою чергу, слід відрізняти, з одного боку, ті умовні установлення, які, грунтуючись на нормативних фактах, отримують спроможність встановлювати права і обов'язки, – з іншого ті, що встановлюються цими джерелами як обґрунтовані правопритязання та правозобов'язання» [8].

Таким чином, економічна конкуренція, враховуючи, що Україна будує ринкову економіки, вже є нормоутворюючим фактом, і виконання економічних законів при здійсненні господарської діяльності вже є обов'язковим, оскільки порушення економічних законів (закономірностей) свідчить або про нерозумність, або про недобросовісність відповідних суб'єктів господарських відносин, які призводитимуть до порушень суспільного економічного порядку та економічної конкуренції.

Правовий прецедент являє собою рішення державного органу, який приймається за зразок (правило) при наступному розгляді аналогічних справ. Незважаючи на те, що в Україні офіційно не визнано прецедентне право, але воно фактично існує, коли суди при прийнятті рішень посилаються прямо в мотивувальній частині рішення на правову позицію вищестоящих судів в аналогічних справах. Відносини економічної конкуренції не є в цьому сенсі винятком.

В умовах трансформації економіки України та господарських відносин актуальною формою фіксації інтересів суб'єктів господарських відносин став не припис з центру, а договір.

На відміну від інших угод нормативний договір містить правила поведінки загального характеру, не пов'язані з певними персонами. Прикладами є: договори про асоціації, які передбачають координацію дій суб'єктів господарювання та наявність механізмів саморегуляції, так звані договори приєднання, що введені у вживання ст. 634 ЦК України, умови яких встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах та які можуть бути укладені лише шляхом приєднання іншої сторони до запропонованого договору в цілому. Інша сторона не може запропонувати власні умови договору.

В цілому, позитивно оцінюючи економію коштів, пов'язаних із укладенням подібних договорів, необхідно зазначити, що в цих умовах економічно сильніша сторона має можливість диктувати власні умови, не кажучи вже про підприємства-монополісти. Враховуючи, що споживачі-покупці (наприклад, бюджетні установи в умовах не завжди зрозумілого в Україні фінансування їх потреб) є різними та мають різні можливості, такий підхід може призводити до примушення у повній відповідності до ЦК України підписувати явно невигідні, а іноді й такі, що не можуть бути виконані, договори з продавцями, що мають ринкову владу.

Нормативно-правові акти є основною і найбільш сучасною формою права. Вони надають можливість встановлювати певну правову модель суспільно значущих відносин, швидко реагувати на зміну потреб суспільства. Нормативні акти безпосередньо ознайомлюють суб'єктів відносин із їх змістом, варіантами можливої та забороненої поведінки.

Конституція України у ст. 42 гарантує наявність та захист економічної конкуренції. Пункт 8 ст. 92 Конституції України встановлює, що виключно законами України визначаються правові засади і гарантії підприємництва, правила конкуренції та антимонопольного регулювання. Враховуючи вищенаведені міркування стосовно торгових звичаїв і нормативних договорів, зміст п. 8 ст. 92 є не зовсім правильним та таким, що реально може обмежувати економічне життя і підприємницьку діяльність.

Разом з тим правові гарантії держави щодо економічної конкуренції створюють загально регулятивний зв'язок між усіма суб'єктами господарських відносин в межах визначених моделей економічної конкуренції, які реалізуються на певних ринках [9].

Конкуренція, як суспільні відносини, існує незалежно від волі держави. Учасники відносин економічної конкуренції не завжди можуть бути визначені конкретно. Економічні відносини, що виникають, не завжди отримують юридичний вираз. Разом з тим у випадках, передбачених чинним законодавством, відносини економічної конкуренції перманентно перетворюються у правові відносини, які мають обмежений у часі характер. Втрачаючи юридичний характер, економічна конкуренція, як суспільні відносини, продовжує існувати. В цьому випадку правові відносини економічної конкуренції, на слушну думку О. С. Іоффе, є способом перетворення суспільних відносин.

Аналізуючи правові відносини, О. С. Іоффе також зазначає, що «суспільні відносини, які потребують юридичного оформлення в різних стадіях їх існування, передбачають різні види правових відносин як умови свого руху. Опосередковуючи рух суспільних відносин, правові відносини в той же час виступають як спосіб конкретизації як суб'єктного складу цих відносин, так і тих функцій, які їх учасники зобов'язані виконати один перед одним» [10].

Таким чином, різноманітні горизонтальні і вертикальні правові відносини, що виникають у зв'язку із економічною конкуренцію між органами влади, суб'єктами господарювання і споживачами, є проявами руху відносин економічної конкуренції та способом конкретизації цих відно-

син, в яких реалізуються як функції учасників конкуренції, так і функції конкуренції як суспільного явища.

Межі, а значить і правова форма відносин економічної конкуренції, визначаються їх змістом. Р. Халфіна виділяє такі елементи, що визначають правову форму відносин:

– зміст визначає форму опосередковано через волю держави, яка грунтується на закономірностях розвитку змісту;

– зміст безпосередньо визначає поведінку учасників відносин, формує їх волю [11].

Відносини економічної конкуренції піддаються впливу обох елементів одночасно, оскільки забезпечення економічної конкуренції є у системі об'єктивних потреб суспільного розвитку як з точки зору розвитку господарської діяльності, так і з точки зору захисту споживачів. Але суспільні потреби повинні бути усвідомлені всіма учасниками відносин та скореговані законодавцем залежно від рівня правосвідомості та економічного розвитку конкретного суспільства.

Таким чином, правові відносини в економічній конкуренції є засобом та формою закріплення суспільних відносин, в яких зацікавлене суспільство.

Але, як зазначено у ст. 6 ГК України, загальним принципом господарювання в Україні є забезпечення добросовісної конкуренції у підприємництві. Зміст добросовісної поведінки у конкуренції, як вже зазначалося, законодавством не визначений, а саме поняття «економічної конкуренції», що надано у ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції», не пов'язує оцінку економічної конкуренції із певними діями, а передбачає лише можливість суб'єктів відносин обирати партнерів для здійснення правочинів.

Враховуючи наявність індивідуальних особливостей учасників відносин, видів економічних відносин, стану відносин у конкретній галузі економіки, реальна поведінка суб'єктів відносин може відхилятися від моделі, що встановлена правовими нормами, але завжди буде відбуватися певне співвідношення між волею держави щодо забезпечення конкуренції і волею суб'єктів економічної конкуренції щодо отримання матеріальних благ унаслідок конкуренції. Реалізація цієї волі відбувається у певних правових формах.

Рушійною силою конкуренції є приватна ініціатива, і головним у змісті відносин економічної конкуренції є реалізація, насамперед, права на господарську підприємницьку діяльність, що гарантоване ст. 13, 42 Конституції України, права власності та інших прав, що забезпечують господарські відносини. Воля особи на реалізацію свого права визначає і обрання правової форми відносин, що виникають в економічній конкуренції. Це може бути вступ у договірні відносини, реалізація прав особи в управлінні та організації господарської діяльності, розпорядження власністю, звернення за захистом до компетентних органів.

Стаття 42 Конституції України також передбачає гарантії захисту конкуренції, що забезпечується забороною зловживання монопольним становищем на ринку, обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції та захистом споживачів.

Реалізація загальних положень щодо економічної конкуренції не створює конкурентного середовища та не оформлює відносини економічної конкуренції, які визначаються правовим положенням суб'єктів та особливістю реалізації певних правових приписів.

В літературі класифікація форм реалізації права здійснюється за різними підставами. За суб'єктним складом розрізняють індивідуальну та колективну форми реалізації.

Залежно від характеру дій суб'єктів, ступеня їх активності і спрямованості виокремлюють:

– дотримання норм права, коли суб'єкти пасивно утримуються від дій, заборонених правом;

– виконання норм права, коли суб'єкти здійснюють активні дії щодо виконання покладених на них юридичних обов'язків;

– використання норм права, коли суб'єкти використовують надані їм права на власний розсуд;

– застосування норм права, як одна із форм державної діяльності, що спрямовані на реалізацію правових приписів у життя [12].

Варіативність поєднання цих форм реалізації права в економічній конкуренції буде різною залежно:

– від складу суб'єктів відносин та їх статусу (держава, суб'єкти господарювання, споживачі – фізичні особи);

– від волевиявлення сторін, яке може формуватися забороною певних дій в конкуренції (держава, суб'єкти господарювання), зобов'язанням до дій (компетентні державні органи, суб'єкти господарювання) або дозволом свободи вибору дій, що не заборонені чинним законодавством (суб'єкти господарювання і споживачі);

– від інтересу (приватного чи публічного) та мети, що реалізується в економічних відносинах та їх правовому регулюванні.

Законодавство встановлює зобов'язання суб'єктів господарювання утримуватися від порушень конкуренції та діяти добросовісно в господарській діяльності, не порушуючи прав та інтересів інших осіб. Порушення цього припису тягне за собою негативні наслідки у вигляді застосування санкцій з боку держави.

Також у процесі діяльності суб'єкти можуть приймати рішення та здійснювати дії, які не є проявом реалізації їх прав і обов'язків, тобто здійснювати їх на власний розсуд. Це свідчить про дозвіл здійснювати дії, що прямо не заборонені чинним законодавством, так і врегульовувати відносини з іншими особами на власний розсуд, в тому числі відступаючи від актів цивільного законодавства, але не порушуючи ринкові правила .

У реальному економічному житті на поведінку учасників ринку діє багато факторів, в тому числі діючих у протилежних напрямах. Перед учасниками економічної конкуренції постає питання: отримати певні економічні вигоди, пов'язані з порушенням закону, чи понести відповідальність, пов'язану з таким порушенням.

Але особливістю відносин економічної конкуренції є те, що основними їх критеріями є прибуток і частка на ринку, що отримані в процесі господарської діяльності, та наслідки для суспільних відносин – існування високорозвинутої конкурентоспроможної ринкової економіки чи обмеження або спотворення конкуренції, порушення прав споживачів, що обумовлює і обрання певних правових форм для цих відносин.

Наприклад, підрядна організація повинна виконати роботи у певний строк. З порушенням строку вона має сплатити неустойку згідно з укладеним договором. Але виникла можливість отримати більш вигідну роботу, і організація направляє сили і ресурси на виконання договору з іншим

замовником, нехтуючи своїм обов'язком за договором. Такі дії створюють не просто порушення договірних зобов'язань, а у певних випадках їх можна кваліфікувати як схиляння постачальника до дискримінації покупця (замовника) відповідно до ст. 11 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Або непоодинокими є випадки переманювання кваліфікованих працівників із підприємств конкурентів до власного підприємства шляхом розірвання трудових договорів. Але така звичайна, цивільна начебто, практика може створювати правопорушення, що передбачено ст. 10 «Схилення до бойкоту господарюючого суб'єкта (підприємця)» наведеного Закону.

Специфікою відносин економічної конкуренції є те, що правомірні дії щодо укладення правочинів та здійснення цивільних прав і обов'язків суб'єктами господарювання та фізичними особами-споживачами, управлінської діяльності органів влади може призвести до перетворення формально правомірних дій у протиправні та застосування заходів примусу з боку держави з підстав нанесення шкоди економічній конкуренції. Пункт 5 ст. 11 ЦК України встановлює, що не допускається використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція, яскраво ілюструє виникнення конфлікту між використанням власних прав і наслідком їх використання, що викликає реакцію з боку держави щодо припинення відповідних відносин. Між формою і змістом відносин виник конфлікт, який визначається або наслідками, або можливістю їх настання у сфері економічної конкуренції.

Висновки: Правові відносини економічної конкуренції є способом перетворення певних суспільних ринкових економічних відносин згідно з встановленою державою моделлю поведінки. Потребуючи юридичного оформлення на різних стадіях існування економічної конкуренції, конкуренція передбачає різні види правових відносин як умови свого руху та їх відповідне оформлення. Різноманітні горизонтальні і вертикальні правові відносини, що виникають у зв'язку із економічною конкуренцією між органами влади, суб'єктами господарювання і споживачами, є проявами руху відносин економічної конкуренції та способом конкретизації цих відносин, в яких реалізуються як функції учасників конкуренції, так і функції конкуренції як суспільного явища.

Торгові звичаї, як результат багаторазового повторення та узагальнення найбільш раціональних варіантів господарської діяльності, які потрібно очікувати, відіграють особливу роль в регулюванні економічної конкуренції. Вони фіксують усталену добросовісну правомірну поведінку, яка створює нормативні або нормовстановлюючі факти добросовісної економічної конкуренції або такої, що можна кваліфікувати як порушення, недопущення, усунення чи обмеження конкуренції.

Враховуючи, що Україна будує ринкову економіку, економічна конкуренція, яка є її стрижнем, створює нормовстановлюючий факт, згідно з яким всі учасники господарських відносин повинні забезпечувати та виконувати правила конкуренції, які випливають з дії економічних законів. Навіть окремі, не врегульовані безпосередньо в правових нормах, відносини економічної конкуренції породжують юридичні наслідки унаслідок дії генеральних заборон стосовно економічної конкуренції. Тобто відносини, які відповідають економічним законам, є правомірними, відносини, що суперечать економічним законам, є такими, що суперечать принципам добросовісності і розумності, призводять до порушення суспільного економічного порядку. Вони підлягають припиненню.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Теория государства и права:* курс лекцій/ Под ред. Н. И.Матузова и А. В. Малько.—2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2005. – С.374.
2. *Халфина Р. О.* Общее учение о правоотношении. –М., Юридическая литература, 1974. – С. 80.
3. *Халфина Р. О.* Там само. – С. 80–81.
4. *Халфина Р. О.* Там само. – С. 93.
5. *Теория государства и права*. Там само. – С. 377.
6. *Явич Л .С.* Общая теория права. – С.116.
7. *Байтин М. И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – Саратов, 2001. – С.67.
8. *Алексеев Н.Н.* Основы философии права. – С.155.
9. *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.
10. *Иоффе О. С.* Избранные труды по гражданскому праву. 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2003. – С. 526.
11. *Халфина Р. О.* Там само. – С.94.

The article is devoted application of forms of right and legal registration of relations of economic competition. As a result of research an author drew conclusion, that legal relations in the field of economic competition were the method of transformation that adjustings of certain public economic relations.

Статья посвящена применению форм права и правовому оформлению отношений экономической конкуренции. В результате исследования автор сделал вывод, что правовые отношения в сфере экономической конкуренции являются способом превращения и регулирования определенных общественных экономических отношений.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН СУБ'ЄКТІВ НЕДЕРЖАВНОГО СЕКТОРУ ЕКОНОМІКИ

Лукач І. В.,

кандидат юридичних наук, асистент кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті аналізуються окремі аспекти державного регулювання корпоративних відносин суб'єктів недержавного сектору економіки, наводиться їх класифікація, а також надаються пропозиції з вдосконалення відповідного законодавства.

***Ключові слова*:** корпоративні відносини; державне регулювання; органи державного регулювання конкурентних відносин; створення корпорацій.

Корпоративні відносини є важливим елементом підприємництва. Від ступеня та характеру державного регулювання цих відносин залежить не тільки обсяг обов'язкових у статуті елементів, а й загальна стратегія розвитку корпоративного бізнесу в цілому. З точки зору економіки корпоративний сектор є одним з найбільш динамічних ринків, а тому не дивно, що його державне регулювання потребує постійних змін залежно від вимог сьогодення. Разом з тим ці зміни мають бути виправданими та продуманими, щоби суб'єкти корпоративних відносин чітко усвідомлювали свої права та обов'язки. Проблему державного регулювання доповнює міжнародний характер корпоративних відносин та суттєвий вплив законодавчого закріплення тих чи інших положень в нормативних актах інших держав на українське право. До того ж Україна прагне стати членом Європейського Союзу (далі – ЄС), де є спеціальне регулювання корпоративних відносин на рівні директив та регламентів.

В українській науці проблемами державного регулювання корпоративних відносин (далі – ДРКВ) займалися такі вчені як О. М. Вінник, В. М. Кравчук, Т. В. Корягіна, В. С. Щербина, втім комплексного дослідження ДРКВ не було зроблено. Метою цієї статті є дослідження ДРКВ суб'єктів недержавного сектору економіки. Не є предметом даного дослідження корпоративні права держави, оскільки це є предметом самостійного вивчення, враховуючи особливості державного сектору.

На думку В. С. Щербини, проблема ефективного правового регулювання комплексних (у розумінні поєднання майнових і організаційних елементів), проте єдиних за своїм змістом у реальній економіці, відносин, що складаються у сфері господарювання, може бути вирішена лише шляхом нерозривного поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесі [1]. Це найбільше стосується ДРКВ, де держава покликана врегулювати ті відносини, які є найбільш важливими як для забезпечення публічних, так і приватних інтересів товариств та їх учасників.

Не можна погодитися з визначенням Т. В. Корягіної щодо системи державного регулювання корпоративного сектору як прямого або опосередкованого впливу на їх самостійні виробництва, філії й підприємства [2]. На нашу думку, такий вплив є необмеженим, тобто під це визначення може потрапити будь-який орган, який здійснює певні повноваження щодо корпорації, зокрема, перевірки податкової служби, пожежної частини чи санепідемстанції. Ці органи здійснюють загальний державний нагляд і контроль за додержанням правил ведення господарської діяльності. Проте їх вплив власне на корпоративні відносини є досить опосередкованим.

Разом з тим Т. В. Корягіна запропонувала цікаву систему основних мотивів державного регулювання корпоративного сектору в ринкових умовах, складовими якої є: запобігання формування монополій при одночасному сприянні створенню корпоративних структур, в тому числі шляхом злиттів та поглинань; підвищення ринкової ціни корпорацій; сприяння ефективному управлінню в корпораціях; підвищення соціальної відповідальності корпоративного бізнесу; покращення інвестиційного клімату та сприяння створенню інфраструктури корпоративного сектору [3].

На нашу думку, ДРКВ можна поділити за такими *сферами: нормативне регулювання корпоративних відносин та власне регулювання органами держави.* Нормативне регулювання здійснюється в багатьох сферах та належить до тих відносин, які не можна врегулювати на розсуд власників за допомогою статуту. Щодо *органів, які безпосередньо здійснюють ДРКВ для всіх корпорацій*, то можна визначити такі органи як *Державний реєстратор та Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку.*

На нашу думку, *за напрямами* ДРКВ можна поділити на: *процес створення суб'єктів корпоративного права, особливості здійснення корпоративних прав, конкурентне регулювання, припинення корпоративних правовідносин.*

Разом з тим суб'єкти корпоративного права мають різну організаційно-правову природу та галузеву приналежність. З огляду на це ДРКВ можна поділити на *загальне та спеціальне регулювання.* Загальне поширюється на всіх суб'єктів корпоративних відносин, а саме, акціонерних товариств (далі – АТ) та товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю (далі як збірне поняття – ТОВ), а спеціальне – лише на окремі види (у тому числі, ДРКВ АТ, ДРКВ державних корпорацій, ДРКВ за галузями народного господарства тощо). Вочевидь, що будь-яка держава приділяє більше уваги регулюванню саме акціонерних відносин як специфічного та найбільш публічного виду корпорацій. Однак ще більш детальним є галузеве регулювання таких видів корпорацій як банки, страхові компанії, фондові біржі, державні корпорації тощо. Особливості їх правового статусу закріплено в окремих законах і часто суттєво відрізняється від статусу звичайних корпорацій.

Розглянемо ДРКВ за напрямами регулювання.

ДРКВ створення корпоративних суб'єктів. Нормативне регулювання здійснюється згідно з Законом України «Про господарські товариства» (далі – Закон про товариства) та Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців» (далі – Закон про реєстрацію). Держава в особі специфічного органу – Державного реєстратора запроваджує процедуру легалізації господарських товариств шляхом надання дозволу на їх створення. При цьому до Державного реєстру вносяться всі види юридичних осіб незалежно від їх організаційно-правової форми та галузевої належності.

Така процедура внесення відомостей про корпорацію до Єдиного державного реєстру присутня у більшості країнах світу. Вона замінила собою видання хартій, яке відбувалося в Англії та США приблизно до середини 19 ст. Хартії носили індивідуальний характер та видавалися вищим законодавчим органом – парламентом країни або штату. В англосаксонській системі права заснування корпорації шляхом реєстрації дістала назву інкорпорації. Сьогодні в Німеччині функції реєстратора ви-

конують суди, у Франції – комерційні суди, в Англії – Палата компаній, а в США – Секретарі штатів.

На нашу думку, корисним надбанням є електронна державна реєстрація, яка запроваджена в Німеччині, Англії та деяких штатах США. Доцільно було б ввести цей інститут і в Україні. Також на сайті Палати компаній [4] та Міністерства юстиції Німеччини [5] можна віднайти загальну інформацію про компанію та за невелику плату (до 5 євро за кожний документ) дізнатися деталі про установчі документи, власників та навіть подивитися статут. На нашу думку, доцільно внести відповідні зміни до Закону України про реєстрацію та ввести Електронний держаний реєстр, який би був частиною Єдиного державного реєстру. На сьогодні є Постанова Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо запровадження системи електронної державної реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 21. 05. 2009 р. № 551 [6], якою передбачається запровадження системи електронної державної реєстрації суб'єктів господарювання. Втім, на практиці це має втілення у формі затвердженого Верховною Радою України 20 жовтня 2010, але ще не підписаного Президентом України Проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо запровадження системи електронної державної реєстрації суб'єктів господарювання)», яким запроваджується система подання електронних документів для проведення державної реєстрації. Це є першим кроком на шляху до Електронного Єдиного державного реєстру, втім, на нашу думку, виходячи з потреб часу, цього не достатньо.

Стаття 24 Закону про реєстрацію передбачає перелік документів, що подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи, який є загальним для всіх корпорацій. Однак у разі державної реєстрації юридичної особи, для якої законом встановлено вимоги щодо формування статутного фонду, крім документів, які передбачені частиною першою цієї статті, додатково подається документ, що підтверджує внесення засновником (засновниками) вкладу (вкладів) до статутного фонду (статутного або складеного капіталу) юридичної особи в розмірі, який встановлено законом (ч. 4 ст. 24). Тобто для АТ та інших видів корпорацій, для яких законом встановлено специфічні вимоги щодо формування статутного фонду, потрібно додатково подавати документи, передбачені законом.

Згідно з ч. 3 ст. 24 Закону про реєстрацію у випадках, передбачених законом, крім документів, передбачених частиною першою цієї статті, додатково подається (надсилається) копія рішення органів Антимонопольного комітету України або Кабінету Міністрів України про надання дозволу на узгоджені дії або на концентрацію суб'єктів господарювання. Це покликано на запобігання створенню загрози конкуренції ще на стадії створення суб'єкта господарювання.

Зазначимо, що у науковій літературі неодноразово лунали пропозиції щодо необхідності розділити державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності (далі – СПД) та некомерційних організацій. Зокрема, В. І. Марков пропонує закріпити таке визначення Державної реєстрації СПД – це процес легалізації СПД (юридично обов'язкова умова реалізації права на підприємницьку діяльність), який здійснюється шляхом проведення передбачених законом процедур органом державної реєстрації, що завершується включенням (внесенням) запису про такого суб'єкта до Єдиного державного реєстру СПД, з видачею зареєстрованому суб'єктові офіційного свідоцтва про його державну реєстрацію [7].

Натомість ми вважаємо, *що потрібно проводити державну реєстрацію суб'єктів господарювання та окремо організацій*, оскільки, наприклад, казенні підприємства чи споживчі кооперативи створюються відповідно до норм ГК України і було б логічно вести їх державну реєстрацію разом з іншими СПД.

Спеціальне регулювання створення АТ полягає в тому, що в Законі України «Про акціонерні товариства» (далі – Закон про АТ) чітко врегульований порядок подання документів до ДКЦПФР. Процедура заснування АТ прописана в розділі 2 Закону про АТ, і особливість участі ДКЦПФР при створенні АТ полягає в таких діях: подання заяви та всіх необхідних документів на реєстрацію випуску акцій до ДКЦПФР; реєстрація ДКЦПФР випуску акцій та видача тимчасового свідоцтва про реєстрацію випуску акцій; присвоєння акціям міжнародного ідентифікаційного номера цінних паперів; подання ДКЦПФР звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій; реєстрація ДКЦПФР звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій (ч. 5 ст. 9 Закону про АТ). Пункт 5 ч. 5 ст. 9 Закону про АТ передбачає укладення з депозитарієм цінних паперів договору про обслуговування емісії акцій або з реєстратором іменних цінних паперів договору про ведення реєстру власників іменних цінних паперів.

Особливості ДРКВ здійснення корпоративних прав. Неможливо описати процес державного регулювання через здійснення всіх корпоративних прав. Умовно корпоративні права можна поділити на відносини щодо формування статутного капіталу, представництво інтересів в органах товариства та виплату дивідендів. На жаль, обсяг статті не дає змоги у повному обсязі розкрити всі механізми, однак зупинимось на найбільш нагальних проблемах.

Найбільш важливим при формуванні статутного капіталу є вимога щодо мінімального статутного капіталу. Для АТ він вже багато років складає 1250 мінімальних заробітних плат (далі – МЗП). Зазначимо, що згідно зі змінами, внесеними до ч. 1 ст. 52 Закону про товариства, тепер мінімальний статутний капітал ТОВ становить суму, еквівалентну одній МЗП, що діє на момент створення ТОВ. На нашу думку, такий мінімальний статутний капітал є занадто малим, оскільки ТОВ – це специфічний вид товариства, що передбачає обмежену відповідальність його учасників за боргами юридичної особи.

Ці зміни внесені Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо спрощення умов ведення бізнесу в Україні» і введені з метою створення сприятливих умов для започаткування та ведення бізнесу в Україні [8]. В даному випадку законодавець неправильно розуміє поняття «сприятливі умови». Адже для того, щоб створити командитне чи повне товариство, не потрібно взагалі статутного капіталу, однак і відповідальність у повних учасників таких товариств є повною. Таким чином, мінімальний статутний капітал у ТОВ виконує функцію забезпечення як інтересів кредиторів, так і учасників ТОВ.

Наприклад, в РФ мінімальний статутний фонд ТОВ складає 100 МЗП (таке саме положення діяло і в Україні до внесення вищезазначених змін) [9]. У Німеччині мінімальний статутний капітал становить 25 тис. євро [10].

На жаль, у ТОВ та АТ немає обмеження на формування статутного фонду в грошовій формі. Разом з тим для ТОВ та ПрАТ навіть не встановлено порядок проведення оцінки майнових вкладів. Для публічних АТ чи у разі, якщо майно, що вноситься як плата за цінні папери, перебуває в державній або комунальній власності, законом передбачена вимога проведення ринкової вартості майна, грошова оцінка такого майна повинна дорівнювати його ринковій вартості. Ринкова вартість зазначеного майна визначається суб'єктом оціночної діяльності і підлягає затвердженню наглядовою радою (ч. 3 ст. 23 Закону про АТ). Оціночна діяльність проводиться згідно з Законом України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні».

Якщо звернутися до досвіду РФ, то у випадку не грошового внеску учасника до статутного капіталу ТОВ більше ніж 200 МЗП, такий внесок має затверджуватися незалежним оцінювачем (п. 2 ч. 2 ст. 15 вказаного Закону). Пропонується статутний капітал ТОВ та публічних АТ, внесений у не грошовій формі, оцінювати суб'єктами оціночної діяльності. При цьому для всіх АТ має бути обов'язкова оцінка, а у випадку не грошового внеску учасника до статутного капіталу ТОВ – більше ніж 100 МЗП (оскільки ми пропонуємо повернутися до мінімального статутного фонду у 100 МЗП, а також є вірогідність існування ТОВ однієї особи, що сплатила статутний фонд повністю у не грошовій формі) .

Щодо представництва інтересів учасників в органах корпорацій, то законом передбачено такі органи: збори учасників, виконавчий орган та ревізійна комісія. В АТ ще діє наглядова рада, яка обирається з числа акціонерів. Однак наглядова рада не передбачена в ТОВ. На нашу думку, тут не можна керуватися принципом, що все, що не вказано в законі, дозволено. Деякі юристи-практики також вважають, що створення наглядової ради в ТОВ суперечить закону [11]. Оскільки Закон про ГТ чітко встановлює органи товариства, що мають право приймати юридично значущі рішення, то створення наглядової ради не є можливим, хоча, на нашу думку, такий орган варто було б передбачити.

Окрему сферу ДРКВ корпоративних відносин є запобігання обмеженню конкуренції, що є предметом самостійного наукового дослідження [12].

ДРКВ припинення корпоративних відносин. Серед них можна виділити загальні підстави припинення корпоративних правовідносин: 1) відчуження частки (акцій); 2) смерть (припинення) учасника; 3) звернення стягнення на частку (акцію); 4) ліквідація товариства [13]. В трьох перших випадках корпоративні відносини припиняються через власне припинення корпоративних прав, а в останньому – в результаті ліквідації самої корпорації.

При державній реєстрації припинення корпоративних прав, власне, не реєструється припинення, а вносяться зміни до установчих документів у порядку, передбаченому ч. 3 ст. 29 Закону про реєстрацію, згідно з якою: у разі внесення змін до статуту корпорації, пов'язаних зі зміною складу засновників (учасників), додатково подається або копія рішення про вихід юридичної особи із складу засновників (учасників), завірена в установленому порядку, або нотаріально посвідчена копія заяви фізичної особи про вихід зі складу засновників (учасників), або нотаріально посвідчений документ про передання права засновника (учасника) іншій особі, або рішення уповноваженого органу юридичної особи про примусове виключення засновника (учасника) зі складу засновників (учасників) юридичної особи, якщо це передбачено законом або установчими документами юридичної особи. Таким чином, обов'язкового нотаріального посвідчення продажу корпоративних прав не потрібно.

Щодо АТ, то законодавець приділяє більше уваги державному регулюванню припинення корпоративних відносин та захисту прав міноритарних акціонерів. Зокрема, законом встановлено особливості придбання значного пакета акцій АТ. Втім багато положень чинного законодавства не приведено у відповідність з Директивами ЄС. Зокрема, ч. 1 ст. 65 встановлює обов'язок акціонера, що придбав значний пакет акцій АТ (50 %), запропонувати іншим акціонерам викупити їх акції (у такому випадку для публічних АТ є вимога про повідомлення ДКЦПФР). Проте не встановлено для власника контрольного пакета акцій «дзеркального» права на примусовий викуп акцій міноритарних акціонерів, чим порушується баланс дрібних та великих акціонерів [14]. Зокрема, ст. 15 Тринадцятої Директиви ЄС передбачає право на витиснення дрібних акціонерів у випадку володіння 90 % капіталу.

Зазначимо, що згідно з ч. 2 ст. 16 Третьої Директиви ЄС, що регулює злиття шляхом ліквідації одного суб'єкта, нотаріальне посвідчення (чи посвідчення органом, що складає та завіряє документи у належній правовій формі) злиття для публічних АТ є обов'язковим. Інакше договір про злиття може бути визнано недійсним (п. «b» абз. 1 ст. 22). Вважаємо, що запровадження норми про обов'язкове нотаріальне посвідчення злиття шляхом ліквідації одного суб'єкта є доречним і в українському праві. Як бачимо, *нормативне ДРКВ в ЄС висвітлено набагато детальніше та більше за обсягом, ніж в Україні*.

Щодо ліквідації АТ, то вона проходить в загальному порядку з певними особливостями застосування ст. 88–89 Закону про АТ. Звернімо увагу на те, що раніше наголошувалося, як вимоги учасників, які випливають з його участі у підприємстві, в тому числі вимоги щодо виплати нарахованої, але невиплаченої частини прибутку, повинні задовольнятися після завершення розрахунків з кредиторами підприємства. Тому чинним порядок задоволення вимог за ст. 89 Закону про АТ має бути змінено [15]. Звернімо увагу, що Закон про АТ не містить порядку анулювання акцій в порядку ліквідації та порядку повідомлення про це ДКЦПФР, що є, на нашу думку, суттєвим недоліком ДРКВ ліквідації АТ.

Таким чином, можемо зробити висновки про необхідність внесення до Закону про реєстрацію ст. 7–1: « «*Електронне ведення Єдиного державного реєстру*». *1. Спеціально уповноважений орган з питань державної реєстрації забезпечує електронне ведення Єдиного державного реєстру, у тому числі на сторінці в мережі Інтернет. 2. На сторінці в мережі Інтернет вводяться відомості згідно зі ст. 17 та ч. 1 ст. 20 цього Закону. 3. Відомості, крім точної назви та юридичної адреси, на сторінці в мережі Інтернет надаються за плату, встановлену Спеціально уповноваженим органом з питань державної реєстрації*». В частині 1 ст. 52 Закону про товариства слова «*еквівалентної одній* МЗП» *замінити* на «*еквівалентної сто мінімальним заробітним платам*», а також до-

повнити таким реченням: «*у випадку не грошового внеску учасника до статутного капіталу ТОВ більше ніж 200 МЗП, такий внесок має визначатися суб'єктом оціночної діяльності*». Перше речення ч. 3 ст. 23 Закону про АТ викласти у такій редакції: «*Грошова оцінка майна АТ, що вноситься як плата за цінні папери, повинна дорівнювати його ринковій вартості*».

Подальший розвиток ДРКВ полягає у дослідженні державного регулювання корпоративних прав держави як специфічного виду ДРКВ.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Щербина В. С.* Правові аспекти державного регулювання господарської діяльності // Удосконалення правового статусу учасників відносин у сфері господарювання. Збірник наукових праць (за матеріалами Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Київ, 20 листопада 2008). – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – С. 12–13.
2. *Корягіна Т. В.* Державне регулювання розвитку корпоративного сектора в Україні: Дис. … канд.. з держ упр. – К., 2009. – С. 6.
3. *Корягіна Т. В.* Вказаний твір. – С. 7.
4. *Companies* House // http://www.companieshouse.gov.uk/.
5. *Elektronisches* Handels- und Unternehmensregister. https:// www.unternehmensregister.de/ureg/.
6. *Відомості* Верховної Ради України від 15. 06. 2009 р. – 2009 р. – № 42. – С. 26.
7. *Марков В. І.* Створення та реєстрація суб'єктів підприємництва недержавного сектору економіки: Дис. … канд.. юрид. наук. – Д., 2004. – С. 14.
8. *Відомості* Верховної Ради України від 15. 12. 2009 р. № 1759 // ВВР. – 2010. – № 9. – С. 253.
9. *П. 1 ч. 1* ст. 14 Федерального закона Российской Федерации «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 7. – С. 785.
10. *Ч. 1 ст. 5* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) 20.04.1892. // http:// bundesrecht.juris.de/ gmbhg/ BJNR004770892.html.
11. *Литвин Ю.* Наглядова рада у ТОВ // http://search.ligazakon.ua/ l_doc2.nsf/link1/DG080713.html.
12. *Лукач І.В.* Правовий статус органів спеціальної компетенції у сфері захисту конкурентних відносин // Приватне право і підприємництво. – 2010. –№ 9. – С. 129–132.
13. *Кравчук В. М.* Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: Монографія. – Л.: Край, 2009. – С. 121.
14. *Кібенко О.* Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України. – Х.: Страйд, 2005. – С. 352.
15. *Повар П. О.* Правове регулювання ліквідації підприємств в Україні: Дис. … канд.. юрид. наук. – К., 2009. –С. 13.

Some aspects of state regulation of corporate relations of private sector entities are analyzed, as well as their classification and suggestions for the improvement of relevant legislation.

Анализируются отдельные аспекты государственного регулирования корпоративных отношений субъектов негосударственного сектора экономики, наводится их классификация, а также даются предложения по совершенствованию соответствующего законодательства.

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА, ЩО РЕГУЛЮЄ ВІДНОСИНИ НА ФОНДОВОМУ РИНКУ УКРАЇНИ

Кологойда О. В.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

Статтю присвячено визначенню та аналізу завдань та основних напрямів удосконалення законодавства, що регулює відносини на фондовому ринку України.

Ключові слова: фондовий ринок, цінні папери, законодавство про цінні папери.

В Україні з розвитком та поширенням цінних паперів почав формуватися і дедалі активніше функціонувати і розвиватися фондовий ринок. На розвиток фондового ринку цінних паперів впливає стан законодавчого регулювання випуску та обігу цінних паперів, правового статусу учасників ринку цінних паперів та порядку здійснення операцій з цінними паперами.

Дослідженню правового регулювання відносин на фондовому ринку України приділяли увагу такі вчені-правознавці як І. Г. Андрущенко, М. О. Бурмака, І. В. Кривов'язюк, І. Р. Назарчук, О. І. Онуфрієнко, В. І. Павлов, Л. В. Панова, І. І. Пилипенко, В. Посполітак, В. Л. Яроцький та ін.

Метою даної статті є дослідження основних напрямів реформування законодавства, що регулює відносини на фондовому ринку України.

Відповідно до Основних напрямів розвитку фондового ринку на 2006 – 2010 роки, затверджених Указом Президента України від 24. 11. 2005 р. № 1648/2005 [1], державна політика у сфері функціонування фондового ринку має бути спрямована на створення умов для підвищення капіталізації економіки, запровадження ефективної системи захисту прав інвесторів, забезпечення прозорих правил і процедури діяльності учасників фондового ринку, використання надійних, ліквідних інструментів ринку цінних паперів.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 07.03.2006 р. № 131-р затверджено План заходів з реалізації Основних напрямів розвитку фондового ринку на 2006 – 2010 рр. [2] і передбачено здійснення заходів щодо: удосконалення механізму захисту прав інвесторів; розвиток інструментів ринку цінних паперів; зосередження укладення договорів купівлі-продажу цінних паперів на фондових біржах та в інших організаторів торгівлі цінними паперами; удосконалення Національної депозитарної системи; удосконалення системи розкриття інформації на ринку цінних паперів.

Проектом Державної програми розвитку фондового ринку на 2011 − 2015 роки [3] передбачено вирішення таких основних завдань:

1. Збільшення капіталізації, ліквідності та прозорості фондового ринку шляхом: розширення пропозиції цінних паперів з високими інвестиційними характеристиками; удосконалення засад функціонування боргово-

го ринку та запровадження нових видів інструментів; покращення інформаційної прозорості фондового ринку України; популяризації фондового ринку.

2. Удосконалення ринкової інфраструктури та забезпечення її надійного і ефективного функціонування шляхом: консолідації інформаційної та технологічної біржової системи фондового ринку; модернізації депозитарної системи України; підвищення вимог до професійних учасників фондового ринку.

3. Удосконалення механізмів державного регулювання; удосконалення саморегулювання на ринку цінних паперів.

Основними напрямами реформування законодавства, що регулює відносини на фондовому ринку України, є:

1. Розвиток інструментів фондового ринку:

− запровадження нових видів цінних паперів:

а) українська депозитарна розписка (УДР) − іменний емісійний цінний папір, який засвідчує право власника УДР на користування певною кількістю цінних паперів іноземного емітента, які є базовим активом УДР, і закріплює право власника УДР отримувати від емітента УДР вигоди, пов'язані із здійсненням власником УДР прав за цінними паперами, на цінні папери, які є базовим активом УДР, в тому числі права на управління емітентом цінних паперів, які є базовим активом УДР (проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» щодо українських депозитарних розписок» від 12. 08. 2010 р.) [4],

б) депозитний сертифікат − емісійний цінний папір, що посвідчує внесення його власником коштів на рахунок в фінансовій установі, визначає відносини позики між власником депозитного сертифіката та емітентом, підтверджує зобов'язання емітента повернути власникові депозитного сертифіката обсяг позичених коштів, внесених на депозитний рахунок у передбачений проспектом емісії строк, та виплатити дохід (відсотки) за депозитним сертифікатом (п. 12 проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 4. 06. 2010 р.) [5];

в) опціонний сертифікат − похідний цінний папір, що засвідчує право його власника на придбання в емітента опціонного сертифіката (опціонний сертифікат на придбання) або на продаж емітентові опціонного сертифіката (опціонний сертифікат на продаж) базового активу в строк та на умовах, визначених у проспекті емісії похідних цінних паперів, і передбачає виплату премії опціонного сертифіката (ст. 14 проекту Закону України «Про похідні (деривативи)» реєстр. № 6376 від 11. 05. 2010 р.) [6];

г) фондовий варант − похідний цінний папір, який розміщується відкритим акціонерним товариством та надає його власнику право на придбання цінних паперів цього емітента (простих акцій або облігацій) у строк та за ціною, що визначаються у проспекті емісії похідного цінного паперу (ст. 15 проекту Закону України «Про похідні (деривативи)».

− удосконалення законодавства, що регулює випуск та обіг похідних цінних паперів (деривативів).

Проект Закону України «Про похідні (деривативи)» від 11. 05. 2010 р. передбачає розмежування понять «похідний» (деривати) та «похідний цінний папір» (ст. 1), дає класифікацію похідних деривативів (ст. 5), правовий режим кожного виду похідних (деривативів):

1) похідний (деривати) − фінансовий інструмент, який засвідчує домовленість сторін, спрямовану на встановлення прав та обов'язків щодо базового активу, у вигляді ф'ючерсних, опціонних, форвардних та свопових контрактів, інших видів договорів (контрактів) та похідних цінних паперів, в тому числі таких, що не мають на меті поставку базового активу, але визначають порядок взаєморозрахунків у майбутньому залежно від зміни ціни або кількісного показника базового активу порівняно з аналогічними показниками, які визначені учасниками під час укладення договорів (контрактів) або договорів щодо похідних цінних паперів;

2) похідні цінні папери − цінні папери, випуск та обіг яких пов'язані з правом на придбання (продаж) базового активу протягом відповідного строку і на умовах, визначених у проспекті емісії похідних цінних паперів.

До похідних (деривативів) належать строкові контракти та похідні цінні папери. До строкових контрактів належать: біржові строкові контракти: ф'ючерсні контракти (ф'ючерси); опціонні контракти (опціони); позабіржові строкові контракти: форвардні контракти (форварди); свопові контракти (свопи). До похідних цінних паперів належать: опціонні сертифікати; фондові варанти.

Законопроект «Про похідні (деривативи)» від 11. 05. 2010 р. відхилено і повернено на доопрацювання суб'єкту права законодавчої ініціативи (проект Постанови Верховної Ради України 6376/П від 30. 09. 2010 р.), зокрема, через введення законопроектом альтернативних фінансових інструментів, до яких пропонується віднести контракт на різницю і позабіржовий опціон, що не відповідає законодавству Європейського Союзу.

2. Зосередження укладання угод з цінними паперами суб'єктами господарювання на організованому ринку з метою забезпечення інвестиційної привабливості, ліквідності та прозорості фондового ринку:

− удосконалення механізмів відкритого розміщення цінних паперів акціонерних товариств на фондових біржах. Публічне акціонерне товариство зобов'язане пройти процедуру лістингу та залишатись у біржовому реєстрі, принаймні, на одній фондовій біржі. Укладання договорів купівлі-продажу акцій публічного акціонерного товариства , яке пройшло процедуру лістингу на фондовій біржі, здійснюється лише на цій фондовій біржі (ч. 1 ст. 24 Закону України «Про акціонерні товариства»);

– приведення законодавства в частині створення та функціонування організаторів торгівлі цінними паперами відповідно до директив ЄС.

Проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства на фондовому ринку» від 05. 08. 2010 р. [7] передбачено:

− *введення* в ст.1 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» *поняття регульований (організаційно оформлений) фондовий ринок* − фондова біржа, яка функціонує постійно на підставі відповідної ліцензії, виданої ДКЦПФР у встановленому нею порядку, та забезпечує проведення регулярних торгів фінансовими інструментами за встановленими правилами, а також обов'язкове виконання договорів щодо фінансових інструментів;

− *визначення порядку та особливостей укладання, зміни, розірвання та виконання договорів з цінними папе-*

рами на фондовій біржі шляхом доповнення Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» ст. 5^1 «Особливості укладання, зміни, розірвання та виконання договорів з цінними паперами», глави 54 ЦК України § 7 «Договори щодо цінних паперів».

3. Удосконалення інфраструктури фондового ринку у сфері депозитарної діяльності шляхом *створення в Україні* на основі Національного депозитарію України *центрального депозитарію цінних паперів та системи депозитарних установ*, що мають замінити учасників депозитарної системи: реєстраторів, депозитаріїв та зберігачів (проект Закону України «Про систему депозитарного обліку цінних паперів» від 25. 05. 2010 р. [8]). Засновником Центрального депозитарію має стати НБУ. Брати участь у заснуванні Центрального депозитарію мають право депозитарні установи, фондові біржі, а також акціонери (учасники) юридичних осіб, які на дату опублікування Закону мають ліцензію на здійснення депозитарної діяльності депозитарію цінних паперів, у тому числі акціонери Національного депозитарію України, за умови ліквідації таких юридичних осіб.

4. Удосконалення системи обліку права власності на цінні папери шляхом: уніфікації форм обліку прав власності на цінні папери, випущені як в документарній, так і в бездокументарній формі; запровадження єдиної централізованої, прозорої та надійної системи обліку прав власності на цінні папери; введення єдиних правил та технологічних процедур обліку цінних паперів.

Чинне законодавство (Закон України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні») передбачає наявність двох різних форм обліку прав власності на цінні папери: шляхом ведення реєстрів власників іменних цінних паперів самим емітентом або реєстратором (для іменних цінних паперів, випущених в документарній формі) та шляхом ведення рахунків у цінних паперах зберігачами (для цінних паперів, випущених в бездокументарній формі).

Проект Закону України «Про систему депозитарного обліку цінних паперів» від 25. 05. 2010 р. передбачає, що система депозитарного обліку цінних паперів – це сукупність записів про емісійні цінні папери (вид, номінальна вартість і кількість, обмеження в обігу або реалізації прав за цінними паперами тощо), їх емітентів, власників іменних цінних паперів, уповноважених ними осіб, управителів, заставодержателів, інших осіб, наділених відповідними правами щодо цінних паперів, що містять інформацію, яка дає можливість ідентифікувати емісійні цінні папери та названих осіб, а також іншу передбачену законодавством інформацію. Облік прав на цінні папери та прав за цінними паперами здійснюється в системі депозитарного обліку депозитарними установами без зазначення індивідуальних ознак цінних паперів (серія, номер тощо) (ст.2).

5. Удосконалення механізмів захисту прав інвесторів:

– запровадження принципів корпоративного управління і діяльності акціонерних товариств;

– введення в акціонерних товариствах посади корпоративного секретаря з покладенням на нього функцій щодо організації заходів з корпоративного управління в цих товариствах (Закон України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 року [9]);

– вищими судовими інстанціями здійснюється узагальнення практики розгляду судами справ про захист прав та законних інтересів акціонерів;

– проектом Закону України «Про Фонд гарантування інвестицій на фондовому ринку» від 26. 03. 2010 р. [10] передбачено створення державою в особі Кабінету Міністрів України Фонду гарантування інвестицій на фондовому ринку, порядок здійснення компенсаційних виплат інвесторам – фізичним особам, які втратили свої кошти та/або цінні папери внаслідок настання недоступності інвестицій у розмірі неповернутих інвестицій, але не більше 20000 грн. по кожному факту недоступності інвестицій.

6. Підвищення вимог до професійних учасників фондового ринку шляхом: введення до ст. 1, 27 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» поняття «пруденційні нормативи» – показники, встановлені ДКЦПФР, обов'язкові для виконання професійними учасниками фондового ринку та обов'язку професійних учасників фондового ринку надавати до ДКЦПФР розрахунок показників, які підтверджують виконання пруденційних нормативів та інших показників, що обмежують ризики професійної діяльності на фондовому ринку, в порядку та у строки, визначені ДКЦПФР (проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 4. 06. 2010 р.).

7. Впровадження системи рейтингування суб'єктів господарювання та інструментів фондового ринку незалежними рейтинговими агентствами. Визначення рейтингової оцінки, якщо інше не встановлено законом, потребують усі види боргових емісійних цінних паперів, які не розподіляються між засновниками або серед заздалегідь визначеного кола осіб і можуть поширюватися шляхом відкритого (публічного) розміщення, купуватися та продаватися на фондовій біржі (проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства на фондовому ринку» від 5. 08. 2010 р.).

8. Удосконалення системи розкриття інформації на фондовому ринку, а саме:

– вдосконалено систему розкриття інформації на фондовому ринку на засадах вільного, оперативного, безкоштовного доступу інвесторів до інформації про емітентів цінних паперів та професійних учасників фондового ринку, впроваджуються міжнародні стандарти розкриття інформації;

– запроваджено кримінальну відповідальність за розголошення або використання не оприлюдненої інформації про емітента або його цінні папери (ст. 232-1 Кримінального кодексу України [11]);

– проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства на фондовому ринку» від 5. 08. 2010 р. передбачено, що торговець цінними паперами зобов'язаний розміщувати у загальнодоступній інформаційній базі даних ДКЦПФР про ринок цінних паперів інформацію про всі вчинені ним правочини щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів та визначити зміст такої інформації;

– проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо інсайдерської інформації» від 05. 07. 2010 р. [12] пропонується:

а) викласти у новій редакції абзац перший частини першої статті 232-1 Кримінального кодексу України, який

визначає відповідальність за умисне розголошення, передачу або надання доступу до інсайдерської інформації;

б) уточнити визначення інсайдерської інформації в ст. 44 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» як будь-якої неоприлюдненої інформації про емітента, його цінні папери *та похідні (деривативи)* або правочини щодо них, оприлюднення якої може значно вплинути на вартість цінних паперів *та похідних (деривативів).*

в) визначити порядок оприлюднення інсайдерської інформації учасником фондового ринку в установленому ДКЦПФР порядку шляхом: опублікування в одному з офіційних друкованих видань Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України або ДКЦПФР; розміщення у загальнодоступній інформаційній базі даних ДКЦПФР;

г) уточнити визначення інсайдера в ст. 44 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок»;

г) уточнити зміст бази даних, що містить інформацію про осіб, які мають право ознайомлюватися з інсайдерською інформацією (інсайдерів);

д) передбачити в ч. ст. 45 Закону обов'язок професійних учасників повідомити ДКЦПФР про операції з цінними паперами та похідними (деривативами) у разі, коли є підозра про те, що під час їх здійснення використовується або може бути використана інсайдерська інформація.

9. Дематеріалізація емісійних цінних паперів.

Сучасний ринок цінних паперів характеризується тенденцією дематеріалізації документа як традиційної форми випуску цінного паперу. У зв'язку з дематеріалізацією документ зникає, але потреба у спрощеному обігу прав, який завжди забезпечував інститут цінних паперів, залишається. Це тягне за собою виникнення так званої тенденції до оречевлення прав.

Дематеріалізація випуску цінних паперів забезпечується нормами Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23. 02. 2006 р. [13], Закону України «Про акціонерні товариства» від 17. 09. 2008 р. [14], Закону України «Про національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» від 10. 12. 1997 р. [15], Положення про порядок переведення випуску іменних акцій документарної форми існування у бездокументарну форму існування, затвердженого рішенням ДКЦПФР від 30. 06. 2000 р. № 98 [16], Положення про порядок заміни свідоцтва про реєстрацію випуску акцій у зв'язку зі зміною форми випуску, затвердженого рішенням ДКЦПФР від 26. 01. 2005 р. № 21 [17]; Положення про глобальний сертифікат та тимчасовий глобальний сертифікат, затвердженого рішенням ДКЦПФР від 13.09.2006 р. № 806 [18] та ін.

