

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

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 12

КИЇВ 2013

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. 12, 2013 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, 2013. – 196 с.

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

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

*Рекомендовано до друку вченою радою
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України
(протокол № 1 від 30 січня 2013 р.)*

Редакційна колегія:

О. Д. Крупчан (головний редактор),

**М. К. Галянтич (заст. гол. редактора), А. Б. Гриняк, О. В. Дзера, А. С. Довгерт,
В. А. Васильєва, О. А. Беляневич, В. В. Комаров, В. В. Костицький,
Н. С. Кузнецова, Д. М. Притика, В. В. Луць, Н. М. Мироненко,
Р. А. Майданик, Я. М. Шевченко, В. С. Щербина, В. В. Проценко, 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 Національної 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. Расвського, 23-А

www.ndippp.gov.ua

ndippp@adamant.net

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010

© Автори статей

Зміст

Крупчан О. Д. Приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин.....	5
I. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА В УМОВАХ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ	
Шишка Р. Б. Напрямки удосконалення регулювання приватних правовідносин.....	9
Довгерт А. С. Сучасний стан наукових досліджень з міжнародного приватного права в Україні.....	12
Яковлев А. А. Конституційні акти початку 90-х років ХХ століття в процесі формування основ державного ладу України.....	17
Пацурія Н. Б. Місце страхового права в системі права України: загальна характеристика.....	21
Татьков В. І. Категорія «особливості» як критерій розмежування предметів регулювання цивільного і господарського кодексів України.....	26
Махінчук В. М. Суб'єкти підприємницької діяльності за цивільним та господарським законодавством України.....	28
Янчук І. А. Юридична термінологія: моделі застосування.....	32
II. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ	
Молодило К. Ю. Використання преюдиції та преюдиційності для захисту прав та законних інтересів учасників цивільних правовідносин.....	37
Миронова Г. А. Цивільно-правові засади права на медичну допомогу.....	43
Кочин В. В. Визначення цивільно-правового статусу неформальних організацій.....	48
Льченко Г. О. Історико-правовий аналіз передумов виникнення страхових правовідносин.....	52
Левківський Б. К. Стягнення аліментів на дитину: сучасні проблеми та перспективи удосконалення нормативного регулювання.....	56
Резнік Г. О. Право дитини на життя: поняття та момент виникнення.....	59
Бичкова С. С., Чурпіта Г. В. Цивільний процесуальний статус осіб, які беруть участь у справах позовного та окремого провадження (порівняльна характеристика).....	63
Короленко В. М. Передумови диференціації цивільного процесу в частині розгляду та вирішення трудових спорів.....	67
Гарієвська М. Б. Дискреційні повноваження суду щодо усунення недоліків ухваленого ним рішення.....	72
Солом'яна Т. С. Загальні засади інституту цивільно-правової відповідальності.....	75
Лапечук П. І., Попович Т. Г. Окремі питання відчуження фізичною особою земельної ділянки для ведення селянського (фермерського) господарства.....	78
Саракун І. Б., Ковалишин О. Р. Напрямки вдосконалення положень Закону України «Про акціонерні товариства».....	85
Первомайський О. О. Юридична особа публічного права: проблеми визначення поняття.....	88
III. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН	
Гриняк А. Б. Договірна відповідальність як різновид цивільно-правової відповідальності сторін у підрядних зобов'язаннях.....	93
Міловська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорі прокату.....	97
Вавженчук С. Я. Особливості прав та обов'язків сторін договору найму.....	100
Проценко В. В. Особливості законодавчого регулювання агентського договору в Україні та Республіці Молдова: порівняльно-правовий аналіз.....	103
Пленюк М. Д. Правове регулювання строків і термінів у договорі будівельного підряду.....	107
Маріц Д. О. Зменшення ціни за договором купівлі-продажу.....	111

Наріжний С. Ю. Притримання як спосіб забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування	113
Калаур І. Р. Договір прокату: окремі питання правового регулювання	116