Акції існують виключно у бездокументарній формі (норма ч. 2 ст. 20 Закону України «Про акціонерні товариства», ч. 3 ст. 6 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», що набрала чинності з 29. 10. 2010 р.).

Пунктом 10 перехідних положень проекту Закону України «Про систему депозитарного обліку цінних паперів» від 25. 05. 2010 р. передбачено, що з дати опублікування цього Закону емітент цінних паперів при здійсненні емісії цінних паперів може обрати лише бездокументарну форму існування таких цінних паперів. Емітенти всіх іменних емісійних цінних паперів повинні протягом трьох місяців з дати отримання Центральним депозитарієм ліцензії на право провадження депозитарної діяльності забезпечити їх існування в електронній формі та укласти договір з Центральним депозитарієм про обслуговування випуску цінних паперів.

Прикінцеві положення проекту Закону України «Про систему депозитарного обліку цінних паперів» від 25. 05. 2010 р. передбачають внесення змін до ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», відповідно до яких іменні цінні папери існують виключно в електронній формі; неемісійні цінні папери існують виключно у паперовій формі.

Перспективи подальших досліджень окресленої проблематики пов'язані з внесенням пропозиції щодо удосконалення правового регулювання фондового ринку в Україні в процесі адаптації вітчизняного законодавства України до законодавства Європейського Союзу, внесенням пропозицій щодо вирішення окреслених правових проблем функціонування та державного регулювання вітчизняного фондового ринку.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Офіційний* вісник України. – 2005 р. − № 48. − Ст. 2986.
2. *Збірник* урядових нормативних актів України. – 2006. –№ 15. – Ст. 352.
3. *Інтернет ресурс* http://www. ssmsc. gov. Ua / UserFiles / File / Strateg/prog 03. 08. 2010.doc.
4. *Інтернет ресурс* http:// www. ssmsc. gov. Ua / RAProject. aspx? RAProjectID = 500.
5. *Інтернет ресурс* http:// www. ssmsc. gov. Ua / RAP roject. aspx? RAP rojectID= 462.
6. *Інтернет ресурс* http:// gska 2.rada. gov.ua/ pls /zweb_n / webproc 4_1 ?id = &pf 3511 = 37651.
7. *Інтернет ресурс* http:// www. ssmsc. gov. Ua / RAP roject.aspx? RAP rojectID = 493.
8. *Інтернет ресурс* http:// www. ssmsc. gov. Ua / RAProject. aspx? RAP rojectID = 453.
9. *Відомості* Верховної Ради України. − 2008. − № 50–51. − Ст. 384.
10. *Інтернет ресурс* http: // www. ssmsc. gov.ua / RAProject. aspx? RAProjectID = 431.
11. *Відомості* Верховної Ради України. − 2001. − № 25–26. − Ст. 131.
12. *Інтернет ресурс* http:// www. ssmsc. gov. ua/ RAProject. aspx? RAProjectID = 472.
13. *Відомості* Верховної Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268.
14. *Відомості* Верховної Ради України. − 2008.− № 50 − 51.− Ст. 384.
15. *Відомості* Верховної Ради України. − 1998. − № 15. – Ст. 67.
16. *Офіційний* вісник України. – 2000. – № 42. – Ст. 1805.
17. *Офіційний* вісник України. – 2004. – № 52. – Том 2. – Ст. 3494.
18. *Офіційний* вісник України. − 2006. − № 40. − Ст. 2703.

The article is devoted to the research of the determination and analysis of tasks and basic directions of improvement of legislation, that regulative relation at the fund market of Ukraine.

В статье определены и проанализированы задачи и основные направления усовершенствования законодательства, регулирующего отношения на фондовом рынке Украины.

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ СВІТОВОГО ДОСВІДУ У ПРОЦЕСІ ФОРМУВАННЯ МОДЕЛІ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ФОНДОВОГО РИНКУ УКРАЇНИ

Полюхович В. І.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В статті розглядаються та аналізуються існуючі в світі моделі державного регулювання фондового ринку, можливості застосування світового досвіду в Україні.

***Ключові слова*:** модель фондового ринку, модель державного регулювання фондового ринку, мегарегулятор.

Завдання становлення та розвитку національної моделі фондового ринку тісно пов'язано з питаннями моделі його державного регулювання. Воно знаходиться серед дискусійних з моменту здобуття незалежності України і не втратило своєї актуальності і сьогодні [1]. Національна модель фондового ринку – це складна багатофакторна динамічна система взаємопов'язаних та взаємодіючих елементів, що утворюють єдине ціле. До цієї системи входять такі головні елементи: цільова спрямованість системи, її об'єкти, суб'єкти, принципи їх побудови, функціонування та механізми їх взаємодії, включаючи роль держави. При цьому, якщо цільова спрямованість, коло об'єктів та суб'єктів є більш чи менш типовими, стандартними для будь-якої країни, то принципи їх побудови і функціонування, а також механізми їх взаємодії несуть на собі відбиток особливостей розвитку конкретної країни. У своїй сукупності вони і утворюють ту чи іншу конкретну національну модель як предмет теоретичного аналізу.

Існує безліч перехідних та змішаних форм, їх сутність визначається ступенем присутності та роллю держави, банків, депозитаріїв, реєстраторів, бірж, саморегулюючих організацій на фондовому ринку. Проте з певним ступенем умовності їх можна класифікувати на дві групи: американська та європейська моделі фондового ринку [2].

Зовнішня відмінність американської моделі від європейської – в її комплексному, швидкому, навіть революційному впровадженні держави в управління фондовим ринком, який до 30-х років XX ст. фактично не управлявся. В американській моделі існують три головні елементи: концепція, яку було сформовано близько семидесяти років тому, правова база та традиції. Її сутність: фінансові інвестиції мають бути на фондовому ринку, який функціонує відокремлено від банківської системи та оперує до всіх верств населення, залучаючи їх капітали та заощадження; наявність відповідної правової бази у вигляді пакета законів створює юридичний фундамент для системи регулювання цього ринку та спеціального державного органу регулювання ринку цінних паперів з широкими повноваженнями для забезпечення виконання прийнятих законів.

Як зазначає Л. А. Серебрякова, основна особливість американського методу регулювання – це створення спеціального інституту, який працює без змін в статусі, правах та обов'язках понад 60 років [3].

Найсуттєвіша відмінність європейської та американської моделей фондового ринку міститься в ролі, яку законодавство та історичні традиції формування національних ринків цих країн відводять банкам. Основна практична та теоретична проблема полягає в тому, як розділити ризики, властиві «класичним» банківським операціям (депозитно-кредитним, розрахунковим), від ризиків, які виникають у зв'язку з участю банків на фондовому ринку. Світова практика виробила два підходи до проблеми поєднання звичайної банківської діяльності з діяльністю на фондовому ринку.

Згідно з одним з них банкам заборонено займатись деякими видами професійної діяльності на ринку цінних паперів (брокерською, дилерською, організатора ринку), а також мають бути суттєво обмежені окремі види непрофесійної діяльності як інвесторів (вкладення в недержавні цінні папери, крім дочірніх банківських та фінансових компаній).

Цей підхід застосовується в США, де розподіл універсальних банків на комерційні та інвестиційні в 30-ті роки XX ст. було введено як реакцію на хвилю масових банкрутств банків [4]. Жорстка економічна криза та депресія призвели до масового розорення компаній, знецінення їх цінних паперів і, як результат, банкрутства банків. Результатом економічної кризи стала перебудова системи державного регулювання економіки, фінансово-кредитної сфери та фондового ринку США, що заклало основу, на нашу думку, найефективнішої в світі моделі регулювання ринку цінних паперів. Законом про банки (Glass-Steagall Act) в 1933 році започатковано інвестиційну справу: вперше інвестиційний бізнес було відокремлено від традиційної банківської справи. Було диференційовано банки на комерційні та інвестиційні, що означало заборону комерційним банкам (які приймають вклади та депозити) здійснювати деякі непрофесійні операції з цінними паперами (інвестувати в недержавні цінні папери), які є основним джерелом ризику. А також було заборонено деякі види професійної діяльності, пов'язані з високим ризиком (наприклад, дилерську). Протягом десятиліть «американська модель» успішно вирішувала поставлене перед нею завдання – захист коштів масового вкладника від ризиків, властивих інвестиціям в цінні папери.

Проте в останнє десятиліття в США ситуація на фінансових ринках змінилась. Конкурентоспроможність американських банків, які не були універсальними фінансовими інститутами, стала знижуватись [5]. Безкризовий розвиток та стабільне зростання економіки США в дев'яностих роках минулого століття дещо «приспали» пильність законодавців, що надало можливість банківським колам пролобіювати зміни, які фактично скасували встановлені Законом про банки (Glass-Steagall Act) в 1933 обмеження для комерційних банків щодо участі в операціях на фондовому ринку. Акт Gramm–Leach–Bliley від 1999 року, по суті, ліквідував розподіл, який існував між інвестиційними банками Уолл-стріту та комерційними банками, надавши можливість останнім створювати та володіти фінансовими компаніями, що оперують на ринку

інвестицій. Таким чином, відкрився значний потенціал для отримання надприбутків шляхом безпосереднього спрямування коштів комерційних банків на фондовий ринок. Це призвело до його різкого зростання та, відповідно, зростання кредитування, яке, однак, не було забезпечене ростом реального сектора економіки США. Були знижені вимоги до платоспроможності кредитоотримувачів. Легкість, з якою особи отримували внутрішні займи, спровокувала штучний бум з їх розміщення на ринку житла і зумовила наступне невідворотне падіння, що стало однією з основних причин світової економічної кризи 2007–2010 років [6].

Цей приклад є найбільш актуальним та яскравим свідченням як, загалом, необхідності державного регулювання фондового ринку, так і, зокрема, необхідності в процесі здійснення регулювання дотримання принципів розмежування економічної активності суб'єктів фінансового ринку, регулювання суміщення діяльності на фондовому ринку з метою недопущення його монополізації.

Сутністю європейської моделі фондового ринку є наявність дозволу комерційним банкам поєднувати звичайні банківські операції з більшістю операцій на ринку цінних паперів. Такий підхід переважає в європейських країнах, він став однією з основ для формування об'єднаної Європи. Згідно з цим підходом, обмеження ризикових банківських інвестиційних операцій має здійснюватись не заходами прямого розмежування функцій, а шляхом державного контролю за банківською діяльністю та уваги до проблеми конфлікту інтересів під час операцій на фінансових ринках.

Найбільш розвинуту форму цей підхід має в Німеччині, де ще донедавна лише банківські організації мали право на отримання спеціальної ліцензії, на основі якої вони працюють з фінансовими коштами клієнтів як у сфері «класичних» банківських операцій, так і у сфері інвестиційної діяльності та обслуговуванні такої діяльності (депозитарна, клірингова тощо). Таке становище не сприяє розвитку фондового сегмента фінансового ринку. Так, за величиною ВВП, трудовими ресурсами і розмірами фінансового ринку ФРН займає лідируючі позиції в Європейському Союзі, але за масштабом ринку цінних паперів Німеччина за багатьма позиціями поступається Великій Британії й США. Традиційно порівняно з англосаксонськими країнами за рахунок випуску акцій у Німеччині фінансувалася значно менша частка капіталовкладень. Так, відносно капіталізації фондового ринку ФРН у п'ять разів поступається Великій Британії, у два рази – США. Акціями володіє відносно невелика частка населення.

Ця специфіка зумовлена особливою роллю банків в економіці країни. Через кредитування вони задовольняють більшу частину потреб підприємств у довгостроковому капіталі. Фінансовий сектор Німеччини являє собою зразок фінансової системи, «заснованої на банках», на противагу фінансовій системі, «заснованій на ринку цінних паперів», що характерно для англосаксонських країн.

І хоча в 90-х роках XX ст. було розроблено загальнонаціональну стратегію розвитку фінансових ринків під назвою «Фінансова площадка Німеччина» (Finanzplatz Deutschland) і за низкою показників Німеччина помітно підсилила свої позиції в Європі й світі, зокрема, у сфері торгівлі похідними фінансовими інструментами, структурно модель фондового ринку не зазнала серйозних змін.

Фондові біржі в країнах Європи перебувають під значним впливом, а інколи під повним контролем найбільших комерційних банків [7]. Населення, зазвичай, бере участь в операціях фондового ринку за допомогою банків. Державне регулювання фондовими ринками здійснюється через призму регулювання діяльності банків та банківської системи.

Під впливом конкуренції в Європі деякі банки самі впроваджують в свою діяльність концепцію спеціалізації та розподілу різних банківських функцій по різних філіях та дочірніх товариствах. Проте необхідно підкреслити принцип добровільності, самостійності у виборі банківської стратегії, законодавчо закріплену можливість поєднувати різні банківські операції в рамках однієї юридичної особи. Таким чином, панування банків на фондовому ринку – основна ознака, що визначає специфіку європейської моделі.

Статистичний аналіз фондових ринків, які кваліфікуються як розвинені, свідчить, що приблизно 40 % – це фондові ринки з небанківською системою організації, яка розділяє банки на комерційні та інвестиційні, 40–45 % – це змішані фондові ринки, де разом з банками активно працюють небанківські інвестиційні інститути, і лише 10–15 % фондових ринків носять виключно банківський характер [8].

До європейської специфіки фондового ринку можна віднести те, що державне регулювання цього ринку складалося поступово, еволюційним шляхом, у відповідь на назрілі практичні потреби різних суспільних груп. Регулювання не опирається на якусь конкретну теоретичну концепцію [9].

Водночас новостворені ринкові економіки країн Центральної та Східної Європи формували фондові ринки та системи їх регулювання з урахуванням передового в 90–ті роки досвіду, а тому вони здійснили спроби відходу від класичної європейської в бік американської моделі.

В Україні склалась змішана модель фондового ринку. З одного боку у нас історично превалює континентальна система права, основну роль в регулюванні займають державні нормативні акти на противагу саморегулюванню, а головну роль на фінансовому ринку займають банки. Водночас, за прикладом США, основним регулятором на фондовому ринку є небанківський орган – Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку. Такі особливості зумовлені тим, що в Україні формування фондового ринку багато в чому обумовлювалось джерелами допомоги та діяльністю груп технологічної допомоги, яка надавалась різними західними країнами: USAID – США, UEPLAC – Німеччина, а формування депозитарної системи здійснювалось за допомогою Франції.

Наведене свідчить про необхідність системного підходу до побудови національної моделі ринку цінних паперів, адже на сьогодні багато у чому українське законодавство в цій галузі є еклектичним, не завжди системно запозиченим із законодавства різних країн світу. Побудова системи регулювання має бути заснована на чітких критеріях і принципах, що пройшли випробування часом в розвинутих країнах світу.

Пов'язаною з моделлю фондового ринку, а часто і обумовленою її змістом є модель державного регулювання ринку цінних паперів, хоча пряма залежність між ними існує не завжди. В зв'язку з цим можна навести кілька класифікацій.

Традиційно здійснюється класифікація моделей державного регулювання фондового ринку з огляду на розподіл повноважень та функцій між державними та саморегулівними організаціями. За цією ознакою у світовій практиці розрізняють дві основні моделі регулювання ринку цінних

паперів. Перша модель – регулювання фондового ринку зосереджується переважно в державних органах, і лише невелика частина повноважень щодо нагляду, контролю, встановлення обов'язкових правил поведінки передається державою саморегулівним організаціям професійних учасників ринку. Такий підхід застосовується в США, Китаї. По такому шляху нині рухається і Україна.

Друга модель – великий обсяг регулювання ринку зосереджений в саморегулівних організаціях, значне місце в системі контролю посідають не жорсткі нормативні приписи, а переговорний процес, індивідуальні узгодження з професійними учасниками ринку. При цьому держава зберігає за собою основні контрольні функції, можливості втручання в будь-який момент процесу саморегулювання. Це властиво «старим» європейським ринкам. Прикладом такої моделі є Велика Британія, Франція, а до реформ 30-х років – США.

Наведена класифікація є класичною і на даному етапі в чистому вигляді не існує, адже в усіх провідних країнах світу законодавчо встановлено прерогативу державного регулювання і створено відповідні державні регулюючі органи. Проте поділ на дві моделі відбиває традиційне сприйняття і реальний суб'єктний зміст правового регулювання в тій чи іншій країні, а також рівень розвитку саморегулювання. Наприклад, хоча у Великій Британії і створено мегарегулятор фінансового ринку – Відомство з фінансових послуг (Financial Services Authority), що здійснює регулювання в тому числі і фондового ринку, проте фактично збережено суттєву складову саморегулювання.

Інша класифікація здійснюється, виходячи з правового статусу органу державного регулювання, його місця в ієрархії органів державної влади та сфери, на яку поширюється його регулюючий вплив.

Так, найчисленніша група країн має окремий спеціалізований орган з регулювання безпосередньо фондового ринку, як правило, у вигляді комісії з цінних паперів. Це США, Китай, Індія тощо. В другій групі країн, яка останнім часом постійно розширюється, створені і діють мегарегулятори – державні органи, в яких сконцентровані функції регулювання фінансового ринку в цілому. Подібний підхід реалізується у таких країнах як Австралія, Велика Британія, Данія, ФРН, Японія, скандинавські країни тощо. В низці країн цієї групи роль мегарегулятора відіграє міністерство фінансів або центральний банк. До третьої групи країн належать ті, які використовують різні комбінації регулювання, що об'єднують окремі сектори фінансового ринку, включаючи фондовий. Зокрема, в одному органі зосереджено спільне регулювання банків та фондового ринку, фондового ринку та страхування тощо. Це такі країни як Мексика, Швейцарія, Ірландія (див. таблицю).

Таблиця

Сфера регулювання і вид регуляторів фондового ринку в провідних економіках світу [10].

Сфера регулювання	Вид органу	Країни, державні утворення
1	2	3
1. Фондовий ринок	Спеціальний орган (Комісія)	Аргентина, Болівія, Бразилія, Венесуела, Єгипет, Франція, Греція, Гонконг, Індія, Індонезія, Ізраїль, Іспанія, Італія, Канада, Колумбія, Китай, Малайзія, Нідерланди, Нова Зеландія, Пакистан, Парагвай, Португалія, Росія, США, Словенія, Україна, Тайвань, Таїланд, Туреччина
2. Фінансовий ринок в цілому: банківська система, фондовий ринок, ринок страхування	Мега-регулятор (в тому числі Центробанк, Міністерство фінансів)	Австралія, Австрія, Велика Британія, Данія, Казахстан, Корея, Німеччина, Норвегія, ПАР, Польща, Сингапур, Угорщина, Швеція, Японія
3. Об'єднані окремі сектори фінансового ринку	Спеціальний орган (Рада, Відомство)	Бельгія, Ірландія, Люксембург, Мексика, Уругвай, Франція, Чилі, Швейцарія

Як слідує з наведеного, переважна більшість держав світу використовує модель державного регулювання з окремим спеціалізованим органом державного регулювання. Проте вибір системи регулювання часто зумовлений як моделлю фондового ринку, так і традиціями державного регулювання окремих країн. Наприклад, в Японії за американської адміністрації в 1948 році було створено Комісію з цінних паперів Японії за зразком Комісії з цінних паперів та біржі США. З припиненням окупації Комісію в 1951 році було скасовано, а її повноваження передано до Міністерства фінансів. Також, якщо в XX ст. загальною тенденцією було створення самостійних відомств – комісій з цінних паперів, то нині має місце тенденція до створення мегарегулятора всього фінансового ринку, яка зумовлена для Європи як сучасними євроінтеграційними чинниками, так і традиційною континентальною моделлю фінансового (в тому числі фондового) ринку з пануючою роллю банків [11]. Формування мегарегуляторів в деяких азіатських країнах зумовлено як традиціями (Японія), так і наслідками економічної кризи (Корея). Для детальнішого розуміння системи державного регулювання доцільно розглянути приклади державного регулювання фондового ринку в провідних країнах світу, в яких склався розвинутий фондовий ринок та шляхи розвитку регулювання порівняно молодих нових ринкових економік, що є актуальним для України.

Межі статті не дають змоги проводити детальний порівняльний аналіз систем державного регулювання фондового ринку країн світу. Проте загалом з усього різноманіття представлених систем можна виділити дві основні тенденції в розвитку моделі державного регулювання фондового ринку. Одна з них передбачає існування спеціалізованого державного органу, як правило, у вигляді комісії з цінних паперів як регулюючого суб'єкта з широким обсягом регулятивного впливу та, відповідно, виділяє сам фондовий ринок як окремий об'єкт державного регулювання. В іншому випадку має місце регулювання фондового ринку як сегмента фінансового, яке здійснюється мегарегулятором – єдиним регулятором фінансового сектора економіки, що діє незалежно і не підпорядкований ні міністерству фінансів, ні національному банку країни. Інші варіанти проміжні і зводяться до одного з названих. На нашу думку, обидві тенден-

ції мають свої переваги і недоліки та запровадження кожної з них зумовлено такими чинниками як рівень розвитку інститутів фондового ринку, наявність певних правових традицій регулювання та саморегулювання в країні, рівня сегментарної розмежованості фінансового ринку, рівня консолідації капіталу на національному фінансовому ринку, рівня відповідності національного законодавства міжнародним нормам щодо консолідованого нагляду, а також політичними пріоритетами тощо.

По суті, питання полягає у способі консолідації управління фінансовим сектором економіки. Вертикальна консолідація управління фінансового ринку шляхом створення мегарегулятора доцільна при великій монополізації та низькому рівні сегментації фінансового ринку, відсутності стійких традицій правового регулювання окремих сегментів, в тому числі фондового ринку. Це характерно для традиційних «банківських» економік.

Якщо ж у країні є стійкі правові традиції окремого правового регулювання окремих сегментів фінансового ринку, відповідно побудована законодавча база та система регуляторів і саморегулівних організацій, злиття їх в один мегаорган може дезорганізувати систему регулювання, призвести до розвитку одних секторів фінансового ринку за рахунок деградації інших. Водночас в науковому розумінні важливо стратегічно визначити існуючу модель фондового ринку України, шляхи її розвитку, теоретично обгрунтувати шляхи розбудови фондового ринку з урахуванням досвіду провідних держав світу. З огляду на невисокий рівень розвитку фондового ринку для України більш доцільним є окреме регулювання фондового ринку, щоб він не був підпорядкований та структурно залежний від банківської системи, а тому і регулювання його не повинно зливатися з банківським, яке, по суті, підімне його під себе.

Ідея створення мегарегулятора на ринку фінансових послуг з метою об'єднати в один центр регулювання всього фінансового ринку – кредитний, валютний, страховий та фондовий сегменти, дискусія про яку проходить останніми роками, на сьогодні залишається передчасною. З тієї самої причини, що недорозвинутий та роздроблений в організаційному та економічному розумінні фондовий ринок буде «засунуто в підвал» правового регулювання головним гравцем на фінансовому ринку – Національним банком України.

Тому вважаємо, що на даному етапі відносини між основними регуляторами фінансового ринку повинні будуватися на горизонтальному рівні шляхом укладення та реалізації вже підписаних спільних меморандумів та угод про співробітництво, а по вертикалі узгоджуватись шляхом створення міжвідомчих координаційних органів на зразок Координаційної ради з питань політики фінансового сектору, що існувала з 2000 по 2008 рік.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Шкодіна І. В.* Формування національної моделі фондового ринку в перехідній економіці інверсійного типу: дис... канд. екон. наук: 08.01.01 // Х. – Харк. нац. ун-т ім. В. Н. Каразіна. – 2001. – С. 31.
2. *Миркин Я. М.* Ценные бумаги и фондовый рынок. – М.: Перспектива, 1995. – С. 352.
3. *Серебрякова Л.А.* Мировой опыт регулирования рынка ценных бумаг // Финансы. – 2006. – № 4. – С. 10–16.
4. Сухова О. Организация рынка ценных бумаг США // Рынок ценных бумаг. – 2007. – № 2. – С. 104–110.
5. *Шарп У., Александер Г., Бэйли Дж.* Инвестиции: пер. с англ. – М.: ИНФРА–М, 2008. – С. 867.
6. *Gramm–Leach–Bliley* of 1999 [Електронний ресурс] // Wikipedia, the free encyclopedia. – Режим доступу: www.wikipedia.org.
7. *Ромашко О. Ю* Роль державного регулювання фондового ринку в подоланні кризових явищ // Моніторинг. – 2008. – № 3. – С. 9–13.
8. *Тьюлз Р. Д.* Фондовый рынок. – М.: ИНФРА–М, 1997. – С. 23.
9. *Парнюк В.* Структура та особливості функціонування біржового фондового ринку ФРН // Ринок цінних паперів. – 2006. – № 6. – С. 10–15.
10. *Розроблено* автором з урахуванням даних джерела: Рубцов Б. Б. Современные финансовые рынки. – М.: Альпина Бизнес Букс, 2007. – С. 882.
11. *Царукян А.* Регуляторні принципи захисту інвесторів на ринках капіталу // Фінансовий ринок України. – 2009. – № 1. – С. 14.

The article considers and analyzes models of state regulation of the share market existing in the world, an opportunity of application of global experience in Ukraine.

В статье рассматриваются и анализируются существующие в мире модели государственного регулирования фондового рынка, возможности применения мирового опыта в Украине.

МЕХАНІЗМИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ МАЛОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА

Сергійко О. В.,

науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті досліджуються теоретичні і практичні проблеми побудови дієвих механізмів державного регулювання розвитку малого підприємництва. Дістало подальшого розвитку визначення ролі малого підприємництва в соціально-економічному розвитку суспільства. Уточнено теоретичні засади побудови та розвитку системи державного регулювання розвитку малого підприємництва на регіональному рівні.

***Ключові слова*:** мале підприємництво, система державного регулювання, механізми, регіональні програми, державна політика.

Важливою передумовою здійснення радикальних ринкових перетворень, реалізації стратегії економічного зростання в Україні є становлення та розвиток малого підприємництва (далі – МП). Об'єктивною типовою рисою малого бізнесу в Україні є його нестійкість, слабка життєздатність, недостатній рівень використання потенціалу МП як потужного джерела соціально-економічного розвитку країни. Однією з причин такої ситуації в Україні є те, що на сьогодні держава приділяє недостатньо уваги створенню умов для ефективного функціонування суб'єктів МП. Заходи державної політики підтримки МП і механізми її реалізації мають лише схематичний вигляд та носять суперечливий

характер, основні напрями підтримки фактично не забезпечені ресурсами, відсутній механізм реалізації програм підтримки, бракує взаємопогодженості між діями державних і громадських інституцій у сфері розвитку і підтримки МП. Для того, щоб МП повною мірою виконувало свої економічні та соціальні завдання, необхідно сприяти підвищенню його життєздатності, стійкості, а це можливо лише в результаті здійснення комплексної державної політики, спрямованої на його підтримку.

Значний внесок у дослідження сутності підприємницької діяльності та особливостей МП зробили відомі зарубіжні вчені К. Бодо, П. Друкер, Ж.-Б. Сей, Р. Кантільон, Дж. Кейнс, І. Кірцнер, Дж. Кларк, Ф. Найт, Л. Мізес, Д. Рікардо, А. Сміт, А. Тюрго, Ф. Хайек, Й. Шумпетер та ін. У російській економічній літературі категорія «підприємництво» розглядалася багатьма відомими дослідниками, серед яких О. Бусигін, О. Блінов, В. Камаєв, В. Павленков, І. Половінкін, В. Савченко та ін. Фінансові аспекти державної підтримки МП являються предметом досліджень І. Баранець, В. Батковського, В. Варфоломєєвої, О. Кривоног, О. Кужель, І. Кузнєцової, О. Мазур, О. Микитюк, І. Неделько, Я. Онищук, М. Романів, В. Чабан та ін. Між іншим, недостатньо дослідженими залишаються питання вдосконалення механізмів державного регулювання розвитку малого підприємництва.

Таким чином, у сучасних умовах перед правовою наукою постає надзвичайно важливе завдання – розробити і впровадити якісно нові підходи до побудови дієвих механізмів державного регулювання розвитку малого підприємництва на регіональному рівні.

У вирішенні цього завдання можна виділити два суттєвих напрями. По-перше, наукове обґрунтування концептуальних засад прийняття управлінських рішень щодо державного регулювання розвитку малого підприємництва. По-друге, розробку конкретних механізмів реалізації поставлених завдань у правовій практиці.

З огляду на це вдосконалення механізмів державного регулювання розвитку малого підприємництва є надзвичайно актуальним завданням для сучасної юридичної науки.

Мета і завдання статті. Мета полягає у розробці науково-теоретичних засад та практичних рекомендацій щодо удосконалення механізмів державного регулювання розвитку малого підприємництва на регіональному рівні.

Визначена мета зумовила постановку та розв'язання таких завдань: обґрунтувати теоретичні засади побудови та функціонування системи державного регулювання МП із визначенням мети, завдань, об'єкта та суб'єкта, а також видів та складових механізмів державного регулювання; опрацювати підхід до вдосконалення регіональної інфраструктури розвитку МП; запропонувати шляхи підвищення дієвості регіональних програм підтримки МП.

Об'єктом дослідження є державне регулювання розвитку малого підприємництва на регіональному рівні.

Предмет дослідження – теоретичні аспекти, практичні рекомендації, наукові засади державного регулювання розвитку малого підприємництва на регіональному рівні.

Протягом усієї історії розвитку теорії підприємництва різні тимчасові періоди характеризувалися переважанням тих або інших концепцій (ризик, новаторство тощо), що було обумовлено змінами у ставленні суспільства і науки до ролі підприємництва. Сьогодні можна наголошувати на новому етапі розвитку підприємницької функції «новаторства» (впровадження інновацій). Найбільше значення для здійснення підприємницької діяльності нині є не капітал, а інтелект, тобто «людський капітал», що є у розпорядженні підприємця.

Для розвитку інноваційного підприємництва є необхідним наявність розвиненої інфраструктури, оскільки без цієї умови майже неможливо впровадити результати досліджень, нових продуктів і технологій у виробництво. Інноваційне підприємництво може розвиватися практично у всіх сферах економічного життя і існувати там, де присутні економічні відносини: створення нових технологій, нових товарів, нових ринків, нових методів управління, нових організаційних структур.

Мале підприємництво має не лише економіко-виробничі та соціально-економічні переваги: гнучкість, динамізм, пристосування до мінливостей технології, здатність оперативно створювати і впроваджувати нову техніку й технологію, забезпечення соціальної стабільності, насичення ринку праці новими робочими місцями, відкритість доступу та легкість входження до цього сектору економіки. Малому підприємництву властиві також і значні соціально-психологічні переваги, в основі яких лежить специфічна мотивація до праці, яка передбачає подолання елементів відчуження і залучення елементів економічного та неекономічного заохочення.

Велика роль малого бізнесу в соціально-економічному розвитку країни та чинники, які обумовлюють його слабкість порівняно з великими підприємствами, обумовлюють необхідність державного регулювання його розвитку в країні.

Об'єкти державного регулювання розвитку малого підприємництва можна розділити на дві групи. По-перше, держава може регулювати діяльність безпосередньо самих малих підприємств, по-друге, об'єктами державного впливу можуть бути інституції, які не є малими підприємствами і не належать до державних органів, але створюють у сукупності середовище функціонування малих підприємств. До цієї групи об'єктів можна віднести банки, лізингові компанії, венчурні фонди, кредитні спілки, фонди підтримки підприємництва, бізнес-центри та бізнес-інкубатори тощо. Діяльність цих структур безпосередньо впливає на сферу МП і може сприяти або ж, навпаки, стримувати його розвиток.

Методи державного регулювання відносно наведених вище двох груп об'єктів мають різну спрямованість. Відносно самого МП дії держави мають характер адміністративної та фінансової підтримки. Прямий вплив здійснюється в межах державних цільових програм, спрямованих на стимулювання розвитку малого бізнесу, у формі надання контрактів на виконання наукових досліджень та дослідно-конструкторських робіт, грантів, дотацій, пільгових кредитів, різних гарантій виконавцям перспективних досліджень і розробок. Джерелом фінансування прямого впливу держави на МП являються кошти державного та місцевих бюджетів.

Державою можуть застосовуватися також методи непрямого (опосередкованого) впливу. Відносно суб'єктів ринкової інфраструктури це можуть бути стимули (наприклад, державні гарантії, відшкодування по наданих МП кредитах, податкові пільги тощо), які заохочують банки, лізингові компанії, венчурні фонди тощо активізувати налагодження зв'язків з МП. Такі захо-

ди полегшують МП доступ до фінансових, матеріально-технічних та інформаційних ресурсів, що надає їм змогу конкурувати з підприємствами великого бізнесу, і водночас не знижує ділової активності.

Складовими системи державного регулювання МП являються організаційно-правовий механізм, який покликаний полегшити адміністративні бар'єри створення та функціонування МП, і фінансово-економічний механізм державного регулювання, покликаний вирішити існуюче на сьогодні протиріччя між зростаючою потребою МП у фінансових та матеріально-технічних ресурсах і обмеженим доступом до них [1, с. 38].

Принципами державного регулювання розвитку підприємництва є комплексність, системність, законність, послідовність, наукова обґрунтованість. Серед принципів державного регулювання важливе місце займає принцип невтручання держави у господарську діяльність суб'єктів МП, він реалізується у відмові від патерналізму зі сторони держави і побудові партнерських стосунків між державою та підприємцями. В період обмеженості державних фінансових ресурсів особливого значення набуває принцип програмно-цільового регулювання, який полягає у необхідності розробки програм із чітко окресленими цілями, завданнями, джерелами фінансування, виконавцями та критеріями ефективності та результативності [2, с. 26].

Загальними рисами системи державної підтримки МП у країнах з розвиненою ринковою економікою являється програмно-цільовий метод організації, який передбачає формування основних цільових напрямів підтримки; перерозподіл повноважень між центральними та місцевими органами влади з метою ефективнішого розв'язання місцевих і національних проблем, розроблення системи загальнодержавних та регіональних пріоритетів щодо підтримки МП; співробітництво між державним і приватним секторами у сфері організації, фінансування та здійснення основних програм підтримки МП.

Аналіз повноважень суб'єктів державного регулювання МП, законодавчого забезпечення та фінансового стану МП в Україні дав можливість визначити особливості функціонування елементів організаційно-правового та фінансово-економічного механізмів державного регулювання розвитку МП в Україні та виявити їх основні недоліки та протиріччя.

Аналіз розвитку МП у регіонах показав, що спостерігається поступове збільшення кількості малих підприємств порівняно з попередніми роками, а також на 10 тис. осіб наявного населення; зростає середня заробітна платня та обсяги реалізації продукції, але найбільше вражають негативні тенденції у розвитку підприємств малого бізнесу [3, с. 126]. Серед них слід відмітити такі:

– кількість підприємств, що припинили свою діяльність, значно перевищує кількість новостворених;

– значно більшими темпами зростає кількість підприємств, зайнятих невиробничими видами діяльності, зменшується кількість підприємств, які мають значні обсяги реалізації;

– поступово зменшується питома вага малих підприємств у загальній кількості та обсяги реалізації малих підприємств до загальної реалізації по регіону в цілому;

– зменшується кількість зайнятих працівників, зростають витрати на одиницю реалізованої продукції. Середньомісячна заробітна платня залишається значно нижчою, ніж в цілому по секторах економіки;

– відсутність сформованого прошарку інноваційно-орієнтованого МП та низький рівень залучення традиційного МП до інноваційних процесів.

Причинами відсутності позитивних зрушень у розвитку МП являються не тільки загальні тенденції, а й невизначеність прав і обов'язків держави та суб'єктів підприємницької діяльності, неврегульованість та суперечливість нормативних актів, які видаються різними відомствами, недосконалість методичного забезпечення розробки та виконання державних та регіональних програм підтримки МП та низький рівень їх фінансового забезпечення все ще обумовлюють неефективність та обтяжливість регуляторного середовища для суб'єктів господарювання.

Недоліком організаційно-правового механізму є розпорошеність та невизначеність функцій державної влади щодо розвитку МП. Разом з тим у багатьох розвинених країнах державну політику підтримки малих підприємств реалізує спеціально уповноважений орган. З огляду на це пропонується створення незалежного державного органу при Кабінеті Міністрів України, головним завданням якого буде всебічна допомога і підтримка МП з метою збереження і зміцнення конкуренції. Зазначений орган повинен керувати низкою програм, кожна з яких має конкретну мету, радіус дії, цільову групу користувачів, умови участі та бюджет.

Однією з найболючіших проблем МП є обмеженість фінансових ресурсів та відсутність доступу до них. Основним джерелом інвестування для малих підприємств поки що залишаються власні фінансові ресурси та сімейні позики. Сьогодні внутрішніх джерел фінансування (одержаний прибуток, амортизаційні відрахування, засоби сформованих фондів) для подальшого розвитку підприємств малого бізнесу недостатньо. Особливо гостро постає питання щодо кредитування підприємств, які ще не встигли набути позитивну ділову репутацію і не мають реальних активів, котрі могли б гарантувати повернення запозичених коштів інвестору. Характерною рисою сучасного етапу створення ефективної фінансово-кредитної системи є зміна у розумінні місця і ролі держави в цьому процесі. Якщо у попередні роки держава розглядалась як головне джерело фінансових ресурсів для такої підтримки, то сьогодні вона повинна займати активну позицію, властиву саме державі, тобто створювати умови для розвитку відповідних схем та установ.

Для підвищення ефективності функціонування організаційно-правового механізму державного регулювання розвитку МП пропонується змістити акценти із безпосереднього виконання державними органами функцій щодо інформаційної, консультативної, інноваційної, фінансово-кредитної підтримки суб'єктів МП на державне стимулювання розвитку підприємств та організацій, яким ці завдання можуть бути передані [4, с. 114]. З огляду на це перспективним напрямом державної політики підтримки малого бізнесу визнано стимулювання розвитку регіональної інноваційної інфраструктури розвитку МП.

Для поліпшення фінансово-економічного становища суб'єктів МП пропонується поступово відходити від практики розгляду бюджетних коштів як основного джерела державної фінансової підтримки та створювати систему залучення позабюджетних коштів. З метою вдосконалення фінансово-

економічного механізму державного регулювання розвитку МП пропонується посилити непряму державну фінансову підтримку шляхом стимулювання банківського і небанківського кредитування малих підприємств, розширення ринку лізингових послуг та венчурного фінансування.

Для малого бізнесу лізинг вигідний тим, що він є зручним джерелом фінансування; дає змогу зекономити обігові кошти; зменшує ступінь ризику; стимулює технологічне переоснащення й розширення виробництва. Для активізації розвитку лізингу в Україні доцільно на державному рівні провести комплекс заходів, який включає:

– розробку на державному рівні концепції розвитку лізингових відносин у сфері малого бізнесу з метою чіткішого визначення тих ніш, в яких лізинг забезпечує максимальний внесок у розвиток матеріально-технічної бази МП;

– розроблення державної програми підтримки лізингу, яка б стимулювала залучення банківського сектору до розвитку лізингових послуг;

– зниження вартості нотаріальних послуг з оформлення договорів лізингу з метою послаблення фінансового навантаження на учасників лізингової угоди;

– створення лізингових центрів, які б спеціалізувалися на обслуговуванні малих підприємств, а також організацію при них відділів з формування бази даних про попит та пропозицію на обладнання й устаткування;

– реформування податкового законодавства в частині стимулювання лізингових операцій – запровадження пришвидшеної норми амортизації для об'єктів лізингу, надання інвестиційних пільг при оподаткуванні прибутку підприємств, застосування спрощеної процедури повернення майна, впровадження податкових пільг для усіх учасників лізингових операцій.

Венчурне фінансування визнане в розвинених країнах найважливішим методом фінансування малого інноваційного бізнесу. Державна політика щодо стимулювання розвитку венчурного підприємництва повинна передбачати такі заходи:

– розробку Закону України «Про засади формування та регулювання ринку венчурного капіталу», в якому необхідно визначити суть, функції та принципи діяльності венчурних фондів і венчурних фірм, передбачити організаційну підтримку створення та діяльності венчурних підприємств, порядок створення та діяльності венчурних фондів, визначення юридичного статусу та умов створення і функціонування малих венчурних фірм, державне стимулювання здійснення венчурного фінансування;

– встановлення у податковому законодавстві податкових пільг як для осіб, що фінансують малий інноваційний бізнес, так і самих інноваційних підприємств. Розмір бази оподаткування прибутку підприємств та організацій повинен зменшуватися на суму коштів, яка була ними спрямована безпосередньо на науково-технічну та інноваційну діяльність;

– введення державного страхування ризиків від інноваційної діяльності з наступним відшкодуванням інвесторам визначеної частки можливих фінансових втрат, викликаних неспроможністю інноваційних проектів при їх венчурному фінансуванні;

– сприяння розвитку інфраструктури венчурного фінансування, в тому числі шляхом створення спеціальної урядової організації й приватно-державного банку, який би здійснював фінансову підтримку малих інноваційних підприємств;

– підвищення рівня гарантій з боку держави щодо чесності і прозорості здійснення підприємницької діяльності, що призведе до збільшення привабливості умов інвестування вітчизняних підприємств для іноземних та вітчизняних інвесторів.

Основним інструментом здійснення державного регулювання МП повинні стати програми, розроблені на виконання завдань державної політики підтримки підприємництва [5, с. 5]. Важливо, щоб ці програми не були декларативними, а мали під собою чітко визначені джерела фінансування. На нашу думку, програми мають бути структуровані за конкретними напрямами, а не мати загальний і всеохоплюючий характер. Це дасть змогу детальніше прослідкувати їх виконання, надасть їм більшої зрозумілості, конкретності, підвищить прозорість державної політики підтримки МП.

На рівні областей необхідно розробити «Стратегічний план розвитку малого підприємництва» на достатньо віддалену перспективу (10–15 років), в якому повинні визначатися пріоритетні сфери діяльності МП з урахуванням інноваційної стратегії розвитку суспільства, освоєння нових технологій, матеріалів тощо, міститися прогнозні розрахунки перспективних потреб області в ресурсному забезпеченні (матеріальному, фінансовому, інформаційному тощо). Розвиток малого бізнесу повинен чітко пов'язуватись з розвитком середнього і, перш за все, великого бізнесу, оскільки великий бізнес створює попит на додаткові послуги і продукти (як це відбувається в Японії, де при великих концернах створюється велика кількість обслуговуючих і кооперацийних фірм). Дворічна Програма розвитку малого підприємництва повинна розроблятись як етап реалізації вищеназваної Стратегії, а не як засіб пристосування малих підприємств до вирішення проблем зайнятості окремих категорій населення.

Проведене дослідження надає можливість сформулювати такі висновки:

1. Наукове осмислення підприємництва пройшло через так звані три хвилі, що характеризують еволюцію ідей та поглядів учених, економістів і підприємців на дану проблему, і вступило до фази початку четвертої хвилі. Дослідники «першої хвилі» вперше поставили підприємця у центр ринкової системи і виокремили в підприємцеві функцію наявності ризику. Представники «другої хвилі» основною ознакою підприємництва вважали діяльність зі створення нових комбінацій чинників виробництва з метою отримання економічної вигоди, у тому числі й у вигляді збільшення прибутку і прискорення розвитку економіки в цілому. Особливістю «третьої хвилі» наукового осмислення підприємництва є те, що воно розглядається в нерозривному зв'язку з ринковими відносинами, нерівновагою системи і конкуренцією. Сучасне підприємництво, безперечно, пов'язане з інноваційними процесами, що вимагає від підприємця унікальної здатності передбачення, ініціативи, раціональності, творчого підходу, високого рівня наукових знань.

2. Мале підприємництво є одним із провідних секторів ринкової економіки; формується на засадах дрібнотоварного виробництва; визначає темпи економічного розвитку, структуру та якісну характеристику ВВП; здійснює структурну перебудову економіки, характеризується швидкою окупністю витрат, свободою ринкового вибору; забезпечує насичення ринку споживчими товарами та послугами повсякденного попиту, реалізацію інновацій, додаткові робочі

місця; має високу мобільність, раціональні форми управління; формує новий соціальний прошарок підприємців-власників; сприяє послабленню монополізму, розвитку конкуренції. Водночас МП відрізняється слабкою життєздатністю порівняно з великим, що зумовлює необхідність державного регулювання його розвитку.

3. Система державного регулювання розвитку МП включає суб'єкт та об'єкт регулювання, принципи та методи регулювання, а також механізми регулювання, які забезпечують цілеспрямований вплив суб'єкта та об'єкт. Держава може регулювати діяльність безпосередньо самих малих підприємств, крім цього, об'єктами державного впливу можуть бути інституції, які не є малими підприємствами і не належать до державних органів, але створюють у сукупності середовище функціонування малих підприємств. Принципами державного регулювання розвитку підприємництва являються комплексність, системність, законність, послідовність, наукова обґрунтованість, принцип невтручання держави у господарську діяльність суб'єктів МП, принцип програмно-цільового регулювання.

В укрупненому вигляді виділяється два механізми державного регулювання розвитку МП: організаційно-правовий механізм, який покликаний полегшити адміністративні бар'єри створення та функціонування МП, і фінансово-економічний механізм, метою якого є вирішення протиріччя між зростаючою потребою МП у фінансових та матеріально-технічних ресурсах і обмеженим доступом до них.

4. У країнах з розвиненою ринковою економікою загальною рисою державної підтримки малого бізнесу є участь різних організацій і відомств багатоканальність отримання підтримки, відсутність монополізму будь-якого одного державного органу, але наявність структури, що виробляє національну політику в даній галузі і координує її здійснення. Корисним досвідом буде використання в Україні характерного для США програмно-цільового методу організації державного регулювання розвитку МП, який передбачає формування основних цільових напрямів підтримки, кожний із яких, у свою чергу, передбачає реалізацію певної кількості програм із використанням різних видів та інструментів державного регулювання.

6. Серед основних причин, які знижують ефективність організаційно-правового забезпечення прийняття управлінських рішень у сфері державного регулювання розвитку МП, можна виділити декларативність нормативно-правового забезпечення розвитку МП; незабезпеченість програм підтримки МП фінансовими ресурсами; неконкретність та розпорошеність інституціонального забезпечення; неспроможність держави повною мірою забезпечувати належний рівень освітнього, інформаційного та консультаційного забезпечення і нерозвиненість інфраструктури розвитку МП, суб'єкти якої могли б виконувати ці функції.

Пропонується сконцентрувати функції державного регулювання МП в одному державному органі, що дасть змогу впорядкувати дії та відстежити результати заходів щодо державного регулювання МП на державному та регіональному рівнях.

7. Основними недоліками існуючого фінансового-економічного механізму державного регулювання розвитку МП являються обмеженість бюджетних коштів, які являються джерелом фінансування державних та регіональних програм підтримки малого підприємництва; відсутність механізмів державного стимулювання суб'єктів фінансово-кредитної інфраструктури до надання позик суб'єктам МП; недостатній рівень державного стимулювання розвитку ринку лізингових, факторингових послуг, ринку венчурного капіталу.

8. Пріоритетним напрямом вдосконалення організаційно-економічного механізму державного регулювання МП являється посилення ролі держави у стимулюванні розвитку регіональної інноваційної інфраструктури розвитку МП: (бізнес-інкубаторів, бізнес-центрів, технологічних парків, центрів трансферу технологій тощо), яка б забезпечувала нормальну діяльність МП шляхом надання консультаційної, освітньої, юридичної допомоги і суб'єктам якої можна передати деякі функції державних органів щодо підтримки МП. Рекомендується вжити заходів щодо створення та підвищення ролі бізнес-асоціацій у регулюванні розвитку МП на регіональному рівні.

9. Пріоритетними шляхами вдосконалення фінансово-економічного механізму державного регулювання розвитку МП визначено державне стимулювання кредитування МП суб'єктами банківської та небанківської сфери, підтримка розвитку лізингових операцій та венчурного фінансування. Для активізації розвитку лізингу доцільно розробити на державному рівні концепцію розвитку лізингових відносин у сфері малого бізнесу, програму підтримки лізингу, а також впровадження податкових пільг для всіх учасників лізингових операцій. На регіональному рівні необхідно стимулювати створення лізингових центрів, які б спеціалізувалися на обслуговуванні малих підприємств, а також організацію при них відділів з формування бази даних про попит та пропозицію на обладнання й устаткування. Державна політика щодо стимулювання розвитку венчурного підприємництва має передбачати розробку Закону України «Про засади формування та регулювання ринку венчурного капіталу», встановлення у податковому законодавстві податкових пільг як для осіб, що фінансують малий інноваційний бізнес, так і самих інноваційних підприємств; створення спеціальної урядової організації й приватно-державного банку, який би здійснював фінансову підтримку малих інноваційних підприємств.

10. Покращенню якості та підвищенню ефективності регіональних програм підтримки МП сприятиме узгодження їх з відповідними стратегіями розвитку МП на довгострокову перспективу, створення в обласних та районних державних адміністраціях окремого підрозділу з питань розвитку МП, структура якого повинна відповідати напрямам програми, створення в регіонах механізмів отримання й обробки оперативної інформації з районів та міст щодо стану розвитку МП, залучення громадських організацій до розробки та реалізації програм підтримки МП, сприяння вдосконаленню співпраці самоврядних організацій підприємців з місцевими органами державної влади. В обласних програмах розвитку малого підприємництва доцільно передбачити додатково до існуючих кількісних показників оцінки розвитку МП якісні показники розвитку, які б характеризували рівень стійкості малих підприємств (термін їх роботи), рівень застосування капіталомістких та наукомістких технологій, обсяги доданої вартості, створюваної на цих робочих місцях, умови праці тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Юридична* енциклопедія. – В 6-и т. – Т. 5.: П-С / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 2003. – С. 38.
2. *Цвєтков В., Селіванов В.* Людський вимір як методологічний підхід до аналізу і перетворення державного управління в Україні // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 2. – С. 25–30.
3. *Дєгтяр О. А.* Створення інфраструктури підтримки малого підприємництва як чинник регіонального розвитку // Стратегія регіонального розвитку: формування та механізми реалізації: Матеріали щорічної міжнародної конференції 31 жовтня 2007 р. – Одеса: Вид-во ОРІ ДУ НАДУ, 2007. – Т. 2. – С. 125–127.
4. *Щербина В. С.* Органи державної влади та органи місцевого самоврядування як учасники відносин у сфері господарювання // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1. – С. 111–118.
5. *Указ* Президента України від 3 вересня 2007 р. «Про Концепцію вдосконалення державного регулювання господарської діяльності» // Офіційний вісник України. – 2007. – № 66. – Ст. 2540.

The thesis focuses on questions of construction of effective mechanisms of state regulation of small business. Has received the further development definition of a role of small business in social and economic development of a society.

В статье исследуются вопросы построения эффективных механизмов государственного регулирования малого предпринимательства на региональном уровне. Получило дальнейшее развитие определение роли малого предпринимательства в социально-экономическом развитии общества. Уточнены теоретические основы построения и развития системы государственного регулирования развития малого предпринимательства.

ТЕРМІНОЛОГІЧНЕ ТЛУМАЧЕННЯ ПОНЯТЬ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В ОСОБЛИВИХ ЗОНАХ ГОСПОДАРСЬКОГО РИЗИКУ

Біленко М. С.,

аспірантка НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Досліджено понятійний апарат нормативного регулювання господарської діяльності в особливих зонах господарського ризику. Запропоновано вважати господарську діяльність в санітарно-захисних та інших охоронних зонах, на територіях і об'єктах, що особливо охороняються, як такою, що здійснюється в умовах особливого господарського ризику.

Ключові слова: спеціальний режим господарювання, санітарно-захисні зони, водоохоронні зони, зони санітарної охорони, зони природно-заповідного фонду України, курортні зони, лікувально-оздоровчі зони, рекреаційні зони, території та об'єкти, віднесені законодавством до таких, що особливо охороняються, території, радіоактивно забруднені внаслідок Чорнобильської катастрофи, господарський ризик.

Бажання і прагнення до збереження і зміцнення позицій на світовому і регіональних ринках товарів і послуг за допомогою використання міжнародного або територіального розподілу праці складають основні передумови культивування спеціального режиму господарювання в наперед обмежених територіях або на підприємствах, що використовують особливий статус окремих видів виробництв. При цьому вказаний режим господарювання однаковою мірою адаптивний до економічних умов як в розвинених або таких, що розвиваються країнах з ринковою економікою, так і в країнах з соціалістичною орієнтацією. Наприклад, на сьогодні тільки в США налічується близько 2000 одиниць відповідних утворень, в Європі (Швейцарія, Іспанія, Італія та ін. країни) – близько 90, в Південно-Східній Азії (Корея, Тайвань, Сингапур, Малайзія та ін. країни) – близько 900. Серед соціалістичних країн спеціальний режим господарювання застосовується в Китаї, В'єтнамі, на Кубі. Об'єднує ці країни прагнення реанімувати або активізувати ділове життя конкретної території за допомогою надання окремим суб'єктам підприємницької діяльності більшої економічної свободи і значних преференцій. Проте загальноприйнята методологія створення і організації особливого режиму господарювання в різних державах відсутня, оскільки кожна країна використовує свій певний набір економічних, юридичних і адміністративних заходів і методів, в одних випадках, схожих з іншими державами, в інших – вони мають істотні відмінності.

Значним внеском у сферу правового регулювання господарської діяльності в нашій країні стало прийняття Господарського кодексу України від 16.01.2003 року (далі – ГК України) [1], розділ VIII якого визначає особливості функціонування спеціальних режимів господарювання. З прийняттям ГК України вперше почали діяти кодифіковані норми права, які встановлюють специфіку здійснення господарської діяльності на певних територіях та в певних галузях господарської діяльності. Саме ГК України на законодавчому рівні закріпив такий термін як «спеціальний режим господарювання», але, разом з тим, зовсім не визначив поняття, цілі, а також критерії, за якими можна віднести той чи інший режими господарювання до спеціального. О. Р. Зельдіна виділяє його як «правовий режим, який визначає особливий порядок організації та здійснення господарської діяльності на певній території, у певній галузі економіки, що відрізняється від загального режиму господарської діяльності, передбаченого законодавством, і вводиться державою з певною метою для забезпечення розумного сполучення публічних і приватних інтересів за допомогою встановлення обмежень та/або заохочень для суб'єктів господарювання» [2]. Сутність кожного із спеціальних режимів, закріплених на законодавчому рівні, подається досить стисло і потребує більш широкого та змістовного викладення. Розділ VIII ГК України дає лише загальне уявлення про спеціальний режим господарювання, а основний його зміст розпорошений у великій кількості нормативно-підзаконних правових актів. Він потребує вдосконалення, в тому числі вдосконалення визначення і закріплення поняття «спеціальний режим господарювання», а також більш широкого викладення змісту певних видів спеціального режиму господарювання.

Вивченню цієї проблематики присвячено праці багатьох учених і теоретиків, але лише деякі з них отримали значне поширення. Наприклад, таким різновидам як спе-

ціальні економічні зони, території пріоритетного розвитку присвячено праці таких вчених як Е. Ф. Авдокушин, В. К. Мамутов, В. Бабінцев, Х. Валіулін, Т. П. Данько, В. А. Дергачов, А. Загородній, А. Сідоров. Майже зовсім відсутній аналіз такого спеціального режиму господарювання як здійснення господарської діяльності в санітарно-захисних та інших охоронних зонах, на територіях і об'єктах, що особливо охороняються. Щоб комплексно і всебічно дослідити саме цей режим, необхідно звернутися до понятійного апарату та визначити, що саме розуміється під даним поняттям. До зон, на які поширюється цей режим, слід віднести: санітарно-захисні; водоохоронні; зони санітарної охорони; природно-заповідного фонду України; курортні; лікувально-оздоровчі; рекреаційні та інші охоронні зони. Їх території та об'єкти віднесено законодавством до таких, що особливо охороняються. Законом також встановлюються додаткові вимоги щодо здійснення господарської діяльності та соціальні гарантії працюючих на територіях, радіоактивно забруднених внаслідок Чорнобильської катастрофи. Господарська діяльність на таких територіях має певну специфіку у зв'язку з необхідністю особливої їх охорони з боку держави.

Поняття санітарно-захисної зони визначається державним стандартом України як територія навколо потенційно небезпечного підприємства, у межах якої заборонено проживання населення і ведення господарської діяльності, розміри якої встановлюються проектною документацією та узгоджуються з органами державного регулювання безпеки відповідно до державних нормативних документів [3]. Із Земельного кодексу України випливає таке визначення: «Санітарно-захисні зони – це території з обмеженим режимом використання, де забороняється будівництво житлових об'єктів, об'єктів соціальної інфраструктури та інших об'єктів, пов'язаних з постійним перебуванням людей, що встановлюються навколо шкідливих об'єктів з метою захисту населення та територій від їх впливу» [4]. Розглядаючи це поняття, слід визначити, що є обмеженим режимом. Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає режим як сукупність правил, заходів, норм для досягнення якоїсь мети, а термін «обмежувати» як установлювати певні межі чого-небудь. Юридичний словник дає таке визначення терміна «режим» (франц. regime, від лат. regimen – управління, керівництво): 1) система способів і методів здійснення політичної влади в країні; 2) встановлений національним законодавством і нормами міжнародного права порядок у суспільних відносинах. Тому територію з «обмеженим режимом» можна вважати частину земної поверхні, яка окреслена певними межами та для якої встановлено спеціальні норми щодо її використання.

Також в правозастосовчій практиці вживається ще кілька визначень поняття санітарно-захисної зони.

1. Санітарно-захисна зона – територія навколо потенційно небезпечного підприємства, в межах якої заборонено проживання населення та ведення господарської діяльності, розміри якої встановлюються проектною документацією відповідно до державних нормативних документів [5].

2. Санітарно-захисна зона – це територія, на якій напруженість електричного поля перевищує 1 кВ/м. Санітарно-захисна зона для повітряної лінії встановлюється у вигляді земельної ділянки, межі якої регламентуються по обидві сторони на певній відстані від проекції крайніх фазних проводів на землю, в перпендикулярному до повітряної лінії напрямку: для повітряної лінії напругою (330 кВ) – 20 м; (500 кВ) – 30 м; (750 кВ) – 40 м [6].

3. Санітарно-захисна зона – територія навколо радіаційно-ядерного об'єкта, де рівень опромінення людей в умовах нормальної експлуатації може перевищити квоту ліміту дози для категорії В. У санітарно-захисній зоні забороняється проживання населення, встановлюються обмеження на виробничу діяльність, що не має відношення до радіаційно-ядерного об'єкта, та проводиться радіаційний контроль [7]. Таке саме поняття наведене Міністерством охорони здоров'я України [8] та Державним комітетом ядерного регулювання України [9].

4. Санітарно-захисна зона – функціональна територія між промисловим підприємством або іншим виробничим об'єктом, що є джерелом надходження шкідливих чинників у навколишнє середовище, і найближчою житловою забудовою (чи прирівняними до неї об'єктами), яка створюється для зменшення залишкового впливу цих факторів до рівня гігієнічних нормативів з метою захисту населення від їх несприятливого впливу [10].

5. Санітарно-захисна зона – озеленена територія спеціального призначення, яка розділяє (відокремлює) селищну частину міста від промислових підприємств [11] .

6. Санітарно-захисна зона – відстань між енергопідприємством і найближчими житловими або іншими будівлями, яка утворюється з метою захисту населення від впливу шкідливих виробничих чинників (шкідливі викиди, теплове і електромагнітне випромінювання, радіація, шуми тощо). Вона встановлюється з розрахунку не перевищення цих чинників за межі установлених гранично допустимих величин [12].

Спеціальні положення про зони санітарної охорони передбачені також, у ст. 24 Закону України «Про охорону атмосферного повітря», ст. 45 Закону України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку», ст. 15 Закону України «Про видобування та переробку уранових руд», ст. 20 Закону України «Про електроенергетику».

Проаналізувавши вищенаведені поняття, можемо стверджувати, по-перше, що з метою забезпечення оптимальних умов життєдіяльності людини в районах житлової забудови, масового відпочинку і оздоровлення населення при визначенні місць розміщення нових, реконструкції діючих підприємств та інших об'єктів, які впливають або можуть впливати на стан атмосферного повітря, у місцях розташування ядерної установки чи об'єкта, призначеного для операцій з радіоактивними відходами, у місцях розташування уранових об'єктів з метою захисту населення від можливого негативного впливу їх діяльності, а також для забезпечення безпеки населення, що мешкає в районі розташування об'єктів електроенергетики, встановлюються санітарно-захисні зони. Перелік об'єктів, що можуть потребувати створення санітарно-захисних зон, є відкритим, оскільки в цілому теорія визначення потенційно шкідливих, небезпечних об'єктів будується на оціночних критеріях, теорії ризику тощо. Але сталою залишається заборона господарської діяльності, яка не належить до сфери обслуговування даної зони.

По-друге, з точки зору завдання цієї статті, очевидно, що поняття «санітарно-захисної зони», яке стало вживається в діючих нормативно правових актах, потребує певної уніфікації з метою упорядкування його юри-

дичного змісту. На нашу думку, це необхідно зробити на законодавчому, а не підзаконному рівні, шляхом внесення змін до діючих законів України.

Для створення сприятливого режиму водних об'єктів, попередження їх забруднення, засмічення і вичерпання, знищення навколо водних рослин і тварин, а також зменшення коливань стоку вздовж річок, морів, озер, водосховищ та інших водойм встановлюються водоохоронні зони. Згідно з чинним законодавством України водоохоронна зона – це природоохоронна територія регульованої господарської діяльності, де створюється сприятливий режим водних об'єктів, здійснюються заходи з метою охорони їх від забруднення, засмічення та вичерпання, знищення кількості водних рослин і тварин, а також зменшення коливань стоку вздовж річок, морів, озер, водосховищ та інших водойм. Ключовими у цьому визначенні виступають словосполучення «регульована господарська діяльність», «заходи з метою охорони» та слово «річки», які розкривають зміст терміна «водоохоронна зона» і відображають стійкий взаємозв'язок елементів об'єкту, характеризують його специфіку. Залежно від природних умов у межах водоохоронної зони можуть виділятися ділянки як суворого режиму господарювання, так і ділянки із частковим обмеженням господарювання. До перших належать лісові масиви, заплавні водойми, підтоплені землі, зростаючі яри, береги, що руйнуються та зсуваються. До других – балки та улоговини, території можливого зсуву берегів чи схилів, протиерозійні схили, слабо підтоплені землі. Термін «суворий режим господарської діяльності» означає, що на цій території заборонено: розорювати землі, займатися садівництвом, городництвом, обладнувати літні табори для худоби, бази відпочинку, дачі, гаражі, стоянки автомобілів. Можна будувати лише гідротехнічні, гідрометричні та лінійні споруди. В окремих випадках у водоохоронній зоні може бути дозволено добування піску та гравію за межами земель водного фонду на сухій частині заплави, у прарусловах річок за погодженням з державними органами охорони навколишнього природного середовища, водного господарства та геології.

Будь-які роботи на водозборі, що можуть призвести до негативного впливу на річку, заборонені. Недопустимі у водоохоронній зоні і будь-які роботи по видобутку глини, гравію, піску, граніту тощо. Вони призводять не тільки до прямого забруднення навколишнього середовища побічними продуктами (стічними водами, супутніми шлаками тощо), а й можуть викликати перерозподіл ґрунтових вод на значній території.

Органи виконавчої влади або органи місцевого самоврядування із земель водного фонду можуть передавати на умовах оренди земельні ділянки прибережних захисних смуг, водних об'єктів і островів для сінокосіння, рибогосподарських потреб, культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних і туристичних цілей, для проведення науково-дослідних і проектно-розвідувальних робіт тощо.

Стає зрозумілим, що спорудження адміністративних будівель, не кажучи вже про житлові, на землях прибережних захисних смуг заборонене. Але ситуація із забороною забудови земельних ділянок під прибережними захисними смугами уздовж і навколо водних об'єктів та на островах не настільки однозначна, як може здаватися. Упорядкування водоохоронних зон річок є найважливішою складовою комплексу заходів з раціонального використання та охорони водних і земельних ресурсів, що забезпечують належний рівень природно-технічного та санітарного стану річок. Грунтуючись на визначенні, що водоохоронні заходи складаються із: організаційно-господарських, агротехнічних, лісомеліоративних, гідротехнічних, спрямованих на зменшення поверхневого стоку, зниження інтенсивності ерозії, зменшення виносу забруднюючих речовин у водні об'єкти [13], можна стверджувати, що «водоохоронні заходи» – це комплекс заходів, спрямованих на охорону, раціональне використання та відтворення водних ресурсів країни.

З метою забезпечення охорони водних об'єктів у районах забору води для централізованого водопостачання населення, лікувальних та оздоровчих потреб встановлюються зони санітарної охорони. Вони створюються на всіх господарсько-питних водопроводах незалежно від їх підпорядкованості або типу джерела водопостачання. Вони складаються із першого поясу – суворого режиму, другого і третього – режимів обмеження. Перший пояс потрібний для того, щоб запобігати випадковому чи навмисному забрудненню води джерела, а інші пояси і смуги – щоб запобігти несприятливому впливу навколишнього середовища, зумовленому господарською діяльністю, на джерело водопостачання. На території першого поясу заборонено всі види будівництва (за винятком основних водопровідних споруд), розміщення житлових, громадських будівель, випускання стічних вод, купання, водопій худоби, рибалку, прання тощо. У другому поясі забороняється забруднення територій нечистотами, гноєм, використання добрив і отрутохімікатів, розміщення складів паливно-мастильних матеріалів, отрутохімікатів, шлакосховищ, кладовищ, полів фільтрації тощо. На території другого і третього поясів є необхідність регулювання відведення територій під населені пункти, промислові та інші об'єкти, пов'язані з можливим забрудненням джерел, упорядкування цих об'єктів, організовування централізованих каналізацій та водопостачання, додержування необхідного ступеня очищення стічних вод, здійснення лише санітарної рубки лісу.

З метою забезпечення необхідного режиму охорони природних комплексів та об'єктів природних заповідників, запобігання негативному впливу господарської діяльності на прилеглі до них території установлюються охоронні зони. Правова охорона природно-заповідного фонду опирається, в першу чергу, на Закон України «Про природно-заповідний фонд України» та інші законодавчі акти України. Законом визначаються правові основи організації, охорони, ефективного використання природно-заповідного фонду України, відтворення його природних комплексів та об'єктів.

Природно-заповідний фонд становлять ділянки суші і водного простору, природні комплекси та об'єкти яких мають особливу природоохоронну, наукову, естетичну, рекреаційну та іншу цінність і виділені з метою збереження природної різноманітності ландшафтів, генофонду тваринного і рослинного світу, підтримання загального екологічного балансу та забезпечення фонового моніторингу навколишнього природного середовища. У зв'язку з цим законодавством України природно-заповідний фонд охороняється як національне надбання, щодо якого встановлюється особливий режим охорони.

До природно-заповідного фонду України належать: природні території та об'єкти – природні заповідники, біо-

сферні заповідники, національні природні парки, регіональні ландшафтні парки, заказники, пам'ятки природи, заповідні урочища; штучно створені об'єкти – ботанічні сади, дендрологічні парки, зоологічні парки, парки-пам'ятки садово-паркового мистецтва. Заказники, пам'ятки природи, ботанічні сади, дендрологічні парки, зоологічні парки та парки-пам'ятки садово-паркового мистецтва залежно від їх екологічної і наукової цінності можуть мати статус загальнодержавного або місцевого значення. Національні природні парки мають загальнодержавне значення і є природоохоронними, рекреаційними, культурно-освітніми, науково-дослідними установами. До їхніх завдань належить збереження, відтворення і ефективне використання природних комплексів та об'єктів, які мають особливе природоохоронне, оздоровче, історико-культурне, наукове, освітнє та естетичне значення.

В Україні при створенні природоохоронних територій обов'язковим є передбачене законодавством їх зонування. У зонуванні різних територій природно-заповідного фонду, звичайно, є відмінності, які враховуються згідно з вимогами Закону України «Про природно-заповідний фонд».

При цьому зонування національних природних парків та регіональних ландшафтних парків виділяє господарську зону, яка призначена для проведення на її території господарської діяльності з метою виконання покладених на парк завдань. Також на території природоохоронної зони можуть розміщуватися населені пункти і, відповідно, землі інших землевласників та землекористувачів. Господарська діяльність має здійснюватися з додержанням вимог охорони довкілля. Господарська зона може оточувати зони регульованої та стаціонарної рекреації, а її розміри змінюються залежно від потреб, які виникають. Щодо природних заповідників, то традиційно в Україні склалося так, що тут виділяється лише одна зона – заповідна, яка може використовуватися тільки для наукової роботи, а не для туристичної, рекреаційної та інших видів діяльності. У природному заповіднику іноді виділяється територія для забезпечення потреб самого заповідника та його працівників (наприклад, сінокоси, випаси, городи, ділянки для заготівлі палива). Ця територія не може перевищувати 1–2 % загальної площі. Навколо ж заповідника виділяється охоронна зона з метою запобігання негативного впливу на нього людської діяльності.

З метою забезпечення ефективного та раціонального використання курортних, лікувально-оздоровчих та рекреаційних зон чинне законодавство України відносить ці території до природних територій, які мають бути під особливою охороною і на яких встановлюється спеціальний режим здійснення господарської діяльності. На землях оздоровчого призначення забороняється діяльність, яка суперечить їх цільовому призначенню або може негативно вплинути на природні лікувальні властивості цих земель. Аналогічні обмеження встановлено і щодо використання рекреаційних зон. Так, на землях рекреаційного призначення заборонено діяльність, що перешкоджає або може перешкодити використанню їх за призначенням, а також негативно впливає або може вплинути на природний стан цих земель.

Курортні та рекреаційні території в Україні становлять близько 9,1 млн. га (15 % території). До прийняття Закону України «Про курорти» на території України постановами Ради Міністрів СРСР, Ради Міністрів УРСР було затверджено межі округів та зон санітарної охорони 27 курортів та положення про 33 курорти. На цей час за формальними ознаками до курортів можна віднести лише 27 територій, водночас, на наше переконання, жодний з курортів повністю не відповідає вимогам Закону України «Про курорти».

Так, відповідно до визначення, наведеного у ст. 1 Закону України «Про курорти», юридичним змістом терміна «курорт» є освоєна природна територія на землях оздоровчого призначення, що має природні лікувальні ресурси, необхідні для їх експлуатації будівлі та споруди з об'єктами інфраструктури, використовується з метою лікування, медичної реабілітації, профілактики захворювань та для рекреації і підлягає особливій охороні. Цим законом також визначається поняття лікувально-оздоровчої місцевості як природної території, що має мінеральні та термальні води, лікувальні грязі, озокерит, ропу лиманів та озер, кліматичні та інші природні умови, сприятливі для лікування, медичної реабілітації та профілактики захворювань. Забудова курортів здійснюється відповідно до затверджених у встановленому законодавством порядку генеральних планів курортів, іншої містобудівної документації.

Будівництво на курортах нових і розширення діючих промислових підприємств та інших об'єктів, не пов'язаних безпосередньо із задоволенням потреб відпочиваючих і місцевого населення, потреб курортного та житлового будівництва, або таких, що можуть негативно впливати на природні лікувальні фактори, забороняється. До заходів правової охорони належить встановлення округів санітарної охорони та зонування курортних, лікувально-оздоровчих та рекреаційних територій. Під округом санітарної охорони розуміють територію земної поверхні, зовнішній контур якої збігається з межею курорту. У межах цієї території забороняються будь-які роботи, що призводять до забруднення ґрунту, повітря, води, завдають шкоди лісу, іншим зеленим насадженням, сприяють розвитку ерозійних процесів і негативно впливають на природні лікувальні ресурси, санітарний та екологічний стан природних територій курортів. Суб'єктами права користування курортними та лікувально-оздоровчими територіями виступають спеціалізовані підприємства та установи – санаторно-курортні заклади, які є закладами охорони здоров'я, що розташовані на територіях курортів і забезпечують надання громадянам послуг лікувального, профілактичного та реабілітаційного характеру з використанням природних лікувальних ресурсів. Перелік санаторно-курортних закладів затверджує Міністерство охорони здоров'я України. Кабінет Міністрів України затверджує Типове положення про санаторно-курортний заклад. Суб'єкти спеціального використання курортно-лікувальних зон повинні дотримуватися встановленого цільового призначення цих територій; виконувати необхідні заходи щодо охорони та відтворення корисних лікувальних властивостей природних ресурсів; дотримуватись екологічних вимог та нормативів. Суб'єктами, які здійснюють спеціальне використання рекреаційних зон, можуть бути як фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, так і юридичні особи .

Оздоровча, у тому числі курортна, місцевість – це просторова частина території, що віднесена до земель оздоровчого, у тому числі курортного, призначення, яка має природні лікувальні властивості, що використовуються або можуть використовуватися для профілактики захворювань і лікуван-

ня людей. В цій місцевості розміщено курорти, здравниці, інші об'єкти оздоровчого призначення разом з усіма природними і штучними компонентами (кліматом, ландшафтом, рельєфом, ґрунтами, водами, рослинністю), що використовуються для оздоровлення і лікування людей. Це також частина території, що віднесена до інших категорій земель, що використовуються для забезпечення життєдіяльності курортів, здравниць, інших оздоровчих об'єктів, у тому числі для розміщення населених пунктів, житла, доріг, об'єктів торгівлі, зв'язку, житлово-комунального, побутового обслуговування та іншого соціального призначення.

Рекреаційна місцевість – це просторова частина території, що нормативно-правовими актами віднесена до земель рекреаційного призначення, використовується для організації відпочинку населення, туризму і проведення спортивних заходів, на яких розміщені об'єкти, призначені забезпечити життєдіяльність об'єктів рекреації [14].

Суб'єкти спеціального використання курортно-лікувальних зон повинні дотримуватися встановленого цільового призначення цих територій; виконувати необхідні заходи щодо охорони та відтворення корисних лікувальних властивостей природних ресурсів; дотримуватись екологічних вимог та нормативів. Слід зазначити, що в межах рекреаційних територій можуть здійснювати свою господарську діяльність підприємства та організації, які безпосередньо не використовують природні ресурси рекреаційних зон, але їхня діяльність може суттєво впливати на стан довкілля цих територій, наприклад, підприємства громадського харчування та побутового обслуговування. У зв'язку з цим така господарська діяльність повинна відповідати вимогам закону і не перешкоджати використанню рекреаційних територій за їх цільовим призначенням.

Проаналізувавши всі складові частини понятійного апарату такого спеціального режиму господарювання як здійснення господарської діяльності в санітарно-захисних та інших охоронних зонах, ми з впевненістю можемо вважати їх зонами господарського ризику. Законодавець не вважає за потрібне розтлумачити в ГК України такі поняття як санітарно-захисні; водоохоронні зони; зони санітарної охорони; зони природно-заповідного фонду України; курортні; лікувально-оздоровчі; рекреаційні зони. Це призводить до плутанини і у зв'язку з тим, що вони регулюються великим масивом нормативно-правових актів, у законодавстві існують певні колізії і суперечки, які потребують вирішення.

Таким чином, понятійний апарат нормативного регулювання господарської діяльності в особливих зонах господарського ризику потребує подальшої уніфікації та удосконалення, в тому числі і на законодавчому рівні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Господарський кодекс* України // Відомості Верховної Ради. – 2003. № 18. –Ст. 64.
2. *Зельдина Е. Р.* Теоретические аспекты специального режима хозяйствования: дис. док. юрид. наук: 12.00.04/НАН Украины; Институт экономико-правовых исследований. – Донецк, 2007. – 480 с.
3. *ДСТУ 2156-93*. Безпечність промислових підприємств. Терміни та визначення.
4. *Земельний кодекс* України від 25.10.2001 року.
5. *Наказ* Державного комітету України у справах містобудування і архітектури «Про затвердження Методики обстеження і паспортизації гідротехнічних споруд систем гідравлічного вилучення та складування промислових відходів» (п. 1.9.25 Методики) від 19. 12. 95 р. – м. Київ. – № 252.
6. *Наказ* Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Державних санітарних правил і норм при виконанні робіт в не вимкнених електроустановках напругою до 750 кВ включно». (Державні санітарні правила і норми, розд. 3) від 09. 07. 1997 р. № 198.
7. *Наказ* Державного комітету ядерного регулювання України, Міністерства з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи «Про затвердження Плану реагування на радіаційні аварії» (План, розд. 2) від 17. 05. 2004 р. № 87/211.
8. *Наказ* Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Державних санітарних правил планування та забудови населених пунктів» від 19. 06. 96 р. № 173.
9. *Наказ* Державного комітету ядерного регулювання України Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи «Про затвердження Змін до Плану реагування на радіаційні аварії» від 02. 03. 2010 р. № 24/126.
10. *Наказ* Міністерства охорони навколишнього природного середовища України «Про затвердження Інструкції про загальні вимоги до оформлення документів, у яких обґрунтовуються обсяги викидів, для отримання дозволу на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами для підприємств, установ, організацій та громадян-підприємців» (Інструкція, п. 1.9) від 09. 03. 2006 р. № 108.
11. *Наказ* Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України «Про затвердження Правил утримання зелених насаджень у населених пунктах України (Правила, п. 2.1) від 10. 04. 2006 р. № 105.
12. *Наказ* Міністерства палива та енергетики України «Про затвердження Інструкції про розслідування і облік технологічних порушень на об'єктах електроенергетики і в об'єднаній енергетичній системі України» (Інструкція, розд. 3) від 09. 06. 2005 р. № 255 (В редакції наказу Міністерства палива та енергетики України від 29. 12. 2008 р. № 668).
13. *Малі річки* України: довідник / А. В. Яцик, Л. Б. Бишовець, Є. О. Богатов та інші; За ред. А. В. Яцика. – К.: Урожай, 1991. – 296 с.
14. *Орлов А. М.* Правові проблеми природокористування й охорони навколишнього середовища оздоровчих та рекреаційних місцевостей (на матеріалах Автономної Республіки Крим) : дис... канд. юрид. наук: 12.00.06. – 2005.

The concept vehicle of the normative adjusting of economic activity is in vestigational in the special areas of economic risk. Given suggestion to count economic activity in sanitary-hygienic and other protective areas, on territories and objects are especially guarded, as such, that comes true in the conditions of the special economic risk.

Исследовано понятийный аппарат нормативного регулирования хозяйственной деятельности в зонах особого хозяйственного риска. Дано предложение считать хозяйственную деятельность в санитарно-защитных и других охранных зонах, на территориях и объектах, особо охраняемых, такой, что осуществляется в условиях особого хозяйственного риска.

ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ЗАКУПІВЛЮ ТОВАРІВ, РОБІТ, ПОСЛУГ ЗА ДЕРЖАВНІ КОШТИ

Юдіцький О. Л.,

здобувач кафедри господарського права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті основну увагу приділено висвітленню шляхів удосконалення вітчизняного законодавства в сфері державних закупівель та їх обґрунтуванню.

***Ключові слова*:** процедура закупівель товарів, робіт, послуг за державні кошти, господарське законодавство, процедура державних закупівель.

Актуальність теми дослідження обумовлена недосконалістю регулювання нормами права процедури закупівель товарів, робіт, послуг за державні кошти. Чинному законодавству України, яке встановлює основні принципи та механізми державних закупівель, властиві як значні прогалини, так і колізії між правовими нормами, не досягнуто необхідної узгодженості між нормативними актами законодавства загальної дії та спеціального (відомчого) законодавства.

Проблема удосконалення законодавства про державні закупівлі є одним із аспектів актуальної проблеми систематизації господарського законодавства України.

Частково науково-теоретична розробка даної проблематики здійснювалася такими науковцями як: І. П. Сафонов «Правова регламентація державної підтримки аграрних товаровиробників» – Х., 2007; О. Г. Турченко «Правове регулювання державних закупівель товарів, робіт та послуг Європейського Союзу (зближення законодавства України з правом ЄС)» – К., 2008; О. А. Поліводський «Правове регулювання реалізації сільськогосподарської продукції» – К., 1999, проте в науковій господарсько-правовій літературі ця проблема є взагалі недослідженою і потребує ґрунтовного аналізу.

Пропонована стаття є спробою вирішення проблеми удосконалення чинного законодавства України про закупівлю товарів, робіт та послуг за державні кошти.

Цілями статті є: визначення можливих шляхів систематизації законодавства України про державні закупівлі, аналіз доцільності прийняття Закону України «Про тендери» та необхідність і специфіка врахування зарубіжного досвіду у вітчизняному законодавстві.

Аналіз правового масиву із проблематики дослідження надає можливість стверджувати, що на сьогодні актуальними вбачаються такі шляхи удосконалення законодавства України в сфері державних закупівель:

1) систематизація законодавства України в зазначеній сфері;

2) прийняття спеціального законодавчого акта вищої юридичної сили;

3) адаптація законодавства України про державні закупівлі до законодавства ЄС.

З огляду на те, що процедура закупівель товарів, робіт, послуг за державні кошти покликана задовольняти пріоритетні державні потреби та виконувати важливі функції в суспільстві, вона потребує належного правового впорядкування, що і зумовило формування в Україні законодавства про державні закупівлі як спеціального відгалуження (напряму) господарського законодавства. Це спеціальне законодавство має свій об'єкт регулювання – діяльність щодо закупівлі товарів, робіт, послуг, який (об'єкт регулювання) мусить бути чітко окреслений за змістом, колом осіб, умовами функціонування.

З метою усунення хаотичності у розробці і прийнятті нормативно-правових актів, що регулюють процедуру державних закупівель, вважаємо за необхідне виробити концепцію системи законодавства України, що регулює процедуру державних закупівель.

За юридичною силою нормативно-правових актів законодавство, що регулює процедуру державних закупівель, являє собою вертикальну ієрархічну систему. Структура цієї системи обумовлена структурою органів законодавчої і державної виконавчої влади, що мають нормотворчі повноваження, щодо регулювання зазначеної діяльності.

Систему законодавства України про закупівлі товарів, робіт, послуг за державні кошти становлять:

1) Конституція України (ст.95) ;

2) Господарський кодекс України (ст. 12, 13, 36, 75, 179, 181, 183, 187, тощо);

3) закони України (Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 01.12.2006 року № 424-V ; Закон України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» від 22.12.1995 року № 493/95-ВР; Закон ВР України «Про Загальнодержавну програму створення військово-транспортного літака Ан-70 та його закупівлі за державним оборонним замовленням» від 05.02.2004 року № 1462-IV тощо);

4) Постанови Верховної Ради України (Постанова Верховної Ради України «Про прийняття за основу проекту Закону України про внесення змін до Закону України «Про державне оборонне замовлення» від 11.12.2008 року № 653-VI тощо);

5) Укази Президента України: Указ Президента України «Про задоволення державних і регіональних потреб у сільськогосподарській продукції на 1996 рік» від 18.01.1996 року № 62/96; Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України «Про заходи щодо підвищення ефективності системи закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 12 липня 2007 року № 642/2007; Указ Президента України «Про державний контракт на 1995 рік» від 18.01.1995 року № 62/95 тощо);

6) Постанови Кабінету Міністрів України :

– спрямовані на регулювання всіх правовідносин у сфері державних закупівель, як таких. Вони мають загальну дію і поширюються на всіх учасників процедури державних закупівель (Постанова Кабінету Міністрів України «Про державне замовлення на поставку продукції для державних потреб на 1998 рік» від 02.04.1998 року № 428; Постанова Кабінету Міністрів України «Про державне замовлення на закупівлю товарів, виконання робіт, надання послуг для державних потреб на 2002 рік» від 06.03.2002 року № 261; Постанова Кабінету Міністрів України «Про державне замовлення на закупівлю товарів, виконання робіт, надання послуг для державних потреб у 2009 році» від 22.04.2009 року № 384 тощо);

– спрямовані на врегулювання процедури державних закупівель як окремих видів товарів, робіт, послуг, так і

окремими категоріями замовників (Постанова Кабінету Міністрів України «Про особливості закупівлі Фондом соціального страхування з питань тимчасової втрати працездатності санаторно-курортних послуг на 2006 року» від 05.10.05 року № 999 тощо);

7) відомчі нормативно-правові акти:

– накази Міністерства економіки України (Наказ Міністерство економіки України «Про організацію роботи постійного тендерного комітету Міністерства економіки України» від 27.07.2001 року № 157; Наказ Міністерства економіки України «Про внесення змін до складу постійного тендерного комітету Міністерства економіки України для закупівель наукових досліджень і розробок» від 25.08.2009 року № 930; Наказ Міністерства економіки України «Про внесення змін до обсягів державного замовлення на закупівлю товарів, виконання робіт, надання послуг для державних потреб у 2009 році» від 16.09.2009 року № 1018 тощо);

– накази інших міністерств (Наказ Міністерства палива та енергетики України «Про окремі питання організації та проведення процедур закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 25.11.2008 року № 575 тощо).

Детальне висвітлення законодавства України про державні закупівлі уявляється доцільним для з'ясування багатоукладної суті вказаної діяльності та її правового механізму в Україні.

Наступним шляхом удосконалення законодавства України в зазначеній сфері **є прийняття принципово нового закону**, який має створить умови для дієвої прозорості і доступності надання та отримання інформації, документації щодо державних закупівель, недопущення корупції у цій сфері, а також має врахувати вимоги СОТ, гармонізації законодавства України до права ЄС. Вирішенням цього питання може стати прийняття Верховною Радою України Закону України «Про тендери».

3 червня 2009 року у Верховній Раді Україні зареєстровано проект Закону України «Про тендери» № 4591 [1]. Вказаний проект врегульовує проведення конкурсних торгів із закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти; враховує позитивні аспекти законодавства ЄС в галузі державних закупівель товарів, робіт і послуг; визначає спеціальним уповноваженим центральним органом виконавчої влади з питань державних закупівель Міністерство економіки України; врегульовує інформаційні питання щодо забезпечення прозорості та відкритості проведення конкурсних торгів із закупівель товарів, робіт і послуг в Україні шляхом забезпечення створення і функціонування веб-порталу спеціально уповноваженого центрального органу з питань державних закупівель; встановлює заборону патентування або будь-якої іншої реєстрації прав власності на документацію конкурсних торгів, процедуру участі в конкурсних торгах.

Метою цього законопроекту є створення конкурентного середовища у сфері державних закупівель, а також запобігання проявам корупції у цій сфері, забезпечення прозорості процедур закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти та досягнення оптимального і раціонального їх використання.

Законопроектом передбачається удосконалення системи державних закупівель в Україні, а саме: 1) визначення єдиного спеціального уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань закупівель товарів, робіт і послуг – Міністерство економіки України; 2) відкритість і спрощення системи інформування про проведення конкурсних торгів із закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти; 3) чітке унормування процедури конкурсних торгів [2].

Ще одним із шляхів удосконалення є **адаптація законодавства України про державні закупівлі до законодавства ЄС.**

Державні закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти у Європейському Союзі регламентуються Директивою Ради № 89/665 ЄЕС від 21 грудня 1989 року [3] щодо координації законів, підзаконних актів стосовно застосування процедур нагляду за наданням права на виконання державних поставок та контрактів на публічні роботи та Директивою № 2004/18/ЕС від 31 березня 2004 року [4] щодо укладання угод із закупівлі у сфері здійснення публічних робіт, постачання та надання послуг [5, с. 97].

Ці Директиви були підготовлені грунтуючись на таких трьох головних принципах: реклама державних контрактів повинна здійснюватися в межах Співтовариства для того, щоб суб'єкти ринку мали змогу брати участь у конкурсі, незалежно від того, в якій би з держав-члені він не проходив; усі технічні вимоги, які можна розглядати як дискримінаційні стосовно потенційних учасників з інших держав-членів, повинні бути заборонені; застосування об'єктивного критерію під час проведення тендера і укладення контракту.

Останній принцип забезпечений такими критеріями: участь у тендері може бути як відкрита для усіх зацікавлених сторін, так і обмежена певною кількістю кандидатів згідно з рішенням державного органу, який оголошує тендер; проведення обумовленого тендера може здійснюватися лише за виняткових обставин; зацікавлені сторони можуть бути виключені із обмеженого, або обумовленого тендера, або із остаточного відбору (у відкритому, обмеженому або обумовленому тендері) лише на підставі специфічних критеріїв; контракти можуть укладатися лише на основі економічних або технічних критеріїв: найнижча ціна або найбільш економічно вигідні умови пропозиції [6, с. 19].

Положення цих Директиви спрямовані на узгодження національних процедур, що регулюють питання поставки товарів і виконання робіт для державних потреб, та поширення вільної конкуренції на такі державні контракти в межах всього Співтовариства. Директивами запроваджено заходи щодо усунення протекціонізму в цій сфері та заборонена дискримінація постачальників на національному рівні.

На рівні Співтовариства були визначені конкретні заходи для контролю якості і сертифікації продукції. Крім того, була запроваджена обов'язкова публікація повідомлень про всі тендери з державних закупівель на європейському рівні в Офіційному віснику ЄС. Будь-яка інформація про наявність тендерів може бути оперативно отримана через електронну систему бази даних (Tender Electronics Daily).

Таким чином, законодавчо забезпечується рівність підприємств ЄС та рівні умови конкуренції між ними [5, с. 97].

Пакет нових директив у сфері державних закупівель, схвалених у 2004 році Європейським парламентом і Радою міністрів ЄС, допоможе спростити та модернізувати процедури постачання. Зокрема, йдеться про положення, які регулюють питання електронних тендерів і на яких ґрунтується система конкурентних торгів та ведення переговорів на торгах. Вимоги деяких положень, що вважалися надмірно жорсткими, планується послабити, а три директиви, які регламентують питання постачань, послуг і робіт, мають бути зведені в один внутрішньо узгоджений текст.

Директива № 2004/18/ЕС ще не імплементована в усіх державах-членах. Передбачається, що вона має замінити Директиви № 93/36/ЄС, № 93/37/ЄС та № 92/50/ЄС у 2006 році. Держави-члени ЄС повинні адаптувати власне законодавство до положень двох нових Директив 2004 року не пізніше 31 січня 2006 року [5, с. 97].

Виходячи з проведеного аналізу сучасного стану адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу у сфері державних закупівель за напрямом «закупівля товарів, робіт і послуг», робимо висновок, що законодавство України в цілому відповідає *acquis communautaire*, в цій сфері враховано більшість положень *acquis communautaire*.

Разом з тим регулювання державних закупівель потребує доопрацювання з метою внутрішнього узгодження окремих статей, а в деяких положеннях – з метою узгодження із законодавством ЄС [7, с. 108].

Проведений аналіз шляхів удосконалення законодавства України про закупівлі товарів, робіт, послуг за державні кошти надає змогу зробити висновок про те, що одним із найважливіших чинників розвитку вказаних процедур, зважаючи на її велике соціально-економічне значення для нормального існування економіки країни, є становлення і розвиток нормативної бази, яка б відповідала змісту та завданням цього сегмента економіки і забезпечувала задоволення інтересів всіх учасників вказаної діяльності.

Перспективи подальших розвідок у даному напрямі полягають в усуненні прогалин та колізії між правовими нормами, що врегульовують процедуру державних закупівель в Україні, та в досягненні необхідної узгодженості між нормативними актами законодавства загальної дії та спеціального (відомчого) законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Проект* Закону України «Про тендери» // ttp://www.rada.gov.ua :8080/pls/zweb_n/ webproc4_1?id =&pf3511=35421.

2. *Пояснювальна* записка до проекту Закону України «Про тендери» // http:// www.rada.gov.ua: 8080/pls/zweb_n/ webproc4_1?id =&pf3511=35421.

3. *Директива Ради* 89/665/ЄЕС від 21 грудня 1989 року щодо узгодження законів, правил та адміністративних положень стосовно застосування процедур нагляду за наданням права на виконання державних поставок та контрактів на публічні роботи //Official Journal OB L 395.– 30.12.1989.– С. 0033 – 0035.

4. *Директива про процедури* присудження державних замовлень на виконання робіт, поставку товарів і надання послуг № 2004/18/ЕС від 31 березня 2004 року //Official Journal OB L 134/114.–30.4.2004.

5. Нормативно-правове регулювання сфери державних закупівель в Україні порівняно з нормами права Європейського Союзу // ЄвроІНФОРМ.– 2005. – № 1– 144 с.

6. *Правові підстави* створення єдиного ринку державних закупівель в Європейському Союзі // ЄвроІНФОРМ. .– 2005. – № 1– 144 с.

7. *Врахування положень* acquis communautaire в національному законодавстві України // ЄвроІНФОРМ. .– 2005. – № 1– 144 с.

In this research basic attention is spared illumination of ways of improvement of domestic legislation in the field of the public purchasing and their ground.

В статье основное внимание уделено освещению путей усовершенствования отечественного законодательства в сфере государственных закупок и их обоснованию.

ЗАХИСТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ, ВЕЛИКІЙ БРИТАНІЇ ТА УГОРЩИНІ

Закорецька Л. О.,

молодший науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено питанням захисту права інтелектуальної власності в Україні. Наводиться як позитивний приклад вирішення проблеми захисту права інтелектуальної власності у Великій Британії та Угорщині.

***Ключові слова*:** інтелектуальна власність, захист інтелектуальної власності.

Актуальним питанням сьогодні є захист права інтелектуальної власності. Адже вже давно відомо, що там, де надійно захищені права інтелектуальної власності, там вищий науково-технічний потенціал, більший приріст національного продукту та рівень добробуту населення.

На жаль, в Україні, де захист права інтелектуальної власності не відповідає сучасним ринковим потребам, про надійний та ефективний захист ще говорити рано. Такого захисту, на відміну від країн-членів Європейського Союзу, в Україні не існує.

А звідси, як наслідок, численні повідомлення ЗМІ про порушення прав інтелектуальної власності та застосування до України неодноразових санкцій.

Зарубіжний досвід розгляду спорів щодо порушення прав інтелектуальної власності, на відміну від України, довів свою ефективність. Враховуються як інтереси сторін, так і участь у забезпеченнні розвитку інноваційної системи. При цьому зарубіжні патентні суди, на відміну від України, розглядають усі спори, що стосуються права інтелектуальної власності, не обмежуючись виключно патентними спорами.

Велика Британія. У Патентному відомстві Великої Британії існує процедура врегулювання спорів, що виникають між заявителем та володільцем патенту і Відомством. Як правило, такі спори виникають як частина процесу експертизи заявки, коли і експерт-арбітр, і заявитель не можуть остаточно вирішити будь-яку проблему, хоча такі спори можуть виникати і в зв'язку з іншими обставинами. Такими випадками є такі, коли патент втрачає силу, якщо строк його дії вичерпано; якщо невчасно виплачено мито у зв'язку із поновленням патенту та у разі протиріч між ним та власником патенту з приводу поновлення останнього [1, с. 29 –32].

З виникненням спору заявитель або володілець патенту має право відстоювати свої права перед Відомством. А вже потім експерт-арбітр виносить обгрунтоване рішення. Розгляд справ у Великій Британії – процедура дуже дорога і передбачає великі витрати. А тому у судовому розгляді справи сторона, яка програла

процес, зобов'язана сплатити витрати стороні, що в ньому виграла.

У Великій Британії розглядаються такі категорії спорів: спори, пов'язані з володінням патенту; спори щодо товарних знаків і промислових зразків; спори за право на дизайн; питання ліцензування та компенсації тощо. Можливість вирішення спорів, наданих позивачу, передбачає такі дії: 1) обов'язкове звернення позивача до Патентного відомства; 2) звернення за вибором, коли справа може розглядатися або у Патентному відомстві, або ж у суді; 3) погодження обох сторін. Самі судові процедури є змагальними. Кожна із сторін готує справу та передає її на розгляд. Перш ніж прийняти правильне рішення, суддя або експерт-арбітр вислуховує кожну із сторін. Традиційно у Великій Британії – усне подання справи до судді, проте спори, пов'язані з правом інтелектуальної власності, завжди мають на меті подачу необхідних документів письмово. Справа розпочинається із подання позивачем позовної заяви встановленої форми. У позовній заяві позивач повинен роз'яснити сам предмет спору, описати надані факти та засоби судового захисту, які він розраховує отримати. Відповідач має надати заперечення, у якому викласти на свій розсуд опис справи, вказати, із якими доказами позивача він погоджується та які із них відхиляє. Подані заяви і мають розкрити предмет спору. Потім позивач надає докази на користь будь-яких фактів, які оспорює сторона, після чого відповідач надає докази на користь своєї справи. Та, насамкінець, позивач може надати додаткові докази, але тільки такі, які мають відношення до тих питань, що містяться у доказах відповідача.

Для кожної такої дії встановлені тимчасові обмеження, хоча у випадках, які Відомство вважає найважливішими, воно має право подовжити ці строки. На практиці ж одна сторона або обидві сторони роблять всілякі запити, заяви та надають відвод різним фактам. Інколи ці дії справедливі та розумні, але найчастіше протилежне, коли одна сторона намагається ускладнити процес.

А тому, перш ніж ропочинається розгляд суті спору, з'являється цілий ряд зустрічних спорів. Щоб прискорити процес врегулювання спору, Відомство намагається зменшити витрати, що вкладені у самий розгляд суті спору; не допускає, щоб спір тривав годинами, при цьому має бути виключно справедливим. Після завершення всіх вищезгаданих процедур та подачі документів експерт-арбітр має прийняти рішення щодо основного предмета спору. Сторони ж висловлюються на користь усного розгляду, що дозволяє посилатися на нові факти. Усний розгляд триває один день. При цьому факти мають найважливіше значення, оскільки сторони можуть вимагати додаткового опитування свідків. Розгляд буде займати 2 – 5 днів. Через три – чотири тижні після усного розгляду експерт-арбітр видає повністю обгрунтоване рішення письмово. Всі рішення Відомства можуть бути оскаржені у Високому суді. Це стосується не тільки рішень з основних спірних питань, прийнятих на ранній стадії. На апеляції в інші інстанції вимагається дозвіл Високого суду або Апеляційного суду, який, зазвичай, дається тільки у тому випадку, коли порушене важливе питання права [1, с. 33]. Для більш ефективного виконання цих функцій дуже важливим є те, щоб до Відомства відносилися як до органу справедливості та такого, який не піддається зовнішньому впливу. На відміну від системи правосуддя, Патентне відомство є державним органом, а тому політичні діячі не можуть та не намагаються втручатися у рішення самого Відомства. Тут діє дуже жорстке правило – рішення мають прийматися виключно на підставі положень закону, та на них ніколи не повинне впливати Відомство або ж політика уряду. А така форма роботи є доказом високої ефективності, оскільки спірні сторони поважають прийняті рішення та, як правило, апеляції на них подаються дуже рідко.

Угорщина. Патентне відомство Угорщини у сфері охорони та захисту права промислової власності наділено широкими повноваженнями, які за спрямуванням своєї діяльності поділяються на декілька груп. Насамперед, це – забезпечення функціонування експертизи та вирішення питань захисту права інтелектуальної власності. Головним завданням у межах цього напрямку є проведення експертизи заявок як національних, так і міжнародних: на видачу патентів на винаходи; на корисні моделі; на промислові зразки; на топографії інтегральних мікросхем; на торговельні марки та комерційні найменування; на географічне зазначення, а також його реєстрація та забезпечення належного захисту. Щодо патентування, то до компетенції Відомства відноситься розгляд таких питань: 1) видача патентів; 2) припинення та відновлення дії патентної охорони; 3) оголошення патентів недійсними; 4) встановлення факту правопорушення; 5) тлумачення патентних заявок; 6) реєстрація патентних заявок та патентів; 7) умови підтримання чинності патентів; 8) публікація відомостей про патенти. При виявленні посягань на права промислової власності, Відомство зобов'язане надати інформацію про власника об'єкта промислової власності, а також надати відповідь щодо всіх офіційних запитів, що стосуються права промислової власності. Патентне відомство також наділене правом контролю за дотриманням законів палати патентних повірених, а також веде Реєстр експертів промислової власності [2, с. 49–51]. Що ж стосується комерційних найменувань та торгових марок, то вони регулюються Законом про компанії (COMPANY ACT) від 1996 року та входять до реєстру фірм Компанії, які засновані відповідно до Закону про ділові (бізнес) асоціації від 1997 року, а також інші підприємства (організації чи особи), що здійснюють комерційну діяльність, реєструються у судах відповідно до існуючої в цій країні процедури реєстрації [3, с. 59 – 61].

У випадках виникнення спорів щодо реєстрації комерційних найменувань як торгових марок, так і як корпоративних назв, комерційні найменування мають пріоритет і реєструються відповідно до Закону про компанії.

Одним із найважливіших напрямків стратегії інтеграції України до світового співтовариства в цілому є створення національної системи захисту права інтелектуальної власності. Адже одним із головних показників цивілізованості суспільства всіх часів була і залишається творча діяльність людей. А тому, якщо відсутній ефективний та надійний захист в адміністративному чи в судовому порядку, ці права нічого не варті. Щоб вивести Україну на рівень розвитку високоцивілізованих країн, необхідно:

1. Подолати пануючу в нашому суспільстві зневагу до інтелекутальної власності.

2. Створити діючу систему інтелектуальної власності із врахуванням досвіду та особливостей, характерних саме для України.

3. Шляхом інформаційного висвітлення показати можливості одержання матеріальної вигоди від володіння охоронними документами, для чого, передовсім, необхідно створити умови для інтенсифікації процесу творчої діяльності; розробити механізми як матеріального, так і морального стимулювання цієї діяльності. Після чого пропагувати ці досягнення. Необхідно удосконалювати національне законодавство з врахуванням зарубіжного досвіду, зокрема досвіду високорозвинутих держав.