ІV. ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Галянтич М. К. Правовий статус житлово-будівельного кооперативу як непідприємницького товариства	119
Корнієнко Ю. І. Забезпечення прав дитини в договорах іпотеки житла	123
Солтис Н. Б. Співвідношення понять «житлове право» та «право на житло» у формуванні об'єкта спадкових правовідносин	126
Бернацький М. В. Поняття житлового фонду та проблема його класифікації	129

V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

Поєдинок В. В. Міжнародно-правове регулювання інвестиційної діяльності в Україні	133
Беляневич О. А. Про право учасника на участь в управлінні товариством з обмеженою відповідальністю	137
Бурило Ю. П. Види господарської діяльності в інформаційній сфері	143
Полухович В. І. Особливості правового регулювання депозитарної та клірингової діяльності на фондовому ринку України	147
Кологойда О. В. Визначення поняття «фондовий ринок» та його місця у фінансово-економічній системі держави	152
Безух О. В. Діалектична взаємодія конкуренції і монополії у господарських відносинах	155
Черненко О. А. Особливості правового становища державних комерційних підприємств за законодавством України	159
Сергійко О. В. Інноваційні структури як учасники господарських відносин	162
Закорецька Л. О. Правове регулювання винахідництва в Україні та США	166
Кикоть П. В. Деякі питання правового регулювання господарської діяльності на території чорнобильської зони	170

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО: УКРАЇНА ТА ЄС

Король В. І. Стратегічні пріоритети регуляторної політики ЄС в сфері господарської діяльності малих та середніх підприємств	173
Бобрик В. І. Європейське наказне провадження	176
Гринько С. Д. Відповідальність держави за шкоду, завдану судовими і правоохоронними органами України та європейських країн: порівняльно-правовий аналіз	181
Черняк О. Ю. Правова природа обов'язку споживача: досвід України та ЄС	184
Ватрас В. А. Регламент Рим III як важливий крок у формуванні єдиного європейського сімейного права	189
Боярський Є. Д. Застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві	193

ПРИВАТНОПРАВОВІ ТА ПУБЛІЧНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕГУЛЮВАННЯ ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ВІДНОСИН

Крупчан О. Д.,

академік НАПрН України,

директор НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються принципи правового регулювання та підстави розмежування приватноправового та публічно-правового впливу на підприємницькі відносини. Розкривається доцільність кодифікації норм, що регулюють підприємницьку діяльність

Ключові слова: цивільне право, господарське право, підприємництво, правове регулювання.

Питання співвідношення приватноправових та публічно-правових засад у регулюванні підприємницької діяльності не є унікальним. Воно стосується правового регулювання усіх без винятку сфер суспільного життя та актуальне на всіх етапах розвитку правової науки. Так, В. М. Селіванов зазначав, що історичний досвід суспільного та державного будівництва свідчить, що формування гуманного, демократичного суспільства можливе тільки на підставі поєднання, взаємодії приватноправових і публічно-правових засад. При цьому спосіб та міра такої взаємодії стають визначальним моментом її результату. Стосовно цивільних відносин він притримувався думки, що все цивільне законодавство на сьогодні не може бути втиснутим до ЦК України.

Функціонування законодавства неабиякою мірою залежить від науково обґрунтованого розподілу нормативного матеріалу між Цивільним кодексом України (далі – ЦК України) та іншими нормативними актами, в тому числі й Кодексом про підприємництво як кодексом приватного права, розроблення якого доцільно здійснювати паралельно з роботою над проектом нового ЦК України. При цьому, говорячи про небезпечність перетворення створеного кодексу на кодекс господарський (адміністративно-правовий), можна стверджувати, що, хоча така небезпечність і застерігається в літературі, для цього немає скільки-небудь серйозних підстав. [7, с. 4, 6]. Та, як показав час, В. М. Селіванов помилявся. Нині в Україні діє саме Господарський кодекс, який значною мірою регулює економічні відносини імперативним, тобто публічно-правовим, методом.

Для правильного вибору методу правового регулювання тих чи інших суспільних відносин, що виникають у процесі здійснення підприємницької діяльності, слід коротко викласти особливості приватноправового та публічно-правового їх регулювання. Приватне право, зауважує Я. М. Шевченко, – це захист інтересів приватної особи, правове регулювання, засноване на принципах координації суб'єктів, абсолютна перевага диспозитивних норм, максимальне використання при правовому регулюванні принципу вирішення питань відповідно до власного розсуду [10, с. 299].