Зарубіжний досвід свідчить, що заснована на поєднанні судового розгляду з адміністративним спеціальна модель розгляду суперечок і скарг, пов'язаних, зокрема, із патентуванням винаходів і корисних моделей, промислових зразків та засобів індивідуалізації, здійсненням гарантованих прав і переваг, прийнята у світовій практиці.

Створення спеціалізованих патентних судів у зарубіжних країнах довело свою ефективність у вирішенні даної проблеми, оскільки враховуються не тільки інтереси спірних сторін, а й забезпечується розвиток інноваційної системи.При цьому зарубіжні суди не обмежуються лише виключно патентними спорами, а й розглядають спори, які стосуються порушень прав інтелектуальної власності.

Для створення патентного суду України необхідно врахувати такі складові. По-перше, його створення має базуватися на уніфікації національного законодавства за рахунок єдиних підходів у правозастосовчій практиці шляхом зближення судових систем. По-друге, усунути розбіжності у підходах до тлумачення положень чинного законодавства. По-третє, скоротити строки розгляду даної категорії спорів. По-четверте, зменшити витрати на судочинство. По-п'яте, додатково стимулювати активізацію творчої і науково-технічної діяльності. По-шосте, підвищити інвестиційну привабливість національної безпеки. По-сьоме, збільшити конкурентоспроможність України, при цьому деталізуючи норми, які б посилювали відповідальність як за піратство, так і за контрафактну діяльність. При цьому немаловажним має стати запровадження відповідальності реєструючих органів.

На жаль, в сучасних кризових умовах інтелектуальний потенціал України зазнав чималих втрат. Це пов'язане із такими причинами. По-перше, розгалужена підвідомчість. Так, суди загальної юрисдикції розглядають спори, що виникають із порушень прав інтелектуальної власності у цивільному провадженні. Господарські суди розглядають спори, що виникають зі спірних правовідносин у сфері інтелектуальної власності між підприємствами, установами, організаціями, іншими юридичними особами, в тому числі іноземними громадянами, громадянами, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи та в установленому порядку набули статус суб'єкта підприємницької діяльності. Адміністративні ж суди розглядають зазначені спори, де однією із сторін є суб'єкт владних повноважень – щодо оскарження його рішень. Тобто, немає єдиних підходів у правозасосовчій практиці. Практика свідчить, що виникають ситуації, коли власникові охоронного документа нерідко доводиться звертатися відразу до судів двох юрисдикцій– господарського та адміністративного з метою припинити порушення та анулювати охоронний документ особи, яка порушує його права. Безумовно, це ускладнює процедуру захисту, збільшує строки розгляду, а також суттєво збільшує витрати на судовий розгляд. Виникнення таких ситуацій спричиняється тим, що в основу визначення підвідомчості покладаються два критерії – суб'єктивний та об'єктивний [4, с. 8–10]. Критеріями, що визначають підвідомчість справ господарському суду, є суб'єктивний склад і характер діяльності суб'єкта (господарська діяльність, підприємницька). Судам у порядку цивільного судочинства не підвідомчі справи, які виникають з публічних правовідносин.

По-друге, складність об'єктів інтелектуальної власності, що породжує відповідні права та забезпечує законні інтереси. Так, судам підвідомчі спори щодо видачі патентів України на винаходи; на корисні моделі; на промислові зразки тощо.

По-третє, тривалість процедур, спричинена, зокрема, багаторівневою інстанційністю. Як свідчить практика, виникали випадки, коли такі спори розглядалися протягом трьох – чотирьох років, у той час як протягом одного року – у Великій Британії та Угорщині. Це зумовлено тим, що більшість часу витрачається на проведення судово-експертних досліджень.

По-четверте, проблема витрат на судові тяжби. Для суб'єктів господарської діяльності це перетворюється на суттєві збитки та часто зменшує заінтересованість у створенні нових об'єктів інтелектуальної власності.

По-п'яте, захист права інтелектуальної власності, як слушно зазначав О. А. Підопригора, носить компенсаційний характер та спрямований на відновлення порушеного права. При цьому ніякої майнової шкоди порушник не несе [5, с. 4–6].

По-шосте, проблема відшкодування збитків. Конструкція збитків, що у своїй основі грунтується на понятті збитків, що закріпилося у законодавстві 1963 року, передбачена нині чинним законодавством. А тому така обставина тягне за собою певні труднощі у застосуванні відшкодування збитків за порушення прав інтелектуальної власності [6, с. 389]. Відповідно до ст. 22 ЦК України до складу збитків входять реальні збитки та упущена вигода. Враховуючи нематеріальну природу самих об'єктів права інтелектуальної власності і те, що, переважно, порушення майнових прав на ці об'єкти виявляється у їх використанні третіми особами без дозволу суб'єкта прав, наявність реальних збитків у відповідності до зазначеної статті є малоймовірною.

Як свідчить практика, стягнути з порушника прав інтелектуальної власності упущену вигоду проблематично. Це пов'язано із тим, що необхідною умовою для стягнення упущеної вигоди суди вважають наявність безпосередньо причинно-наслідкового зв'язку між діями порушника та неодержанням суб'єктом прав інтелектуальної власності доходів [6, с. 390]. Згідно із ч. 3 ст. 22 ЦК України, якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку із цим доходи, то розмір упущеної вигоди, що має відшкодовуватися особі, право якої порушено, не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право. Тобто основна проблема тут полягає в доказуванні позивачем причинно-наслідкового зв'язку між діями відповідача і неодержанням доходів позивачем.

Прийняття Закону, який визначає існування в Україні загальних, адміністративних судів і господарських судів, посилює розпорошеність розгляду судових справ у різних судових органах.

Згідно із цим Законом, після формування в Україні спеціалізованих адміністративних судів спори у сфері про-

мислової власності мають розглядатися трьома юрисдикційними органами в залежності від їх виду: між заявником та відомством – адміністративними судами; між суб'єктами господарювання – господарськими судами; між фізичними особами – загальними судами. Безперечно, створювати спеціалізовані колегії в усіх юрисдикційних органах неможливо. А тому доцільним є створення спеціалізованого суду – Патентного суду України, в якому б розглядалися всі спори, що пов'язані із порушенням прав інтелектуальної власності. Основні завдання, якими має керуватися Патентний суд України, мають охоплювати: вирішення спорів між заявниками і патентним відомством щодо набуття прав на об'єкт промислової власності, яке має включати також оскарження рішень Апеляційної палати Установи; вирішення спорів щодо дійсності охоронного документа і зіткнення прав на охоронний документ; вирішення спорів про порушення права на об'єкти промислової власності; вирішення всіх інших спорів, пов'язаних із використанням прав, захищених охоронними документами.

У відповідності до ст. 1, 12 ГПК України господарські суди розглядають спори, що виникають у сфері інтелектуальної власності між підприємствами, установами, організаціями, іншими юридичними особами (у тому числі іноземними), громадянами, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статус суб'єкта підприємницької діяльності. Переважна більшість спорів щодо порушення прав інтелектуальної власності пов'язана із правовою природою самих об'єктів інтелектуальної власності. А тому при вирішенні таких спорів спостерігається дуалізм судової системи, оскільки такі спори можна відносити як до компетенції судів загальної юрисдикції, так і до компетенції спеціалізованих судів.

І тут знову виявляється дуалізм судової системи: такі спори поділяються між господарськими та адміністративними судами. Немає єдиних підходів щодо визначення підвідомчості, як часто свідчить практика, коли третьою стороною виступають учасники процесу, що відносяться до різних юрисдикцій.

В Україні зроблено значні кроки щодо удосконалення розгляду спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності. Вже позитивним є те, що останнім часом у господарських судах намітилася тенденція розгляду даної категорії спорів. Безумовно, пов'язано це із зростанням професійного рівня судів.

Проте, на жаль, в умовах спаду виробництва та наявності інших кризових явищ, інтелектуальний капітал зазнав чималих втрат. Для того,щоб наблизитися до рівня цивілізованих країн, нам необхідно: по-перше, подолати існуючу до цього часу зневагу до інтелектуальної власності; по-друге, створити діючу систему інтелектуальної власності із врахуванням світового досвіду та особливостей, характерних саме для України; по-третє, шляхом інформаційного висвітлення показати одержання матеріальної вигоди від володіння охоронними документами, для чого в першу чергу, необхідно створити умови для інтенсифікації процесу творчої діяльності, після чого пропагувати ці досягнення.

Тільки з усвідомленням вищезазначених завдань Україна вийде на рівень високорозвинутих держав та посяде гідне місце в Європейському Союзі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Хейнворд П.* Врегулювання спорів у патентному відомстві Великої Британії // Інтелектуальна власність. Науково-практичний журнал. – 2002.– № 7 – 8 – С. 29 – 33.

2. *Ковач Ж.. , Козлова О.* Організаційно-правові аспекти охорони права інтелектуальної власності в Угорщині // Інтелектуальна власність. Науково-практичний журнал. – 2004. – № 9. – С. 49 – 51.

3. *Бошицький Ю. Л., Козлова О. О., Андрощук Г.О.* Комерційні найменування: основні правові аспекти. Наук.-практ. вид. (За заг. ред. Ю.С. Шемчушенка. – К.: ТОВ«Юридична думка», 2006. – С. 59 – 61.

4. *Захист прав* інтелектуальної власності в господарському судочинстві // *Бюллетень законодавства юридичної практики України* .– 2008. – № 11. – С. 8 –10.

5. *Підопригора О.* Захист прав інтелектуальної власності у новому Цивільному кодексі України // Інтелектуальна власність. Науково-практичний журнал. – 2003. – № 6. – С. 4 – 6.

6. *Якубівський І. Є.* Методологічні проблеми відшкодування збитків, заподіяних порушенням прав інтелектуальної власності. Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку (м. Київ, 22 – 23 травня 2009 року): Збірник II Міжнародної науково-практичної конференції «Методология частного права: современное состояние и перспективы развития» / Ред. кол. О. Д. Крупчан (голова), Н. С. Кузнєцова, Я. М. Шевченко та ін. –К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009.– С. 388 – 390.

The article is developed of problem defend intelectual property From Ukraine and Greaite Britaine and Hungary.

Статья посвящается вопросам защиты права интеллектуальной собственности в Украине. Приводится как положительный пример решения проблемы защиты права интеллектуальной собственности в Великобритании и Венгрии.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕАЛІЗАЦІЇ ГЕОЕКОНОМІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ІНТЕРРЕГІОНАЛЬНИЙ ВИМІР

Король В. І.,

кандидат юридичних наук, завідувач відділом міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено розгляду правових засад розвитку інтеррегіональних економічних відносин Європейського Союзу та Асоціації країн Південно-Східної Азії (АСЕАН), яку віднесено до основних пріоритетів ЄС щодо укладення Угод про зони вільної торгівлі нового покоління. Досліджено загальні критерії, яким мають відповідати нові партнери ЄС для укладення Угод про ЗВТ, а також детермінанти та бар'єри, які ускладнюють проведення двосторонніх переговорів між ЄС та АСЕАН.

Ключові слова: Угоди про зони вільної торгівлі, партнерство ЄС та АСЕАН, інтеррегіональні торговельно-економічні відносини.

В умовах інтенсифікації процесів регіоналізації у світі, які характеризують контрглобалізаційні тенденції та обумовлюються як геоекономічними, так і геоцивілізаційними чинниками, Україна потребує здійснення зовнішньоекономічної політики, орієнтованої на забезпечення власних життєво важливих інтересів. Основні функції та обмеження реалізації такої політики визначаються, значною мірою, зовнішнім середовищем, управління яким de-facto здійснюється незначним колом суб'єктів міжнародного економічного права, до якого наша країна не входить.

У контексті черговий раз задекларованої в ст. 11 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 01.07.2010 р. № 2411-17 ілюзорної (удаваної) мети набуття членства в Європейському Союзі, що передбачає забезпечення інтеграції України до європейського політичного, економічного та правового простору, доцільним вбачається звернутись до відомої геополітичної дихотомії: економічно розвинена і багата Північ (ЄС) та індустріально деградуючий і бідний Південь (Україна).

Екстраполюючи загальносвітові тенденції взаємодії нерівнозначних за рівнем розвитку суб'єктів міжнародного економічного права, можна аргументовано стверджувати, що динаміка та зміст рівноправних з міжнародно-правової точки зору двосторонніх відносин будуть детерміновані, переважно, інтересами ЄС, який реалізовуватиме малоперспективну для України та захисну для своїх економічних інтересів «політику сусідства» та «східного партнерства».

Однак навіть при збереженні у подальшому такого звуженого формату довгострокового співіснування, як політичне співробітництво та економічна інтеграція, для вітчизняних суб'єктів господарювання існують перспективи оптимізації правового режиму зовнішньоекономічної діяльності в межах зони вільної торгівлі, переговори щодо створення якої розпочато у 2008 р. після вступу нашої держави до Світової організації торгівлі та які потенційно можуть бути завершені влітку 2011 року.

Оскільки Україна є далеко не єдиним суб'єктом міжнародного економічного права, з яким Європейський Союз вибудовує двосторонні відносини з позиції наведеної вище дихотомії Північ-Південь, для нашої країни важливим є визначення стратегічних засад геоекономічної політики ЄС та правових механізмів, які ним застосовуються для просування як на регіональному, так й інтеррегіональному рівнях європейських економічних інтересів, що у такій міждисциплінарній площині розглядається вперше та надає можливість визначити мету даної статті. Вона полягає у виявленні детермінант та бар'єрів, якими обумовлюється характер інституційно-правової бази інтеррегіональних економічних відносин двох інтеграційних угрупувань – Європейського Союзу та Асоціації країн Південно-Східної Азії (АСЕАН).

Для досягнення поставленої мети доцільним є звернення до актів acquis communautaire Європейського Союзу, наукових досліджень як у галузі права, так і органічно пов'язаних сферах, які здійснено, зокрема, О. О. Мережко, Е. В. Родрігесом, Г. М. Локшиним, Р. А. Сеніним тощо.

Виходячи з того, що однією з можливих аналітичних призм розгляду двосторонніх відносин ЄС та АСЕАН є інша класична геополітична дихотомія – Захід-Схід, важливо визначити дієві методологічні підходи до пізнання інтеррегіонального сегмента правової дійсності. Досліджуючи гносеологічні проблеми у сфері міжнародного права в цілому та особливості застосування геополітичного методу зокрема, вітчизняний правознавець О. О. Мережко наголошує на тому, що в сучасних умовах доречніше говорити про зростаючу роль геоекономічного фактору, який також здійснює вплив на розвиток міжнародного економічного права. В останні десятиліття в світовій економіці відбувається регіоналізація, в результаті чого формуються економічні «великі простори» із своїми державами-гегемонами, де прикладами таких великих економічних просторів є ЄС (гегемон – Німеччина), регіон Південно-Східної Азії, де в статусі гегемона дедалі частіше виступає Китай. Вбачається, що в рамках геоекономічної структури світу на перший план виходить не стільки військово-політична, скільки економічна міць держави та геоекономічний фактор, який дедалі більше визначає зміст міжнародного правопорядку [1, с. 108].

Забезпечення Європейським Союзом глобальної конкурентоспроможності передбачає розробку та реалізацію його інститутами удосконаленої спільної торговельної політики (common commercial policy), оскільки на сучасному етапі ЄС не вдається у повному обсязі органічно поєднати та використати у власних інтересах синергетичний потенціал правових механізмів управління економіко-правовим середовищем та розвитком окремих держав або їх інтеграційних об'єднань на багатосторонньому та двосторонньому рівнях.

Не девальвуючи статус Світової організації торгівлі як ключової міжнародної економічної організації, яка визначає принципи та правила у сфері міжнародної торгівлі, ЄС суттєво змінює стратегічні орієнтири. Так, у праці європейського дослідника Е. В. Родрігеса (Enrique Valerdi Rodriques) наголошено, що, розриваючи еволюційний зв'язок з торговельною політикою, яка здійснювалась ра-

ніше, у 2006 р. Європейський Союз оголосив свій план укладення угод про зони вільної торгівлі з низкою швидко зростаючих економік, переважно в Азії, що було неочікуваним кроком з боку ЄС, який раніше фокусував увагу на вирішенні проблем Дохійського раунду СОТ, на преференційному режимі для колишніх колоній (АСР), угодах про зони вільної торгівлі, зокрема, з європейськими партнерами, країнами Середземномор'я [2, с. 5].

При цьому одним із чинників, який визначив зміну пріоритетів від багатосторонньої до двосторонньої лібералізації (тобто неодмінно лібералізації, ідеологія якої набуває ознак догматики, імперативу та занадто самовпевнено претендує на універсальність), стала відмова країн–членів СОТ, що розвиваються (developing countries), включити до порядку денного Дохійського раунду так званих «Сінгапурських проблем», невирішеність яких зачіпає такі пріоритетні інтереси ЄС як захист ін.-вестицій, конкурентна політика, транспарентність у сфері державних закупівель та сприяння торгівлі.

Таким чином, одним із основних правових інструментів спільної торговельної політики Європейського Союзу, спрямованих на забезпечення європейських економічних інтересів, Європейською Комісією визначаються Угоди про зони вільної торгівлі «нового покоління» (далі – Угоди про ЗВТ), які функціонально мають не стільки підміняти собою багатосторонні угоди, прийняті в рамках СОТ, скільки доповнювати їх.

Проблема раніше укладених Європейським Союзом Угод про ЗВТ полягає у тому, що вони лише частково забезпечують охорону та захист його економічних інтересів, наприклад, в такому динамічному регіоні як Азія в цілому та Південно-Східна Азія зокрема, оскільки їхніми положеннями не врегульовано відносини щодо, зокрема, захисту прав інтелектуальної власності європейських компаній, субсидій, санітарних та фітосанітарних норм, технічних бар'єрів тощо.

У процесі прийняття рішення щодо доцільності укладення Угод про ЗВТ «нового покоління» Європейським Союзом виділяються певні критерії, а саме:

1. Ринковий потенціал потенційного партнера, операціоналізація якого надає змогу конкретизувати, що він включає в себе ємність зовнішнього ринку та перспективи її подальшого зростання для забезпечення як поточних, так і довгострокових торговельно-економічних інтересів, що потребує від вітчизняних правознавців удосконалення міждисциплінарної науково-обґрунтованої методології їх моніторингу та виявлення для розуміння майбутніх пріоритетних напрямів геоекономічної стратегії ЄС.

2. Рівень протекціоністських заходів проти європейського експорту, які мають як тарифний, так і нетарифний характер, притому, що роль останніх суттєво зростає, особливо у найважливіших сферах, зокрема надання послуг.

Крім того, ніби то факультативними, а в дійсності не менш важливими критеріями слід визнати можливості забезпечення європейських інтересів в частині доступу європейських ТНК до природних ресурсів інших країн у поєднанні з необхідністю забезпечити їх ефективний видобуток та стабільне постачання на європейський ринок.

Також до уваги мають прийматися так звані політичні критерії, до яких віднесено рівень розвитку демократії, захисту прав людини, забезпечення дієвості принципу верховенства права, регіональну роль партнера, геостратегічне значення у контексті політики безпеки ЄС тощо.

Ґрунтуючись на наведених критеріях, Європейським Союзом виділено три суб'єкти міжнародного економічного права, інтенсифікацію переговорів з якими віднесено до першочергових пріоритетів, одним із яких є Асоціація країн Південно-Східної Азії (АСЕАН).

Правовий статус АСЕАН зазнав еволюційної зміни з «інтеграційного об'єднання» (1967 р.) до міжнародної організації як суб'єкта міжнародного права лише у 2008 р. після ратифікації установчого договору – Хартії (в розробці проекту якої суттєву участь брав й ЄС) всіма десятьма країнами-членами: Сінгапуром, Малайзією, Індонезією, Філіппінами, Таїландом, В'єтнамом, Лаосом, Камбоджею, Брунеєм, М'янмою.

Як зазначає російський дослідник Г. М. Локшин, АСЕАН створювалась не без урахування багаторічного досвіду європейської інтеграції та під її суттєвим впливом, але це – не копія Європейського Союзу [3, с. 29].

Дійсно, європейській та азійській моделям регіональної інтеграції притаманні суттєві відмінності інституційно-правового характеру, які полягають у такому:

– по-перше, за сучасних тенденцій регіонального та глобального розвитку на порядку денному багатосторонніх переговорів країн АСЕАН навіть не передбачається постановка питання про створення наднаціональних органів, оскільки, на відміну від держав–членів ЄС, вони не готові делегувати їм повноваження, відмовляючись, навіть частково, від економічного суверенітету;

– по-друге, в той час, як держави-члени та інститути Європейського Союзу діють відповідно до системи норм права, закріплених в актах первинного та вторинного законодавства ЄС, відносини країн в рамках АСЕАН підлягатимуть регулюванню нормами (умовами) міжурядових договорів, які випливатимуть з положень Хартії АСЕАН.

Рамкові правові засади двосторонніх відносин ЄС (на той момент ще ЕЄС – Європейського Економічного Співтовариства) та АСЕАН було передбачено в Угоді про співробітництво 1980 р., в якій одним із пріоритетів задекларовано розвиток торговельно-економічних відносин.

З 2003 року Європейським Союзом запропоновано перевести взаємодію з АСЕАН у формат партнерства, однією із стратегічних цілей якого визначено якісне розширення на взаємовигідній основі не тільки торговельно-економічних, а й інвестиційних відносин з подальшим підписанням двосторонньої угоди про зону вільної торгівлі. Зазначену та інші цілі було покладено в основу Нюрнберзької Декларації про поглиблене партнерство, підписаної у 2007 р.

До основних напрямів реалізації положень цієї Декларації з боку ЄС віднесено сприяння процесам регіональної економічної інтеграції між країнами АСЕАН, що, як наголошує Р. А. Сенін, розглядалось європейськими дослідникам як реальна можливість спрямувати її у вигідне для об'єднаної Європи русло. Таким чином, заслуговує на увагу твердження, що розробка Європейським Союзом проектів та вибір конкретних сфер співробітництва набули системного характеру та узгоджувалися з поточними економічними та політичними завданнями ЄС щодо АСЕАН [3, с. 244]. Серед проектів, які перебувають на стадії реалізації, заслуговує на увагу Програма підтримки регіональної інтеграції АСЕАН, яку спрямовано на удосконалення митної системи

АСЕАН, запровадження механізму вирішення торговельних та інвестиційних спорів. У свою чергу, у сфері галузевого співробітництва важливою є Транскордонна ініціатива ЄС-АСЕАН у сфері торгівлі (Trans-Regional EU-ASEAN Trade Initiative (TREATI), яка має сприяти подальшій оптимізації правового режиму зовнішньої торгівлі.

Визначати роль наведених та інших проектів двостороннього співробітництва необхідно у контексті особливості економік країн АСЕАН, якою є їх переважна експортна орієнтованість, що робить їх суттєво залежними від збуту азійських товарів на ринку ЄС, що у правовій площині, у свою чергу, залежить від спеціального пільгового митного режиму, який наданий в рамках Генералізованої системи преференцій ЄС для країн, що розвиваються, та закріплений у спеціальному акті вторинного законодавства – Регламенті № 732/2008 від 22.07.2008 р. [4].

Становлення такої залежності економік країн АСЕАН на європейському напрямі є не випадковим, а цілком закономірним результатом реалізації азійської стратегії ЄС, що в рамках геоекономічної доктрини обумовлює зменшення de-facto рівня економічного суверенітету країн АСЕАН, що здійснюється, як це не парадоксально, в рамках їх законодавства транснаціональними корпораціями шляхом інвестування у виробничу сферу з дешевою робочою силою з подальшою реалізацією товарів не тільки й не стільки на ринках країн регіону – Японії, Китаю, скільки на ринках США, ЄС, причому часто з афілійованими (пов'язаними) компаніями цих же ТНК.

Враховуючи те, що Європейський Союз обіймає лідируючу позицію серед іноземних інвесторів та є третім для АСЕАН торговельним партнером, в той час як АСЕАН для ЄС у цій сфері також є не другорядним партнером, оскілки входить до першої п'ятірки, питання створення зони вільної торгівлі має відповідати стратегічним інтересам обох сторін.

Водночас станом на початок 2011 р. сторонами не досягнуто значного прогресу в переговорах з цього питання, що породжує закономірно важливе питання щодо кола проблем, які породжують конфлікт інтересів, який є більш значущим ніж їх збіг, як передумова розвитку співробітництва.

У даному контексті доцільно зазначити, що переговорний процес гальмується сукупністю причин, які можна диференціювати за різними критеріями. Для досягнення цілей даної статті необхідним та достатнім вбачається поділ таких причин на: стимулюючі (детермінанти) та стримуючі (бар'єри); внутрішні та зовнішні; геоуніверсальні, тобто характерні для всіх країн третього світу незалежно від регіональної належності, та геоспецифічні – обумовлені особливостями розвитку країн–членів АСЕАН, як азійського субрегіону.

До геоуніверсальних стримуючих причин слід віднести неприпустимо високий, з точки зору ЄС рівень протекціоністських заходів захисту внутрішніх ринків країн–членів АСЕАН від європейського експорту, що обумовлюється, зокрема, неготовністю низки країн йти на суттєві поступки ЄС щодо лібералізації законодавства у сфері надання послуг, іноземного інвестування. Усунення або, принаймні, мінімізація негативних наслідків таких бар'єрів є вкрай важливим для ЄС, оскільки відкриття ринків третіх країн, у даному випадку країн АСЕАН, для експорту європейських товарів та послуг, а також технологій (в дійсності, значною мірою, морально застарілих) розглядається Європейською Комісією як одна з передумов для досягнення цілей Лісабонської стратегії, що слід віднести до ключових внутрішніх детермінант з боку ЄС.

Іншою внутрішньою детермінантою є необхідність забезпечення доступу європейських ТНК до природних ресурсів країн АСЕАН, насамперед енергетичних, стратегічно важливих для забезпечення належного рівня глобальної конкурентоспроможності економік держав–членів ЄС.

Оскільки для досягнення зазначених цілей Європейським Союзом використовується певний правовий інструментарій, загальні засади та особливості якого розкрито в інших працях автора [5], варто зупинитись окремо на ключовій геоспецифічній стримуючій причині, якою слід визнати «проблему М'янми», що є країною-членом АСЕАН, на яку в кінці XX ст. з боку ЄС було накладено економічні санкції, які зберігаються до теперішнього часу.

Таким чином, основна перешкода має політико-правовий характер та обумовлена застосуванням Європейським Союзом новітньої «технології» Заходу щодо «демократизації миру», яка носить сумнівний характер з міжнародно-правової точки зору, оскільки порушує один із основних принципів, передбачених у ст. 2 Статуту Організації Об'єднаних Націй – суверенної рівності всіх Членів ООН, який передбачає, зокрема, свободу вибору будь-якою суверенною державою власної політичної, економічної та соціальної систем.

Намагання ЄС не стільки з дійсно наукової, скільки з ідеологічної точки зору обґрунтувати та пояснити свої дії щодо М'янми сприймається з боку інших країн АСЕАН як неприпустимі спроби девальвувати правовий інститут державного суверенітету, що здійснюється для запровадження механізмів західноцентричного глобального управління (global governance), та намагання здійснити своєрідну реколонізацію. Це здійснюється під прикриттям «цінностей» ліберальної ідеології, віднесених до наведених вище так званих політичних критеріїв, які беруться до уваги ЄС при веденні переговорів щодо укладення Угод про зони вільної торгівлі (розвиток демократії, захист прав людини, забезпечення верховенства права), які мають у східному світогляді принципово іншу вагу, ніж у західному.

У даному випадку йдеться про своєрідну «реколонізацію», оскільки за іронією історичного процесу, вже у XXI ст. в цій частині світового простору відбувається зіткнення інтересів АСЕАН, низка країн якої були європейськими колоніями, та ЄС, державами-членами якого є їх колишні метрополії (Велика Британія, Голландія, Іспанія, Франція).

У зв'язку із невизначеністю перспектив подолання наведених вище проблем ЄС вирішив змінити тактичні підходи та спрямувати свої основні зусилля на укладення двосторонніх угод про зони вільної торгівлі з найбільш економічно розвиненими країнами АСЕАН. Такий підхід можна розглядати не тільки у тактичному, а й стратегічному плані як застосування Європейським Союзом правового інструментарію, спрямованого на одночасне забезпечення своїх економічних інтересів та контрольоване послаблення динаміки інтеграційних процесів в рамках АСЕАН.

Розкривши внутрішні детермінанти, доцільно також окреслити й ключову зовнішню, а саме, намагання Європейського Союзу не залишитися на узбіччі у конкурентній боротьбі як зі своїми політико-ідеологічними партнерами Заходу та Сходу – США та Японією, так і стратегічними

опонентами, насамперед Китаєм, за формування не менш сприятливого правового режиму доступу європейських суб'єктів економічної діяльності на ринки капіталів, товарів та послуг країн АСЕАН. Такі ризики для ЄС мають вже не тільки потенціальний, а й актуалізований характер, оскільки, наприклад, з Китаєм та Японією АСАЕН вже укладено двосторонні Угоди про зони вільної торгівлі, правовий режим яких може бути предметом окремої статті.

Виходячи з викладеного вище, можна зазначити, що інтегральною ціллю ЄС при фінансуванні окремих програм та проектів, які реалізуються на території країн АСЕАН, є здійснення такого впливу на їх соціально-економічний розвиток, який забезпечив би, з одного боку, передумови для формування попиту для збуту європейських товарів та послуг на цьому ринку, стримування рівня небажаної для ЄС нелегальної міграції з неблагополучних найбідніших країн регіону, а, з іншого боку, – гальмування, попри будь-які декларації, які мають правове закріплення, процесів повномасштабної економічної інтеграції країн АСЕАН з метою недопущення зміцнення альтернативного західному ще одного східного полюсу економічної сили, поруч з Японією, Китаєм, Індією.

Укладення Угоди про зону вільної торгівлі між Європейським Союзом та АСЕАН, попри існування взаємної зацікавленості, гальмується сукупністю як геоуніверсальних чинників, зокрема, заходів протекціоністського характеру з боку країн–членів АСЕАН, так і специфічно субрегіональних – політико-правової «проблеми М'янми», яка зачіпає суттєво відмінні системи цінностей Заходу та Сходу.

Розкриття в статті пріоритетних напрямів та правових проблем розвитку економічного співробітництва Європейського Союзу та Асоціації країн Південно-Східної Азії відображає певний сегмент інформаційно-емпіричної бази для подальших теоретичних та прикладних досліджень цілісної азійської стратегії Європейського Союзу із застосуванням нових для правової науки методів, зокрема, когнітивного моделювання, ситуаційного, кластерного аналізу з метою удосконалення міждисциплінарної методології для вироблення концептуальних засад геоекономічної стратегії України в сучасних, майже безнадійних, умовах для її буття як суб'єкта, а не об'єкта міжнародних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Мережко А.А.* Введение в философию международного права. Гносеология международного права. – К.: Юстиниан, 2002. – 192 с.

2. *Enrique Valerdi Rodriques.* The European Union Free Trade Agreements: Implications for Developing Countries, 11/02/2010, www.realinstituteoelcano.org, 21 p.

3. *АСЕАН* в начале XXI века. Актуальные проблемы и перспективы / Л. Е. Васильев [и др.]. – М.: ИД «ФОРУМ», 2010. – 368 с.

4. *COUNCIL* REGULATION (EC) No 732/2008 of 22 July 2008 applying a scheme of generalised tariff preferences for the period from 1 January 2009 to 31 December 2011 and amending Regulations (EC) No 552/97, (EC) No 1933/2006 and Commission Regulations (EC) No 1100/2006 and (EC) No 964/2007 // Official Journal of the European Union L 211/1, 6.8.2008.

5. *Механізми* забезпечення майнових прав та інтересів в Україні та Європейському Союзі в контексті концепції сталого розвитку: Монографія / За заг. ред. О. Д. Крупчана. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – С. 47–63. – 264 с.

The article is devoted to the legal framework of the European Union and Association of South-East Asian Nations (ASEAN) inter-regional economic relationships, which is considered to be one of EU top priorities in concluding of new generation Free Trade Agreements. Key criteria for EU's new FTA partners as well as determinants and barriers, complicating EU and ASEAN bilateral negotiations, are researched.

Статья посвящена рассмотрению правовых основ развития интеррегиональных экономических отношений Европейского Союза и Ассоциации государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН), которая отнесена ЕС к основным приоритетам касательно заключения Соглашений о зонах свободной торговли нового поколения. Исследованы общие критерии, которым должны соответствовать новые партнеры ЕС для заключения Соглашений о ЗСТ, а также детерминанты и барьеры, усложняющие проведение двусторонних переговоров между ЕС и АСЕАН.

ОКРЕМІ ТЕНДЕНЦІЇ ФОРМУВАННЯ ЄВРО-ОРІЄНТОВАНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Білоусов Ю. В.,

кандидат юридичних наук, доцент, завідувач Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті проілюстровано напрями взаємодії правових систем процесуального права європейських країн та формування взаємоузгодженого (уніфікованого) цивільного процесуального права. Визначено напрями врахування визначених тенденцій при удосконаленні цивільного процесуального законодавства України.

***Ключові слова**:* європейське право, цивільний процес, уніфікація, Європейський Союз, Європейський суд з прав людини, Рада Європи.

Сучасна динаміка відносин, низка причин соціально-економічного та геополітичного характеру спонукають до змін в одній із найконсервативніших галузей права – цивільному процесуальному, творення нового процесуального права, трансформацій існуючих процесуальних інститутів, формування нових методів та форм регулювання процесуальних механізмів захисту порушеного, оспореного чи невизнаного права органами цивільної юрисдикції.

В Україні до проблем генерування нового пострадянського права приєднується необхідність врахування загальносвітових глобалістичних тенденцій, в тому числі у праві. Зважаючи на це, перед українською юридичною наукою постає подвійна проблема виявлення моделі національного цивільного процесу з урахуванням тенденцій розвитку європейського процесуального права загалом та європейських країн зокрема.

На жаль, в сучасній українській процесуальній доктрині детальних комплексних досліджень щодо місця сучасного цивільного процесуального права у глобальній системі цивільного процесу немає. Низка праць вчених-процесуалістів недостатньо повно визначає загальні тенденції розвитку європейського процесуального права та його значення для вдосконалення наявних в Україні процесуальних механізмів захисту суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів. Тому метою нашого дослідження виступає визначення загальних напрямів узгодження правового регулювання процесуальної форми з урахуванням національних та наднаціональних чинників.

Насамперед, слід визнати, що формування й розвиток сучасного цивільного процесуального права відбувається на кількох рівнях, які в багатьох випадках доповнюють один одного, що створює складну модель сучасного цивільного процесу. Так, можна визначити міжнаціональний, наднаціональний та національний рівні такого формування чи оновлення.

Міжнаціональний рівень проявляється у напрацюванні процесуальних механізмів порядку розгляду й вирішення цивільних справ з іноземним елементом (міжнародного цивільного процесу). Узгодження правил міжнародного цивільного процесу стало історично первісним, зокрема в частині визнання й виконання рішень іноземних судів, а також надання міжнародної правової допомоги. Об'єктивна потреба формування такого інституту міжнародного приватного права призвела до прийняття багатьох міжнародних та двосторонніх угод щодо регулювання цивільного процесу з іноземним елементом, а також міжнародного співробітництва щодо розгляду й вирішення цивільних справ.

Зважаючи на об'єктивну обумовленість потреб у формуванні цього права, воно й отримало чи не найповніше врегулювання як на рівні міжнародних договорів (двочи багатосторонніх), так і міжнародних конвенцій. Тому переважаючою формою узгодження процесуальних механізмів виступає уніфікація.

Ще одним чинником успішності такого рівня творення процесуального права є те, що ця модель судочинства враховує базові цінності для наступної його гармонізації на основі використання кращих і більш нейтральних елементів континентальної та англосаксонської систем права.

У часи закритості Української держави та її громадян від вступу у цивільні відносини з іноземним елементом питома вага справ, обтяжених іноземним елементом, була невеликою. На противагу цьому відкриття кордонів, збільшення політичного, соціально-економічного та культурного взаємообміну товарів, послуг, рух робочої сили (в тому числі нелегальний), посилення зовнішньоекономічних контактів вимагає формування адекватного механізму правового регулювання процесуального механізму захисту цивільних прав.

Тому вимагається більш активний вступ України до європейського правового простору міжнародного цивільного процесу задля формування узгодженого із міжнародними стандартами національного законодавства щодо розгляду й вирішення справ, обтяжених іноземним елементом.

Наднаціональний рівень вказує на формування правової матерії особливого типу, яскравим показником якого на європейському просторі є акти Ради Європи та Європейського Союзу і його інституцій. Особливість цього права полягає у його наднаціональному характері, формуванні нового уніфікованого процесуального механізму та визначення змісту правосудної діяльності, завдань суду зокрема та держав в цілому щодо забезпечення ефективності й оптимальності цивільної процесуальної форми.

Одним із сегментів формування узгодженого процесуального механізму є право Ради Європи, до якого входять Конвенція про захист прав та основоположних свобод людини, рішення й практика Європейського суду з прав людини, а також рекомендації Ради міністрів. Зважимо на те, що Євроконвенція веде мову про гарантування загального права на судовий захист, вказує на зусиллях держав – членів Ради Європи щодо забезпечення більш простого доступу громадян до ефективного правосуддя. Серед згаданих актів можна назвати такі: резолюції № 78 (8) від 02.03.1978 р. про юридичну допомогу та консультації та № (76) 5 від 18.02.1996 р. про юридичну допомогу у цивільних, торгових та адміністративних справах, рекомендації № R (93) 1 від 08.01.1993 р. про ефективний доступ до закону та правосуддя для найбідніших верств населення; № R (86) 12 від 16.09.1986 р. щодо заходів для недопущення та скорочення надмірного навантаження на суди, № R (81) 7 від 14.05.1981 р. щодо шляхів полегшення доступу до правосуддя, № R (84) 5 від 28.02.1984 р. щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на удосконалення судової системи, № R (94) 12 від 13.10.1994 р. про незалежність, ефективність та роль суддів, № R (95) 5 від 07.02.1995 р. щодо запровадження в дію та покращення функціонування систем та процедур оскарження у цивільних та торгових справах, № R (95) 11 від 11.09.1995 р. щодо збору, обробки, надання та архівування судових рішень в правових інформаційно-пошукових системах та ін.

Особливим для визначення змісту й спрямованості сучасного цивільного судочинства має Європейська конвенція про права людини та основоположні свободи, правозастосовча діяльність Європейського суду з прав людини.

Тому справедливо В. В. Комаров називає підставою для подальших колективних зусиль з гармонізації політики підвищення ефективності цивільного судочинства фундаменталізацію прав людини та визнання права на справедливий судовий розгляд як інтегруючого фактору характеристики національних процесуальних систем [1, с. 100].

С. Ф. Афанасьєв, розглядаючи вплив загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, закріплених в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, визначив шляхи їх реалізації при розгляді і вирішенні цивільних справ. Серед них вказується на такі:

– *автономного застосування*, якщо національна правова матерія містить недоліки або прогалини, а загальновизнані принципи і норми міжнародного права підходять для врегулювання суспільних відносин, що виникли;

– *спільного застосування* загальновизнаних принципів і норм міжнародного права з внутрішніми юридичними правилами з метою посилення і підкріплення мотивування судових постанов, що виносяться;

– *пріоритетного застосування*, якщо загальновизнані принципи і норми міжнародного права встановлюють інші правила, ніж ті, які передбачені ординарним федеральним законом [2].

У цілому погоджуючись із визначеними напрямами, для України важливим є дія Закону України «Про вико-

нання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», згідно зі ст. 17 якого практику Європейського суду з прав людини суди України повинні застосовувати як джерело права.

Наступним сегментом формування єдиного правового простору процесуального законодавства є право Європейського Союзу, до якого входить багато актів як первинного, так і вторинного права. Яскравим показником уніформізму є норми, які регулюють процесуальну форму діяльності Суду Європейського Союзу [3 – 5].

Окрім цього результатом гармонізації європейського процесуального права Європейського Союзу є система актів первинного права (регламентів), які у цей час складають систему європейського цивільного процесуального законодавства, а саме: Регламенти Ради ЄС: № 44/2001 від 22 грудня 2000 р. про юрисдикцію компетенції, визнання та виконання рішень у цивільних та торгових справах; № 1346/2000 від 29 травня 2000 р. про процедури неспроможності; № 2201/2003 від 22 листопада 2000 р. про юрисдикційну компетенцію, визнання та виконання рішень у сімейних справах та справ про відповідальність батьків; Регламенти Європейського парламенту та Ради ЄС: № 805/2004 від 21 квітня 2004 р. про запровадження Європейського виконавчого листа для безспірних вимог; № 1896/2006 від 12 грудня 2006 р. про створення європейського порядку здійснення платежів; № 861/2007 від 11 липня 2007 р. про процедуру розгляду дрібних спорів (спорів до 200 євро) та ін.

Національний рівень. Особливість національного рівня формування процесуального права полягає, насамперед, у тому, що національний процесуальний правопорядок вважається у межах кожної держави самодостатнім правовим явищем, який нібито не залежить від будь-яких чинників зовнішнього характеру, є продуктом власного національного правотворення. Водночас кодифікація національного процесуального права неможлива без урахування досвіду інших країн, глобальних тенденцій розвитку доктрини та практики процесуального права.

Тому слід погодитись із В. В. Комаровим, що останні кодифікації цивільного процесуального законодавства в європейських країнах підтверджують як синхронність модернізації процесуального законодавства, так і актуальність та розвиток процесуальної доктрини. При цьому спостерігається яскраво виражена тенденція конвергенції різних національних та континентальних культур цивільного процесу (цивільного процесу змагального типу і цивільного процесу інквізиційного типу), активізація пошуку моделей ефективного судочинства у зв'язку із сучасними викликами забезпечення доступності правосуддя, тенденції на рівні національного процесуального законодавства, які підтверджують в цілому конвергенцію двох відомих класичних форм цивільного процесу [1, с. 102 – 103].

Водночас нелегко погодитись із запропонованими І. Р. Медведєвим для характеристики сучасного цивільного процесу епітетами: «гібридопобідний», «квазіінквізиційний» або «квазізмагальний» [7], оскільки вони лише частково відображають сутність явища, носять більше психоемоційну, ніж правову його характеристику.

Вже неодноразово звертається увага на те, що найбільш яскравим прикладом розуміння трансформаційних процесів у сучасному процесуальному праві, в тому числі держав із давніми традиціями формування оптимальної процесуальної форми захисту порушеного, оспореного чи невизнаного права, є реформування цивільного процесуального права Англії (С. Ф. Афанасьєв, І. Р. Медведєв, О. В. Кудрявцєва) [2; 6; 7].

Наголошується на тому, що одним із напрямів судової реформи Англії – зближення з європейськими стандартами і, як наслідок цього процесу, – відхід, зміщення чистої змагальності як типологічної характеристики англосаксонського цивільного процесу країн загального права [7], нівелювання відмінностей між англосаксонською та континентальною системами права. Це зближення проходить за такими напрямами: кодифікація англійського законодавства (прийняття і введення в дію нового процесуального кодексу), спеціалізація судів, диференціація судових процедур, стимулювання примирних та альтернативних способів вирішення правових спорів [2, с. 10]. Крім цього, С. Ф. Афанасьєв наголошує на тому, що англійська реформа вплинула на розвиток процесуального права європейських країн, а також Російської Федерації. Цей вплив привів до збагачення вмісту процесуального законодавства деяких європейських держав і російського законодавства, зокрема, введено досудову форму взаємодії сторін з метою визначення складу доказів і аргументів, що подаються протилежною стороною, стало можливим винесення проміжних рішень та проведення попередніх забезпечувальних заходів російськими арбітражними судами [2, с. 10].

Для України та багатьох інших європейських держав питання узгодження, гармонізації, єдності й диференціації мають ще особливості національного характеру. Яскравим прикладом для України є реалізація принципу територіальності та спеціалізації в судовій системі, в результаті чого за наслідками останнього етапу судової реформи 2010 року в Україні існують виключно спеціалізовані суди. Створення різних гілок судової системи тягне за собою творення нового процесуального права вузькогалузевого характеру, розвиток наукової доктрини за відповідними напрямами процесуального права, інколи без урахування паралельних досліджень та досвіду наявних напрацювань, їх дублювання, неузгодженості термінології, застосування тих чи інших процесуальних механізмів та інститутів тощо. Про аналогічні проблеми в Російській Федерації та Республіці Білорусь тією чи іншою мірою вказували Н. А. Громошина [8] та Т. С. Таранова [9].

Уніфікаційні, гармонізаційні процеси творення нового права чи оновлення чинного мають різну оцінку вчених, оскільки у результаті гармонізації може очікуватися зменшення негативних наслідків, пов'язаних із вирізняльними рисами, наявними у правових та законодавчих системах [1, с. 118]. Хоча це може призвести до нівелювання національних традицій правового регулювання цивільних процесуальних відносин. Не може нівелюватись самобутність національних процесуальних систем з урахуванням специфіки їх історичного розвитку, доктринальних поглядів, стану судової практики та інших факторів. У цьому сенсі на фоні глобалізації не можуть зніматися не менш важливі наукові проблеми – національної ідентичності цивільного процесу [1, с. 105 – 106].

Аналізуючи викладене, вважаємо, що існує кілька способів формування оновленого цивільного процесуального права, як і європейського права, в цілому.

Один з методів – реформування свого національного законодавства з орієнтуванням на сучасні і ефективно діючі однотипні положення, закріплені іншими правовими системами, що, поза сумнівом, приводить до їх зближення. Так, в континентальному праві можна виокремити інститути загального права: розкриття доказів, перехресний допит свідків сторонами, спрощені види судочинства, групові позови. І, навпаки, в системі загального права з'являються інститути, властиві раніше лише системі континентального права, наприклад, акти (кодекси процесуального права), що кодифікують, посилення активності судді в процесі.

Інший – механізм уніфікації, укладення міжнародних конвенцій, угод, договорів. Такі акти вирізняє вища юридична сила розпоряджень цих документів порівняно з внутрішніми законами держав – учасниць конвенцій. І якщо серед універсальних правових категорій цивілістичного змісту досягнуто чималих успіхів, то в частині вирішення комерційних спорів з іноземним елементом прогрес значно менший [6, с. 5 – 6].

З цього можна визначити низку таких висновків, які мають значення для подальших наукових досліджень:

1. Універсалізм – наслідок загальної глобалізації, він визначає процесуальну форму зрозумілою й прийнятною до використання в умовах насичених міжнародним елементом цивільних відносин. З іншого боку, цивільний процес кожної держави не тільки може, а й повинен мати свої особливості, обумовлені національними чинниками формування цивільної процесуальної форми.

2. Визначальним для цивільного процесу України з огляду на вищевикладене є визначення (типологія) моделі сучасного цивільного процесу задля визначення доцільності, придатності та підвищення ефективності існування тих чи інших процесуальних інститутів чи норм.

3. Обрання методу формування права має визначатися з урахуванням суті справ, характеру відносин, наявності особливих ознак та характеристик, особливостей регулювання матеріальних відносин, які стали предметом судового розгляду.

4. Наукові дослідження мають проводитись з урахуванням вищевказаних рівнів (міжнаціонального, наднаціонального та національного) для визначення спільних та взаємодоповнюючих тенденцій формування нового процесуального права. Аналогічно повинно проводитись вивчення процесуального права.

5. Наостанок слід зауважити, що, враховуючи взаємозв'язок матеріального та процесуального, уніфікація процесуального права можлива настільки, наскільки є можливою уніфікація матеріального (цивільного, приватного, комерційного) права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Комаров В. В.* Гражданский процесс в глобальном контексте / В. В. Комаров // Юридическая наука и образование. – Х., 2009. – Вып. 2. – С. 95 – 125.

2. *Афанасьев С. Ф.* Право на справедливое судебное разбирательство: теоретико-практическое исследование влияния Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод на российское гражданское судопроизводство : автореферат дис. на соискание ученой степени док. юрид. наук: спец. 12.00.15 «гражданский процесс; арбитражный процесс» / С. Ф. Афанасьев. – Саратов, 2010. – 55 с.

3. *Комарова Т. В.* Суд Європейських Співтовариств і національні суди держав – членів Європейського Союзу у становленні інтеграційного порядку / Т. В. Комарова // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 1. – С. 99 – 105.

4. *Комарова Т. В.* Вплив Суду Європейських Співтовариств на право Європейського Союзу / Т. В. Комарова // Науковий вісник Ужгородського університету. Серія Право. – 2008. – Вип. 9. – С. 24 – 27.

5. *Комарова Т. В.* Юрисдикція Суду європейських співтовариств: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / Т. В. Комарова; КНУ ім. Т. Шевченка. – К., 2009. – 24 с.

6. *Кудрявцева Е. В.* Современная реформа английского гражданского процесс: автореф. дис. на соискание ученой степени док. юрид. наук: спец. 12.00.15 «гражданский процесс; арбитражный процесс» / Е. В. Кудрявцева. – М., 2008. – 52 с.

7. *Медведев И. Р.* Гражданский процесс Англии и США: повышение ответственности сторон за свои объяснения и действия / И. Р. Медведєв // Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 136 – 151.

8. *Громошина Н. А.* Дифференциация и унификация в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. на соиск. научн. степени док. юрид. наук: 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Н. А. Громошина. – М., 2010. – 49 с.

9. *Таранова Т. С.* Проблемы унификации доказывания в гражданском и хозяйственном судопроизводстве: автореф. дис. на соиск. научн. степени док. юрид. наук: 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Т. С. Таранова. – Мн., 2009. – 48 с.

Directions of interaction of legal systems of procedural law of the European countries and the formation of mutually (unified) civil procedural law are illustrated in the article. Directions of incorporation of certain tendencies to improve civil procedural legislation of Ukraine are specified.

В статье проиллюстрированы направления взаимодействия правовых систем процессуального права европейских стран и формирование взаимосогласованного (унифицированного) гражданского процессуального права. Определено направления учета определенных тенденций в ходе усовершенствования гражданского процессуального законодательства Украины.

ВПРОВАДЖЕННЯ МЕДІАЦІЇ У СУДОВИЙ ПРОЦЕС ЯК СКЛАДОВА НАБЛИЖЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ

Бондаренко-Зелінська Н. Л.,

кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства до стандартів ЄС НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються проблеми та перспективи забезпечення відповідності національної правової системи України стандартам Європейського Союзу та створення ефективного механізму захисту прав та свобод людини і громадянина шляхом запровадження медіації у цивільний процес України.

Ключові слова*: альтернативне вирішення правових спорів (АВС), європейські стандарти, медіація.*

Ні для кого не секрет, що у конфлікті, особливо між близькими людьми, немає ні переможця, ні переможеного, найкращим виходом з конфліктної ситуації є тільки примирення. Проте, на жаль, національний механізм захисту прав людини наразі не спроможний забезпечити такий фінал для тих правових спорів, що виникають в сучасному суспільстві. Наразі в Україні, як і в більшості країн СНД, провідною була і залишається судова форма захисту, в основу якої покладено змагальний процес. За таких обставин справу в суді виграє не той, хто правий у спорі, а той, у кого більше можливостей надати необхідні докази. І навіть у випадку, коли суд приймає законне і обґрунтоване рішення у встановлені законом строки, правовий спір між сторонами не вичерпується, про що свідчать чисельні проблеми, пов'язані з виконанням судових рішень.

Прийняття 18 березня 2004 року Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України [1]) стало суттєвим кроком на шляху вдосконалення національного механізму здійснення правосуддя в цивільних справах та підвищення його ефективності. ЦПК України закріпив низку новел, спрямованих на спрощення порядку розгляду та вирішення цивільних справ, забезпечення доступності та оперативності судового захисту в цілому, а найголовніше на забезпечення можливості примирення учасників спірних правовідносин. Зокрема, в чинному кодексі нарешті віднайшла своє місце норма про обов'язок суду сприяти примиренню сторін (ч. 1 ст. 130). Водночас законодавець обмежився лише закріпленням вказаного обов'язку без конкретизації процесуальної процедури, в порядку якої повинен діяти суд у разі, якщо сторони пристануть на його пропозицію щодо примирення. Це, у свою чергу, призвело до мінімізації корисного потенціалу ч. 1 ст. 130 ЦПК України.

З огляду на це увага вітчизняних юристів зосередилась навколо розробки рекомендацій не тільки щодо удосконалення існуючого порядку судового провадження, а й приведення його у відповідність до європейських стандартів, в тому числі врахування зарубіжного досвіду альтернативного вирішення правових спорів, яке забезпечує оперативне, об'єктивне та компетентне вирішення правових конфліктів на засадах примирення сторін конфлікту.

Альтернативне вирішення правових спорів (АВС) – це сукупність прийомів і методів позасудового врегулювання спрів, у результаті застосування яких сторони, що сперечаються, укладають взаємоприйняту угоду. В усьому світі існує практика застосування способів альтернативного вирішення правових конфліктів, які використовуються не тільки як альтернатива офіційному правосуддю, а й як складовий елемент судового провадження.

Не випадково Спільною програмою Європейського Союзу та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України» проводиться низка заходів щодо впровадження в систему судочинства України одного із способів альтернативних методів вирішення спорів – медіації. Так, зокрема, з цією метою у квітні 2009 року експерти Ради Європи визначили чотири пілотних суди: Вінницький окружний адміністративний суд, Донецький апеляційний адміністративний суд, Івано-Франківський міський суд, Білоцерківський міськрайонний суд Київської області для проведення експерименту щодо застосування медіації при розгляді адміністративних, господарських та цивільних справ, справ в судах України [19].

Наразі судді вказаних судових органів регулярно проходять відповідні тренінги та проводять тижні медіації, під час яких показово демонструють приклади застосування медіації при розгляді та вирішенні конкретних судових справ. Проте позаочі мало хто з них позитивно ставиться до такого нововведення. І це не випадково, як вказують наші німецькі та голландські колеги, переважна більшість суддів та адвокатів на перших порах розглядають АВС як пряму загрозу власній роботі та прибуткам, тому не поспішають впроваджувати їх у власну практику [19, с. 25].

Така ситуація є результатом недостатньої обізнаності юридичної громадськості про сутність та переваги медіації. Зокрема, в Україні, попри те, що медіаторні групи функціонують вже майже 15 років [16; 18], докладно питання про можливість застосування медіації в судовому процесі не було об'єктом ґрунтовного наукового дослідження. За таких умов годі й розраховувати, що цей спосіб АВС одразу буде сприйнято вітчизняними юристами.

З огляду на вищезазначене вбачається, що в умовах сьогодення питання про визначення можливості та шляхів запровадження медіації в національну систему захисту цивільних прав та свобод особи, а також визначення її взаємозв'язку з цивільним процесом набуло виключного значення.

Медіація (від лат. mediatio) – переговорний процес, що здійснюється за допомогою незалежного нейтрального кваліфікованого посередника – медіатора, який допомагає сторонам спору проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони змогли самостійно обрати той спосіб вирішення суперечки, що відповідатиме інтересам обох сторін. При цьому медіатор не приймає рішення за сторін конфлікту, а лише сприяє останнім у пошуку взаємовигідного рішення та оформленні його документально (медіаційною угодою).

Щодо того, яким чином запроваджувати медіацію в національний механізм захисту, то наразі в Україні з цього приводу домінують дві концепції. Концепція судової медіації, відповідно до якої остання повинна стати складовим елементом процесуальної процедури. Цю ідею впроваджує в життя згадана вище програма «Прозорість та ефективність судової системи України».

Натомість представники другої концепції стверджують, що медіація повинна бути автономним способом вирішення правових спорів і, за прикладом третейського судочинства, функціонувати паралельно з судовим процесом. А в ідеалі – передувати йому. Такий задум покладено в основу діяльності медіаторних груп, які вже функціонують на території України.

Незважаючи на розбіжності в поглядах щодо моделі медіації, представники обох концепцій працюють кожен в своєму напряму, запроваджуючи цей спосіб альтернативного вирішення правових спорів в національний механізм захисту прав людини. І зрозуміло, що на якомусь етапі все ж таки постане питання, яку з двох концепцій медіації буде законодавчо оформлено в Україні. З одного боку, у світовій практиці ефективно застосовують обидві моделі медіації, а з іншого – найближчі сусіди України Республіка Білорусь та Російська Федерація використовують саме судову медіацію.

Більше того, з точки зору науки цивільного процесуального права найбільш проблемною є саме судова медіація, адже запровадження цієї моделі обов'язково призведе до необхідності її узгодження з правилами цивільного судочинства.

Зрозуміло, що в межах однієї статті не можливо охопити усі проблемні питання, пов'язані із запровадженням су-

дової медіації в Україні та її ефективним застосуванням для вирішення правових спорів, як неможливо і сформулювати та обґрунтувати відповіді на всі проблемні питання. Тому хотілося б зосередити увагу на найактуальніших з них.

По-перше, представники жодної з концепцій медіації однозначно не визначились з тим, як медіація повинна взаємодіяти з судовим процесом: чи повинна медіація стати елементом (етапом) процесуальної процедури, чи для цивільного процесу матиме значення лише кінцевий результат медіації – медіаційна угода, яка має застосовуватись на зразок мирової угоди.

На нашу думку, медіація в жодному випадку не може бути складовим елементом національного цивільного процесу хоча б тому, що принципи її організації та проведення не відповідають принципам цивільного процесуального права. Так, цивільне судочинство підпорядковується вимогам процесуальної форми, яка характеризується імперативністю, чіткою визначеністю змісту та послідовністю процесуальних дій, що їх вчиняють учасники процесу, документальним оформленням майже кожної процесуальної дії тощо. Натомість медіація здійснюється на засадах абсолютної добровільності. Сторони медіації самостійно визначають порядок здійснення цієї процедури, медіатор тільки тоді може встановлювати процедуру медіації, коли відсутня домовленість між сторонами спору з цього приводу [7, ст. 6]. Медіація здійснюється конфіденційно, і її хід документально не фіксується [6; 11]. Більше того, на відміну від судді, який може давати сторонам процесу імперативні вказівки та приймати обов'язкові для них судові рішення, медіатор не може чинити жодного тиску на сторони і рішення за них не приймає.

Очевидно, що підпорядкування медіації вимогам процесуальної форми знищить весь позитивний потенціал цього способу АВС.

Якщо послідовно дослідити положення цивільного процесуального кодексу України, то стане очевидним, що він вже містить низку норм, що допускають несудові форми вирішення правових спорів. До таких норм належать, зокрема, положення ст. 130, 175 ЦПК України, якими регламентовано обов'язок суду сприяти примиренню сторін в процесі та наслідки укладення сторонами судового процесу мирової угоди з метою врегулювання спору. Подібні норми містить і Господарський процесуальний кодекс України. Навіть кримінальне законодавство України містить норми, які надають змогу деяким науковцям стверджувати про можливість застосування інституту примирення і в кримінальному судочинстві [15; 17].

Такий стан законодавчого регулювання порядку здійснення судочинства надає змогу стверджувати про можливість застосування медіації на стадії підготовки справи до судового розгляду подібно до процедури укладення мирової угоди. При цьому порядок проведення медіації буде підпорядковуватись не процесуальному кодексу, а відповідному закону.

По-друге, відповідно до положень чинного ЦПК на стадії підготовки суд лише з'ясовує, чи бажають сторони примиритися. Очевидно, що для сприяння сторонам у примиренні однієї цікавості суду недостатньо, потрібно роз'яснити їм про можливі способи примирення і, якщо останні виявлять бажання скористатись одним із способів, надати їм час для цього. Наразі процесуальний кодекс не передбачає такої можливості. З огляду на це вважаємо, що для найбільш ефективного застосування медіації існуючий процесуальний порядок провадження потребує відповідних змін.

Більше того, на нашу думку, доцільно на законодавчому рівні закріпити можливість медіації впливати на процесуальні строки провадження у справі. Інакше кажучи, проведення медіації паралельно з судовим провадженням ускладнює процес примирення, адже замість того, щоб сконцентрувати свою увагу на пошуку шляхів вирішення конфлікту, сторони відволікаються на вчинення процесуальних дій. Крім того, може виникнути алогічна ситуація, коли сторони під час медіації вже дійшли згоди і готові укласти угоду про примирення з цього приводу, а суд, який паралельно здійснював провадження, проводить дослідження доказів, по суті, вже в безспірній справі. Логічним було б, щоб на час проведення медіації судовий процес зупинявся або відкладався. За таких умов суд не буде переходити до розгляду справи по суті, доки не переконається, що сторони не можуть ліквідувати спір за допомогою примирної процедури.

По-третє, достатньо гостро стоїть питання про те, ким повинен бути медіатор, який проводить медіацію, – акредитованим незалежним посередником, працівником апарату суду чи учасником процесу (і, відповідно, суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин).

Прихильники позасудової медіації стверджують, що медіатором може бути будь-яка особа, і для неї взагалі не обов'язково мати юридичну освіту [20; 21]. Формування штату професійних медіаторів у такому разі має відбуватись на базі працівників закладів освіти, професійних психологів, управлінців, які пройшли відповідне стажування.

Представники концепції судової медіації розглядають кілька можливостей для правового оформлення статусу медіатора. По-перше, медіатором, на їх думку, може виступати суддя-медіатор [13], який при цьому звільнений від обов'язку здійснювати судочинство в даній судовій справі. По-друге, вони допускають можливість виступати медіатором спеціально підготовленого працівника апарату суду. Але реалізовувати такий підхід пропонується шляхом збільшення штатної чисельності працівників апарату суду у відповідному співвідношенні до кількості суддів [22].

На нашу думку, важко визнати обґрунтованою позицію тих науковців, які вважають, що при проведенні медіації медіатору не потрібні правові знання. Адже для врегулювання правових спорів медіаційна угода, яка укладається за результатами медіації, повинна відповідати вимогам чинного законодавства. Інакше вона не зможе слугувати підставою для закриття судового провадження. Крім того, розуміючи можливі наслідки звернення до суду (такі як реальні строки судового провадження, можливість апеляційного та касаційного переглядів, вартість юридичного супроводу судового провадження, можливі проблеми примусового виконання судового рішення) і роз'яснивши їх іншим учасникам медіації, юрист-медіатор тим самим дасть сторонам спору додатковий стимул для вирішення спору в позасудовому порядку.

Не достатньо виваженою вбачається й пропозиція щодо здійснення медіації суддею-медіатором. Адже суддя – це уповноважена особа судового органу, з огляду на це він повинен діяти в межах компетенції, визначеної для нього законом, в тому числі підпорядковуватись вимогам проце-

суальної форми. За таких умов потрібно або вводити особливу процесуальну процедуру, яка б відповідала принципам медіації, а не цивільного процесуального права, або, як вказувалось вище, спосіб примирення, який застосовуватимуть судді, не буде кваліфікуватись як медіація.

Вбачається, що в умовах сучасного цивільного процесу найменше кардинальних змін потребуватиме запровадження ідеї медіатора – працівника апарату суду. Але дещо іншим способом, ніж це пропонують представники концепції судової медіації [22].

Аналіз змісту чинного ЦПК України надає нам змогу стверджувати про наявну можливість залучення в процес медіатора – працівника апарату суду без суттєвих змін цивільного процесуального законодавства України.

Так, з прийняттям ЦПК України 2004 року в цивільний процес вже було введено нового суб'єкта, до процесуальних повноважень якого віднесено надання правової допомоги особам, які беруть участь у цивільній справі.

Наразі інститут особи, яка надає правову допомогу, залишається не реалізованим у цивільному процесі. В той час як ст. 56 ЦПК вказані суб'єкти (фахівці у галузі права) наділені правом знайомитися з матеріалами справи, робити з них витяги, знімати копії долучених до справи документів і навіть бути присутніми у судовому засіданні. Тобто, по суті, вони мають право ознайомлюватись з обставинами справи, а також зобов'язані сприяти сторонам у захисті їх прав та інтересів шляхом надання відповідних консультацій. І процесуальний закон не містить обмежень щодо того, чи повинні такі суб'єкти надавати правову допомогу тільки одній стороні чи усім учасникам спірного правовідношення. Інакше кажучи, ніщо не заважає їм здійснювати правову допомогу сторонам конфлікту шляхом проведення процедури медіації.

На підставі вищевикладеного вважаємо, що запровадження та застосування в Україні нових способів альтернативного вирішення правових спорів і медіації, зокрема, відповідатиме загальній позиції України щодо гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу і взятими на себе Україною міжнародним зобов'язанням [6 – 12]. Тому медіація повинна стати, і, рано чи пізно, стане невід'ємним елементом національного механізму захисту прав і свобод особи в Україні.

Найбільш ефективним вбачається запровадження медіації як альтернативного способу примирення сторін, який доцільно застосовувати під час підготовки справи до судового розгляду, але можливо використовувати і на інших стадія цивільного процесу. На нашу думку, проводити медіацію можуть працівники апарату суду, які процесуальним законом визначено як особи, які надають правову допомогу. Процедура медіації повинна бути визначена не процесуальними нормами, а спеціальним законом про медіацію, проте проведення медіації повинно впливати на процес провадження у справі.

Підсумовуючи, слід констатувати, що вищевказаними не вичерпується перелік проблем, пов'язаних з запровадженням в Україні альтернативних правосуддю способів вирішення правових спорів: потребують визначення юридичні наслідки застосування медіації, методика підготовки та проведення відповідної процедури, а найголовніше, необхідно конкретизувати юридичний зв'язок такого способу АВС із офіційним правосуддям. Ці та інші питання потребують якнайшвидшого вирішення. Адже однозначно слід визнати, що наразі процес розвитку і становлення медіації в нашій країні є необхідною та невід'ємною складовою процесу гармонізації законодавства України із законодавством Європейського Союзу, і це питання потребує належної уваги юридичної спільноти.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний процесуальний* кодекс України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-41, 42. – Ст. 492.

2. *Угода про партнерство* і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14.06.1994 р. // Офіційний вісник України. – 2006 . – № 24.

3. *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.

4. *Про Загальнодержавну програму* адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

5. *Про виконання рішень* та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477–IV // Офіційний вісник України. – 2006. – № 12. – Ст. 792.

6. *Директива Європейського* парламенту та Ради ЄС Директива 2008/52/ЄС від 21 травня 2008 року щодо окремих аспектів медіації в цивільних та комерційних справах [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.mediacia.by/uploaded/ Directive_2008 _rus.pdf.

7. *Резолюция Генерельной* Асамблеи ООН A/RES/57/18 Типовой закон Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре. [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/GA/resolutions.html.

8. *Рекомендация № R (81) 7 Комитета* министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию от 14 мая 1981 года // Права человека. – Минск: Белфранс, 1999 [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://zakon. rada.gov.ua/ cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_133.

9. *Рекомендация № R (98) 1 Комитета* министров государствам-членам касательно медиации в семейных вопросах от 2 января 1998 года [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://www.commonground.org.ua/lib_law.shtml.

10. *Рекомендация Rec (2001) 9 Комитета* министров государствам-членам об альтернативах судебному разбирательству между административными органами и частными сторонами от 5 сентября 2001 года [Электронный ресурс] – Режим доступа : http://www.ecsocman.edu.ru/data/367/936/1223/106-127_Rekomen datsii_ Soveta_ Evropy.pdf.

11. *Рекомендация Rec (2002) 10 Комитета* министров государствам-членам по медиации в гражданских делах от 18 сентября 2002 года [Электронный ресурс] – Режим доступа : http://www.commonground.org.ua/lib_law.shtml.

12. *Рекомендация Rec (2002) 10 Комитета* министров государствам-членам по медиации в гражданских делах от 18 сентября 2002 года [Электронный ресурс] – Режим доступа : http://www.commonground.org.ua/lib_law.shtml.

13. *Положення про присудову* медіацію в Донецькому апеляційному адміністративному суді [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://court.gov.ua/sud9102/mediation/m_polozh/.

14. *Положення професійної* етики судді-медіатора [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://court.gov.ua/sud9102 /mediation/m_e/.

15. *Бардаченко Л.* Медіація в Україні: практика застосування світових тенденцій [Електронний ресурс] / Л. Бардаченко // Правовий тиждень. –2010. – № 1–2 (179–180). – Режим доступу: http://www.legalweekly.com.ua /article/?uid=1677.

16. *Жмудь В.* Запровадження процедури медіації (примирення) у законодавстві України [Електронний ресурс] / В. Жмудь. – Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0/11347.

17. *Замніус В.* Передумови впровадження процедури меді-ації в Україні / В. Замніус, Д. Ковриженко, В. Землянська // Парламент. – 2004. – № 3. [Електронний ресурс] – Режим доступу:

http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=5&d=498.

18. *Луганская областная* группа медиации. Основные понятия к разделу «Альтернативное разрешение конфликтов» [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://w3.lg.ua/lrmg/glosar_rk.htm.

19. *Матеріали Семінару* з питань передання справ для проведення медіації для суддів пілотних судів України 8 – 9 квітня 2010 року. – К., 2010. – 36 с.

20. *Медіатори в Івано-Франківську* [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://news.if.ua/news/7220.html.

21. *Український центр* медіації [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://ukrmediation.com.ua/.

22. *Перспективи впровадження* процедури медіації в адміністративному судочинстві України [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.voas.gov.ua/?action=news&id_news=111.

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.

В статье рассматриваются проблемы и перспективы обеспечения соответствия национальной правовой системы стандартам Европейского Союза и создания эффективного механизма защиты прав и свобод человека и гражданина за счет внедрения медиации в гражданский процесс Украины.

ВИЗНАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ДЖЕРЕЛОМ СІМЕЙНОГО ПРАВА

Ватрас В. А.,

кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник
Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства до стандартів ЄС
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено проблемним питанням визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом сімейного права. Особливу увагу автор приділяє дослідженню Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., якою передбачено створення та діяльність Європейського суду з прав людини. Аналізуючи Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477-IV», автор доходить висновку, що він є кроком України в адаптації сімейного законодавства України до законодавства ЄС.

Ключові слова: джерело права, судова практика, адаптація законодавства, Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини.

Важливе місце в системі джерел сімейного права в ряді світових правових систем відводиться судовій практиці. Причому в державах англосаксонської правової сім'ї роль прецеденту як джерела права є вирішальною. Прецедент, будучи результатом діяльності органів вищої судової влади, є актом правотворчості та основним регулятором суспільних відносин (Канада – Верховний суд Канади; США – Верховний суд США, Англія – Верховний суд Англії та Уельсу тощо) [1, с. 316]. Натомість в інших правових системах роль прецеденту у регулюванні суспільних відносин є другорядною або ж взагалі нівелюється. Так, у постсоціалістичних країнах, правові системи яких формувалися під впливом права СРСР (Болгарія, Угорщина, Румунія, Латвія, Литва, Естонія), прецедент ніколи не сприймався як джерело права. В іншій групі країн романо-германського права (Франція, Німеччина, Австрія) прецедент як джерело права займає доволі невизначений та суперечливий стан [2, с. 622]. Щодо України, то на сьогодні вона поступово проходить шлях від постсоціалістичної держави, де раніше судова практика як джерело права не визнавалася, до європейської держави з романо-германською правовою системою, в якій роль прецеденту як джерела права є похідною від нормативно-правового акта та, як слушно зауважує М. М. Марченко, «його стан доволі невизначений та суперечливий» [2, с. 504]. На сьогодні в жодному кодифікованому нормативно-правовому акті України, як і в Сімейному кодексі України (далі – СК України) [3], судовий прецедент як результат діяльності національної судової системи не передбачається як джерело права. Лише узагальнення судової практики, які проводяться вищими спеціалізованими судами, є обов'язковими для судів нижчих ланок.

Дещо інша ситуація в законодавстві України склалась із результатами розгляду справ Європейським судом з прав людини, які на законодавчому рівні визнані джерелом права в Україні Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477–IV [4]. У зв'язку з цим в українському законодавстві склалась ситуація, за якої судовий прецедент як продукт національної правотворчості офіційно джерелом права не визнається, а судова практика Європейського суду з прав людини на законодавчому рівні легітимізована як джерело права в силу приписів ст. 17 Закону № 3477–IV, згідно з якою суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Таким чином, виникає необхідність у проведенні наукового дослідження в розрізі даної проблематики як в частині з'ясування місця рішень Європейського суду з прав людини в системі джерел сімейного права, так і щодо теоретичного обґрунтування реалізації положень Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477–IV в сімейному законодавстві України. Особливої актуальності це питання набуває в рамках адаптації сімейного законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Виходячи з цього, **метою** наукової статті є дослідження практики Європейського суду з прав людини як джерела сімейного права України в контексті адаптації національного законодавства до європейських стандартів.

Стан наукової розробки теми полягає в тому, що велике місце в юридичній науці відводиться власне загальним положенням прецедентного права. Варті уваги праці Х. Бехруза, Р. Давіда, В. В. Залесського, С. В. Маркіна, М. М. Марченко, К. Осакве, Х. Кетца, К. Цвайгета та інших.

Є низка наукових праць, присвячених праву Європейського Союзу: О. М. Дерябіної, С. Ю. Кашкіна, О. М. Москаленко, А. В. Омельченко, В. Ф. Опришко, К. В. Смирнової, О. В. Стрельцової, А. С. Фастовець тощо. Питанням адаптації, уніфікації, систематизації та гармонізації законодавства присвячено праці Ю. В. Білоусова, О. М. Бірюкова, С. Д. Гринько, А. С. Довгерта, С. К. Дудара, В. С. Журавського, Л. А. Луць, Р. О. Стефанчука, Ю. С. Шемшученка, Я. М. Шевченко та інших. Однак проблеми визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом сімейного права залишаються недостатньо дослідженими в юридичній науці.

Важливим кроком в європейській інтеграції є створення єдиної для всієї Європи системи стандартів прав людини, ядром якої є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, підписана 04.11.1950 р. (далі – Конвенція) [5]. Ця конвенція в наш час може розглядатися як істинно загальноєвропейський білль про права людини [6, с. 1000]. Учасниками Конвенції є всі держави – члени Європейського Союзу (далі – ЄС), всі країни Ради Європи, серед країн СНД Конвенцію ратифікували Російська Федерація, Вірменія, Азербайджан, Грузія тощо. Україна стала учасником конвенції у 1997 році із прийняттям Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17.07.1997 р. № 475/97–ВР [7]. Відтоді до національного правового простору України Конвенція увійшла як джерело права. Вона складається з преамбули та 59 статей, які об'єднані в три розділи: (Розділ 1 «Права та свободи»; Розділ 2 «Європейський суд з прав людини»; Розділ 3 «Інші положення»). Додаткові статті до Конвенції містяться в протоколах № 1, 4, 6, 7, 12 та 13, які доповнюють документ новими правами, принципами та гарантіями. За час існування Конвенції до неї загалом було включено 14 протоколів, кожний з яких є самостійним міжнародним договором. Слід зауважити, що Конвенція є самостійним джерелом сімейного права як міжнародний договір в силу приписів ст. 13 СК України. Частиною сімейного законодавства України є такі положення Конвенції як право на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8), право на шлюб (ст. 12), заборона дискримінації (ст. 14). Особливого значення для національного сімейного законодавства з часу ратифікації набув Розділ 2 Конвенції «Європейський суд з прав людини», який, власне, і наділив Європейський суд з прав людини (далі – Суд) як функцією правозастосування, так і надав йому статусу органу правотворчості, тобто Суд набув повноважень творити право, а його рішення набули статусу джерел права. Це випливає із ст. 32 Конвенції «Юрисдикція Суду поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї, подані йому на розгляд відповідно до статей 33, 34 і 47» та ст. 46 «Високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами». Таким чином, Конвенція є міжнародним договором, однак вона передбачає обов'язок України визнавати рішення Суду як джерела сімейного права та виконувати рішення, постановлені проти нашої держави.

Виконуючи функцію тлумачення норм Конвенції, Європейський суд одночасно вирішує завдання забезпечення однакового застосування Конвенції і не обмежується лише цим, оскільки досить часто виводить з Конвенції нові положення, в тому числі нові права особи, джерелом чого виступає судова практика. В юридичній науці навіть відмічається поява нового правового феномена, що є результатом інтерпретаційної, фактично правотворчої діяльності, який в західній доктрині називають «правом Європейської конвенції» [6, с. 1010], а джерелом такого права називають сам текст Конвенції (включаючи протоколи) і судову практику Страсбурзького суду (назва пов'язується із містом Страсбург у Франції, де діє Європейський суд з прав людини). Так як Суд при застосуванні Конвенції демонструє здатність виводити з неї положення, які далеко виходять за межі початкових намірів авторів її тексту і адаптують її положення до потреб розвитку суспільства, то окремі автори навіть розглядають діяльність Суду як істинну законодавчу політику [8, с. 25].

Питання про визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом права вирішується як на законодавчому рівні, шляхом ратифікації Конвенції, так і на науковому, шляхом формування особливого прецедентного права Європейського суду з прав людини. Свідченням цьому є обов'язок держав – учасниць Конвенції визнати судові прецеденти Суду повноправним джерелом національного права. Якщо для країн англосаксонської правової сім'ї це є звичайним, можна сказати традиційним явищем, то для представників романо-германської правової системи – запровадження нового європейського прецедентного права в національні правові системи є новацією, оскільки судова практика Страсбурзького суду конкуруватиме із національними законами, які мають перевагу і визнаються основним джерелом права. Причому судова практика Європейського суду виходить із принципу верховенства Конвенції над внутрішнім законодавством країн-учасниць, включаючи і їх національні конституції. Про це неодноразово наголошував голова Європейського суду з прав людини (виступ голови Суду перед членами Конституційного суду Російської Федерації) [9, с. 376].

Ця проблема гостро стосується України, яка є частиною континентальної правової системи, де основним джерелом права є закон, і судові рішення є правозастосовними, а не нормативними актами в національному праві. Власне, складається ситуація, за якої судові прецеденти Європейського суду є джерелом права, а судові рішення національних судів до системи правових джерел не відносяться, так як, за загальним правилом, вони нових норм не утворюють, а лише застосовують чинне право. Однак реалізувати прагнення України до інтеграції в ЄС можливо не лише шляхом співробітництва, стратегічного партнерства, а в майбутньому і набуття членства в Європейському Союзі, але й шляхом адаптації національного законодавства України до Європейського законодавства, в тому числі і шляхом визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом сімейного права як кроку в адаптації сімейного законодавства до законодавства Європейського Союзу. Власне, цей процес був започаткований нашою державою при ратифікації Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. По суті, це є перший крок з узаконення судової практики Європейського суду з прав людини. В подальшому Україна взяла на себе відповідні обов'язки з адаптації свого законодавства до законодавства ЄС.

Що ж являє собою адаптація законодавства та якою є її нормативна основа? Під адаптацією законодавства України

до законодавства ЄС розуміється процес зближення із сучасною європейською системою права шляхом поступового приведення законодавства України у відповідність до законодавства ЄС, тобто до *acquis communautaire* [10]. Правовою основою адаптації є Концепція адаптації законодавства України до законодавства ЄС [11], Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства ЄС [12] та Стратегія інтеграції України до ЄС [13]. Як правова категорія адаптація являє собою процес поступового та виваженого наближення законодавства України до сучасної системи європейського права (*acquis communautaire*) шляхом реформування національної системи права, приведення її у відповідність до норм та стандартів ЄС; пристосування чинних внутрішньодержавних норм до нових міжнародних зобов'язань держави без внесення будь-яких змін до законодавства; поступове та виважене внесення у разі необхідності відповідних змін до національного законодавства з урахуванням усіх вимог та стандартів ЄС; зближення з цілою системою правових принципів, концепцій, доктрин ЄС, що відомі як «*acquis communautaire*»; має за мету не досягнення відповідності, а лише початкове пристосування наявної правової системи України до права ЄС. Це лише підготовча стадія правової інтеграції як такої (характерна не входженням до правового поля ЄС, а лише «першим наближенням» до нього, виявленням суперечностей та одностороннім зняттям контроверсійних положень) [10]. Як зазначають автори монографії «Проблеми систематизації приватного права України та Європи», адаптація українського законодавства і законодавства ЄС може відбуватися двома шляхами: по-перше, за допомогою видання законодавчих нормативних актів, які ґрунтувалися б на відповідних нормах права ЄС; по-друге, адаптація може проходити за допомогою внесення відповідних змін до чинного законодавства [10].

Важливим кроком в адаптації сімейного законодавства України до законодавства ЄС є прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477–IV, завдяки якому в системі джерел сімейного права України з'являється таке джерело права як практика Європейського суду з прав людини. Так, за роки продуктивної правотворчої діяльності Суд сформував дієву систему захисту сімейних прав та інтересів. Зокрема, практика Страсбурзького суду напрацювала значний масив судових рішень щодо захисту права на приватне і сімейне життя (ст. 8 Конвенції) як в частині розуміння приватного та сімейного життя, так і щодо встановлення обов'язку для держав вжити заходів щодо дозволу розривати шлюби і дозволяти вступ у новий шлюб. Наприклад, у справі Джонстон проти Ірландії Судом було встановлено, що в законодавстві Ірландії відсутні норми, які передбачають право на розірвання шлюбу і можливість фактичного шлюбу. Наслідком такого рішення в сімейному законодавстві Ірландії такі норми з'явились [14]. Рішенням Маркс проти Бельгії від 22.10.1981 р. суд захистив інтереси незаміжньої матері та її позашлюбної дитини і не лише закріпив їх відносини як сімейні, що не було передбачено національним правом, а й запровадив норму, згідно з якою держава зобов'язана таким особам забезпечити нормальне сімейне життя [15]. Окрім цього, низку прецедентів Європейського суду напрацьовано з таких питань як захист прав дітей, в тому числі позашлюбних, захист прав батька позашлюбних дітей; реалізація права батька і матері на виховання дітей, здійснення права на усиновлення. Значну увагу у практиці суду присвячено обмеженню батьківських прав, визначенню місця проживання дітей, права на шлюб, зміни імені тощо [16]. Попри те, що питання аналізу конкретних сімейних прецедентів Суду є об'єктом окремого дослідження, ми цілком правомірно можемо вказувати на те, що судова практика за ними є джерелом сімейного права України.

Вагоме місце у процесі правового закріплення практики Європейського суду з прав людини відіграв Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477–IV. Цей Закон регулює відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України; з необхідністю усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї; з впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини; зі створенням передумов для зменшення числа заяв до Європейського суду з прав людини проти України. Власне, до сфери дії цього Закону входять дві складові:

1) забезпечення виконання Рішень Європейського суду з прав людини (процесуальний аспект, який не стосується нашого наукового дослідження);

2) застосування Конвенції та практики Європейського суду з прав людини в Україні.

Зосередимось на останній складовій. Закон у ст. 1 визначає терміни, що застосовуються у ньому. Так, практика Суду – це практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини. У зв'язку з цим джерелом права є не лише практика суду, а й практика Європейської комісії з прав людини.

Рішення Суду поділяються на:

а) остаточне рішення Європейського суду з прав людини у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод;

б) остаточне рішення Європейського суду з прав людини щодо справедливої сатисфакції у справі проти України;

в) рішення Європейського суду з прав людини щодо дружнього врегулювання у справі проти України.

Ключовою нормою Закону є положення ст. 17, відповідно до якої суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Саме ця норма законодавчо закріплює за практикою Європейського суду з прав людини статус джерела права та встановлює право та обов'язок суду щодо застосування європейських прецедентів у правозастосовній діяльності. Причому, якщо виконанню в Україні підлягають лише рішення Європейського суду з прав людини, ухвалені проти України, то практика Суду при розгляді справ судами застосовується без будь-яких обмежень, тобто суд вправі застосувати рішення Європейського суду проти будь-якої держави – учасниці Конвенції, вирішуючи спір в Україні.

На наше переконання, прийняття парламентом Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477–IV має важливе значення для української правової системи, бо, завдячуючи цьому, на законодавчому рівні в Україні вирішено такі проблеми:

1. Держава офіційно визнала практику Європейського суду з прав людини джерелом права, внаслідок чого система джерел сімейного права поповнилась європейським прецедентом.

2. Впровадження практики Європейського суду з прав людини в національне сімейне законодавство надасть змогу посилити уже сформований механізм захисту сімейних прав та охоронюваних законом інтересів міжнародними стандартами та нормативами.

3. Правова система України завдяки цьому ще більше зблизилась із правовою системою країн ЄС, що надає можливість систематизувати сімейне законодавство України та Європи.

4. Закон став прикладом адаптації сімейного законодавства України до законодавства ЄС у вигляді видання законодавчих нормативних актів, які ґрунтувалися б на відповідних нормах права ЄС.

Цілком очевидно, що наше дослідження не може вважатися вичерпним у розрізі наукової проблеми теоретичного обґрунтування концепції про визнання джерелом сімейного права судової практики. Якщо на рівні Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод це питання вирішено в чинному законодавстві України, то щодо національної судової практики воно залишається відкритим та дискусійним. Багато проблем виникає щодо співвідношення при застосуванні судової практики Європейського суду та національного законодавства, Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» не повною мірою вирішив проблему із правилами застосування рішень Європейського суду, він не дає відповіді на питання, як вирішувати колізії, що виникають як між самими рішеннями Страсбурзького суду, так і рішеннями Суду та іншими джерелами права, в тому числі, що стосується предмета нашого дослідження – у сфері сім'ї та шлюбу. Однак завдяки цьому Закону Україна визнала практику Європейського суду з прав людини джерелом права, що свідчить про впевнений крок нашої держави до адаптації сімейного законодавства до законодавства Європейського Союзу. Законодавець підтвердив прагнення українців жити у європейському правовому просторі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Бехруз Х.* Порівняльне правознавство: підручн. / Х. Бехруз. – Одеса: Фенікс, 2009. – 464 с.
2. *Марченко М. Н.* Источники права: учеб. пособ. / М. Н. Марчен-ко. – М.: Проспект, 2009. – 768 с.
3. *Сімейний кодекс* України від 10 січня 2002 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
4. *Про виконання рішень* та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477–IV // Офіційний вісник України. – 2006. – №2. – Ст. 792.
5. *Конвенція про захист* прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 2371.
6. *Право Европейского* Союза: учебник для вузов, 2–е изд. [Под ред. С. Ю. Кашкина]. – М.: Юристъ, 2009. – 1054 с.
7. *Про ратифікацію Конвенції* про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17.07.1997 р. № 475/97–ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – Ст. 263.
8. *Mascher F.* Les contraintes de I'nterpretation jurisdictionnelle. Les methods d'interpretation de la Convention europeenne / F. Mascher. – Bruxelles, 1998.
9. *Марченко Н. М.* Право Европейского Союза. Вопросы истории и теории : учеб. пособ. / М. Н. Марченко, Е. М. Дерябина. – М.: Проспект, 2010. – 432 с.
10. *Проблеми систематизації* приватного права України та Європи: монографія / За ред. Ю. В. Білоусова. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, 2009.
11. *Про Концепцію адаптації* законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Постанова Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 р. № 1496 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 33. – Ст. 1736.
12. *Про Загальнодержавну програму* адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.
13. *Стратегія інтеграції* України до Європейського Союзу: схвалена Указом Президента України від 11 червня 1998 р. № 615 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 24. – Ст. 870.
14. *Джонстон и другие* против Ирландии. Решение Европейского суда по правам человека от 7 июля 1989 г. // Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2-х т. – М., 2000.
15. *Даджен (Магскх)* против Бельгии. Решение Европейского суда по правам человека от 22 октября 1979 г. // Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2-х т. – М., 2000.
16. *Туманова, Л. В.* Защита семейных прав в Европейском суде по правам человека / Л. В. Туманова, И. А. Владимирова. – М.: Городец, 2007. – 208 с.

The scientific work is dedicated to the issues of acceptance of the European Court of Human Rights practice. A special attention is paid to the research of the European Convention on Protection of Human Rights of 1950, which provides the foundation and activity of the European Court of Human Rights. When analyzing the Law of Ukraine «About the fulfilment of the decisions and application of practice of the European court of Human Rights» from 23.02.2006 # 3477-IV, the author concludes, that it is a step into adapting Ukrainian Family Law to the legislation of the EU.

В статье исследуются проблемные вопросы признания практики Европейского суда по правам человека источником семейного права. Особое внимание автор обращает на исследование Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. В процессе анализа Закона Украины «Об исполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» от 23.02.2006 г. № 3477-IV автор делает вывод о том, что принятие этого Закона является шагом Украины к адаптации семейного законодательства к законодательству ЕС.

ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ КРЕДИТНИХ ІСТОРІЙ В УКРАЇНІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Стефанчук М. О.,

кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник
Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства до стандартів ЄС
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Лисюк О. Ю.,

юрист (м. Хмельницький)

В статті розглядається питання виникнення інституту кредитних історій в Україні та особливості його правового регулювання на етапі становлення. Досліджуються окремі особливості досвіду зарубіжних кран. Пропонується авторське бачення комплексного вирішення питання та уніфікації правового регулювання, а також створення Єдиного європейського кредитного бюро.

Ключові слова: *кредитна історія, бюро кредитних історій, кредитний звіт, інформація.*

Банківська система України з часу здобуття незалежності перебуває у постійному процесі розвитку та адаптації до вимог ринкових відносин. Зважаючи на відсутність власного досвіду, цей процес у більшості випадків орієнтований на запозичення правових інститутів інших країн. Так, останнім десятиріччям в пострадянських країнах проходить активне обговорення та впровадження інституту кредитних історій як регулятора банківських відносин рівня «клієнт-банк». Варто зазначити, що попри об'єктивну необхідність та обгрунтованість використання, на теренах СНД, це питання викликає низку проблем, пов'язаних, в першу чергу, з розумінням кредитних історій як правового інституту та чітким визначенням їх ролі в діяльності фінансових установ.

Інститут кредитних історій в Україні з'явився відносно недавно, але вже викликав науковий інтерес не лише в учених-економістів та державних управлінців, а й у правників. Так, окремі питання у своїх працях досліджували С. М. Андросов, А. А. Бутирський, Є. В. Палій, А. В. Череп та інші. Але попри це, нині існує цілий комплекс невирішених питань, до яких слід підходити систематизовано.

Саме тому метою нашої статті є загальний огляд проблеми запровадження інституту кредитних історій в Україні через призму законодавства інших країн та розроблення пропозицій і рекомендацій для більш ефективного правового регулювання зазначеного інституту.

Загалом під кредитною історією як правовим інститутом розуміється сукупність відомостей про юридичну чи фізичну особу щодо виконання нею взятих на себе кредитних зобов'язань. В об'єктивному відображенні це певний носій інформації, що містить дані, визначені в національному законодавстві, котрі спрямовані на ідентифікацію особи та характеристику виконання нею взятих на себе кредитних зобов'язань.

Інститут кредитних історій нині відомий та широко застосовується в більшості країн світу. Зокрема, в США та більшості країн Європи наявність кредитної історії є обов'язковою умовою видачі кредиту. В банківській системі існують спеціальні кредитні установи, що спеціалізуються на видачі першого кредиту, який розпочинає кредитну історію. Такий кредит отримується шляхом внесення *Security deposit* – суми, яка розміщується на власному рахунку в даній кредитній установі і від розміру якої пропорційно залежить розмір наданого кредиту. Це свідчить про безумовну орієнтацію банківських систем США та Європи на використання кредитних історій як основного засобу перевірки платоспроможності клієнта.

Загалом аналіз інституту кредитних історій свідчить про наявність як позитивних, так і негативних аспектів його застосування. Більшість аналітиків та фінансистів, спираючись на досвід країн Європейського Союзу та США, зауважують, що запровадження системи кредитних бюро і ведення ними кредитних історій дасть змогу знизити відсоткові ставки по кредиту для добросовісних клієнтів. Безперечно, будь-яка фінансова установа, плануючи зміст послуг, що надаються ними, враховуючи алеаторність договорів, виходять, в першу чергу, з розрахунку ризиків. Останніми роками переважну частину кредитних договорів, що укладаються банківськими установами, становить споживче кредитування, що характеризується підвищеною ризиковістю. Для того щоб убезпечити себе від значних втрат у разі невиконання окремих договорів боржниками, кредитори значно підвищують кредитні ставки, тим самим покриваючи збитки за рахунок виконаних зобов'язань іншими клієнтами. Якщо ж при укладанні договору кредитору надається можливість перевірити платоспроможність та попередній досвід виконання зобов'язань даним клієнтом, кредитна установа отримує змогу значно знизити ризики, за рахунок чого відпадає необхідність у надлишковому підвищенні кредитних ставок. Враховуючи саме цей аспект використання кредитних історій, зниження частки проблемних кредитів в кредитному портфелі фінансових установ дає можливість знизити відсоткові ставки по країні в цілому, тим самим зробити їх більш доступними для осіб, що своєчасно виконують зобов'язання відповідно до умов договору, та позбавити такої можливості порушників договірних умов.

Крім того, кредитну історію варто оцінювати як дієвий механізм впливу на особу, що ухиляється від виконання зобов'язання. Так, кредитна історія у більшості випадків містить не тільки інформацію про факт виконання зобов'язання, а й про те, яким чином воно виконувалось, тобто чи порушувались вимоги договору щодо порядку сплати боргу, відсотків за користування коштами, а також факт звернення до суду для примусового виконання. У разі коли під час укладення наступного договору кредитор при перевірці кредитної історії клієнта зустріне певну «негативну» інформацію, він або відмовить в укладанні договору взагалі, або ж запропонує його укладення на умовах, що будуть досить невигідними для боржника. Крім того, боржник з незадовільною кредитною історією фактично позбавлений шансів на надання кредитних канікул чи будь-яких інших пільгових умов у разі виникнення певних труднощів у процесі виконання зобов'язання.

Також погіршення кредитної історії може стати вагомим аргументом на етапі досудового вирішення спору щодо виконання умов кредитного договору. Разом з тим це потребує оперативного внесення відповідної інформації до кредитної історії, що утворює певні проблеми, пов'язані з існуючою на сьогодні моделлю стягнення заборгованості з боржника. Йдеться про колекторські агентства, що на сьогодні обслуговують значну кількість боргів за кредитними договорами, при цьому зобов'язання в окремих випадках переходять до них в порядку цесії. Враховуючи це, вважаємо, що колекторським агентствам також має бути надано статус клієнтів бюро кредитних історій з метою надання їм

можливості вносити інформацію до кредитної історії суб'єкта. Безперечно, втілення даної ідеї в реальність неможливе до прийняття законів, які б регулювали діяльність колекторських агентств, а також введення обов'язкового ліцензування їхньої діяльності. Однак в країнах СНД ці питання не врегульовані на даний момент достатнім чином.

Разом з тим варто враховувати і те, що зацікавленість банків у перевірці кредитних історій при укладанні договорів не поширюється на всіх суб'єктів. Фактично кредитна історія, її зміст, наявність чи відсутність має значення при укладанні договорів кредитування з фізичними особами, а також кредитуванням малого та середнього бізнесу. У разі кредитування великих підприємств та кредитування у великому обсязі для кредитної установи важливими є фактори, що визначаються при вивченні платоспроможності клієнта та загальній перевірці клієнта, що проводиться досить детально, враховуючи обсяг кредитування.

З іншої точки зору, споживче кредитування, пов'язане з найвищим рівнем ризиків, на сьогодні дедалі спрощується з метою зручності та оперативності для клієнтів. Перевірка кредитної історії клієнта в такому випадку значно знизить оперативність та загалом ускладнить процедуру їх видачі. Тому до початку світової фінансової кризи банкам було вигідніше страхувати ризики за рахунок високих відсоткових ставок з метою збереження зазначених вище якостей споживчого кредитування. Однак варто враховувати те, що світова економічна криза дещо змінила перспективи та вектори розвитку кредитного ринку, особливо на етапі відновлення банківської системи.

Світовий досвід формування інституту кредитних історій дає змогу класифікувати їх на окремі види, спираючись на певні особливості. Загалом значна різниця існує між системою, що створена в США, та системою, загальноприйнятною в Європі.

Основною відмінністю є законодавчо встановлений порядок збирання та отримання відомостей, що становлять кредитну історію, користувачами бюро. Так, в світовій практиці узвичаїлись дві системи – «опція-так» і «опція-ні». «Опція-так» використовується в Європі. Для даного виду кредитних історій обов'язковим є отримання письмової згоди від клієнта на операції з кредитною історією. Така згода може отримуватись як шляхом внесення відповідних пунктів до договору, так і окремим додатком. Подібний механізм висвітлено в Директиві Ради Європарламенту № 95/46/ЕС «Про захист громадян у зв'язку з обробкою персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 25 жовтня 1995 року. Це своєрідна гарантія для суб'єкта кредитної історії, що не дає права без його дозволу змінювати кредитну історію чи користуватись нею. Разом з тим при відмові від надання згоди на використання кредитної історії кредитна установа вправі відмовити в укладанні кредитної угоди.

Попри загальну позитивну спрямованість, у даної системи є свої недоліки, пов'язані з психологічним ставленням особи до використання інформації про нього. На практиці часто виникають ситуації, коли особа взагалі відмовляється від ведення власної кредитної історії, мотивуючи це подібними переконаннями.

На противагу попередній система «Опція–ні», що передбачена в Федеральному законі США «Акт про точність кредитної звітності», не вимагає отримувати дозвіл на операції з кредитними історіями. Таким чином, як зазначалось вище, кредитна історія є обов'язковою умовою отримання кредиту в країнах з такою системою. «Опція–ні» слугує відображенням принципів функціонування всієї банківської системи США, і її використання є повністю виправданим.

Крім того, кредитні історії, що ведуться в різних країнах, розрізняються також за їх змістом. Загалом у змісті кредитної історії виділяють три складові – «чорна» інформація, «біла» інформація та опосередковані дані.

Під «чорною» інформацією розуміють дані щодо невиконання боржником своїх зобов'язань – несплати, прострочок, судових рішень з цього приводу. Ця інформація має особливе значення для кредитної установи, оскільки свідчить про можливі негативні наслідки укладення договору.

У свою чергу, «біла» інформація містить загальні дані про виконані зобов'язання, їх обсяг.

Особливе значення має опосередкована інформація, котра являє собою ідентифікуючу інформацію про особу, а також про сімейний стан особи, наявне майно та інші дані. Така інформація збирається, в першу чергу, з метою перевірки платоспроможності особи, за допомогою обрахунку її сукупних доходів, майна, на яке може бути звернуто стягнення, сукупних витрат та ін.

Деякі країни виключають з кредитних історій опосередковану інформацію з метою захисту особистої інформації особи. Однак фактично це призводить до зменшення практичного значення інституту кредитних історій за рахунок зметення інформативності та об'єктивності. Тому найбільш прийнятною моделлю є встановлення на законодавчому рівні обмежень щодо змісту такої інформації, однак не повного обмеження її використання.

В Україні, як і в країнах СНД, інститут кредитних історій перебуває лише на стадії розвитку. 23 червня 2005 року було прийнято Закон України «Про організацію формування та обігу кредитних історій», яким вносились зміни до окремих законів, зокрема, до законів України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» та «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обмежень» з метою використання даних реєстрів у процесі формування кредитної історії.

Враховуючи поступовість введення інституту кредитних бюро та кредитних історій, варто було б проаналізувати основні норми права з метою встановлення особливостей формування власних систем кредитних історій.

Особливе значення у визначенні сутності інституту кредитних історій зазначених країн має визначення суб'єктного складу даних правовідносин. Загалом правовідносини носять багатосторонній характер, оскільки до суб'єктів належить суб'єкт, щодо якого ведеться кредитна історія, кредитне бюро, що є держателем кредитних історій, та користувачі бюро, котрі поділяються на дві категорії – ті, що вносять певну інформацію про діяльність суб'єкта до кредитного бюро, та ті, хто цю інформацію використовує. Українське законодавство два останніх типи суб'єктів ототожнює під одним поняттям – «користувач бюро». Так, Закон України «Про порядок формування та обігу кредитних історій» прямо встановлює, що користувачем бюро може бути також суб'єкт господарської діяльності, що надає послуги з відстроченням платежу або надає майно в кредит. Загалом користувачами бюро виступають банки та небанківські фінансові установи.

Суб'єктом кредитної історії визначається фізична чи юридична особа, яка укладає кредитний правочин та на яку ведеться кредитна історія. Варто зазначити, що Україна, як і більшість країн СНД, серед моделей формування кредитної історії обрала охарактеризовану вище «опцію-так», що вимагає обов'язкової згоди клієнта. Тобто лише за умови, що дана особа уклала кредитний договір на території відповідної країни та у письмовій формі дала згоду на ведення своєї кредитної історії, така особа набуває статусу суб'єкта кредитної історії.

Особливе значення має встановлення системи відповідних бюро, що здійснюють обіг кредитних історій.

Український нормотворець обрав систему формування кредитних історій, що ґрунтується на створенні єдиної ланки приватних бюро кредитних історій. Такі бюро створюються у формі господарського товариства з обов'язковою реєстрацією статуту та його затвердженням Наказом Департаменту легалізації та регулювання діяльності бюро кредитних історій. Така система потребує співпраці між різними бюро кредитних історій на рівні однієї горизонталі.

У Російській Федерації створено дворівневу систему. Нижній рівень формують бюро, що формується на приватній основі і здійснює формування змісту кредитних історій та займається безпосереднім опрацюванням кредитних історій, а також опрацьовує запити на відповідні кредитні історії. На вищому рівні опрацювання інформації здійснює Центральний каталог кредитних історій, що ведеться Банком Росії. До повноважень Центрального каталогу належить ведення обліку суб'єктів кредитних історій, їх ідентифікуючих даних, а також вказівки бюро, в якому перебуває кредитна історія суб'єкта. Така система створюється з метою оперативного використання даних кредитного бюро.

У Республіці Білорусь створено єдину систему обліку кредитного бюро. Єдиним оператором бюро є Національний банк Республіки Білорусь. Тобто приватні юридичні особи не вправі здійснювати будь-яку діяльність в сфері обігу кредитних історій. Фактично така система забезпечує найбільшу оперативність, цілісність та зручність використання.