Правове регулювання економічних відносин у широкому розумінні розглядав О. А. Пушкін, який зауважував, що слід подолати уявлення про чинне право в галузі економіки як лише про сукупність норм, що містяться у відповідних актах законодавства. Закон є тільки суб'єктивною формою вираження соціальних інтересів або об'єктивної права, яке за своїм сутнісним значенням криється в реально існуючих або реально

усталених об'єктивних відносинах і формується під впливом об'єктивних економічних закономірностей. Тому, на превеликий жаль, далеко не всі наші закони є правовими. Процес удосконалення юридичних конструкцій, закріплених у законі, що регулює сучасні економічні відносини, має, насамперед, спиратися на практику, на знання закономірностей функціонування економіки. Крім того, треба чітко розуміти, що ринкова економіка, яка становить базис нової України як правової держави, – це економіка, де головними фігурами є фізичні та юридичні особи, а також їх об'єднання, діяльність котрих базується на засадах свободи особи, совісті, договору і підприємництва [6, с. 12].

Право, що регулює діяльність цих осіб на зазначених принципах, і є суто цивільним правом (приватне право). Не менш важливо усвідомити, що нормальне функціонування ринкової економіки на зазначених вище принципах передбачає необхідність жорсткого державного контролю за діяльністю всіх суб'єктів цивільного права, застосування разом з приватноправовим порядком регулювання публічно-правового роду. Проте слід зауважити, що публічно-правове регулювання економічних відносин за умов дії ринкових механізмів (на відміну від адміністративно-командної економіки) має бути принципово іншим. З одного боку, публічно-правове забезпечення має бути спрямованим на створення необхідних умов для економічно ефективного і соціально спрямованого функціонування підприємницьких структур, а з іншого – на припинення можливих з боку останніх правопорушень і злочинів [5, с. 22–23].

Попри переважаючі в юридичній науці погляди на приватноправову природу підприємницьких відносин, І. В. Спасибо-Фатєєва вказує на неможливість повного відсторонення держави від регулювання правовідносин, що виникають між суб'єктами підприємницької діяльності. Так, пише вона, неможливо говорити про заміну державної функції регулювання економічних відносин різними важелями з перетворення економіки України на ринкову. Справа в іншому – спрямувати це державне регулювання в правове русло, що покликане зробити добротний закон з виваженими принципами, методами, функціями та механізмами [19, с. 28].

Підбиваючи підсумки доробкам вітчизняних та закордонних вчених у галузі визначення критеріїв приватного та публічного права як критеріїв в цього поділу, виокремлюємо таке:

Для приватного права характерні відносини на основі координації, тобто юридичної рівності сторін, а для публічного – традиційними є субординаційні

відносини на основі принципу «влада – підпорядкування».

Мета правового регулювання суспільних відносин для приватного права – це людина, громадяни, для публічного – суспільство, держава.

Критерій інтересу полягає у дихотомії – суспільні (державні) інтереси – приватні інтереси (людини, громадян, групи осіб тощо) – правового регулювання.

За способами публічного захисту: публічне право – за ініціативою влади (у порядку кримінального чи адміністративного судочинства); приватне – за ініціативою приватної особи (у порядку цивільного чи господарського судочинства).

Приватноправовий метод передбачає юридичну рівність суб'єктів права, диспозитивність, їх ініціативність під час формування та реалізації цивільних правовідносин; вжиття заходів майнової відповідальності у разі порушення цивільних прав, позовний порядок захисту. Для імперативного методу, навпаки, характерним є те, що суб'єкти, один з яких – держава, мають завжди пріоритетне становище; відносини, які будуються на підставі підпорядкованості; судовий порядок захисту, де ініціатором процесу є держава.