Варто зазначити, що Білорусія обрала Європейську модель системи обліку кредитного бюро, оскільки вона запроваджена у більшості країн Європи.

Аналізуючи зміст запропонованих моделей, варто зазначити, що всі мають свої недоліки та переваги, які ґрунтуються на двох основних засадах – рівень централізації, що зменшує господарський інтерес, а отже, і рівень виконання зобов'язань бюро, а також оперативність, що значно підвищується при уніфікованій системі.

Основну проблему теоретичного аспекту формування та обігу кредитних історій становить визначення змісту інформації, що входить до їх складу.

В українському законодавстві зміст кредитної історії поділено на ідентифікуючі відомості, аналогічно до описаного вище, які також включають в себе відомості про сімейний стан та трудову діяльність. Другою складовою є відомості про грошове зобов'язання суб'єкта кредитної історії, в тому числі і щодо визнання кредитного правочину недійсним та причин такого рішення. Особливе значення становить категорія даних, що заносяться до кредитних історій в Україні, що формується із сукупності інформації про особу з державних реєстрів, інших баз публічного користування. Це, зокрема, дані реєстрів судових рішень, дані про наявність заборгованості по податках та інших обов'язкових платежах та інші відомості даної категорії, що можуть бути посвідченням можливості чи неможливості виконання суб'єктом своїх зобов'язань.

Четверту категорію становлять відомості про операції з кредитною історією, тобто як запити, так і внесення до неї інформації та змін.

Важливим питанням є також і сукупність прав, що належать суб'єктам кредитної історії, які можна виділити в три основні категорії: право на отримання кредитного звіту, право на оскарження даних кредитної історії та внесення до неї змін, а також право на захист інформації, що передана до кредитного бюро.

Отримання кредитного звіту – це ознайомлення з даними, що містяться у власній кредитній історії. Безперечно, враховуючи значення кредитної історії, суб'єкт вправі ознайомитись з її змістом з метою контролю сукупної там інформації, а також перевірки даних щодо користувачів бюро, що здійснювали запити чи вносили певну інформацію до кредитної історії.

Вартість базового звіту в країнах Західної Європи (Великій Британії, Німеччині, Італії) досить низька і коливається в межах 1 євро. Україна ж обрала таку схему нормування надання кредитного звіту, за якої максимально б дотримувались гарантії здійснення права на інформацію. Так, звіт надається один раз на рік безкоштовно. Якщо ж суб'єкт бажає ознайомитись зі своєю кредитною історією частіше, то він вносить плату за таку послугу, яка визначається на умовах договору. Варто зазначити, що зміст кредитного звіту, що надається суб'єкту, містить всю без винятку інформацію кредитної історії без будь-яких обмежень.

До другої категорії належить сукупність прав, пов'язаних з внесенням змін та оскарженням окремих положень кредитної історії. Для суб'єкта це базова гарантія захисту своїх прав, а також честі, гідності та ділової репутації. Фактично законодавством створено чіткі механізми реалізації даного права з певними особливостями.

Будь-який суб'єкт кредитної історії, ознайомившись зі змістом кредитного звіту, вправі подати заяву про оскарження своєї кредитної історії до бюро. З часу отримання такої заяви бюро кредитних історій розпочинає перевірку оспорюваної інформації. На час такої перевірки з метою захисту інтересів суб'єкта до кредитної історії заноситься відповідна позначка, що свідчить про перевірку даної інформації, тим самим переводячи її з категорії безумовної в таку, що, можливо, не відповідає дійсності.

За результатами такої перевірки приймається вмотивоване рішення про визнання інформації достовірною, про що повідомляється заявника, або ж навпаки – визнання її недостовірною та зміну чи доповнення кредитної історії.

У Законі України «Про організацію формування та обігу кредитних історій» передбачено право суб'єкта кредитної історії у разі відхилення його скарги на включення до кредитної історії коментаря до оспорюваного пункту загальним обсягом близько 100 слів. Загалом, рішення щодо розгляду заяви може бути оскаржено до суду.

Чи не найважливіше значення законодавчого регулювання інституту кредитних історій відіграє питання захисту інформації, що перебуває в бюро. Варто зазначити, що заінтересованість в захисті такої інформації мають як суб'єкти, так і користувачі (джерела) кредитних бюро, а

також самі бюро. Для кредитних установ витік інформації з бази даних бюро може означати послаблення власних можливостей в конкурентній боротьбі, оскільки іншим учасниками ринку стане відомо про маркетингову політику установи, сукупну заборгованість та ін. Водночас подібна ситуація для кредитного бюро буде означати зниження довіри до нього та відтік клієнтів.

Таким чином, захист інформації, що становить кредитні історії, стає одним із провідних принципів діяльності будь-якого бюро. Окрім загальних вимог щодо захисту інформації, пов'язаних із недопустимістю проведення операцій з базами даних будь-якими іншими суб'єктами, законодавство встановлює низку конкретних гарантій.

У законодавстві України немає обмежень щодо змісту кредитного звіту, тоді як додаткові частини кредитних історій у Російській Федерації, Республіці Білорусь та більшості країн Європи не надаються користувачам.

Варто зазначити, що в Україні встановлюються також і часові межі зберігання конкретних записів кредитної історії з дня отримання останніх відомостей з відповідного кредитного правочину в 10 років. По спливу зазначеного строку анулюється відповідний запис, а після анулювання всіх записів, що входили до кредитної історії, вона також автоматично анулюється.

Виходячи із усього вищенаведеного, можемо зробити висновок про те, що запровадження інституту кредитних історій в Україні хоча і спрямоване на розвиток української економіки та захист добросовісних позичальників, але має перед собою цілу низку дискусійних питань, які ще варто вирішити законодавцю. Зокрема, найгостріші питання на сьогодні пов'язані із «добровільністю» передачі інформації у відповідне бюро, з дотриманням усіх гарантій права на таємницю та права на інформацію, з створенням єдиного комплексного підходу до Реєстру кредитних історій.

На нашу думку, Україні доцільно було б вийти до Європейської спільноти із пропозицією прийняти уніфікований нормативно-правовий акт з метою вдосконалення правового регулювання інституту кредитних історій, яким би регламентувались такі основні питання:

1. Створення Центральних кредитних бюро у кожній країні Європи. Такі бюро зберігали б будь-яку інформацію про кредиторів, яка передбачалась би внутрішнім законодавством окремої країни.

2. Створення Єдиного європейського кредитного бюро, в яке б надсилались дані з центральних бюро країн Європи. При цьому основні дані мали б містити:

2.1) відомості, що ідентифікують особу;

2.2) наявність чи відсутність існуючого кредиту (так/ні) і його суму;

2.3) наявність чи відсутність прострочок платежу (строк/сума);

2.4) найменування країни та банку, в якому зазначена особа має невиконані чи прострочені зобов'язання.

3. Розробка системи співпраці між бюро та можливість електронного доступу до бази даних для формування кредитних звітів залежно від опцій та режимів доступу в різних країнах.

4. Розробка механізму надання кредитів особам без кредитних історій, а також сприяння захисту прав тих осіб, які не бажають передавати інформацію про себе до бюро.

Сподіваємось, що ці заходи будуть ефективними, а загальне погіршення економічного стану України та світова економічна криза не матимуть різкого негативного впливу на адаптацію інституту кредитних історій. Кредитні історії стануть справжнім орієнтиром в кредитуванні в майбутньому, саме тому варто приділяти особливу увагу юридичним засадам впровадження цього інституту.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Закон України* «Про організацію формування та обігу кредитних історій» від 23.06.2005 р. № 2704–IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 421.

2. *Закон Республики* Беларусь «О кредитных историях» от 10.11.2008 г. № 441–З // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2008. – № 275 (11.11.2008).

3. *Закон Российской* Федерации «О кредитных историях» от 22.12.2004 г. № 218–ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2005. – № 1 (часть 1). – Ст. 44 (03.01.2005).

4. *Бюро долговых* и кредитных историй в странах мира [Електронний ресурс] / World Debt Corporation. – Режим доступу: http://www.worlddebt.ru/index.php?name=analytic.

5. *Обзор* основных подходов к созданию системы кредитных бюро в западноевропейских странах и США [Электронный ресурс] / Технологии разведки и бизнеса. – Режим доступа: http://www.it2b.ru/it2b4.view1.page11.html.

This article addresses the issue of the institute of credit histories in Ukraine and in particular its regulation in infancy. We study some features of the experience of foreign countries. Invited to author's vision for an integrated solution of the problem and the unification of legal regulation and the creation of the Single European Credit Bureau.

В статье рассматривается вопрос возникновения института кредитных историй в Украине и особенности его правового регулирования на этапе становления. Исследуются отдельные особенности опыта зарубежных стран. Предлагается авторское видение комплексного решения вопроса и унификации правового регулирования, а также создание Единого европейского кредитного бюро.

СИСТЕМИ СТРАХУВАННЯ (ГАРАНТУВАННЯ) ВКЛАДІВ: НОВІТНІ ТЕНДЕНЦІЇ

Молодико К. Ю.,

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

У статті розглядаються правові проблеми захисту інтересів вкладників комерційних банків через механізми страхування (гарантування) депозитів, проаналізовано європейські та світові тенденції щодо розвитку таких захисних інструментів .

Ключові слова: *депозит, гарантування, схеми страхування депозитів, міжбанківські фонди.*

Актуальність теми організації систем гарантування вкладів у фінансових установах не викликає сумнівів, більше того, на жаль, рівень зазначеної актуальності істотно підвищився. До останньої економічної кризи вважалося, що

існуюча система, встановлена за Законом України «Про Фонд гарантування вкладів фізичних осіб» від 20.09.2001 р. № 2740–III [1] (далі – Закон про Фонд), в цілому здатна виконати поставлені перед нею завдання. Однак ця система з початком кризи продемонструвала свою неспроможність: відшкодування багатьом вкладником прийшлося сплатити державі за рахунок емісії грошей, оформленої через випуск державних цінних паперів, вкладники ж величезного банку «Надра» взагалі не можуть отримати свої вклади протягом понад два роки. Справедливості ради, необхідність докорінного реформування зазначеної системи усвідомлюється керівництвом країни, про що свідчить активна розробка урядовою робочою групою відповідного законопроекту.

Проблематика організації систем гарантування вкладів досліджувалася такими вітчизняними вченими як Т. В. Мазур, Т. С. Смовженко, Я. О. Берназюк, В. І. Огієнко, а також російськими науковцями О. В. Турбановим (цим вченим – на рівні докторської дисертації), Д. Ю. Колчановим, Н. П. Євстратенко та іншими.

Світова фінансова криза засвідчила недостатність напрацьованих підходів у зазначеному питанні не лише в Україні, а й у багатьох розвинутих країнах, призвела до необхідності вжиття невідкладних заходів щодо внесення змін до правового регулювання відповідних суспільних відносин. У зв'язку з наведеним автор має на меті проаналізувати поточні світові тенденції у царині організації систем гарантування вкладів. Зауважимо також, що для цілей нашого дослідження терміни «гарантування вкладів», «страхування вкладів» будемо використовувати як взаємозамінні, не розрізнюючи їх, щоб не вдаватися до термінологічних дискусій, які не мають значення для цілей цього дослідження.

При здійсненні дослідження ми виходимо з того, що певний відсоток комерційних банків і в майбутньому опинятиметься у стані неплатоспроможності через такі причини як недобросовісність власників та/або топменеджерів, ризикована кредитна політика, брак контрольних механізмів за діяльністю персоналу. Чисельні банкрутства фінансових посередників відбувалися протягом всієї історії людства, з чим детально можна ознайомитися в актуальній праці Н. Фергюсона [2]. Немає жодних підстав вважати, що вони не відбуватимуться й у сучасному світі, при цьому тривалість роботи фінансової інституції на ринку не має принципового значення. Добре відомим є приклад, коли у 1995 році дії трейдера Ніка Лісона призвели до банкрутства міжнародний банк Barings, що успішно працював на ринку з середини XVIII ст. У 2010 році у Франції засуджено до 5-річного позбавлення волі трейдера добре відомого в усьому світі банку «Сос'єте жене раль» Жерома Керв'єля, чиї безконтрольні та шахрайські дії з боку керівництва банку на світових фінансових ринках призвели до втрати банком у 2008 році суми у 4,9 млрд. євро [3].

Неплатоспроможність хоча б одного комерційного банку часто призводить до паніки клієнтів, яка, не будучи «погашеною», поширюється на всю банківську систему. У підсумку, під паніку та, відповідно, загрозу банкрутства потрапляють й комерційні банки, які здійснюють відносно поміркована, добросовісну політику. Тому справедлива, реально працююча система гарантування вкладів критично важлива для будь-якого комерційного банку, будь-якої національної банківської системи.

Разом з тим не можна не торкнутись базової проблеми ідеологічного характеру, яка впливає на правову організацію системи гарантування вкладів: чи є банківська діяльність ризикованою? З метою залучення до банків вкладників держава (і тим більше комерційні банки) зацікавлена у поширенні думки, що зазначена діяльність є неризикованою, тобто вклади у банки завжди, за будь яких умов, можна буде витребувати. Така точка зору має й серйозні негативні наслідки, які достатньо чітко описав відомий іспанський професор Хесус Уерта де Сото, оцінюючи діяльність фондів гарантування вкладів так: «Вони мають наслідком ефект, зворотний тому, який очікується при їх утворенні. «Фонди гарантування вкладів» спонукають приватні банки здійснювати менш розсудливу і відповідальну політику, адже надають клієнтам неправдиву впевненість у тому, що їх вклади «застраховані». У підсумку клієнти вважають, що їм не слід докладати зусиль з вивчення того, наскільки можна довіряти тому чи іншому інституту. Ці ж фонди переконують банкірів в тому, що врешті-решт будь-яка їх поведінка не може так вже серйозно зашкодити клієнтам» [4, с. 499].

Отже, концептуальне проблемне питання полягає в тому, чи дійсно слід захищати вкладників від наслідків їх, по суті, ризикованої діяльності, фактично пов'язаною з їх опосередкованою участю у підприємницькому обігу? Похідним від цього є питання про те, чи треба переконувати вкладників у абсолютній надійності комерційних банків? На нашу думку, вкладення у приватні банки, безсумнівно, пов'язані з комерційним ризиком, які вкладники також мають певною мірою свідомо брати на себе. Не можна допускати поширення у суспільстві «споживацьких» настроїв про те, що держава має покривати борги приватних компаній. Певним компромісом у цьому питанні є встановлення меж відшкодування. Зазначений суспільний компроміс полягає в тому, що держава умовно оголошує певні вклади «дрібними» та намагається забезпечити їх покриття з метою підтримання загального соціального миру, щоб уникнути соціальних вибухів у разі, якщо відносно незаможні верстви населення через банкрутства банків будуть позбавлені останнього.

Зокрема, у первісній редакції Директивою Європейського парламенту та Ради «Про схеми гарантування депозитів» ЄС 94/19 від 30.05.1994 р. [5] передбачено обов'язковість утворення системи гарантування вкладів у кожній державі-члені ЄС, а також обов'язкове членство кожної кредитної організації, принаймні, в одному такому гарантійному агентстві. Було запроваджено граничний термін у 3 місяці+21 день з дня першого факту невиконання банком зобов'язань, коли має розпочатися процедура виплати гарантійного відшкодування. У виняткових випадках допускалось продовження цього терміну, але не більше ніж на 6 місяців. Також було визначено мінімальну суму відшкодування, виплата якої має гарантуватися у кожній державі – члені ЄС– 20000 ЕКЮ (далі, відповідно, 20000 євро) з дуже обмеженим вичерпним переліком випадків, коли зазначена сума може бути встановлена у меншому розмірі.

Реакцією на поточну світову економічну кризу стали чисельні поправки до зазначеної Директиви, що були внесені новою Директивою 2009/14/ЄС від 11.03.2009 р. [6], серед чисельних положень якої слід звернути особливу увагу на два: 1) розмір відшкодування був підвищений з 20000 до 50000 євро з перспективним подальшим підви-

щенням до 100000 євро; 2) строки виплати відшкодування мають до кінця 2010 року бути скороченими з терміну у 3 місяці+21 день до 20 робочих днів, а їх подовження у виняткових випадках буде допускатися вже не на 6 місяців, а максимум на 10 робочих днів. При цьому зазначені строки починають обчислюватись з дня встановлення компетентним органом держави, у тому числі й судом, недоступності вкладу, а не з дня оголошення банку банкрутом.

У цьому полягає принципова відмінність правового регулювання за законодавством ЄС з вітчизняним законодавством, адже останнє прив'язало виплати відшкодування за вкладами з Фонду гарантування фізичних осіб (далі – Фонд) не до фактичної недоступності вкладу, що встановлюється незалежним органом – судом, а з банкрутством комерційного банку. У вітчизняних умовах, коли Національний банк України має можливості протягом тривалого часу блокувати визнання неплатоспроможних банків банкрутами, це й призводить до ситуацій не обмеженого у часі неповернення депозитів.

Система гарантування вкладів об'єктивно постійно зіштовхується з внутрішньою суперечністю між дотриманням принципу обов'язкової участі комерційних банків у системі та принципом надійності учасників цієї системи. З одного боку, вважається, що для підтримання довіри населення до фінансової системи важливо, щоб у системі брали участь всі фінансові інституції. (Хоча, на думку автора, можна було б дозволити функціонування банків, які працюють лише з суб'єктами підприємницької діяльності (можливо навіть як суто розрахунково-касові центри) та не беруть участі у будь-яких гарантійних схемах – це було б цілком законно та справедливо, адже клієнти такого банку усвідомлювали б на що вони йдуть, вступаючи з ним у договірні відносини.) З іншого боку, учасники системи гарантування є об'єктивно дуже різними за загальним обсягом активів, структурою активів, питомою вагою вкладів фізичних осіб у пасивах, ризикованістю бізнес-стратегії. Зокрема, одні банки йдуть на залучення дуже дорогих депозитів, штучно завищуючи відсоткові ставки за ними. Звісно, щоб «відбити» ці гроші, вони змушені у подальшому вкладати їх у більш ризиковані операції, адже необхідні більш високі прибутки. Вивчення американського досвіду діяльності свідчить про те, що всі зазначені фактори враховуються при прозорому встановленні ставки платежів до системи гарантування вкладів, яка визначається для кожного банку індивідуально. На інтернет-сайті Федеральної корпорації з гарантування депозитів (FDIC) [7] можна знайомитися з детальною методикою розрахунку зазначеної ставки.

В українських же умовах фактично було запроваджено «зрівнялівку», коли банки, незалежно від будь-яких їх характеристик, були змушені сплачувати внески до Фонду за однаковими ставками, що протягом всієї історії існування Фонду спричиняє чисельні протести з боку керівництва відносно стабільних банків. Більше того, Правління Фонду, користуючись наданим нею Законом про Фонд правом, у 2002 – 2006 рр. раз на рік, а у 2006 та 2007 рр. – навіть двічі на рік приймало рішення про збільшення сум відшкодування з нього. Наведене є типовим прикладом того, як надання законодавством певним органам дискреційних адміністративних повноважень, не прив'язаних до жодних економічних критеріїв, призводить до вкрай негативних наслідків. У населення була створена хибна впевненість у тому, що вклади захищені, при цьому реально вклади покриті активами Фонду менше ніж на 5 %. Якщо порядок вкладів населення у вітчизняні банки умовно можна оцінити як приблизно 200 млрд. грн., то активи Фонду ніколи не досягали навіть цифри у 5 млрд. грн. Законодавець же не лише був абсолютно байдужим до «діяльності» правління фонду з підвищення сум відшкодування, а й сам у жовтні 2008 р. пішов тим же шляхом, тимчасово (до 01.01.2010 р.) підвищивши згідно з Законом України «Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 31.10.2008 р. № 639-VI) [8] суму відшкодування з Фонду з 50000 грн. до 150000 грн.

Важливо звернути увагу на те, що у 2009 році Рада з фінансової стабільності (Financial Stability Board – FSB) звернулась до Міжнародної асоціації страховиків депозитів (IADI) та Міжнародного валютного фонду (IMF) з вимогою про підготовку доповіді зі стратегій припинення тимчасових заходів у царині страхового захисту банківських депозитів. Проведений аналіз по 46 країнах світу [9] продемонстрував такий поділ країн за критерієм їх реакції на початок поточної світової економічної кризи у 2008 році:

а) країни, які політично задекларували запровадження повної гарантії за депозитами (Німеччина, Португалія, Греція, Угорщина тощо),

б) країни, які юридично запровадили повну гарантію за депозитами (Австрія, Данія, Гонконг, Сингапур, Таїланд тощо),

в) країни, які юридично запровадили повну гарантію за депозитами, але з деякими застереженнями (Ірландія, Словаччина, Об'єднані Арабські Емірати тощо),

г) країни, які не запроваджували повної гарантії за депозитами, але збільшили на постійній основі суму гарантування (Бельгія, Фінляндія, Індонезія, Росія, Іспанія тощо),

д) країни, які не запроваджували повної гарантії за депозитами, але тимчасово збільшили суму гарантування (Австралія, Україна, Нідерланди, Бразилія тощо).

Як зазначили автори доповіді, для країн груп г), д) збільшення сум гарантування істотно відрізняється від країни до країни в діапазоні від 75 % до 400 %. Це пояснюється відмінностями у таких факторах: (і) первісний рівень страхового покриття, (іі) структура та розмір депозитів, (ііі) рівень стурбованості вкладників.

Певною мірою, можна вітати, що Україна утрималась від постійного збільшення суми гарантування по вкладах, збільшивши їх лише тимчасово. Однак будь-яке збільшення, навіть тимчасове, має спиратись на реальну ситуацію зі станом активів Фонду та можливістю їх поповнення. Фактично Фонд є неспроможним відшкодовувати вклади у великих банках, і, скоріше за все, – навіть у середніх, та фактично перетворився на Фонд відшкодування вкладів у дрібних комерційних банках за кошти всіх банків – НБУ, великих, середніх та дрібних комерційних.

Законодавче регулювання відшкодування вкладів у великих банках фактично полягало в тому, що воно мало здійснюватися за рахунок стягнення за рахунок банків – членів Фонду спеціального збору (стаття 24 Закону про Фонд), а також за рахунок державних кредитів (стаття 25 Закону про Фонд). Фактично ці положення залишаються чинними й досі з тією різницею, що змінилась схема державного кредитування (первісна схема передбачала

кредитування через випуск державних цінних паперів, нині передбачено пряме кредитування Фонду Нацбанком за обліковою ставкою).

На нашу думку, таке правове регулювання не цілком справедливе в умовах, коли одні комерційні банки – учасники Фонду позбавлені будь-яких важелів впливу на ризикованість політики інших. Проте воно все ж є відносно справедливішим порівняно з альтернативою, запропонованою суспільству та реально впровадженою у 2008 – 2010 роках. Реальна ситуація достовірно описана екс-заступником міністра фінансів України, професором Олександром Савченком: «У країні в 2009 році стали неплатоспроможними (кандидатами в банкрути) 18 банків. Три банки вирішили рекапіталізувати (рятувати) за рахунок держави (тобто грошей платників податків), ще два «приєднати» до одного з перших трьох – банку «Родовід». Розглянемо реальну ситуацію: є три підприємства, які перед кризою накопичували кошти (скажімо, по 10 млн.) на рахунках своїх банків для виплати заробітної плати. Перше підприємство відкрило рахунок у трійці банків-щасливців. Друге – у двійці банків, здавалося б, напівщасливців. Третє – в одному з 13 вигнанців з числа 18 неплатоспроможних. Запитання: хто з цих трьох підприємств одержить гроші назад і виплатить зарплату? Відповідь така. Перше – одержить невдовзі всі гроші з імовірністю 100 %. Друге – не одержить нічого з імовірністю 99 % (приєднання не стосується юридичних осіб – клієнтів банку). Третє – не одержить нічого з ймовірністю 90 % – про це свідчить досвід ліквідації банків в Україні.

Або інший випадок (теж реальний). Олігарх має депозит на 10 млн. дол. в одному з трьох банків, який вирішили рекапіталізувати (повторюю, за рахунок платників податків). Пенсіонер, котрий продав квартиру за 150 тис. дол., вирішив покласти їх в один із банків третьої групи на депозит в очікуванні складної операції і лікування. Запитання: кому допоможе держава? Звичайно, олігарху! Він одержить назад усі свої гроші (за рахунок платників податків). Не забуде держава і пенсіонера – приблизно через півтора року він теж одержить 150 тисяч, тільки гривень. Якщо, звичайно, доживе…

Третій приклад. Мільйонер, пенсійний фонд і підприємство товариства сліпих мали на рахунках в одному з банків-невдах по 100 тис. грн. Запитання: хто одержить гроші назад? Звичайно, мільйонер! Він одержить свої 100 тисяч, а от пенсіонери і сліпі не одержать нічого» [10].

Позиція автора з цього питання полягає у необхідності внесення до законодавства змін, які унеможливили б відшкодування приватних боргів комерційних банків за рахунок емісії та оману населення про «захищеність» їх вкладів. Водночас самі комерційні банки мусять усвідомити себе як корпорацію, що несе колективну відповідальність Елементарна логіка підказує, що населення не буде довіряти банкам за відсутності колективної солідарності, якщо вони не довіряють один одному самі та не збираються допомагати один одному.

Навряд чи у когось є ілюзії щодо ефективності подальшого керування державою діяльністю Фонду. Дійсно, скоріше за все, Фонд достатньо швидко отримає право у тій чи іншій формі брати участь в управлінні проблемними банками, однак це не вирішує проблеми того, як за допомогою Фонду не допускати проблемності банків, попереджувати її. На нашу думку, відповідь на це питання полягає у створенні конкурентного середовища між кількома такими альтернативними фондами гарантування, що функціонують на засадах самоуправління, та запровадженні законодавчої заборони «рятування» проблемних банків лише за кошт держави без участі цих банківських фондів.

Доцільно звернути увагу на досвід Німеччини. У цій країні згідно з Законом 1998 року «Про захист вкладів та відшкодування збитків інвесторам» діє *Фонд обов'язкового захисту вкладів* (Gesetzliche Einlagensicherung). У разі неплатоспроможності банку на відшкодування можуть претендувати усі приватні вкладники та малі підприємства. Тобто цей фонд не спрямований на захист середніх та великих підприємств. Проте існує й інша організація – *Фонд добровільного захисту клієнтів приватних банків,* через який здійснюється страхування депозитів як фізичних осіб, так і великих корпоративних клієнтів. Важливо також зазначити, що в системах гарантування у Німеччині на добровільних засадах вирішили взяти участь ощадні каси та кооперативні каси, для яких за законом участь у системах гарантування вкладів є необов'язковою. Крім того, слід враховувати, що кошти фондів принципово можна спрямовувати не лише на виплату компенсацій вкладів, а й на превентивні заходи, що мають не допустити банкрутства банків [11].

На нашу думку, така організація системи гарантування надає змогу забезпечити чесну конкурентну боротьбу між комерційними банками. Вітчизняна система непрозорого індивідуального рефінансування банків з боку НБУ, що супроводжується чисельними скандалами, сама по собі є несумісною з чесною конкуренцією. Адже фактично це система отримання державного грошового ресурсу на підтримку приватного бізнесу на неринкових умовах. Підприємницькі переваги отримає не той, чий бізнес ефективніший та хто краще зможе задовольнити потреби споживача, а той, у кого кращі стосунки з регулятором. Конституційність інституту рефінансування комерційних банків приватної форми власності взагалі викликає величезний сумнів. Проте, якщо цей правовий та економічний інститут існує, то, принаймні, рефінансування має надаватися не окремим банкам, а міжбанківським фондам гарантування і лише у випадках, коли відповідні «гаманці» випорожнено і немає об'єктивної можливості їх поповнити. Зазначене забезпечить прозорість розподілу публічних фінансових ресурсів, зменшить рівень зловживань у банківській корпорації, створить об'єктивні передумови для їх більш чесної та прозорої діяльності.

Звісно, й на Заході трапляються випадки, коли вдаються до екстраординарних заходів у банківській сфері. Як приклад відповідного приватно-державного партнерства можна навести ситуацію з німецьким банком IKB Deutsche Industriebank AG, який на межі 2007 – 2008 р. опинився у скрутній ситуації через надмірне інвестування в американські іпотечні активи низької якості (суб-прайм). У підсумку банку було надано підтримку (у тому числі у вигляді гарантій за зобов'язаннями) на загальну суму близько 5 млрд. євро, при цьому підтримка розподілилась так: близько 70 % – основний акціонер – державний банк Kreditanstalt für Wiederaufbau (за згодою федерального Уряду); 30 % – три найбільші німецькі банківські асоціації: German BdB Banks association, Асоціація німецьких ощадних банків (DSGV), Федеральна асоціація кооперативних банків (BVR). Цікаво, що проблемний банк навіть не був членом останньою, бо це

не кооперативний банк. Проте, як заявив президент BVR Кристоф Плайстер, асоціація вирішила виділити гроші на підтримку «чужого» банку, оскільки його банкрутство могло б підірвати довіру клієнтів до всього національного банківського сектору Німеччини [12].

Нарешті, під час останнього Давоського економічного форуму (січень 2010 р.), хоча й була відхилена ідея запровадження «податку Тобіна» (тобто податку на фінансові трансакції), проте була підтримана ідея спеціального збору з фінансових інституцій на формування фондів взаємодопомоги. Кошти цього фонду мають спрямовуватися банкам, що потребують підтримки, задля того, щоб, з одного боку, – уникнути ефекту «карткового будинку», з іншого, – зняти відповідний тягар з платників податків [13].

Висновок: існує об'єктивна потреба у законодавчому спонуканні комерційних банків до об'єднання у фонди гарантування на засадах самоуправління. Системи страхування (гарантування) депозитів не повинні грунтуватися на «зрівняльному» підході до всіх банків, має існувати взаємозв'язок між ризикованістю політики банку та розміром його внесків до систем. Важливо здійснити перехід від рефінансування окремих комерційних банків до рефінансування міжбанківських систем гарантування, і то лише у виняткових випадках, коли можливості останніх об'єктивно вичерпані.

Перспективи подальших наукових розробок питання полягають у продовженні спостереження за актуальними світовими тенденціями у цій царині, аналізі їх, а також положень законопроекту про реформування Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, внесення якого від імені Кабінету Міністрів України на розгляд Верховної Ради України очікується найближчим часом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Відомості* Верховної Ради України. – 2002. – № 5. – Ст. 30.
2. *Фергюсон* Найл. Восхождение денег. – М.: Астрель Corpus, 2010. – 448 с.
3. Бывший трейдер банка «Сосьете женераль» приговорен к 5 годам за финансовые махинации. – Режим доступу http://i-news.kz/news/2010/10/05/3387578.html.
4. *Уэрта де Сото Хесус*. Деньги, банковский кредит и экономические циклы. – Челябинск: Социум, 2008. – 663 с.
5. *Directive* 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes. – Official Journal L 135, 31/05/1994.
6. *Directive* 2009/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2009 amending Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes as regards the coverage level and the payout delay. – Official Journal L68, 13/03/2009.
7. *Див*. www.fdic.gov.
8. *Голос* України. – 05.11.2008. – № 211.
9. *Режим* доступу: www.asv.org.ru/insurance/experience/files/ 05.doc.
10. *Савченко* О. Феноменологія НБУ. До питання про реформування Національного банку України // *Дзеркало тижня* № 3 (782) 30 січня — 4 лютого 2010. Електронна версія. Режим доступу http://www.dt.ua/2000/2020/68361/.
11. http://www.prostobank.ua/depozity/novosti/vkladam_v_evro_krizis_ne_strashen.
12. http://news.finance.ua/ru/~/2/60/all/2008/01/08/115116.
13. http://www.gde.ua/publication/view/id/5008/.

The article's focus is the legal aspects of the commercial banks' depositors interests defence through guarantee-deposits schemes, the world and European tendencies of development of appropriate protective instruments is being analyzed.

В статье рассматриваются правовые проблемы защиты интересов вкладчиков коммерческих банков с помощью механизмов страхования (гарантирования) депозитов, проанализированы мировые и европейские тенденции в отношении развития соответствующих защитных инструментов.

ПРАВО НА ЗОБРАЖЕННЯ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПРАВОМ ФРАНЦІЇ

Посикалюк О. О.,

молодший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено аналізу генези приватноправової охорони права на зображення за цивільним правом Франції. Визначено загальні особливості розвитку цивільної доктрини, законодавства та правозастосовної практики щодо права на зображення. Охарактеризовано правову природу, зміст та ознаки права на зображення.

Ключові слова: *особисті немайнові права, право на зображення, цивільне право Франції, генеза приватноправової охорони особистих немайнових прав.*

Приватноправова охорона особистої немайнової сфери фізичної особи в Україні, попри свій порівняно незначний досвід, має чітко окреслені досягнення на таких рівнях як законодавче закріплення, правозастосовна практика та доктринальне вчення. Разом з тим актуальним залишається питання її подальшого вдосконалення, в тому числі й завдяки порівняльно-правовим дослідженням закріплення та охорони особистих немайнових прав фізичних осіб в інших системах приватного права. Предметом нашого дослідження виступає приватноправове закріплення та охорона особистих немайнових прав за правом Франції; об'єктом – особисте немайнове право на зображення (*droit à l'image*) за цивільним правом Франції. Обрання предмета та об'єкта дослідження обґрунтовано такими факторами: по-перше, французькі доктрина, законодавство, правозастосовна практика виступають каталізатором розвитку континентальної системи права загалом та романської системи приватного права зокрема; по-друге, приватноправова охорона особистих немайнових прав фізичних осіб за цивільним правом Франції налічує понад півторавіковий досвід; по-третє, право на зображення є особистим немайновим правом, яке одним із перших знайшло своє закріплення та охорону в приватному праві Франції.

Теоретичне підґрунтя нашого дослідження становлять праці науковців, присвячені закріпленню та правовій охороні особистих немайнових прав фізичних осіб за цивільним правом Франції. Серед них зарубіжні та вітчизняні вчені: Х. Беверлі-Сміт (*H. Beverley-Smith*), А. Лаптер (*Alain J. Lapter*), Є. Ложаї (*Elisabeth Logeais*), А. Лукас-Шлєтер

(*A. Lucas-Schloetter*), Д. Уїтмен (*James Q. Whitman*), Ж. Хоч (*Jeanne M. Hauch*), Ж.-Б. Шредер (*Jean-Baptiste Schroeder*), В. Бобрик, Н. Давидова, Л. Малюга, В. Паліюк, Р. Стефанчук, К. Флєйшиц та інші. Разом з тим необхідно вказати на відсутність у вітчизняній юридичній науці комплексного дослідження правової охорони особистих немайнових прав за цивільним правом Франції.

З урахуванням викладеного поставлено такі завдання дослідження: проаналізувати ґенезу приватноправової охорони особистого немайнового права на зображення за цивільним правом Франції; визначити правову природу, ознаки та зміст особистого немайнового права на зображення за цивільним правом Франції.

Принципи, права та свободи, закріплені в Декларації прав людини і громадянина 1789 року (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), створили сприятливий ґрунт для становлення та розвитку приватноправової охорони особистих немайнових прав фізичних осіб за цивільним правом Франції. Ґенезу вказаної охорони слід розглядати в єдності трьох взаємопов'язаних та взаємообумовлених процесів: розвиток цивільного законодавства; поступ судової правозастосовної практики; вдосконалення правової доктрини.

Спочатку Французький цивільний кодекс не містив норм, спрямованих на закріплення та захист особистих немайнових прав. Одночасно, починаючи із середини XIX століття, французька судова практика для захисту особистих немайнових прав застосовувала норми, що встановлювали загальні положення про зобов'язання з деліктів (ст. 1382, 1383, 1384 Цивільного кодексу Франції) [1, p. 125]. Чи не вперше нормативного закріплення охорона особистої сфери фізичної особи отримала у 1868 році в Законі про пресу (*Loi Relative à la Presse*) [2, p. 29], що містив норму про те, що кожна публікація про приватне життя розглядається як сумарне правопорушення, яке карається штрафом в 500 франків. Хоча цей нормативно-правовий акт встановив не майново-компенсаційну, а штрафну відповідальність за втручання в сферу особистого життя, він був поштовхом для зростання судової практики та доктринальних досліджень приватноправової охорони особистої сфери фізичної особи. В подальшому вказаний закон був замінений Законом про свободу преси (*Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*) [3], який закріпив поняття дифамації та цивільно-правові способи захисту від неї, в тому числі й право на відповідь. Лише в 1970 році до ст. 9 Цивільного кодексу Франції внесено зміни, які містять положення про право кожного вимагати поваги до свого приватного життя [4, с. 22], яке судовою практикою тлумачиться як таке, що охоплює й інші особисті немайнові права, в тому числі й право на зображення [5]. До джерел, що закріплюють особисті немайнові права, слід віднести і Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, яка, починаючи з її ратифікації Францією у 1974 році, отримала характер норм прямої дії. Хоча приватність безпосередньо не згадується в тексті Конституції Франції, Конституційна Рада (*Conseil Constitutionnel*) у 1995 році [6] визнала її як конституційну цінність, як наслідок принципу свободи індивіда, закріпленого в Декларації прав людини і громадянина 1789 року (ст. 2, 66 Конституції).

Значний вплив у розвиток приватноправової охорони права на зображення здійснила судова практика. Так, вперше право на зображення було захищено у справі Рашель (*Rachel*) 1858 року, в якій зазначено, що ніхто, без вираженої згоди членів сім'ї померлої, не може відтворювати чи оприлюднювати зображення особи на смертному ложі, незалежно від популярності цієї особи та публічності її дій; право перешкоджати такому відтворенню є абсолютним [7]. Серед інших судових рішень, які характеризують поступальний рух правозастосування, слід назвати такі. Рішення у справі А. Дюма 1867 року закріпило можливість відкликання мовчазної згоди на публікацію фотографій з наступним викупом майнових прав автора таких фотографій. Аргументувалось це тим, що сама по собі публікація фотографій фізичної особи може викликати в останньої усвідомлення того, що вона забула потурбуватись про свою гідність, та нагадати, що приватне життя повинно бути огороджене в інтересах особи та загальноприйнятних норм моралі [8, p. 1176]. Також французькі суди захищають можливість комерційного використання зображення фізичної особи. Продемонструвати це можна на прикладі справи Папілона (*Papillon*) 1970 року [7, p. 61]. Було підготовлено книгу про колишнього злочинця, відомого публіці як Папілон, в основу якої покладено документи, отриманні автором від суду, який виніс вирок про засудження Папілона до довічного позбавлення волі. Папілон звернувся до суду із позовом проти видавництва. Суд встановив відсутність порушення права на приватне життя, оскільки документи були публічними, а фотографії зроблено в громадському місці. Але суд вважав, що використання на обкладинці фотографії Папілона без його вираженої згоди склало порушення особистого немайнового права на зображення.

Закріплення та охорона особистої сфери фізичної особи у змісті нормативно-правових актів, а також її захист на рівні правозастосовної судової практики не могли відбутися та бути залишеними без уваги французької цивільно-правової доктрини. Одним із перших серед науковців, які почали визнавати необхідність приватноправової охорони особистого життя, був Еміль Боссір (*Émile Beaussire*), відомий свого часу філософ права. У своїй праці він зазначав, що особиста честь незалежно від цінності по суті та незалежно від джерел формування повинна бути захищена від буд-яких посягань. Однак надмірна цікавість та образи можуть бути вчинені як за наявності, так і відсутності вини, але незалежно від цього, така поведінка порушує закон, якщо спрямована на приниження, шляхом публічного оголошення, честі, справедливо або несправедливо набутої [9, p. 377–378]. Основоположником доктрини особистих немайнових прав фізичних осіб став Е. Перро (*E. H. Perreau*), який вперше застосував системний підхід при характеристиці останніх, присвятивши їм статтю «Особисті немайнові права» (*Des droits de la personnalité*), опубліковану у 1909 році. Зокрема, вчений розмежовував права, які стосуються фізичної індивідуальності (життя, здоров'я, включаючи згоду на медичне лікування), та такі, що стосуються духовної особистості (гідності, свободи, інтелектуальної творчості). Е. Перро визначив такі ознаки особистих немайнових прав: об'єктами їх виступають особисті немайнові блага; визнаються за кожною особою; не мають грошового еквівалента; є невідчужуваними, невіддільними та не переходять у спадок; здійснюються та захищаються лише суб'єктом [10, p. 12–13]. Пізніше, професор Г. Нерсон в тезах, присвячених немайновим правам, які були репрезен-

товані в Ліоні в 1939 році, особистими немайновими правами охопив: права на ім'я, дім, кореспонденцію, правовий статус, право звертатися до суду з цивільним позовом, професійну таємницю, честь, репутацію у сімейних правах тощо [11, p. 449]. Наступною віхою в розвитку цивільно-правової доктрини особистих немайнових прав стали праці таких правників як Е. Гелар (*Emmanuel Gaillard*) та Д. Ак'юарон (*Daniel Acquarone*) [12, p. 155] щодо визнання та закріплення правомочності використання ознак особистості, в тому числі й зображення фізичної особи, в комерційних цілях, правомочності дозволяти та забороняти таке використання іншим особам.

Право на зображення за своєю правовою природою розглядається як суб'єктивне цивільне право, тобто як форма дозвільної поведінки, яка полягає в закріплених нормами права правомочностях фізичної особи на власні дії, дії інших осіб та правомочності захисту [12, p. 153–154]. Будучи одним із елементів системи особистих немайнових прав фізичних осіб, право на зображення володіє усім спектром ознак останніх: право на зображення не може бути оцінено у грошовому еквіваленті; має на меті захист індивідуальності людини [12, p. 154]; його об'єктом виступає елемент особистості, що розглядається через призму різноманітних аспектів: фізіологічних і духовних, індивідуальних і соціальних [12, p. 169]. Важливо зазначити, що «зображення» за правом Франції включає зовнішній вигляд, голос, фотографію, портрет, відтворення за допомогою відео тощо [7], тобто будь-яке зображення особи, за яким остання може бути впізнана. Окрім того, вказується, що особисті немайнові права не переходять в порядку спадкування та припиняються зі смертю фізичної особи. Однак після смерті особи можуть охоронятися її добра пам'ять, репутації, ім'я. Право на таку охорону мають, як правило, інший із подружжя, близькі родичі [13, с. 227].

Зміст права на зображення становлять правомочності використовувати, дозволяти використовувати, перешкоджати неправомірним фіксації та відтворюванню зображення особи, а також правомочність захисту. Якщо зображення стосується особистого життя фізичної особи, воно не може бути фіксоване та відтворене без її згоди, при цьому згода повинна бути інформованою та конкретизованою щодо цілей такого відтворення та може бути відкликана [14]. Разом з тим в окремих випадках згода особи на фіксацію та відтворення зображення не потрібна. Це має місце за наявності виправданого суспільного інтересу та зображення особи в громадському місці («*lieu public*») під час подій, які викликають заінтересованість широкого загалу [15, p. 46]. При цьому під громадським місцем розуміють місце, доступне для кожного, без будь-якого спеціального дозволу, незалежно від того, чи є такий доступ постійним та безумовним, чи обмежений певними умовами [16].

У Франції визнається, що будь-яка особа, незалежно від свого статусу, походження, майнового стану, соціальних функцій (дійсних та можливих у майбутньому), має право на повагу до приватного життя [17]. Водночас у праві Франції виділяється окрема категорія осіб – публічні особи («*personnespublique*» або «*personnes connues du public*»), межі захисту права на зображення яких є дещо вужчими в силу наявного виправданого публічного інтересу. Під поняттям «публічні особи» розуміють осіб, які, в силу своєї суспільної діяльності, перебувають, зазвичай, в центрі суспільної уваги, що, в свою чергу, спричиняє інтерес суспільства до таких сфер життя вказаних осіб, які можуть стосуватися особистого життя [15, p. 46]. При цьому важливим є розмежування суспільної діяльності та особистого життя публічної особи. Критерієм такого розмежування у Франції слугує воля самої особи. У контексті публічних осіб вважається, що вони дали мовчазну згоду на публікацію зображень, пов'язаних із їх суспільною діяльністю та офіційними обов'язками, на відміну від вираженої згоди, яка потрібна для відтворення зображення особистого життя [18]. Потрібно також зазначити, що публічні особи у Франції мають можливість значною мірою контролювати появу своїх зображень у ЗМІ. Так, ніхто не може використовувати зображення публічної особи в цілях або манері, яка відрізняється від попередньо узгодженої, більше того, ніхто на має права спотворювати манеру, в якій особа, яка дала інтерв'ю, погодилась відтворити своє зображення [19].

Французька судова практика та правова доктрина ставить питання про необхідність захисту майнових інтересів, пов'язаних із особистими немайновими правами. Зокрема, у Франції можливими є позови з безпідставного збагачення у справах, в яких деяка комерційна цінність виступає атрибутом зображення потерпілої особи і можливо визначити у поточних ринкових цінах вартість використання зображення особи, яка б сплачувалася за наявності договору між сторонами [15, p. 44]. Така ситуація призвела до виникнення наукової дискусії щодо визначення змісту права на зображення. З одного боку, право захищати зображення від небажаного оприлюднення втілює особистий інтерес, в основі якого лежить особлива цінність особистих немайнових прав, при загальному визнанні неможливості відчуження особистих ознак – право на зображення (*right to image*). З іншого боку, право також спрямоване на захист маркетингової якості зображення, що характеризується закріпленою правом можливістю отримувати дохід від використання зображення – право із зображення (*right over/of image*) [20, p. 513]. У силу цього в цивільно-правовій доктрині право, об'єктом якого є зображення особи, розщеплюється та включає право на зображення та право із зображення [5]. Таким чином, у даному випадку має місце так званий феномен парності суб'єктивних цивільних прав, під яким розуміють взаємозв'язок протилежних за своєю природою суб'єктивних цивільних прав, що призводить до їх взаємообумовленості, взаємозв'язку та взаємного доповнення [21, с. 151]. Більше того, французька судова практика свідчить про те, що майновий аспект права із зображення охороняється й після смерті суб'єкта права та може здійснюватися та захищатися його правонаступниками [22, с. 20–21].

Отже, ґенеза приватноправової охорони права на зображення знаходить свій прояв у трьох взаємозалежних елементах, що обумовлюють та доповнюють один одного: доктрині, правотворчій та правозастосовній практиці. При цьому під правом на зображення слід розуміти різновид суб'єктивного цивільного права, що належить до особистих немайнових, що своїм змістом охоплює правомочності володіння та користування зображенням, можливість дозволяти таке використання іншим особам, вимагати припинення неправомірного використання свого зображення та правомочність захисту. Тому слід визнати, що досвід приватноправової охорони права на зображення за цивільним правом Франції може бути ко-

рисним для вітчизняної доктрини, вдосконалення національного законодавства та практики його застосування, а тому потребує подальшого наукового дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Invasion of Privacy*: Consultation paper / New South Wales. Law Reform Commission. – Sydney, 2007. – 238 p.
2. *Brandais L.* The Right to Privacy / L. Brandais, S. Warren // Harvard Law Review. – 1890. – Vol. IV. – № 5. – Dec. 15. – p. 193–220.
3. *Loi du 29 juillet* 1881 sur la liberté de la presse [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legifrance.gouv.fr/affich Texte.do;jsessionid=48A7BDF0FDFA53947ABA60818B543804.tpdjo09v_2?cidTexte=JORFTEXT000000877119&dateTexte=20101029.
4. *Гражданский кодекс* Франции (Кодекс Наполеона) / [пер. с франц. В. Захватаев] / Предисловие: А. Довгерт, В. Захватаев / Приложения 1 – 4: В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. – К., 2006. – 1008 с.
5. *Helling A*. Protection of «Persona» in the EU and in the US: a Comparative Analysis / Anna E. Helling. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://digitalcommons.law.uga.edu/stu llm/45.
6. *Dècision 94-352* du Conseil Constitutionnel du 18 Janvier 1995. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1995/94-352-dc/decision-n-94-352-dc-du-18-janvier-1995.10612.html.
7. *Lapter A.* How the Other Half Lives (Revisited): Twenty Years Since Midler v. Ford – A Global Perspective on the Right of Publicity / Alain J. Lapter. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/Lapter%202007%20 Abridged.pdf.
8. *Whitman J*. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty / James Q. Whitman // The Yale Law Journal. – 2004. – Vol. 113. – Issue 1153. – p. 1151–1221.
9. *Beaussire É*. Les principes du droit / Émile Beaussire. – Paris: Félix Alcan éditeur, 1888. – 427 p. [Цит. за: *Whitman, J.* The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty / James Q. Whitman // The Yale Law Journal. – 2004. – Vol. 113. – Issue 1153. – p. 1151–1221].
10. *Perreau E. H.* Des droits de la personnalité / E. H. Perreau. – REV. TRIM. DROIT CIV. – 1909. – № 8. – p. 501–515. [Цит. за: *Brüggemeier G.* Personality Rights in European Tort Law / Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Patrick O'Callaghan. – Cambridge: Cambridge University Press, 2010. – 620 p.].
11. *The legal protection* of privacy: a comparative survey of ten countries by the International Commission of Jurists / [Niall McDermott, Secretary-General] // International Social Science Journal. – 1972. – Vol. XXIV. – № 3. – p. 417 – 484.
12. *Beverley-Smith H.* Privacy, Property and Personality: Civil Law perspectives on Commercial Appropriation / H. Beverley-Smith, A. Ohly and A. Lucas-Schloetter. – New York: Cambridge University Press, 2005. – 245 p.
13. *Морандьер Л. Ж.* Гражданское право Франции / Морандьер Л. Ж. [Пер. с фр. и вступ. статья Е. А. Флейшиц]. Т. 1. – М.: Изд-во иностранной лит., 1958. – 742 с.
14. *Brigitte Bardot* / Beaverbrook Ltd. Tribunal Grand Instance Seine. 24.11.1965 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ahrc01ja.php5.truth.posiweb.net/index.php?title=Brigitte_Bardot_Beaverbrook&printable=yes&printable=yes.
15. *Llbina I.* Personības tiesību aizsardzība un civiltiesiskā atbildība to aizskāruma gadījumā: Promocijas darba kopsavilkums: Civiltiesības / I. Llbina. – Rīga. – 2006. – 58l p.
16. *Cour de Cassation* Première chambre civile, (pourvoi no. 03-13.913). 05 juillet 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/french/case.php?id=1235.
17. *Concerns and Ideas* about the Developing English Law of Privacy (and how knowledge of foreign law might be of help) / B. Markesinis, C. O'Cinneide, J. Fedtke, M. Hunter-Henin [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ucl.ac.uk/ laws/ global_law/publications/institute/docs/privacy_100804.pdf
18. *Steiner E*. The New President, His Wife and the Media: Pushing Away the Limits of Privacy Law's Protection in France? / Eva Steiner // Electronic Journal of Comparative Law. – 2009. – Vol. 13.1. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ejcl.org.
19. *Civ 1, 30 May* 2000, D. 2001, Somm. 1989 (the case of rock singer J. Hallyday) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Halliday.
20. *Logeais E*. The French Right of Image: An Ambiguous Concept Protecting the Human Persona / Elisabeth Logeais, Jean-Baptiste Schroeder // Loyola L.A. Ent. L.J. – 1998. – Vol. 18. – p. 511–525.
21. *Спасибо-Фатеева И. В.* Парные права или еще одна попытка разобраться с личными неимущественными правами, сопоставить их с имущественными правами и определить значимость категории «парные права» и их виды / И. В. Спасибо-Фатеева // Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: сб. статей и иных материалов / Под ред. Р. А. Стефанчука. – К.: Юринком Интер, 2010. – 1040 с.
22. *Французский* гражданский кодекс: [учеб.-практич. комментар.] / [Пер. с франц., комментар.: Ю. Гонгало, А. Грядов и др.]. – М.: Проспект, 2008. – 752 с.