Р. Б. Сивий відстоює думку, згідно з якою не предмет правового регулювання, а саме метод має бути тим критерієм, на основі якого повинен здійснюватись поділ системи права. Оскільки основних методів правового регулювання є два (диспозитивний та імперативний), то й основних галузей, на які можна поділити систему права, можна виокремити лише дві: приватне право і публічне. З чого Р. Б. Сивий робить висновок про дуалізм системи права, а не про її полігалузовість. Із-поміж різних підгалузей права так званими чистими він називає цивільне право (оскільки воно є повністю приватним) та адміністративне, кримінальне і процесуальне право (які за своєю природою є публічними). Такий підхід не викликає у нас заперечень з огляду на те, що дослідник чітко тут розмежовує галузь права та галузь законодавства. Щодо цього він вказує, що коли йдеться про систему законодавства, то кожна галузь законодавства є комплексною, оскільки складається переважно з нормативно-правових актів, які містять норми різних галузей права. Тут під галузями права Р. Б. Сивий, очевидно, має на увазі приватне та публічне право [8, с. 106–108].

Додатково необхідно визначити межі втручання держави у приватне та суспільне життя, а також мету такого втручання, яка має відповідати функціям держави на конкретному історичному етапі. Так, Н. Р. Нижник зауважує, що становлення Української держави потребує чіткого визначення меж впливу держави на життєдіяльність людей з чітким розумінням його необхідності [2, с. 69]. Теоретичне обґрунтування державного впливу на приватні відносини полягає у визначенні «усереднених» приватних прав та інтересів юридично рівних осіб, які існують не тільки в єдності, а й у протиріччі, та виведенні загального публічного інтересу, як опосередкованого усередненого приватного інтересу, щоб забезпечити дієве правове регулювання й функціонування всіх приватних елементів соціальної системи суспільства.

Однак час показав, що кодексом, який було прийнято паралельно із ЦК України і на який покладалось регулювання діяльності у сфері суспільного виробництва, став Господарський кодекс України, який, значною мірою, є кодексом публічно-правовим або ж його норми дублюють за змістом норми ЦК України. Практика застосування ГК України поставила перед юридичною наукою питання визначення меж нормативно-правового втручання держави у суспільно-виробничу діяльність суб'єктів підприємництва, оскільки важливу частину предмета регулювання господарського кодексу становлять саме підприємницькі відносини.

З приводу недоліків поєднання у ГК України публічно-правових та приватноправових засад регулювання підприємницьких відносин І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що дволикість ГК України, що містить в собі приватні та публічні засади, приводить до того, що ним як «спеціальним законом» так коригуються інститути і принципи ЦК України, що зводяться нанівець всі прогресивні намагання його розробників у сфері приватних підприємницьких відносин. Це стало можливим через викривлення приватних засад публічними, як наслідок дії основної концепції ГК України. Таким чином, методологічно неправильний підхід поєднання в одному законі приватних і публічних засад з різними методами, функціями та іншими атрибутами призвів до створення такого суперечливого та недосконалого закону як ГК України. Вирішення цієї проблеми дослідниця вбачає у перетворенні ГК України на кодекс публічного підприємницького права або на комерційний кодекс з одночасною розробкою публічного закону [9, с. 32].

Отже, як бачимо, І. В. Спасибо-Фатєєва відстоює необхідність відокремлення публічно-правових норм, які регулюють економічну діяльність, від приватно-правових, що свідчить про визнання нею певної потреби у публічно-правовому регулюванні економічних відносин у нашій державі і це зрозуміло, адже така потреба впливає з суспільного значення таких відносин. Загалом, усі суспільні відносини, тією чи іншою мірою, потребують правового регулювання публічно-правовими методами. Навіть там, де йдеться про особисті немайнові права, існують імперативні приписи. Тому і постає питання співвідношення публічно-правового та приватноправового регулювання підприємницької діяльності.

Стосовно потреби у гармонійному використанні обох фундаментальних методів правового регулювання суспільних відносин В. В. Мадіссон зазначає, що окремий приватноправовий устрій без елементів публічного права формує юридичну конструкцію феодалізму, за якою правовідносини з розподілення блага та правовідносини організаційного характеру позбавляються елемента соціального служіння і мають особово вільний характер. Можна стверджувати, продовжує В. В. Мадіссон, що чим більше правовідносини, які виконують організаційну роль, побудовані за приватноправовим типом, тим менше свободи в даному суспільстві. З іншого боку, продовжує він, чисто публічно-правовий устрій відкидає правомочності, здійснення яких не

пов'язане з уявленням про суспільне благо. За такої організації суспільних відносин у індивіда взагалі зникають будь-які права, якими він міг би користуватися на власний розсуд, адже для особи всі цілі, намічені заздалегідь, приписані їй суспільством [1, с. 61].