Research deals with comprehensive analysis of the genesis of private-law protection of right to image under civil law of France. The general features of development of civil doctrine, legislation and law enforcement in relation to a right to image are defined. The legal nature, content and attributes of the right to image is characterized.

Статья посвящена анализу генезиса частноправовой охраны права на изображение по гражданскому праву Франции. Определены общие особенности развития гражданской доктрины, законодательства и правоприменительной практики относительно права на изображение. Охарактеризована правовая природа, содержание и признаки права на изображение.

КОНЦЕПЦІЯ НОВОГО ЄВРОПЕЙСЬКОГО JUS COMMUNE ТА ПИТАННЯ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ЗАГАЛЬНИХ ПРИНЦИПІВ КОНТРАКТНОГО ПРАВА

Гайдулін О. О.,

кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права
та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню концепції європейської правової інтеграції у сфері приватного права нового jus commune Європи. На основі аналізу актів права ЄС та міжнародного права пропонується новий підхід до систематизації загальних принципів контрактного права.

***Ключові слова*:** європейське контрактне право, *jus commune*, загальні принципи права, рівність, свобода, справедливість, добросовісність, розумність.

Під час обговорення проблеми «європеїзації» контрактного права, яке триває вже не один рік в Об'єднаній Європі, зазначається, що міжнародна інтеграція нині здійснюється зовсім не так, як вона мислилася ще десятиліття тому. На міждержавному рівні формується «багатошарова структура гармонізації», що лише в сукупності елементів може забезпечити нормальне функціонування міжнародного обороту. Однак її складові або способи гармонізації повинні не конкурувати між собою, а взаємно один одного доповнювати. Саме тому головна проблема полягає не в тому, який спосіб варто обрати, а в тому як використовувати їхню сукупність максимально продуктивно [1, с. 442–447].

Пропонується конвергенцію контрактного права спрямувати переважно на *зближення доктрин контрактного права*. У зв'язку з цим справедливо вказується на необхідність враховувати в процесі правової інтеграції «фундаментальний рівень тих правових принципів і цінностей, які лежать в основі організації і функціонування правової системи» [2, с. 98].

Дискусія з приводу подальшої долі європейського контрактного права, аналіз якої і становить **головну мету даного дослідження**, породжує різні позиції – екстремістську, силову і поміркована, паліативну. Так, у царині проблем уніфікації або узгодження контрактного права О. Ландо виділяє дві школи європейських юристів – «кодифікаторів» (англ. *codifiers*) і «культиваторів» (англ. *cultivators*) [3, с. 828]. Їх розділяє питання: чи має бути контрактне право європеїзовано шляхом «революційної» кодифікації законодавства, чи поступово через акультурацію доктрин, шляхом виховання нової генерації компаративно мислячих юристів.

«Кодифікатори» покладають надію на Європарламент та інші інститути загальноєвропейської демократії та здійснюють пошук у напрямі технічної досконалості проекту Європейського цивільного кодексу. «Культиватори» бачать університети головною платформою зближення цивільного права країн-членів через виховання юристів із європейським типом мислення.

У таборі «культиваторів» поступово домінує модель доктринального зближення національних інститутів контрактного права, яка передбачає узгодження національних систем права на основі рецепції *jus commune* або створення нової універсальної доктрини загальноєвропейського права [4, с. 42]. Її послідовними прибічниками стали такі відомі європейські вчені як О. Ландо (O. Lando) і Х. Біл (H.Beale) [5], Д. Буш (D.Busch) [6], Д. Міллер (D. C. Miller) і Р. Циммерманн (R. Zimmermann) [7].

Вбачається, що процес зближення правових систем неможливий тільки на «мікрорівні», де відбувається тлумачення окремих норм, а передбачає і певні інтеграційні процеси на «макрорівні». Отже, правова інтеграція не може відбуватися без цілеспрямованого впливу на системи права в цілому [8, с. 202]. Особливі надії покладаються на «міжнародні організації й транснаціональні міждержавні співтовариства», які б могли сприяти виходу зближення законодавства окремих держав на новий якісний рівень, «*запроваджуючи єдине трактування норм права*» [9, с. 22].

Відмічається, що протягом останніх 25 років у європейському правовому дискурсі відбувається поступове відновлення стародавнього латинського терміна «*jus commune*» [10].

Сама ж історія *jus commune* починається за часів Середньовіччя. Як вважає відомий англійський дослідник правової історії Гарольд Дж. Берман (Harold J. Berman), в основу первинної концепції загального європейського права було покладено ідею єдиної «європейської громади», що об'єднує усі держави континенту. Водночас державний суверенітет (лат. *imperium*) у кожній країні вбачався похідним від права на встановлення власних законів (лат. *jurisdictio*), яке, у свою чергу, мало джерелом – *corpus, universitas, communitas*. Отже, юрисдикція не була еманацією волі імператора, вона виростала із корпоративного співтовариства (лат. *communitas communitarum),* в основі якого знаходилася духовна єдність християнського світу [11, с. 278].

В XII–XIII ст. термін «загальне право» (*jus commune*) дуже часто вживався для позначення римського права, але він був переважно поняттям канонічного права. За допомогою цього терміна позначалася та головна частина канонічного права, яка однаково застосовувалася у церковних судах всього християнського світу, на відміну від місцевих канонічних звичаїв (лат. *lex terrae*) [11, с. 428].

Необхідно зауважити, що за наявності істотних відмінностей загального права (*jus commune*) континентальної Європи від англійського загального права (англ. *common law*) вони обидва претендують на абсолютну універсальність. Історія обох класичних правових систем, як романо-германської, так і англо-американської, має спільний стрижень – ідеал Абсолютного, Всесвітнього права, до якого вони тяжіють.

Варто підкреслити, що певна спільність європейської правової культури остаточно ніколи не втрачалася. Ще в 1808 р. професор віденського університету Франц фон Целлер так писав про проект цивільного кодексу, який він рекомендував австрійському імператору Францу I: «Закон ґрунтується на всесвітніх і вічних принципах розуму і справедливості. Тому більшість норм цивільних кодексів цивілізованих народів збігаються. І тому стає зрозумілим чому для європейських держав старе римське право так довго служило основним джерелом вирішення спірних питань» [4, с. 244–245].

Однак «сучасне вживання терміна *jus commune* тісно пов'язане з науково-практичними дискусіями щодо феномену європейського права» [12, с. 8]. Зазначається, що так звана коммунітаризація, під якою розуміють «заміну норм національного приватного права нормами, створеними Європейськими співтовариствами», не забезпечує нині виконання завдання щодо зближення систем приватного права країн-членів. Відродження *jus commune europe* як сукупності загальних принципів приватного права, які історично є спільними для всіх європейських країн, дедалі частіше розглядається як вирішальний фактор прискорення «європеїзації» контрактного права на сучасному етапі правової євроінтеграції [13].

Згідно з сучасною доктриною *jus commune* є правом, «універсальним за змістом та транснаціональним – за сферою дії, тобто виступає у ролі вищої, «парадигматичної» моделі як взірець для правотворчості та правозастосування у межах національних правових систем» [12, с. 8]. Цю концепцію докладно опрацював професор правничої школи Університету Нотр-Дам (штат Індіана, США) П. Карозо (P. G. Carozza). Вона ґрунтується на трьох положеннях:

1. Це право є транснаціональним у декількох значеннях, тому що має ієрархічну структуру, наддержавне призначення та застосовується різними суб'єктами права, які не завжди пов'язані між собою владними відносинами.

2. Це право є універсальним за своєю природою у тому сенсі, що на відміну від позитивного права складається із загальних принципів права, яких дотримуються усі суб'єкти правовідносин.

3. У підґрунті цього терміна знаходиться ідея сполучення єдності й універсальності з плюралізмом та диференціацією, що нагадує середньовічний європейський правовий порядок, який був комбінацією загальних християнських морально-правових ідеалів з секуляризмом окремих феодальних держав [10, с. 1044].

Отже, поняття нового європейського *jus commune* характеризує діалектику інтеграції та диференціації у взаємодії сучасних європейських правових систем і тому має ще одну синонімічну назву – «сучасний медіавелізм» [12, с. 10].

На особливий потенціал *jus commune* щодо уніфікації та систематизації правової системи вказують західні дослідники, підкреслюючи, що «положення *jus commune* зберігають свою чинність у вигляді найвищих принципів, етично вищих щодо звичайного законодавства» [14, с. 102].

Показовою у зв'язку з цим є позиція Президента Конституційного Суду Італії Ч. Мірабеллі, який зауважив, що джерела європейського *jus commune* знаходяться «над позитивним правом» і тому вони повинні захищатися навіть у тих правових системах, де формально не визнаються, а органи державної влади заперечують їхню чинність [15, с. 225].

У європейській правовій науці майже аксіоматичним є розуміння того, що предметом уніфікації виступають не тільки окремі норми права, а й певні «юридичні принципи» [16, с. 58]. Тому в Західній Європі питання формування «Європейського загального права» (англ. *Common Law of Europe*) дедалі частіше розглядається у зв'язку з проблемами з'ясування змісту загальних принципів приватного права, спільних для всіх європейських країн і які склалися історично [13].

В європейських правових доктринах загальні принципи права дедалі частіше розглядаються як основа світової та європейської правової інтеграції. Дедалі актуальніше звучить заклик У. Дженкса (W. Jenks) «утворити із загальних елементів тих правових систем, які все ще перебувають у процесі розвитку, універсальний правовий порядок (англ. *the Common Law of Mankind*)». А теза Х. Уолдока (H. Waldock) про те, що «загальні принципи права репрезентують «загальне право світового співтовариства», накреслює шлях формування загальнолюдського права – через діалог різних правових культур з приводу цих загальних принципів [17, с. 227–228].

Дійсно, європейське контрактне право як цілісну систему правових норм неможливо уявити без з'ясування системи загальноправових принципів, що становлять його підґрунтя. Безумовно, ця проблема за основними підходами до її розв'язання та засобами дослідження є переважно доктринальною, оскільки будь-яка доктрина націлена на усвідомлення саме загальних принципів права.

Загальні принципи права у вимірах англійської та романо-германської культурно-правових традицій суттєво різняться своїм генетичним аспектом. Справді, у різних правових культурах склалися неоднакові підходи до формування загальних принципів права. Відповідно до англійської правової традиції загальні принципи виводяться індуктивно з конкретних судових прецедентів. Про важливе значення загальних принципів права для англійської правової доктрини, насамперед, свідчить те, що для їх позначення використовується термін «фундаментальне, основне право» (*fundamental law*) [18, с. 260].

У межах романо-германської правової традиції загальні принципи права виводяться дедуктивно з основних морально-правових категорій (свобода, рівність, справедливість, добросовісність тощо). Подібної позиції додержувався відомий австрійський правознавець А. Фердросс (A. Verdross), який вважав, що загальні принципи – це принципи, які «ґрунтуються на загальних правових ідеях» [19, с. 148].

Думка про універсальність загальних принципів права переважає у правових доктринах багатьох європейських країн. Принаймні, вона притаманна обом європейським правовим традиціям – англійського права та права континентальних країн.

Наприклад, Б. Ченг (B. Cheng) стверджує, що «суть загальних принципів права (англ. *general principles of law*) полягає в тому, що вони є спільними для всіх правових систем. Як неписане право вони разом зі звичаєм входять до змісту звичаєвого права» [20, с. XV].

Аналогічно Ш. Руссо під загальними принципами права (франц. *principles généraux du droit*) розуміє «принципи, які спільні для юридичних систем різних цивілізованих держав». При цьому універсальність цих принципів поширюється не тільки на національні системи права, а й на систему міжнародного права. Так, згадані у § с п. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного Суду (колишня назва – «Статут Постійної палати міжнародного правосуддя») загальні принципи права (*principles généraux du droit*) визнаються загальними як для національного (внутрішнього), так і міжнародного правопорядку. Тут йдеться про право взагалі (франц. *du «droit» sans épithète*) [21].

Необхідно підкреслити, що всі твердження про універсальність загальних принципів права нівелюються, як тільки починається перехід від констатації їх загального функціонального призначення до спроб зробити хоч якийсь ранжируваний перелік цих принципів.

Для законодавства європейських країн характерне уникнення прямого зазначення принципів права в нормативних актах. Так, у Французькому цивільному кодексі у зв'язку з правовим регулюванням зобов'язань згадуються поняття добросовісності та рівності (ст. 1134), справедливості (ст. 1135), моральності (ст. 1172) [22, с. 379, 386]. У Германському Цивільному уложенні деякі норми пов'язані з відповідними принципами: справедливості (§ 315, 319, 660, 745, 1246, 2048, 2156), добросовісності (§ 926, 932– 935, 955, 1007, 1208, 1244), моральності (§ 138, 817, 819, 826) [23, с. 316]. Германське Торгове уложення у § 366 та § 377 активно використовує поняття добросовісності [24, с. 187, 192].

Разом з тим слід згадати не зовсім вдалі спроби запровадити єдину класифікацію загальних принципів, які здійснюються в рамках міжнародних договорів та конвенцій. Виділимо ті з них, за допомогою яких відбувається міжнародно-правова уніфікація правових норм, що регулюють контрактні зобов'язання в цивільному та господарському обороті європейських країн.

Так, на зазначені загальні принципи посилається Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. (Віденська конвенція). У преамбулі Конвенції вказується, що в основу міжнародної торгівлі мають бути покладені прин-

ципи рівності (англ. *equate;* франц. *l'égalité*; нім. *Gleichberechtigung*) та взаємної вигоди (англ. *mutual benefit*; франц. *avantages mutuels*; нім. *gegenseitigen Nutzens*), а в п. 1 ст. 7 як така основа згадується необхідність додержання принципу добросовісності (англ. *good faith*; франц. *bonne foi*; нім. *Treu und Glauben*). У п. 2 цієї самої статті зазначається, що питання, які стосуються Конвенції, але безпосередньо в ній не вирішені, підлягають вирішенню згідно з загальними принципами (англ. *general principles, франц. principes généraux, нім. Generalprinzip*), на яких вона ґрунтується. Подібні положення щодо застосування загальних принципів містяться і в Конвенції ООН 1983 р. про представництво в міжнародній купівлі-продажу товарів (Женевській конвенції 1983 р.) та в Оттавських конвенціях 1988 р.

Ще менш конкретні у визначенні принципів договірного права інші міжнародні конвенції – Конвенція УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг 1988 р. та Конвенція УНІДРУА про міжнародний факторинг 1988 р.

Принципи УНІДРУА поряд із традиційним посиланням на принципи свободи договору (ст. 1.1) та добросовісності (ст. 1.7) формулюють принцип відкритості міжнародним звичаям (ст. 1.8), що цілком відповідає правилам згаданих конвенцій.

Особливої важливості набуває визначення загальних принципів контрактного права, наведене в «Принципах європейського договірного права». До них, зокрема, належать принципи: свободи договору (англ. *Freedom of Contract*); добросовісності (англ. *Good Faith*) і чесної ділової практики (англ. *Fair Dealing*); співробітництва (англ. *Duty to Co-operate*); розумності (англ. *Reasonableness*).

Принцип свободи договору посідає головну позицію у системі цих принципів. Він передбачає, що сторони вільні в укладенні договору і визначенні його змісту. Водночас він пов'язується з додержанням принципів добросовісності та чесної ділової практики, а також розпоряджень, установлених «Принципами європейського контрактного права». Виявом цього принципу можна вважати те, що сторони вправі не застосовувати або відступати від кожного з принципів європейського договірного права, а також змінювати їх дію, якщо інше не встановлюється самими Принципами (Ст. 1:102 Європейських Принципів).

Слід зазначити, що відповідно до «Принципів європейського контрактного права» сторони не можуть виключити або обмежити обов'язок, що випливає з принципу добросовісності та чесної ділової практики (Ст. 1:201 Європейських Принципів). Те, що кожна сторона повинна діяти на основі цього принципу, обумовлює його особливу роль у процесі зближення національних систем контрактного права.

Обов'язок співробітництва передбачає, що кожна сторона зобов'язана співпрацювати з іншою стороною з метою якнайповнішої дії договору (Ст. 1:202 Європейських Принципів).

Відповідно до «Принципів європейського контрактного права» розумність визначається як спосіб оцінювання, яким користуються розумні особи, що діють із додержанням принципу добросовісності та перебувають у тій самій ситуації, що й сторони договору. В оцінці розумності мають ураховуватися вид і мета договору, обставини окремих випадків, а також звичаї і практика відповідних сфер діяльності та професій (Ст. 1:302 Європейських Принципів).

Узагальнюючи наведені класифікації загальних принципів європейського контрактного права та враховуючи сучасний стан доктрини з цього питання, можна побудувати таку робочу модель системи цих принципів [25, с. 52–87]:

1. Принципи свободи договору (англ. *freedom of contract*) і рівності (англ. *equity*) сторін, які посідають чільне місце в доктрині контрактного права і виступають вихідними засадами або началами (лат. *maxima*) законодавства у цій сфері, слугують загальними ідейними орієнтирами процесу нормотворчості та є «смислотвірними» для всієї системи нормативно-правових актів.

2. Принципи справедливості, добросовісності та розумності, які виступають як граничні засади реалізації права (лат. *summa*) і принципово розмежовують право і неправо в процесі правозастосування.

3. Проміжне положення між началами та граничними засадами права займають чисельні спеціальні принципи (лат. *regula*) контрактного права: принцип обов'язковості виконання договорів (*pacta sunt servanda*); принцип довіри; принцип незловживання правом; принцип співробітництва та інші принципи [26, с. 205, 224].

До таких *regula* треба додати ще багато окремих принципів договірного права, які актуалізуються у комерційному (господарському) обороті [4, с. 163], і, передусім, принцип відплатності, який справедливо визнається «базовим принципом», що діє у сфері комерційних правочинів [27, с. 77]. До таких принципів доцільно віднести і принцип підвищеної обачності комерсантів. Приміром, цей принцип закріплений у торговельному законодавстві Німеччини і передбачає відповідальність підприємця за невиконання умов контракту незалежно від вини [27, с. 79].

Наведена класифікація загальних принципів демонструє, що зближення їх доктринального тлумачення має гармонізувати як процес правотворчості, так і процес правореалізації, причому останній аспект вбачається найбільш важливим з огляду на панування в англо-американській традиції судового прецеденту і підвищення останнім часом значущості суддівського розсуду і загалом судової практики в країнах романо-германської правової сім'ї.

Таким чином, принципи справедливості, добросовісності та розумності потребують окремого системного дослідження. Показовим є те, що принцип добросовісності здебільшого розглядається як ядро сучасного *jus commune* [28]. У зв'язку з цим доречним буде припущення про те, що саме ці принципи мають бути підставою для подальшої акультурації контрактного права європейських країн, що становить процес утворення нового *jus commune*.

Ця гіпотеза виходить за межі даної статті та потребує спеціальної перевірки. Однак слід враховувати: на противагу «зближенню згори» нині в Євросоюзі відбувається поступове «зближення знизу», що в «перспективі цілком може призвести до виникнення повноцінного *jus commune europe*, створеного завдяки зусиллям ділових кіл і юристів шляхом порівняльного аналізу правових систем країн Європи» [13].

Отже, порівняльний аналіз різного розуміння загальних принципів контрактного права в контексті основних культурно-правових традицій демонструє необхідність «підходу до права як культурного феномена» (англ. *law as a cultural phenomenon*) [29].

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Rosett A.* UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven // Uniform Law Review. – 1997. – V. 2. – P. 441–450.

2. *Скрипнюк О.* Європейський вибір України: проблеми реалізації принципу законності / О. Скрипнюк // Право України. – 2009. – № 1 – С. 97–101.

3. *Lando O.* Guest Editorial: European Contract Law after the year 2000 / Ole Lando // Common Market Law Review 1998. – № 35. – P. 821–831.

4. *Цвайгерт К.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. / Конрад Цвайгерт, Хайн Кётц. – Т.I. Основы: пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000.– 480с.

5. *The Principles* of European Contract Law Parts I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law, edited by Ole Lando, Hugh Beale. – Kluwer Law International, Hague, The Netherlands, 2000. – 610 p.

6. *Busch D.* Indirect Representation in European Contract Law (Principles of European Contract Law) / Danny Busch. – Kluwer Law International, 2005. – 428 p.

7. *Miller D.C.* The Civilian Tradition and Scots Law / David L. Carey Miller, Reinhard Zimmermann (eds) // English Historical Review (1999) – № 114(457).– p. 799 – 800.

8. *Ансель М.* Сравнительное право и унификация права / Марк Ансель // Очерки сравнительного права / Составление, перевод и вступительная статья В. А. Туманова. – М., 1981. – 384 с.

9. *Фединяк Г. С.* Правосуб'єктність транснаціональних корпорацій у час глобалізаційних процесів (аспекти міжнародного права та міжнародного приватного права): монографія / Галина Степанівна Фединяк. – К.: Атіка, 2007. – 200 с.

10. *Carozza P. G.* «My friend is a stranger»: the death penalty and the global jus commune of human rights / Paolo G. Carozza // Texas Law Review. – № 81. – 2003. – P. 1031 – 1089.

11. *Берман Гарольд Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / Гарольд Дж. Берман. – М.: Инфра-М, Издательство МГУ, Норма, 1998. – 624 с.

12. *Шевчук С. В.* Роль порівняльного права у процесі європейської інтеграції України [Електроний ресурс] / С. В. Шевчук. – Режим доступу: www. comparativelaw. org. ua/docl/shevchuk. doc.

13. *Мережко О.* Нове JUS COMMUNE EUROPE [Електронний ресурс] / Олександр Олександрович Мережко // Юр. газета. – 2003. – 24 грудня, – № 12 (12). – Режим доступу: http://www. yurgazeta. com/oarticle/391.

14. *Bellomo M.* The Common Legal Past of Europe, 1000 – 1800 / Manlio Bellomo; trans. Lydia G. Cochrane. – 2d-ed. – Catholic University of America Press, 1995. – 276 p.

15. *Mirabelli C.* Preliminary Reflections on Fundamental Rights as the Basis of a Common European Law, in Millennium Lectures / Cesare Mirabelli. // The Clifford Chance Millennium Lectures: The Coming Together of the Common Law and the Civil Law (Basil Markesinis ed., 2000), – p. 225–239 .

16. *Люхтерхандт О.* До проблеми гармонізації законодавства України з європейською конвенцією про захист прав і основних свобод людини / Отто Люхтерхандт // Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом: матеріали наук.-практ. конф., жовтень, 1998. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України. – С. 57 – 60.

17. *Тункин Г. И.* Теория международного права / Григорий Иванович Тункин. – М.: Междунар. отношения, 1970. – 192 с.

18. *Андрианов С. Н.* Англо-русский юридический словарь: Около 50 000 терминов = English-russian law dictionary: Approx. 50 000 terms / Сергей Николаевич Андрианов, Александр Семенович Берсон, Александр Сергеевич Никифоров. – 2-е изд., стереотип., справ. изд. – М.: Руссо, 1998. – 512 с.

19. *Verdross A.* Völkerrecht / Alfred von Verdross. – 5th ed.– Wien, 1964. – 664 s.

20. *Cheng B.* General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals / Bin Cheng. – L.: Cambridge University Press, 2006. – 490 p.

21. *Rousseau Ch.* Principles généraux du droit international public. – Vol. I (Sources) / Charles Rousseau. – Paris: Pédon. – 930 p.

22. *Гражданский* кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с франц. В. Захватаев; предисловие: А. Довгерт, В. Захватаев; отв. ред. А. Довгерт. – К.: Истина, 2006. – 1008 с.

23. *Гражданское* уложение Германии = Deutches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: вод. Закон к Гражд. Уложению; Пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; Научн. редакторы – А. Л. Маковский [и др.] – 2 е изд., доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 816 с.

24. *Федеративная* Республика Германия. Законы. Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах = Deutches handelsgesetzbuch, Aktiengesetz, GmbHGesetz, Genossenschaftsgesetz: Пер. с нем. / [Сост. В. Бергманн; Пер. с нем. Е. А. Дубовицкая]. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 624 с.

25. *Мережко А. А.* Договор в частном праве / Александр Александрович Мережко. – К.: Юстиниан, 2003. – 176 с.

26. *Мережко А. А.* Транснациональное торговое право (lex mercatoria) / Александр Александрович Мережко. – К.: Таксон, 2002. – 464 с.

27. *Коммерческое* право зарубежных стран /А. Ю. Бушев, О. А. Макарова, В.Ф.Попондопуло; Под общ. ред. В.Ф.Попондопуло. – СПб.: Питер, 2003. – 288 с.

28. *Lurger B.* Prinzipien eines Europäischen Vertragsrechts: Liberal, Marktfunktional, Solidarisch oder / B. Lurger. // ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (March 1998) – Vol. 2. 1. [Electronic resource]. – Mode of access: http://www.ejcl.org/21/abs21-2.html

29. Miller L. Legal Culture and European Private Law Harmonisation : Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, TBA / Lucinda Miller. – Berlin, Germany, Jul 25, 2007. 2009-03-27. [Electronic resource]. – Mode of access: http://www.allacademic.com/meta/p178449_index.html.

The article is devoted to «jus commune» (the Common Law of Europe) *– the modern concepts of European legal integration in the sphere of private law. A new approach to the systematization of the general principles is proposed and based on the analysis of acts of EU law and international law.*

Статья посвящена исследованию концепции европейской правовой интеграции в сфере частного права нового ius commune *Европы. На основе анализа актов права ЕС и международного права предлагается новый подход к систематизации общих принципов контрактного права.*

ПІДСТАВИ ПРИПИНЕННЯ СЕРВІТУТНИХ ПРАВ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Нагнибіда В. І.,

кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті на основі вітчизняного та зарубіжного досвіду аналізується система нормативних підстав припинення сервітутних прав. Обґрунтовується нормативна спроможність окремих підстав, передбачених чинними Цивільним та Земельним кодексами України, а також пропонується авторське бачення їх місця в системі підстав припинення прав даного виду. Пропонуються зміни до чинного законодавства.

Ключові слова: *сервітут, підстава припинення, власник сервітуту, право проживання, давність невикористання, річ, абсолютна підстава припинення, відносна підстава припинення*

Останнім часом питання правового регулювання прав на чужі речі дедалі частіше обговорюється на сторінках юридичних видань та в науковій літературі. Детального відображення знайшло поняття, правова природа даних прав (особливо прав сервітутного типу), а також зміст відносин, пов'язаних із встановленням цих прав. Із внесенням змін до Земельного кодексу України в частині правового регулювання суперфіцію та емфітевзису низка аспектів щодо нормативного розуміння даних прав також було проаналізовано у фахових виданнях. Разом з тим, якщо розглядати комплексно те чи інше явище, звичайно, обійтись тільки питаннями структури відносин, так само як і аспектом виникнення правовідносин, було б недостатньо, оскільки висновок про категорію, а надто правову, ми можемо скласти тільки розглянувши її з різних боків, з точки зору статики та динаміки. А тому у даній статті пропонується проаналізувати не досліджений досі аспект – припинення сервітутних прав. Слід зазначити, що результати даного дослідження можуть бути застосованими не тільки в рамках сервітутних відносин, а й щодо інших прав на чужі речі, так як підстави припинення в низці випадків є тотожними.

Серед авторів які частково торкались даного питання, слід назвати П. Кулініча [1; 2], В. Мартина [3], І. Севрюгову [4; 5], В. Цюру [6] та інших. Однак дослідження, яке б своїм предметом мало аналіз власне підстав припинення сервітутних прав, поки що немає. Тому в цій статті пропонується вивчити дане питання та з урахуванням досвіду зарубіжних країн сформулювати пропозиції до чинного законодавства в частині вдосконалення механізму припинення сервітутних прав.

Чинне цивільне та земельне законодавство серед підстав припинення сервітутних прав виділяє дві групи випадків: абсолютні (безспірні) та відносні (оспорювані). До такого висновку нас спонукає техніка викладу правових норм у ст. 406 ЦК України та ст. 102 ЗК України. Також на це вказує формулювання ч. 1 ст. 406 ЦК України — «сервітут припиняється у разі …», що спонукає до висновку про те, що у разі наявності наведених далі у статті підстав і тільки на їх підставі сервітутні відносини припиняються. Такий самий висновок можна зробити і за наслідками систематичного та граматичного тлумачення ст. 102 ЗК України. З наведених статей видно, що до першої групи належать підстави, передбачені у ч. 1 ст. 406 ЦК України та ч. 1 ст. 102 ЗК України (в частині припинення права земельного сервітуту). При цьому спільними для обох кодексів є такі підстави як поєднання в одній особі особи, в інтересах якої встановлено сервітут, і власника майна, обтяженого сервітутом; відмови від сервітуту особи, в інтересах якої він встановлений; спливу строку, на який було встановлено сервітут; невикористання сервітуту протягом трьох років підряд. Поряд з наведеними підставами ЦК України передбачає припинення сервітутних прав у зв'язку із припиненням обставини, яка була підставою для встановлення сервітуту (п. 4 ч. 1 ст. 406 ЦК України), та смертю особи, на користь якої було встановлено особистий сервітут (п. 6 ч. 1 ст. 406 ЦК України). Натомість ЗК України додатково для земельних сервітутів передбачає підставами припинення також рішення суду про скасування земельного сервітуту та порушення власником сервітуту умов користування сервітутом.

Загальна характеристика даних підстав свідчить, що вони є нічим іншим як безспірними підставами припинення сервітутних відносин. Наприклад, у разі поєднання сервітуарія та власника земельної ділянки інших варіантів вирішення правової ситуації як констатувати припинення сервітутних відносин немає. Те саме можна сказати і у випадку відмови від сервітуту, закінчення строку на який було встановлено сервітут тощо. Однак вбачається, що серед названих підстав є й такі, які навряд чи могли б бути віднесені до безспірних. Наприклад, у випадку невикористання сервітуту протягом трьох років підряд автоматичного припинення сервітутних прав бути не може. Адже в силу того, що окремі сервітути підлягають реєстрації (земельні), внесення запису до реєстраційної книги про припинення сервітуту може бути здійснене на підставі документа про встановлення такого факту невикористання сервітуту протягом трьох і більше років. Таким документом, на нашу думку, може бути тільки рішення суду. А оскільки це так, то дана підстава автоматично з абсолютної перетворюється у відносну, тобто таку, яка встановлюється судом.

Подібні висновки можна зробити і щодо такої підстави припинення сервітутних прав як рішення суду про скасування земельного сервітуту (п. в ч. 1 ст. 102 ЗК України), яка навіть за своїм змістом не може бути віднесена до безспірних підстав припинення сервітутних правовідносин. Нам видається, що дана підстава взагалі не повинна виділятись в рамках ч. 1 аналізованої статті ЗК України. З точки зору логіки побудови даної статті така підстава як припинення сервітуту за рішенням суду могла б бути сформульована як ч. 2 ст. 102 і містити загальне правило на можливість припинення сервітуту на підставі рішення суду. При цьому вказівка на те, у яких випадках суд може винести рішення щодо припинення сервітуту (як це зроблено у чинній редакції ст. 102 ЗК України), на наш думку, обмежує право на захист і є явно мертвою нормою. Пропонується ч. 2 ст. 102 сформулювати за аналогією із ч. 2 ст. 406 ЦК України, а саме: «Сервітут може бути припинений за рішенням суду на вимогу власника майна за наявності обставин, які мають істотне значення, а також в інших випадках, передбачених законом». Для потреб практики таке формулювання є більш вдалим та не обмежує прав власників на судовий захист.

Окремо слід вказати на таку підставу як порушення власником сервітуту умов користування сервітутом та віднесення її до підстав припинення сервітутних прав. Річ у тім, що з моменту встановлення сервітутного права останнє набуває абсолютного змісту і його виникнення, а, відповідно, і припинення відбувається за принципами речового права. А оскільки специфіка земельного сервітуту полягає у тому, що він встановлюється не *стосовно особи*, а в інтересах *речі*, правомірно припустити, що хоча в низці випадків сервітут встановлюється договором, у сервітуарія не виникає жодних обов'язків. Єдине чим він пов'язаний це загальною вимогою цивільного законодавства про добросовісність здійснення прав (ст. 3 ЦК України), правилами ст. 13 ЦК України щодо меж здійснення суб'єктивних цивільних прав та положеннями ст. 13 Конституції України, а також ч. 4 ст. 319 ЦК України, які проголошують загальний принцип речового права — власність зобов'язує (*до речі, в де-*

яких законодавствах існує самостійна нормативна вимога про те, що при здійсненні сервітуту управомочена особа повинна якомога обережніше здійснювати надані їй сервітутом права та враховувати її інтереси. І якщо для здійснення сервітуту правомочна особа змушена утримувати певну споруду чи конструкцію, то вона повинна утримувати її у такому стані, щоб це не заподіювало шкоди власникові). А тому порушення власником сервітуту умов користування сервітутом не може бути підставою для припинення сервітуту, оскільки дане право часто є єдиною можливістю для належного здійснення прав щодо об'єкта, в інтересах якого встановлено сервітут. Наприклад, у випадку права проїзду до земельної ділянки, оточеної з трьох боків водоймищем, чи у ситуації забору води з природної водойми, або право водовідведення тощо. Відтак вбачається, що у даному випадку така підстава не може припиняти сервітут. Більше того, невиконання тих чи інших обов'язків є підставою для розірвання договору у зобов'язальному праві, але аж ніяк не підставою для припинення речових відносин. Вважаємо, що у випадку порушення умов здійснення сервітуту сторона, якій завдано шкоди, може вимагати її відшкодування на підставі ч. 7 ст. 403 ЦК України «збитки, завдані власникові (володільцеві) земельної ділянки або іншого нерухомого майна, особою, яка користується сервітутом, підлягають відшкодуванню на загальних підставах». Якщо ж йдеться просто про порушення інтересів власника такої земельної ділянки, то слід скористатися матеріальною вимогою про усунення перешкод у здійсненні права власності.

Таким чином, наведені положення дають підстави стверджувати, що включення такої підстави як порушення власником сервітуту умов користування сервітутом до підстав припинення сервітут є не повною мірою виправданим. Тому пропонуємо виключити з підстав припинення права власності таку вимогу як «порушення власником сервітуту умов користування сервітутом», яка наразі передбачена п. «д» ч. 1 ст. 102 ЗК України.

Ще однією спірною підставою припинення прав користування є норма, передбачена п. 6 ч. 1 ст. 406 ЦК України, за якою сервітут припиняється у разі смерті особи, на користь якої встановлено сервітут. Вбачається, що оскільки сервітут є не індивідуалізованим правом і не встановлюється в інтересах конкретної особи, то і смерть сервітуарія не може бути підставою для його припинення. Такий висновок підтверджується також і тим, що в силу класичного принципу «права слідування», який закріплено у ч. 6 ст. 403 ЦК України, сервітут зберігається незалежно від зміни власника. Тому смерть власника не свідчить про припинення сервітутного права. Навпаки, воно (суб'єктивне право) включається до спадкової маси, і про його наявність попереджаються спадкоємці. У зв'язку зі сказаним пропонується виключити п. 6 ч. 1 ст. 406 ЦК України як такий, що суперечить концепції сервітутного права.

Щодо відносних підстав припинення сервітутів, які передбачені у ЦК України, слід назвати, перш за все, наявність обставин, які мають істотне значення (ч. 2 ст. 406 ЦК України) та перешкоджання використанню цієї земельної ділянки за її цільовим призначенням (ч. 3 ст. 406 ЦК України). До обставин, які мають істотне значення, можна віднести ситуацію, коли у сервітуарія з'явився альтернативний спосіб задоволення інтересів, які раніше не могли бути забезпечені інакше як через встановлення сервітуту. Щодо перешкоджання використанню цієї земельної ділянки за її цільовим призначенням, то дана підстава витікає з правомочностей власника земельної ділянки, і її суть зводиться до того, щоб встановлення сервітутного права не заподіювало шкоди інтересам власника. Адже не можна задовольнити інтереси сервітуарія за рахунок нехтування інтересами власника, а тому така підстава як перешкоджання використанню цієї земельної ділянки за її цільовим призначенням дає змогу власникові захистити свої права. При цьому потрібно мати на увазі, що неможливість використання земельної ділянки за її цільовим призначенням може бути встановлена як у процесі здійснення сервітутного права, так і на момент його встановлення. А тому правові наслідки застосування згаданої підстави припинення є різними. У випадку, коли цю підставу припинення виявлено під час здійснення сервітутного права, власник земельної ділянки повинен звернутися до суду з вимогою про припинення права сервітуту та відшкодування завданої шкоди. Якщо невідповідність змісту сервітуту цільовому призначенню земельної ділянки виявлено на етапі встановлення сервітутного права, на нашу думку, таке право не повинно бути встановлене, так як принцип цільового використання земельної ділянки є базовим та фундаментальним принципом земельного права і має переважне право на застосування.

Земельне законодавство доповнює перелік відносних підстав припинення сервітутних прав ще такою підставою як припинення підстав його встановлення. Вбачається, що припинення підстав встановлення сервітутного права не завжди тягне за собою судовий розгляд спору. У такій ситуації важко встановити наявність спору між суб'єктами [6, с. 119], а тому вбачається, що дана підстава має застосовуватися разом із передумовами для встановлення даного права. Таким є загальний перелік підстав припинення сервітутних прав в Україні.

Для порівняння, в зарубіжних країнах поряд із загальноприйнятими підставами припинення сервітутних прав (відмова від права сервітуту, знищення речі, щодо якої встановлено сервітут, поєднання власників земельних ділянок, щодо яких та в інтересах яких було встановлено сервітут тощо) існують і такі підстави, які характерні для окремих правопорядків. Серед таких слід назвати: відсутність заперечень з боку сервітуарія, якщо протягом 10 років йому чинились перепони у здійсненні права сервітуту (ст. 59 Закону Республіки Болгарія «Про власність», ст. 177 Закону Естонії «Про речове право»; настання умови, яка була окреслена у договорі і з якою сторони пов'язували припинення правовідносин (ст. 546 ЦК Іспанії) тощо. Наприклад, у німецькому законодавстві припинення земельних сервітутів здійснюється за правилами § 875-876 НЦУ і можливе у випадках відмови від права (дерелікції), втрати переваги при користуванні чужою земельною ділянкою, настання певного строку або певної обставини (*Згідно з вимогами НЦУ для відмови від права на земельну ділянку необхідно зробити письмову заяву управомоченої особи про відмову від права і погашення запису про право в поземельній книзі, якщо законом не передбачено інше. Якщо сервітутне право на земельну ділянку обтяжене правом іншої особи (узуфруктом, іпотекою), для відмови від такого права потрібно отримати згоду цієї особи*. В будь якому випадку моментом припинення сервітутних прав є внесен-

ня відповідного запису у поземельну книгу відповідно до § 875 НЦУ та § 55, 71, 135 GBO.

З наведеного прикладу видно, що зарубіжні кодекси обмежуються двома – трьома найсуттєвішими та найпоширенішими обставинами, а інші випадки віднесено до компетенції судових органів. Аналіз підстав припинення, передбачених чинним законодавством, також дає можливість дійти висновку про те, що власне абсолютними (безспірними) підставами є лише кілька, а інші мають бути віднесені до категорії відносних. Вбачається, що такими підставами мають стати:

1) поєднання в одній особі особи, в інтересах якої встановлено сервітут, і власника майна, обтяженого сервітутом;

2) відмови від сервітуту особи, в інтересах якої він встановлений;

3) сплив строку, на який було встановлено сервітут.

Решта підстав є відносними і не завжди їх настання зумовлює припинення сервітутних правовідносин.

Ще одне уточнення слід зробити у чинному законодавстві в частині строку невикористання сервітуту як підстави його припинення. Слід сказати, що термін погашальної давності стосовно сервітутних прав у зарубіжних законодавствах становить 10 і більше років (Угорщина – 10 років, Іспанія та Італія – 20 років тощо). Це пов'язано з тим, що в ряді випадків здійснення сервітутних прав часто відбувається доволі рідко (раз в 2 – 3,5 років). Наприклад, передбачене земельним кодексом право встановлення будівельних риштувань та складування будівельних матеріалів з метою ремонту будівель та споруд. Якщо слідувати логіці ЦК України та ЗК України, то у випадку, коли власник сусідньої земельної ділянки здійснює ремонт своєї будівлі (наприклад, раз в 5 років) і йому потрібно розмістити будівельні опори на ділянці сусіда, а останній заперечує проти цього, то такий власник пожиттєво приречений до встановлення цього права в судовому порядку. Звичайно, такий підхід не є довершеним, а таких прикладів може бути безліч. Тому, дійсно, є сенс у тому, аби строк невикористання був тривалішим як 10 років або дорівнював йому. Більше того, невикористання протягом трьох років може мати місце не тільки з волі сервітуарія, а й через можливий вплив (в тому числі неправомірний) з боку власника земельної ділянки. Встановлення більш тривалого терміну попередить ситуацію, аби по закінченню трьох років право сервітуту припинялося.

Річ у тому, що встановлення такого строку є, на нашу думку, вкрай важливим для практичного застосування цієї норми. Адже, з одного боку, якщо сервітуарій не користується правом проживання в чужому будинку, наприклад 15 років, це явно означатиме, що йому це право не потрібне і воно має бути припинене погашальною давністю. З іншого боку, якщо залишити цей строк малим (3 роки), ми автоматично створюємо підгрунтя для низки спорів щодо підтвердження необхідності у здійсненні права користування (сервітуту), які будуть дестабілізувати цивільний оборот. Таким чином, пропонуємо скоригувати строк, передбачений п. 5 ч. 1 ст. 406 ЦК України та п. ґ ч. 1 ст. 102 ЗК України у бік збільшення, принаймні до 10 років.

Разом з тим варто зазначити, що у ст. 405 ЦК України встановлено спеціальний строк припинення права проживання, який становить один рік. Вважаємо, що цей строк слід кваліфікувати як спеціальний порівняно із загальним строком невикористання, передбачений у ст. 406 ЦК України.

Підсумовуючи проведений аналіз, вбачається, що ст. 406 ЦК України має бути викладена у такій редакції:

«Стаття 406. Припинення сервітуту

1. Сервітут припиняється у разі:

1) поєднання в одній особі особи, в інтересах якої встановлений сервітут, і власника майна, обтяженого сервітутом;

2) відмови від нього особи, в інтересах якої встановлений сервітут;

3) спливу строку, на який було встановлено сервітут;

4) невикористання сервітуту протягом 10 років підряд.

2. Власник земельної ділянки має право вимагати припинення сервітуту у випадку припинення обставини, яка була підставою для встановлення сервітуту, або якщо встановлення сервітуту перешкоджає використанню цієї земельної ділянки за її цільовим призначенням.

3. Сервітут може бути припинений за рішенням суду на вимогу власника майна за наявності обставин, які мають істотне значення, а також в інших випадках, передбачених законом.»

Логіка такої редакції заснована на тому, що у першій частині статті містяться абсолютні підстави припинення, у другій та третій — відносні, що дає змогу чіткіше врегулювати питання припинення сервітутних прав та внести ясність у правозастосовну практику.

Підсумовуючи здійснений аналіз, зазначимо, що у цій статті зроблено спробу більш детально вивчити структуру підстав припинення сервітутних прав як одного з видів прав на чужі речі та запропоновано власне бачення їх системи. Більш детальні питання правозастосування кожної з підстав є напрямом подальшого вивчення, так само як і правові наслідки припинення сервітутних прав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Кулинич П. Ф.* Что такое земельный сервитут? Реанимация земельных сервитутов – объективное исследование правовой реформы / П. Кулинич // Юридическая практика. – 2003. – № 24 (286). – С. 4 – 5.

2. *Кулініч П.* Право земельного сервітуту: поняття, види та порядок реалізації / П. Кулініч // Юридичний журнал. – 2003. – № 10. – С. 64–68.

3. *Мартин В. М.* Право користування чужим майном: автореф. дис. на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. М. Мартин. – Львів, 2006. – 19 с.

4. *Севрюкова І. Ф.* Проблемні аспекти права забудови чужої земельної ділянки / І. Ф. Севрюкова // Актуальні проблеми цивільного права і цивільного процесу в Україні / [Я. М. Шевченко, Ю. Л. Бошицький, А. Ю. Бабаскін, М. В. Венецька та ін.]; відп. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Ін-тут держ. і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. – С. 187 – 206.

5. *Севрюкова И. Ф.* Виды ограниченных вещных прав и владение в системе украинского гражданского законодательства: автореф. дисс. на соиск. науч. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право» / И. Ф. Севрюкова. – К., 1998. – 20 с.

6. *Цюра В. В.* Речові права на чуже майно: [наук.-практ. посібн.] / В. В. Цюра. – К.: КНТ, 2006. – 167 с.

The system of normative motives of servitude law suspension 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 suspension system of rights of given type is proposed. Changes to the legislation in force are suggested.

В статье на основании отечественного и зарубежного опыта анализируется система нормативных оснований прекращения сервитутных прав. Обосновывается сфера применения отдельных оснований, предусмотренных действующими Гражданским и Земельным кодексами Украины, а также предлагается авторское видение их места в системе оснований прекращения прав этого вида. Предлагаются изменения к действующему законодательству.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАННЯ МИРОВОЇ УГОДИ В УКРАЇНІ ТА НІМЕЧЧИНІ

Гарієвська М. Б.,

молодший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Розглянуто повноваження суду щодо визнання мирової угоди, проаналізовано актуальні доктринальні положення про правову природу мирової угоди, акцентовано увагу на досвіді зарубіжних країн і можливості його запровадження у вітчизняну практику з метою усунення прогалин у правовому регулюванні процедури визнання судом мирової угоди.

Ключові слова*: суд, диспозитивність, мирова угода, повноваження суду, визнання мирової угоди.*

Диспозитивні начала цивільного судочинства надають сторонам спору право укладати мирову угоду, що безпосередньо передбачено ст. 31, 175 ЦПК України [1]. Процесуальне законодавство України зобов'язує суд роз'яснити сторонам можливість укладення мирової угоди і сприяти примиренню сторін. Отже, укладаючи мирову угоду (розпоряджаючись своїми правами на власний розсуд, в чому проявляється приватне начало), сторони врегульовують спір процесуальним способом під контролем суду.

Правовою передумовою розширення застосування мирової угоди у приватноправовому обороті є розширення застосування принципу диспозитивності у цивільному процесуальному праві [7, с. 6].

Інститут мирової угоди був об'єктом наукових досліджень багатьох науковців, зокрема таких як О. Г. Бортнік, О. Б. Верба, А. Г Давтян, Д. Л. Давиденко, В. В. Комаров, С. В. Лазарєв, С. Я. Фурса та ін. Однак проблеми укладення сторонами та визнання мирової угоди судом досліджено фрагментарно. Відсутність досконалої правової регламентації та ґрунтовних теоретичних розробок учених повноважень суду щодо визнання мирової угоди обумовлюють актуальність нашого дослідження.

Метою дослідження є аналіз порядку укладення мирової угоди сторонами та повноважень суду щодо визнання мирової угоди, а також встановлення можливості та доцільності врахування зарубіжного досвіду.

При вирішенні цивільних справ мирова угода має переваги перед рішенням суду: у більш виховному впливі на сторони. Мирова угода певною мірою знімає тягар відповідальності за вирішення спору з органів правосуддя та перекладає його на сторони, чим досягається підвищення правосвідомості та сумлінності сторін, що впливає на добровільність виконання мирової угоди поряд із рішеннями суду. Укладення мирової угоди сприяє економії часу та матеріальних витрат суду, що також є важливою обставиною [3, с. 7].

ЦПК України передбачає, що сторони можуть укласти мирову угоду і повідомити про це суд, зробивши спільну заяву. У зв'язку з укладенням мирової угоди суд повинен роз'яснити сторонам наслідки такого рішення.

Отже, законодавством України передбачено такі обов'язки суду: сприяння примиренню сторін спору протягом усього розгляду справи та укладенню ними мирової угоди, а також роз'яснення сторонам наслідків укладення мирової угоди. Однак у цьому випадку вважаємо позитивним запозичення досвіду Німеччини, § 278 (6) ЦПК якої передбачено надання судом письмового проекту мирової угоди сторонам. У разі коли сторони погодяться із запропонованим проектом, вони повинні надіслати суду письмове підтвердження про свою згоду з умовами мирової угоди [2, с. 93]. На нашу думку, активність суду, яка може проявлятись у наданні сторонам проекту мирової угоди, жодним чином не суперечить принципам змагальності та диспозитивності. Навпаки, надаючи сторонам текст мирової угоди, суд тим самим спонукатиме сторони мирно врегулювати спір. Акцент у такому разі повинен робитись на тому, що з допомогою суду дії сторін з врегулювання спору носитимуть обдуманий характер. Адже контрольна функція суду, передбачена ЦПК України, забезпечує тільки законність укладення мирової угоди і гарантує захист прав та інтересів суб'єктів спірних матеріально-правових відносин, однак не сприяє примиренню сторін.

У разі укладення сторонами мирової угоди суд постановляє ухвалу про закриття провадження у справі. Закриваючи провадження у справі, суд за клопотанням сторін може постановити ухвалу про визнання мирової угоди [1].

Повноваження суду щодо визнання мирової угоди на будь-якій стадії процесу обумовлені вимогами цивільної процесуальної форми, яка передбачає відповідну реакцію суду (у вигляді контролю) на дії сторін з розпорядження їхніми матеріальними і процесуальними правами. Суд має допомогти сторонам у здійсненні їхніх прав, тобто вживати заходів, спрямованих на примирення сторін, сприяти їм за наявності їхньої ініціативи у врегулюванні спору. Правовідношення, яке виникає на підставі укладення мирової угоди на кожній стадії цивільного процесу, відбувається за участю суду: позивач – суд – відповідач, стягувач – суд – боржник.

Роль суду при визнанні мирової угоди – контрольна. Він повинен перевірити законність цього акта за кількома напрямами:

1) чи є процесуальна дія, а саме: чи укладено мирову угоду, чи є звернення сторін до суду про затвердження мирової угоди;

2) чи наділена відповідна категорія осіб, які беруть участь у справі, правом на укладення мирової угоди;

3) добровільність укладення мирової угоди і усвідомлення наслідків затвердження судом цього акта;

4) чи можливо з відповідної категорії справ укладення мирової угоди; чи допускається можливість домовленості сторін; чи не змінюють сторони своєю угодою імперативні норми закону;

5) чи всі особи беруть участь у справі і чи не порушує мирова угода їх прав, а також права осіб, не залуче-

них до участі у справі; чи чітко викладено її умови; чи немає двозначності, нечіткості умов; чи не укладена мирова угода під умовою;

6) чи врегулюється даною мировою угодою спір; чи відповідають умови мирової угоди предмету спору, чи не зачіпаються інші права та обов'язки сторін [8, с. 15].

Відповідно до ч. 2 ст. 372, ч. 3, 5 ст. 175 ЦПК України суд перевіряє, чи умови мирової угоди не суперечать закону (суд перевіряє, чи дотриманий сторонами процедурний порядок звернення до виконавця, чи дійсно укладено мирову угоду, який її зміст, чи зрозуміло, чітко, однозначно, безумовно викладено умови, чи можливе у конкретному випадку укладення мирової угоди, наприклад, не може бути укладено мирову угоду на стадії виконавчого провадження за результатами розгляду позовів про визнання та перетворювальних позовів, оскільки, виходячи з їхньої правової природи, вони не передбачають стадії примусового виконання, чи їхнє волевиявлення вільне, чи наявна єдність волі та волевиявлення, чи усвідомлюють сторони умови і наслідки визнання мирової угоди, чи всі умови мирової угоди підлягають примусовому виконанню (якщо сторони включають до мирової угоди умови, які неможливо виконати, то спір не ліквідовується, а видозмінюється, віддаляється у часі, проте неминуче виникне в майбутньому), чи в результаті ліквідується спір між сторонами, чи у змісті мирової угоди нема умов щодо оцінки нових доказів або встановлення нових обставин, оцінки ухваленого судового рішення, чи вони не порушують прав, свобод, інтересів інших осіб (чи можуть сторони розпоряджатися об'єктами, правами, щодо яких укладено мирову угоду, чи наявні правопідтверджуючі документи, чи умови мирової угоди не утворюють обов'язків для інших осіб, окрім сторін), чи не обмежений представник сторони, який висловив намір вчинити ці дії, у повноваженнях на їх вчинення [4].

Інститут мирової угоди також врегульовано цивільним процесуальним законодавством Німеччини. Так, згідно з § 794 (1) ЦПК Німеччини мирова угода є виконавчим документом, а § 160 ЦПК Німеччини визначає, що укладення мирової угоди має зазначатися у протоколі судового засідання, тобто бажання і згода сторін про укладення мирової угоди має бути дослівно занесена до протоколу судового засідання.

Для укладення мирової угоди в цивільному процесі Німеччини між сторонами як учасниками цивільно-правового спору, виходячи з § 160 (1), 794 (1) ЦПК Німеччини, а також з правової природи мирової угоди, необхідна наявність таких передумов:

1) дотримання вимог, передбачених цивільним процесуальним правом для вчинення процесуальних дій, а також вимоги, що пред'являються матеріальним правом для укладання цивільно-правової угоди;

2) мирова угода повинна бути укладена в суді під час розгляду спору;

3) мирова угода укладається тільки за згодою сторін;

4) мирова угода може включати лише ту частину предмета спору, щодо якої сторони розпорядилися [5, с. 317].

Отже, в ЦПК Німеччини передбачено занесення умов мирової угоди тільки до протоколу судового засідання без визнання її судом.

У зв'язку з правом сторін на укладення мирової угоди зауважимо, що в німецькому цивільному процесі застосовується і право на відкликання мирової угоди сторонами. Виходячи з принципу диспозитивності, відповідно до якого сторони мають право не тільки на можливість укладення мирової угоди, а і її відкликання [6, с. 232], такий досвід був би позитивним і для українського законодавства, тому що на практиці виникають питання, пов'язані з проблемою примусового виконання мирової угоди, оскільки мирова угода не є виконавчим документом, а також у зв'язку із закриттям провадження у разі укладення мирової угоди сторони не можуть звернутися до суду з тотожним позовом.

ЦПК України передбачає, що закриваючи провадження у справі, суд за клопотанням сторін може постановити ухвалу про визнання мирової угоди. У зв'язку з цим виходить, що такої ухвали може і не бути, хоча мирова угода буде? Чому ця процедура про ухвалення не обов'язкова? Це може викликати проблеми при примусовому виконанні мирової угоди. Справа в тому, що мирова угода не є виконавчим документом.

У разі укладення сторонами мирової угоди суд відповідно до ст. 175 ЦПК України закриває провадження у справі та виносить ухвалу про:

1) закриття провадження у справі у зв'язку з укладенням сторонами мирової угоди;

2) закриття провадження у справі та визнання мирової угоди.

Визнання мирової угоди необхідне для перевірки умов такої угоди, чи не суперечить вона закону, а також чи не порушує права, свободи або інтереси інших осіб. Тобто, визначаючи підстави для закриття провадження у справі, законодавець дотримується поділу мирової угоди на два види: визнаної судом за клопотанням сторін і не визнаної судом за відсутності такого клопотання. В останньому випадку суд не перевіряє умови мирової угоди на предмет законності, він ніби «відсторонюється» і дає можливість сторонам укласти мирову угоду на власний ризик. Вбачаємо в даній нормі недоліки законодавства та необхідність судом в будь-якому випадку перевіряти мирову угоду на предмет законності, щоб унеможливити подальше порушення прав та законних інтересів осіб.

На практиці доволі часто виникає питання, чи вправі суд визнати мирову угоду частково, тобто на власний розсуд вилучити з поданої сторонами угоди певні положення, або доповнити чи уточнити умови мирової угоди? Вважаємо, що навіть коли деякі умови мирової угоди суперечать законодавству, суд не має права їх вилучати, оскільки порушуються принцип диспозитивності, свобода договору, вільне волевиявлення сторін. Суд з власної ініціативи не може вносити корективи, як і виправляти положення мирової угоди. Суд під час здійснення перевірки може лише вказати сторонам на невідповідність умов мирової угоди чинному законодавству. У разі коли сторони погоджуються привести положення мирової угоди у відповідність із законодавством або мають бажання її доповнити чи змінити, вони повинні подавати суду відповідні клопотання. Якщо ж сторони не погоджуються виправити положення мирової угоди і не подають клопотання та нової редакції мирової угоди, то суд відмовляє у задоволенні заяви про визнання мирової угоди в повному обсязі, про що постановляє мотивовану ухвалу. Така ухвала не перешкоджає повторному укладенню мирової угоди і поданню її до суду для визнання [4].

Визнання судом мирової угоди як форма вирішення спору є спрощеною процесуальною процедурою, в якій не

передбачено обов'язку доказування та оцінки доказів. Суд зобов'язаний перевірити, чи не суперечить мирова угода законодавству, а також, чи не порушує вона прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб. Якщо умови мирової угоди суперечать закону чи порушують права, свободи чи інтереси інших осіб, суд постановляє ухвалу про відмову у визнанні мирової угоди і продовжує судовий розгляд.

Ухвала про відмову у визнанні мирової угоди має бути мотивованою, суд зобов'язаний навести підстави, які спонукали його відмовити у визнанні мирової угоди, зокрема, вказати, які конкретно порушення закону було допущено сторонами, які положення угоди порушують права чи свободи осіб [4].

Але як бути у випадку, коли умови мирової угоди не суперечать закону і не порушують права, свободи чи інтереси інших осіб? Чи може суд в такому випадку відмовити у визнанні мирової угоди? На нашу думку, у разі відповідності мирової угоди закону і не порушенні прав, свобод чи інтересів інших осіб суд зобов'язаний визнати мирову угоду. Адже весь процес спрямований на врегулювання спору між сторонами, і тому надання суду можливості не визнавати мирову угоду у цьому випадку є недоцільним і таким, що не сприяє швидкому врегулюванню спору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний процесуальний* кодекс України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.
2. *Гражданское процессуальное* уложение Германии: Ввод. закон к Гражданскому процессуальному уложению: [пер. с нем.] / [В. Бергманн, введ., сост.]. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 472 с.
3. *Бортнік О. Г.* Мирова угода у цивільному судочинстві: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Бортнік Оксана Григорівна. – Х., 2007. – 189 с.
4. *Верба О. Б.* Особливості визнання судом мирової угоди на стадії виконавчого провадження [Електронний ресурс] / О. Б. Верба // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2008. – № 3. – Режим доступу до журн.: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nvlduvs/2008_3/08vobsvp.pdf.
5. *Гражданский процесс* зарубежных стран: [учеб. пособ.] / [Алехина С. А., Давтян А. Г., Мирзоян М. Э., Кулакова В. Ю.]. – М.: ТК Велби, Проспект, 2008. – 480 с.
6. *Давтян А. Г.* Гражданское процессуальное право Германии (Основные институты): дис. ... док. юрид. наук: 12.00.15 / Давтян Ани Гамлетовна. – Ереван, 2002. – 298 л.
7. *Давыденко Д. Л.* Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров (по праву России и некоторых зарубежных стран): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Давыденко Дмитрий Леонидович. – Москва, 2004. – 257 л.
8. *Лазарев С. В.* Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. на соиск. научн. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.15 «гражданский процесс; арбитражный процесс» / С. В. Лазарев. – Екатеринбург, 2006. – 24 с.

A court settlement agreement on recognition, analysis of current doctrinal position on the legal nature of the settlement agreement, emphasis on the experience of foreign countries and the possibility of introducing into domestic practice to close the gaps in legal regulation of the recognition by the court settlement.

Рассмотрены полномочия суда о признании мирового соглашения, проанализированы актуальные доктринальные положения о правовой природе мирового соглашения, акцентировано внимание на опыте зарубежных стран и возможности его внедрения в отечественную практику с целью устранения пробелов в правовом регулировании процедуры признания судом мирового соглашения.

КОЛІЗІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ВЛАСНОСТІ ПРИ СПАДКУВАННІ

Шупінська О. В.,

науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

В статті розглядаються питання колізійного регулювання відносин власності при спадкуванні в Україні та деяких європейських державах.

Ключові слова*: міжнародне приватне право, відносини власності, спадкування майна.*

Зростання з кожним роком мобільності населення призводить до того, що фізичні особи поступово отримують осілість в інших країнах, у зв'язку з чим виникає дедалі більше питань щодо спадкування за такими особами, причому спадкодавці можуть залишати своє спадкове майно не лише в одній країні. Збільшенню проблем міжнародного спадкування сприяє тенденція до придбання іноземцями нерухомого майна в інших країнах.

Метою цієї статті є виявлення загальних тенденцій, підходів та особливостей колізійного регулювання відносин власності при спадкуванні в Україні та деяких європейських державах. Безумовно, деякі аспекти колізійного регулювання теоретично досліджені в науці міжнародного приватного права, в тому числі й колізії міжнародного спадкування, яким, зокрема, присвячено дисертаційні дослідження А. А. Степанюк на тему «Застосування колізійних норм щодо спадкування в міжнародному приватному праві» (2003 р.) та О. О. Кармази на тему «Спадкування у сучасному міжнародному приватному праві» (2006 р.). Але, незважаючи на важливе значення наукових робіт цих правознавців для розвитку доктрини міжнародного приватного права, комплексного теоретичного осмислення питань колізійного регулювання відносин власності при спадкуванні на сучасному рівні в Україні явно бракує.

Можна погодитися з А. А. Степанюк, яка вважає, що «спадкове право найбільш консервативне, є по суті продовженням та доповненням права власності та містить чимало положень, що витікають з права власності» [1]. Спадкові відносини, так само як і відносини власності, тісно пов'язані між собою і увібрали в себе особливості історичного, культурного, релігійного розвитку спільнот; звичаї, що склалися в різних країнах. У зв'язку з цим, з одного боку, спадкове право і право власності різних держав суттєво відрізняються, що призводить до виникнення багаточисельних колізій, а з іншого боку, держави неохоче йдуть на міжнародно-правове регулювання, уникаючи уніфікації норм спадкового права і права власності. Отже, в регулюванні цих відносин, ускладнених іноземним еле-

ментом, переважає колізійно-правовий спосіб, причому з використанням національних колізійних норм. Колізійні норми, що стосуються права власності, в галузі спадкового права, передусім, обумовлюються колізіями, які виникають через неоднакову регламентацію питань спадкування рухомого та нерухомого майна. Безумовно, існують й інші колізійні проблеми в цій сфері, зокрема, вирішення колізій спадкування у разі переходу майна як виморочного чи спадкового до держави тощо.

Для виявлення загальних тенденцій, підходів та особливостей колізійного регулювання відносин власності при спадкуванні розглянемо відповідні колізійні норми, закріплені в українському законодавстві та законодавстві деяких європейських країн, зокрема Угорщини, Німеччини, Іспанії, Італії, Польщі, Румунії, Швейцарії, Франції.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. колізійні норми щодо спадкування розміщені у розділі X [2]. Згідно зі ст. 71 спадкування нерухомого майна регулюється правом держави, на території якої знаходиться це майно, а майна, яке підлягає державній реєстрації в Україні, – правом України. Тобто для врегулювання спадкових відносин з іноземним елементом щодо нерухомості, незалежно від того, перебуває це майно в Україні чи в іншій державі, застосовується одна і та сама колізійна прив'язка – право держави, на території якої знаходиться це майно (*lex rei sitae)*. Застосування до нерухомого майна, яке підлягає державній реєстрації в Україні, права України має практичне значення тільки для тих видів майна, яке, незважаючи на його державну реєстрацію в Україні, може знаходитися не на території України [3, с. 283 – 284]. Щодо поняття «нерухоме майно» слід зазначити, що відповідно до ст. 38 Закону України «Про міжнародне приватне право» положення про те, що право власності визначається правом держави, у якій це майно знаходиться, стосується рухомого і нерухомого майна. Якщо ж розглядати цю норму в контексті спадкового права, то вона може бути сприйнята як виникнення колізійно-правового розщеплення статуту спадкування[1], коли в силу неоднакового місцезнаходження рухомого і нерухомого майна до спадкових відносин застосовуються різні правопорядки, тобто спадкування різних категорій майна може бути підпорядковане різним правопорядкам – вітчизняному чи іноземному [3, с. 284]. Наявність в українському праві двох спадкових статутів призводить до того, що питання, що входять до спадкового статуту, встановлюються паралельно: для рухомого і нерухомого майна.

В Указі Президії Угорської Народної Республіки «Про міжнародне приватне право» від 31 травня 1979 р. № 13, що набрав чинності з 1 липня 1979 р., за загальним правилом, спадкові правовідносини визначаються за особистим законом спадкодавця на момент його смерті, але заповіт та його анулювання з точки зору форми є дійсним, якщо він відповідає угорському праву або у випадку заповіту нерухомого майна – праву місця знаходження нерухомого майна [4, с. 238].

Четвертий розділ другої глави Увідного закону Німеччини 1896 р. до Цивільного уложення присвячено спадковому праву. За загальним правилом, згідно з п. 2 ст. 25 правонаступництво у випадку смерті підкоряється праву тієї держави, громадянином якої є спадкодавець на момент своєї смерті, але у п. 2 цієї самої статті міститься застереження стосовно нерухомого майна, яке розташовано усередині країни [в Німеччині], спадкодавець може за формою розпорядження на випадок смерті обрати німецьке право [4, с. 278]. Стаття 26 регулює питання заповіту і визначає, що розпорядження за характером останньої волі, навіть якщо воно укладено кількома особами в одному і тому самому документі, є з точки зору своєї форми чинним, якщо вона [форма] відповідає певним вимогам до форми, зокрема, права того місця, в якому знаходиться нерухоме майно, тією мірою, якою йдеться про нього (п. 4).

У Цивільному кодексі Іспанії 1889 р. розділ IV присвячено нормам міжнародного приватного права, де чітко визначено, що спадкування регулюється законом громадянства спадкодавця, який визначається на момент його смерті, якою б не була природа майна і країна, де воно знаходиться. Тим не менш положення, які зроблено в заповіті і угодах про спадкування, що вчинено згідно з законом громадянства заповідача або особи, яка розпоряджається, на момент їх укладення, зберігають свою силу, навіть якщо спадкування регулюється іншим законом, хоча законні частки спадкування визначаються, у випадку необхідності, за цим останнім [4, с. 310].

Також у нормах Кодексу зазначено, що форми і формальності договорів, заповітів та інших юридичних актів визначаються законом країни, де вони укладаються. Незважаючи на це, є також дійсними акти, які вчинено в формах і з формальностей, які вимагаються законом, що застосовується до їх змісту, також як і вчинені згідно з особистим законом особи, яка розпоряджається, або загальним особистим законом укладачів. Так само є дійсними акти і договори, які належать до нерухомого майна, укладені згідно з формами та формальностями місця, в якому це майно знаходиться [4, с. 313]. Застосування кількох альтернативних прив'язок щодо форми договорів, заповітів та інших юридичних актів на практиці збільшує можливість визнання цих документів дійсними і, відповідно, визнання і виконання волі померлої особи.

В Законі Італії «Реформа італійської системи міжнародного приватного права» 1995 р. № 218 питання спадкування врегульовано у розділі VII. Правонаступництво у випадку смерті регулюється національним законом спадкодавця на момент його смерті. При цьому спадкодавець має право шляхом заяви, складеній у формі заповіту, підкорити все майно, що є предметом спадкування, дії праву країни, на території якої він перебуває. Такий вибір права не визнається чинним, якщо на момент смерті особа, яка зробила таку заяву, не перебувала на території відповідної держави. Якщо особа, яка зробила заяву про вибір права, є громадянином Італії, то такий вибір не може зачіпати прав, яких італійське законодавство надає стосовно спадкового майна спадкоємцям, які перебувають на території Італії на час смерті спадкодавця [4, с. 334].

У випадку коли за відсутністю спадкоємців право, що підлягає застосуванню до спадкування, не містить положень, які передбачають перехід майна до держави, спадкове майно, що знаходиться на території Італії, переходить у власність італійської держави.

Італійська юрисдикція з питань спадкування визнається існуючою у певних випадках, зокрема коли: найбільш вартісна частина спадкового майна перебуває на

[1] Під статутом спадкування або спадковим статутом розуміється право, що компетентне регулювати спадкові відносини.

території Італії; відповідач має місце проживання чи перебування на території Італії або погодився на підкорення італійській юрисдикції, окрім випадків пред'явлення позовних вимог, що стосуються нерухомого майна, яке знаходиться за кордоном; позовна заява стосується спадкового майна, що перебуває на території Італії [4, с. 334 – 335].

В Законі Польщі «Про міжнародне приватне право» від 12 листопада 1965 р. визначено, що у справах про спадкування застосовується національне право спадкодавця (ст. 34) [4, с. 475].

В Законі Румунії стосовно регулювання відносин міжнародного приватного права від 22 вересня 1992 р. № 105 питанням спадкування присвячено розділ VI. Зазначимо, що ці положення румунського Закону є прикладом закону, де зміст спадкового статуту встановлено нормативно. Так, згідно зі ст. 67 закон, що застосовується до спадкування (за румунським правом – це особистий закон померлого для рухомості і закон місця знаходження майна для нерухомості), визначає: час відкриття спадщини; осіб, викликаних до спадкування; якості, якими повинні володіти спадкоємці; порядок володіння майном, що залишено спадкодавцем; умови і наслідок розпорядження спадкодавця на випадок смерті; межі обов'язку спадкоємців сплачувати борги спадкодавця; право держави спадкувати виморочне майно. В статут спадкування не входять питання, пов'язані із заповітом, для них встановлено окрему колізійну норму [5, с. 241].

У Федеральному законі Швейцарії «Про міжнародне приватне право» від 18 грудня 1987 р. питанням спадкування присвячено розділ 6. Так, у п.1 ст. 86 визначено, що вжиття необхідних заходів, пов'язаних із переходом майна у спадок, і розгляд спорів щодо спадкування належать до компетенції швейцарського судового або адміністративного органу з останнього місця проживання спадкодавця. Пункт 1 цієї статті застосовується враховуючи те, що держава, на території якої знаходиться нерухоме майно, може заявити про свою виключну компетенцію (п. 2 ст. 86) [4, с. 645].

Вжиття необхідних заходів, пов'язаних із переходом у спадок майна громадянина Швейцарії, який мав останнє місце проживання за кордоном, належить до компетенції судового чи адміністративного органу за місцем походження спадкодавця тією мірою, якою цим не займаються іноземні влади.

Орган за місцем походження спадкодавця має компетенцію в усіх випадках, коли громадянин Швейцарії, який мав останнє місце проживання за кордоном, шляхом заповіту або спадкового договору підкорив весь свій спадок або його частину, що знаходиться в Швейцарії, швейцарській юрисдикції або швейцарському праву [4, с. 646].

Вжиття необхідних заходів, пов'язаних із переходом у спадок майна, що знаходиться в Швейцарії, іноземця, який мав останнє місце проживання за кордоном, належить до компетенції швейцарського судового або адміністративного органу за місцезнаходженням майна тією мірою, якою цим не займаються іноземні влади.

Якщо майно знаходиться в різних місцях, компетенцію має швейцарський орган, який перший прийняв справу до провадження.

Спадкування майна особи, яка мала останнє місце проживання в Швейцарії, здійснюється за швейцарським правом.

Іноземець може шляхом заповіту або спадкового договору підкорити спадкування свого майна праву однієї із держав, громадянство яких він має. Але такий вибір права не чинний, якщо на момент відкриття спадщини він вже не мав громадянства держави, право якої обрав, або набув швейцарського громадянства.

Спадкування майна особи, що мала останнє місце проживання за кордоном, здійснюється за правом, на яке вказують норми міжнародного приватного права держави місця проживання спадкодавця.

Тією мірою, якою швейцарські судові і адміністративні органи визнаються компетентними в силу ст. 87, спадкування майна громадянина Швейцарії, що мав останнє місце проживання за кордоном, здійснюється за швейцарським правом, за винятком випадків, коли спадкодавець в заповіті або спадковому договорі прямо вказав на право свого останнього місця проживання (п. 2).

Право, що застосовується до спадкування, визначає, із якого майна складається спадок, хто закликається до спадкування, хто і в якій частині відповідає за боргами спадку, на які інститути спадкового права допускаються посилання, які заходи і на яких умовах можуть бути визначені.

Процесуальні питання регулюються правом держави, орган якої визнається компетентним. Цим правом регулюються, зокрема, забезпечувальні заходи і ліквідація спадкового майна, включаючи виконання заповіту [4, с. 647].

У ст. 96 визначено, що рішення, заходи і документи, що стосуються спадкування, рівно як і права, що виникають у зв'язку із відкриттям спадщини за кордоном, визнаються в Швейцарії:

a) якщо вони були винесені, прийняті, складені або посвідчені або визнаються в державі останнього місця проживання спадкодавця або в державі, праву якої спадкодавець підкорив спадкування свого майна, або

b) якщо вони були винесені, прийняті, складені або посвідчені або визнаються в державі місця знаходження нерухомого майна, якого вони торкаються (п. 1).

В частині нерухомого майна, що знаходиться в державі, яка заявляє про свою виключну компетенцію, визнаються лише рішення, заходи і документи, що виходять із цієї держави (п. 2).

В Швейцарії визнаються заходи з охорони спадкового майна, які прийняті в державі місця знаходження такого майна (п. 3) [4, с. 648].

В Цивільному кодексі Франції 1804 р. у ст. 1000 визначено, що заповіти, здійснені в іноземній державі, можуть бути виконані стосовно майна, що знаходитья у Франції, лише після того, як вони будуть зареєстровані в бюро за місцем проживання заповідача, якщо він зберіг своє місце проживання, а в іншому випадку – в бюро за його останнім відомим місцем проживання у Франції; і у випадку, якщо заповіт буде містити розпорядження щодо нерухомостей, що розташовані у Франції, то воно повинно бути, окрім цього, зареєстровано в бюро за місцем розташування цих нерухомостей, але без вимоги подвійних зборів [4, с. 598].

Вищенаведений аналіз колізійних норм дає підстави для здійснення висновків, що визначають загальні тенденції, підходи та особливості, притаманні українському, угорському, німецькому, іспанському, італійському, польському, румунському, швейцарському, французькому законодавствам при вирішенні питань права власності при спадкуванні.

В національному колізійному праві різних держав існують два підходи при визначенні спадкового статуту [5,

с. 237], що підтверджується і проведеним аналізом. Перший випливає із єдності спадкового статуту, коли на підставі єдиного колізійного критерію визначається право, що компетентне регулювати всю сукупність спадкових відносин як з приводу рухомого, так і нерухомого майна, але єдиний підхід не виключає наявності додаткових колізійних норм для вирішення окремих питань, наприклад форми заповіту. Так, в деяких країнах континентального права таким колізійним критерієм є особистий закон спадкодавця, переважно закон громадянства, що вбачається із угорського, іспанського, італійського, польського, швейцарського, французького законів з міжнародного приватного права.

В Німеччині також існує загальна норма, яка підкоряє спадкові відносини в цілому праву держави, громадянином якої є спадкодавець, але якщо нерухомість знаходиться в Німеччині, то спадкодавець може обрати німецьке право[1].

Другий підхід пов'язаний із розщепленням спадкового статуту, що виявляється в застосуванні різних колізійних критеріїв для рухомого і нерухомого майна: спадкування рухомого майна підкоряється особистому закону спадкодавця (закону місця проживання або закону громадянства), а для регулювання відносин спадкування нерухомого майна застосовується право країни, де така нерухомість знаходиться. Такий підхід до визначення спадкового статуту притаманний для українського та румунського міжнародного приватного права.

Критерієм розщеплення спадкового статуту є класифікація спадкового майна як рухомого або нерухомого. Віднесення майна до рухомого призводить до вибору права країни місця проживання спадкодавця, а віднесення спірного майна до нерухомого призводить до вибору місця знаходження майна. Отже, віднесення майна до рухомого або нерухомого необхідно зробити до вибору права, що застосовуватиметься до спадкування, але зробити це досить складно, оскільки в праві різних держав існує багато відмінностей в класифікації майна. Враховуючи це, в загальних положеннях про право, що застосовується до права власності, як правило, закріплюється спеціальна норма щодо класифікації майна приблизно такого змісту: приналежність майна до нерухомих або рухомих речей визначається за правом країни, де це майно знаходиться [5, с. 238 – 239].

В праві цих держав по-різному визначається коло питань, які повинні вирішуватися за спадковим статутом. Законодавчо зміст спадкового статуту, як правило, не встановлюється, і за спадковим статутом можуть розглядатися: підстави спадкування, склад спадкової маси; порядок відкриття спадщини; особи, що закликаються до спадкування, включаючи питання про негідних спадкоємців; спадкування за заповітом (окрім заповідальної здатності і форми заповіту), включаючи тлумачення і виконання заповіту, питання про заповідальну відмову; спадкування за законом, включаючи визначення черговості спадкоємців, право спадкоємців на обов'язкову частку, спадкування виморочного майна; а також прийняття спадку або відмова від нього; спадкування деяких видів майна, наприклад, спадкування підприємств, прав, пов'язаних із споживчим кооперативом, земельних ділянок, прав на інтелектуальну власність, банківських вкладів тощо [5, с. 240].

Найбільше коло питань щодо регулювання відносин власності при спадкуванні врегульовано в швейцарському Федеральному законі «Про міжнародне приватне право», включаючи й процесуальні питання, також детально регулюються ці відносини і в іспанському Цивільному кодексі, італійському Законі «Реформа італійської системи міжнародного приватного права» та румунському Законі стосовно регулювання відносин міжнародного приватного права порівняно з українським Законом «Про міжнародне приватне право», угорським Указом «Про міжнародне приватне право», німецьким Увідним законом до Цивільного уложення, французьким Цивільним кодексом, а найлоканічнішим є польський закон «Про міжнародне приватне право», в якому тільки визначено, що у справах про спадкування застосовується національне право спадкодавця. З цього приводу зазначимо, що, якщо питання про права власності при спадкуванні в колізійному законодавстві держави не врегульоване, то доля майна в такому випадку буде вирішуватися за загальним спадковим статутом.

Підбиваючи підсумок, звернемо увагу на те, що особливу значущість для встановлення права, яке застосовується до питань спадкування майна, мають дві колізійні прив'язки (принципи), а саме:

1) особистий закон спадкодавця (*lex personalia*). Ним може бути закон громадянства (*lex partiae*), підданства, постійного місця проживання, доміцілію (*lex domicilii*), національності (*lex nationalis*);

2) закон місця знаходження спадкового майна (*lex rei sitae*) – це закон тієї країни, де знаходиться майно спадкодавця.

Вважаємо, що ці колізійні принципи викристалізовувались у доктрині, законодавстві та практиці протягом майже всього існування міжнародного приватного права і набули вже значення міжнародних звичаїв, які, за винятком деяких обмежень, є загальновизнаними як основні колізійні критерії не тільки в цих державах, а й у багатьох інших країнах світу.

Насамкінець зазначимо, що в подальшому при здійсненні наукового дослідження доцільно розглянути зв'язок інституту права власності з іншими інститутами в міжнародному приватному праві, зокрема із шлюбно-сімейним інститутом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Степанюк А. А.* Застосування колізійних норм щодо спадкування в міжнародному приватному праві / А. А.Степанюк // Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003. – 200 с.

2. *Закон України* «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

3. *Міжнародне* приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. док. юрид. наук, проф. А. Довгерта. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – 352 с.

4. *Международное* частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: «Статут», 2000. – 892 с. (Серия: «Современное зарубежное и международное частное право»).

5. *Дмитриева Г. К.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право» / Г. К.Дмитриева. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА – ИНФРА·М), 2002. – 256 с.

[1] Див. наведений вище п. 2 ст. 25 Увідного закону Німеччини до Цивільного уложення.

The article is devoted to issues of the collision regulation of relations of the property in the process of inheritance in Ukraine and some European states.

В статье рассматриваются вопросы коллизионного регулирования отношений собственности при наследовании в Украине и некоторых европейских государствах.

ПАРАСОЛЬКОВА КЛАУЗУЛА В УКРАЇНСЬКИХ ДВОСТОРОННІХ УГОДАХ ПРО ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ: НОВІ ВИКЛИКИ ДЛЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Черних Ю. С.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено загальній проблематиці парасолькової клаузули – достатньо поширеного застереження у двосторонніх угодах про захист інвестицій, що трансформує приватноправове порушення договірних зобов'язань у порушення міжнародного права. Поза констатацією різноманіття наукових поглядів на правову природу застереження та історичний аспект його використання, в статті приділяється значна увага українському контексту проблеми.

Ключові слова: *міжнародний комерційний арбітраж, міжнародний інвестиційний арбітраж, двостороння угода про захист інвестицій, парасолькова клаузула.*

Парасолькова клаузула[1] з початку нашого тисячоліття стала героїнею багатьох публікацій, присвячених актуальним проблемам міжнародного арбітражу. Дедалі частіше з'являється вона на сторінках рішень інвестиційного арбітражу. Проте донині залишається певна невизначеність щодо її правової природи, обсягу та правових наслідків. До сьогодні парасолькова клаузула розділяє світову арбітражну спільноту та розхитує основи міжнародного права, змушуючи говорити про певну інтернаціоналізацію інвестиційних спорів та перегляд приватноправових концепцій з точки зору міжнародного права.

Цю статтю присвячено загальному поняттю парасолькової клаузули та значенню, що це застереження може мати в українському контексті.

Підходи щодо інтерпретації парасолькової клаузули. Якщо спростити деякою мірою всю різноманітність поглядів на парасолькову клаузулу, то можна виділити дві основні групи[2], які знаходять відображення як в академічній літературі, так і в арбітражних рішеннях міжнародного інвестиційного арбітражу. Одна група дотримується поглядів, що парасолькова клаузула не скасовує той широко визнаний принцип міжнародного права, що порушення контракту само по собі не є порушенням міжнародного права. Яскравим прихильником цієї групи є сінгапурський професор Сорнарайях [3, с. 433]. Деякою мірою прихильником цього підходу був також британський професор Ваєлде.

Існує також група фахівців, які вважають, що парасолькова клаузула переводить контракт у сферу дії захисного режиму двосторонньої угоди про захист інвестицій. Прихильники цієї групи не вбачають проблеми размивання меж міжнародного публічного та міжнародного приватного права і говорять про те, що саме до подібного результату і прагнули засновники системи інвестиційного арбітражу (а саме, щоб приватна особа-інвестор мала можливість подавати позов проти держави в міжнародний арбітраж [4, с. 559]).

Історія парасолькової клаузули. Історію виникнення парасолькової клаузули пов'язують із необхідністю забезпечення захисту договірних (контрактних) прав інвесторів у нафтову індустрію в середині 50-х років минулого століття.

Найбільш детально історію походження парасолькової клаузули дослідив та описав Ентоні Сінклер (Anthony Sinclair) [5]. Саме праця цього автора згадується у більшості публікацій, присвячених парасольковій клаузулі. При підготовці історичного аналізу Ентоні Сінклер безпосередньо спілкувався з професором Лаутерпахтом (Professor Lauterpacht QC).

Професор Лаутерпахт запропонував англо-іранській нафтовій компанії під час розгляду спору, пов'язаного з націоналізацією нафтових родовищ в Ірані в 1953 – 1954 роках, внести застереження, що передбачало б можливість захисту договірних прав на міжнародному рівні. Саме з професором Лаутерпахтом Ентоні Сінклер і пов'язує походження парасолькової клаузули, метою якої було створення паралельного ефекту захисту контрактних прав інвестора на міжнародному рівні. Формула парасолькового застереження була також запропонована професором Лаутерпахтом у 1956 – 1957 роках групі нафтових компаній, що планували прокладання магістрального трубопроводу з Іраку в Перську затоку через Сирію та Туреччину.

Парасолькова клаузула з'являється також у найпершій двосторонній угоді про захист інвестицій, укладеній між Німеччиною та Пакистаном у 1959 році[3], та у низці попередніх проектів міжнародних конвенцій, що мали на меті забезпечення захисту інвестицій[4].

Прихильники різних підходів до тлумачення обсягу парасолькового застереження знаходять в історичному екскурсі підтвердження своїм позиціям. Так, підкреслюється або загальне прагнення на отримання так званого паралельного ефекту захисту контрактних прав на міжнародному рівні, або риторичний (декларативний) характер застереження. Прихильник декларативної теорії, зокрема,

[1] *В Україні* термін вперше був використаний у російськомовній монографії [1].

[2] *Деякі* коментатори виділяють більше підходів, намагаючись вкласти в деякі теорії ті акценти, які робили арбітри в деяких справах під час аналізу парасолькової клаузули. В результаті з'явилися такі теорії: негаторна, автоматична, теорії державної влади – *iure imperii*, теорія виконання – детально див. [2, с. 194].

[3] Ст. 7 Угоди між Федеративною Республікою Німеччина та Пакистаном про сприяння та захист інвестицій, яка була підписана у Бонні 25 листопада 1959 року [2, с. 213 – 225].

[4] 1956-59 Abs Draft International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countires (the Abs-Draft), 159 Abs-Shawcross Draft Convention on Foreign Investment, 1967 OECD draft Convention on the Protection of Foreign Property.

підкреслюють, що характер договірних відносин щодо інвестицій в той час сприймався доволі прямолінійно, оскільки прямі іноземні інвестиції завжди передбачали державну участь, а тогочасні міжнародні угоди дозволяли виключно міждержавний арбітраж.

Українські парасолькові клаузули. Парасолькова клаузула міститься в 21 двосторонній угоді України про захист інвестицій. Україна також не скористалася можливістю вилучення чи обмеження застосування цього застереження в Договорі до Енергетичної Хартії, як це, наприклад, зробили Австралія, Канада, Угорщина та Норвегія.

Українські парасолькові клаузули мають найрізноманітніші формулювання, місце розташування у двосторонніх угодах про захист інвестицій, включення до положень, які стосуються визначених традиційних стандартів захисту інвестицій або розташування як окремий стандарт тощо. Умовно парасолькові застереження можна розділити на такі групи:

– парасолькове застереження, що згадується в контексті режиму справедливого та рівного ставлення (двосторонні угоди із Великою Британією, Данією, Ізраїлем, Іспанією, Кореєю, Кувейтом, Нідерландами);

– парасолькове застереження, що згадується в контексті режиму найбільшого сприяння (двосторонні угоди з Австрією, Азербайджаном, Німеччиною);

– парасолькове застереження, що згадується в контексті застосування міжнародних угод та інших окремих угод (двосторонні угоди з Бельгійсько-Люксембурзьким союзом, В'єтнамом, Йорданією, Киргизстаном, Марокко, Панамою, Словакією, Узбекистаном, Фінляндією);

– парасолькове застереження як окремого стандарту захисту інвестицій (двостороння угода зі Швейцарією).

Застосування українських парасолькових клаузул на практиці. Незважаючи на значну кількість парасолькових клаузул в українських двосторонніх угодах про захист інвестицій, тільки двічі вони фігурували в публічно доступних інвестиційних спорах. Хоча згадування парасолькових клаузул в інвестиційних спорах за участю України не розкриває їхнього безпосереднього змісту (арбітри надавали перевагу іншим аргументам, що робили аналіз парасолькової клаузули вторинним та менш актуальним), воно надає певні орієнтири в тлумаченні цього застереження.

Amto v.Ukraine

Вперше українська парасолькова клаузула застосовувалося у справі *Amto v.Ukraine* [6], ініційованій латвійським інвестором[1] в Арбітражному інституті Торгової палати Стокгольма на основі Договору до Енергетичної Хартії.

ВАТ «Амто» (як інвестор ЗАТ «Електропівденмонтаж-10») звинуватило державу Україна в порушенні умов Договору до Енергетичної Хартії в тому, що держава не забезпечила інвестора ефективними засобами захисту позовних вимог та порушила принцип справедливого та рівного ставлення до іноземних інвесторів під час розгляду справи щодо банкрутства НАЕК «Енергоатом» (одним з кредиторів у справі про банкрутство і виступало запорізьке АТЗТ «Електропівденмонтаж-10», якому «Енергоатом» заборгував близько 30 мільйонів гривень).

26 березня 2008 року Арбітражний суд (Бернардо Кремадес, Крістер Содерлун і Пер Рунеланд) ухвалив остаточне рішення, в якому повністю відмовив у позові латвійському інвестору. Рішення містить велику кількість дуже цікавих з точки зору інвестиційного арбітражу моментів, які стосуються теорії атрибуції відповідальності, національності інвестора, *lis pendens* у зв'язку з паралельним процесом у Європейському суді з захисту прав людини (ECHR) та інше. Окреме місце в аналізі арбітрів мало обговорення парасолькової клаузули, яке міститься в статті 10 Угоди до Енергетичної Хартії та сформульоване так:

«Договірна Сторона дотримується всіх зобов'язань, які вона взяла по відношенню до Інвестора чи Інвестицій Інвестора будь-якої іншої Договірної Сторони».

В оцінці обсягу парасолькової клаузули Арбітражний суд дійшов цікавого висновку, що формулювання «*по відношенню до Інвестора чи Інвестицій*» поширює дію парасолькової клаузули на контракти, укладені між резидентом України, в яких є іноземні інвестиції, та державою Україна. Але оскільки угоди, про які йшлося в спорі, не були укладені Україною як державою, Арбітражний суд вирішив, що парасолькова клаузула не застосовується (хоча в той же час дії державного підприємства було віднесено до сфери відповідальності держави):

«§110. Так звана парасолькова клаузула в Угоді до Енергетичної Хартії має широкий характер в тому, що зобов'язує Договірну Сторону «дотримуватися будь-яких зобов'язань, прийнятих по відношенню до Інвестора чи Інвестиції Інвестора в Договірній Стороні». Це означає, що Енергетична Хартія покладає відповідальність не тільки відносно інвестора, що традиційно в контексті інвестиційних угод, але й відносно дочірньої компанії, створеної у приймаючій країні. Це означає, що зобов'язання України контрактної природи по відношенню до Електропівденмонтаж-10 могли би задіяти парасолькову клаузулу. Тим не менш, оскільки в даній справі договірні зобов'язання були між окремими юридичними особами, парасолькова клаузула не має безпосереднього застосування».

Арбітражний суд також проаналізував можливе спільне застосування ст. 10 (1) Угоди до Енергетичної Хартії, яка містить парасолькову клаузулу та ст. 22 (1) Угоди до Енергетичної Хартії, яка створює визначені зобов'язання держави відносно діяльності її підприємств:

«Кожна Договірна Сторона слідкує за тим, щоб будь-яке державне підприємство, яке вона підтримує чи створює, здійснювало свою діяльність відносно продажу чи оснащення товарами чи послугами на її Території відповідно до зобов'язань Договірної Сторони, які покладені Частиною III цієї Угоди».

Невтішний висновок для інвестора ґрунтувався на буквальному змісті ст. 22 (1) Угоди до Енергетичної Хартії і загальної теорії міжнародного публічного права, відповідно до якої держава, взагалі, не відповідає за діяльність підприємств, які їй повністю належать:

«§112. Трибунал вважає, що стаття 22 не йде настільки далеко, щоб встановлювати відповідальність Держави в тому випадку, якщо належна державі юридична особа не виконує свої договірні зобов'язання відносно інвестицій, тобто дочірньої компанії іноземного інвестора. Скоріше вона встановлює загальне зобов'язання слідкувати за тим, щоб державне підприємство здійснювало діяльність, в

[1] Окрему значну частину спору було приділено обговоренню чи є АМТО інвестором та чи може вважатися латвійським інвестором, враховуючи кінцевих бенефіціарних власників компанії.

загальних умовах управління, менеджменту та організації, надаючи їм здатність виконувати зобов'язання відповідно до Частини III Угоди до Енергетичної Хартії. Вона не складає зобов'язання держави прийняти відповідальність за будь-які порушення належного державі підприємства по виплаті комерційного боргу в даному випадку».

Joseph Charles Lemire v. Ukraine

Другою важливою справою із парасольковою клаузулою була справа американського інвестора Йозефа Леміра. Справа *Joseph Charles Lemire v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/06/18) [7] є, по суті, розвитком спору, який виник між американським медіа інвестором та Україною ще в 2000 році. Задля ясності слід вказати, що перший епізод (який взагалі є першою справою проти України в ІКСІД) завершився в 2000 році укладанням Мирової угоди, викладеної в арбітражному рішенні. Другий же епізод (в якому і з'явилося згадування про парасолькову клаузулу), на думку інвестора, стосувався як порушень умов укладеної Мирової угоди, так і інших порушень, вчинених державою Україна, Договору між Україною та Сполученими Штатами Америки «Про сприяння та взаємний захист інвестицій».

На думку американського інвестора, в українську радіокомпанію ГАЛА Радіо як перший, так і другий епізоди справи стосувалися порушення розподілу радіочастот. Як зазначається в офіційному прес-релізі ГАЛА Радіо, п. Лемір вимагав задоволення позову щодо порушень Мирової угоди після прийняття Рішення про затвердження Мирової угоди 2000 року. Зокрема, ці порушення, за словами п. Леміра, призвели до несправедливого, нерівноправного, упередженого та дискримінаційного прийняття рішень в процесі визначення державою Україна переможців конкурсів на використання радіочастот, що не надало можливості розвинути ГАЛА Радіо в повноцінну загальнонаціональну радіомережу, а також створити дві інші загальнонаціональні мережі. За оцінкою інвестора, сума шкоди склала 55 мільйонів доларів США. Інші претензії також були висунуті п. Леміром щодо існування радіоперешкод на частоті, яка належить ГАЛА Радіо, а також збитків, які були спричинені введенням нової редакції Закону про телебачення та радіомовлення, та відшкодування моральної шкоди, яка загалом склала 5 мільйонів доларів США. Загальна сума позову пана Леміра склала 60 мільйонів доларів США плюс відсотки.

У справі містилося багато цікавих моментів (відносно суб'єктної юрисдикції, інтерпретації стандарту рівного та справедливого відношення, інтерполяції цього стандарту на врегулювання розподілу частот відповідно до українського законодавства та інше), але для цілей цієї статті доцільно згадати, що Позивач інтерпретував порушення Мирової угоди як порушення парасолькової клаузули, що міститься в статті II 3 (c) Угоди між Україною та США «Про сприяння та взаємний захист інвестицій». Зокрема, Позивач вказував, що «внаслідок наявності парасолькової клаузули в ст. II.3 (c) ДІУ всі контрактні порушення Мирової угоди також трансформувалися в порушення двосторонньої угоди про захист інвестицій, що уповноважує Позивача вимагати компенсацію за понесені збитки».

Парасолькове застереження в Угоді «Про сприяння та взаємний захист інвестицій» сформульовано достатньо широко:

«*Кожна сторона повинна дотримуватися будь-яких зобов'язань, взятих по відношенню до інвестицій*».

21 січня 2010 року Склад арбітражного суду (арбітри Хуан Фернандес-Арместо, Ян Паульссон, Юрген Фосс) виніс Рішення по юрисдикції та відповідальності, в якому арбітри визнали свою юрисдикцію, не виявили порушення Україною укладеної мирової угоди, а також визнали Україну як таку, що порушила певні положення Договору «Про сприяння та взаємний захист інвестицій».

Неочікуваним у рішенні є короткий аналіз парасолькової клаузули, проте в силу того, що оскільки вони не знайшли порушення Мирової угоди, тому фактично відмовилися розглядати застосування парасолькової клаузули до ситуації:

«498. Трибунал погоджується с позицією Позивача, що стаття II.3 (c) ДІУ переносить Мирову Угоду під дію ДІУ так, що будь-яке порушення приватної угоди стає ipso iure порушенням міжнародного права ДІУ. Це, тим не менш, вичерпує ефект парасолькового застереження, парасолькове застереження не впливає на значення чи обсяг Мирової Угоди. Іншими словами, будь-яке порушення парасолькової клаузули припускає порушення Мирової Угоди. Оскільки Арбітражний Трибунал вже дійшов висновку, що Відповідач не порушив свої зобов'язання за Мировою Угодою, парасолькове застереження ДІУ носить чисто теоретичне значення та Відповідач не може порушити ДІУ з цього приводу».

Слід зазначити, що подібне тлумачення парасолькової клаузули як такої, що не впливає ані на значення, ані на обсяг конкретної угоди, ані на застосоване до неї право, а лише трансформує приватноправове порушення в порушення відповідно до міжнародного права, відповідає останнім тенденціям в тлумаченні парасолькової клаузули [8, с. 1 – 32; 9, с. 503; 2, с. 194].

Висновки:

1. Нові терміни, а надто переклади з іноземної мови, вводяться у вітчизняну юридичну науку складно. Свій шлях скептичного сприйняття мусить пройти і парасолькова клаузула, що в англомовному звучанні (umbrella clause) сприймається абсолютно органічно в західній юридичній літературі, а в україномовному чи російськомовному варіанті викликає певне здивування. Поширенню україномовного терміна сприятиме як присутність парасолькової клаузули у майже третині двосторонніх угод про захист інвестицій, стороною яких є Україна, так і зростаюче прикладне значення, що виявляється у міжнародних інвестиційних спорах.

2. Парадокс усієї ситуації з парасольковою клаузулою в тому, що застереження, яке присутнє в 40 % світових двосторонніх угод про захист інвестицій, з самого початку укладання подібних угод не мали і не мають досі однакового підходу до тлумачення. Одноманітне тлумачення парасолькової клаузули ускладнюється та унеможливлюється різноманітністю та складністю фактичних обставин справ та розрізненими підходами арбітрів, спрямованими на акцентування різних фактичних обставини та правових концепцій.

3. Проте ясність неминуче прийде, час з легкістю втілить все невизначене в конкретні форми. Вже прослідковуються позитивні тенденції по фокусуванню уваги не тільки на наслідках застосування парасолькової клаузули, а також і на її природі, безпосередньому значенні та обсягу прав та обов'язків відповідно до її умов. Вже можна назвати відносно сталим підхід, коли парасолькова клаузула вважається такою, що не впливає ані

на об'єм прав чи обов'язків за окремою угодою, ані на сторони угоди, ані на застосоване до нього право, а вважається лише здатною трансформувати приватно-правове порушення в порушення міжнародне.

4. Україна продовжує укладати міжнародні угоди про захист інвестицій із парасольковою клаузулою. Значення можливих ризиків, пов'язаних із цим застереженням, поки що недооцінюється, незважаючи на його наявність вже в 21 двосторонній угоді про захист інвестицій та ратифікацією Україною Угоди до Енергетичної Хартії без будь-яких застережень відносно статті 10 (1), в якій також міститься парасолькова клаузула. Відсутність уваги, можливо, зумовлена відсутністю на даному етапі позитивних рішень із застосуванням парасолькової клаузули. Проте ухвалення рішення на основі парасолькової клаузули на користь інвестора зовсім не виключено у майбутньому відносно України, що активно пропагує публічно-приватне партнерство і, на жаль, не завжди дотримується міжнародних зобов'язань про захист іноземних інвестицій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Международный* центр по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД): Некоторые вопросы юрисдикции и арбитражного производства. Юридическая практика. – К., 2005.

2. *Substantive* Law in Investment Treaty Arbitration. The Unsettled Relationship Between International and Municipal Law / Monique Sasson. – Great Britain: Wolter Kluwer, 2010.

3. *The International* Law on Foreign Investment / M.Sornarajah. – Cambridge University Press.

4. *Investor-State* Arbitration / C. Dugan, N. D. Rubins, D. Wallace and B. Sabahi. – Oxford University Press, 2008.

5. *Sinclair A.* The Origin of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection // 20 Arb. Intl 411 (2004).

6. *AMTO Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005 (ECT) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ita.law.uvic.ca/documents/ AmtoAward.pdf.

7. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ita.law.uvic.ca/documents/ Lemirev.Ukraine2010.pdf.

8. *Honlet J.-C., Borge G.* The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina. Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause: SGS v. Philippines Revisited // The Law & Practice of International Courts and Tribunals. – 2008. – № 7. – P. 1 – 32.

9. *Yannaca-Small K.* What About This "Umbrella Clause". Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues. – Oxford Press, 2010.

The present article is devoted to the general problematics of the umbrella clause – a widely spread clause in the bilateral investment treaties, which transforms the private violation of contractual undertakings into the violation of the international law. Apart from statement of the variety of the scientific views on the legal nature of the clause and historic aspects of its application, the Ukrainian context of the problem is in particular focus in this article.

Статья посвящена общей проблематике зонтичной клаузулы – достаточно распространенной оговорки в двухсторонних соглашениях о защите инвестиций, которая трансформирует частноправовое нарушение договорных обязательств в нарушение международного права. Помимо констатации разнообразия научных взглядов на правовую природу оговорки, а также исторический аспект ее применения, в статье сделан акцент на украинский контекст проблемы.

НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 10, 2011

Редактор **А. М. Шадріна**

Оригінал-макет **Т. Г. Попович**

Художнє оформлення та дизайн обкладинки

І. М. Корнієнко, С. В. Максименко

Підписано до друку 24. 03. 2011. Зам. № 11-024 Формат 60х84/8 Гарн. Times New Roman
Офс. друк. Папір офс. № 1 Умовн. друк. арк. 26,50 Тираж 300 прим.

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 3926 від 29. 12. 1999