Для підприємницької діяльності, як самостійної, на власний ризик діяльності, ближчим є приватне право. Саме воно дає змогу індивіду вільно обрати вид економічної діяльності керуючись не владними приписами, а відомою йому інформацією про обставини конкретного місця в даний час, тобто про попит на товари і послуги тощо.

Однак абсолютно вільна підприємницька діяльність може поставити одних суб'єктів економічних відносин у де-факто превалююче становище на ринку, що надасть цим суб'єктам можливість обмеження вільної підприємницької діяльності інших підприємців. Навіть більше – отримання такого монопольного становища часто є тактичною метою підприємців, адже саме монопольне становище може стати інструментом досягнення мети стратегічної – одержання надприбутків. Отже, одним із завдань публічно-правового регулювання економіки є забезпечення конкуренції між учасниками ринку.

При виборі методів правового регулювання тих чи інших відносин слід особливості предмета правового регулювання співвідносити з особливостями методу та принципами тих чи інших галузей права. Стосовно цього В. В. Мадіссон зазначає, що принципи публічного права мають перевагу в тому, що вони згуртовують суспільство в цілому, значні групи осіб, вносять визначеність і планованість у ту сферу життя, до якої вони застосовуються. З іншого боку, у них є тіньова сторона: вони можуть знизити приватну зацікавленість та ініціативу, довести особу до повного пригнічення. Приватні ж принципи, вносячи у сферу суспільного буття відомі елементи випадковості й невизначеності, викликають, водночас, активізацію приватної заповзятливості й енергії, що стимулюються свободою і особистим інтересом [1, с. 60].

Тому важливо при розробці нормативно-правових актів у сфері підприємницької діяльності враховувати мету державного втручання в економіку, в тому числі і у формі закріплення відповідних імперативних норм. Адже підприємництво, як правова категорія, характеризується своїм юридичним закріпленням – формалізацією, ознаками, колом суб'єктів, специфічними способами реалізації права на заняття таким видом діяльності, особливими приватними та публічними обов'язками суб'єктів. Підприємництву притаманний свій особливий правовий механізм – система правових норм [3, с. 9].

На думку Р. Б. Шишки, підприємницьке право має подвійну юридичну природу, бо відносини, що ним регулюються, базуються на цивільному праві, що є основою приватного права, та адміністративному праві, що регулює відносини влади та підпорядкування. Тому підприємницьке право за своєю природою є комплексним і включає цивільно-правові відносини (майнові, особисті немайнові, організаційні та права виключні) та адміністративно-правові (відносини, які складаються із здійснення народоладдя, діяльності рад народних депутатів, проведення виборів у представницькі органи державної влади, реалізації конституційного статусу

громадян України тощо) [3, с. 40, 41]. Очевидно, саме з таких засад подвійної правової природи суспільно-виробничих, в тому числі і підприємницьких, відносин виходили розробники ГК України. Тому нині підприємницькі відносини отримали надмірне правове регулювання публічно-правовими методами, при чому навіть там, де йдеться про правову рівність сторін, і у відносинах, які могли б регулюватись ЦК України і які, на нашу думку, могли б застосовуватись лише відносно господарюючих суб'єктів державного сектора економіки і юридичних осіб публічного права.

На відміну від України, в Російській Федерації не було прийнято спеціального кодексу для регулювання підприємницької (комерційної, торговельної) діяльності. Питання дуалізму приватного права там вирішено так, що підприємницька діяльність регулюється ЦК РФ, його принципами, інститутами. Так само і особливості регулювання приватноправових аспектів підприємницької діяльності встановлюються в нормах ЦК РФ. Т. О. Батрова пояснює це тим, що диспозитивний метод регулювання є характерним для відносин підприємців між собою, які будуються на основі принципів свободи підприємництва і рівності його учасників, що передбачає свободу вибору учасниками підприємницької діяльності напрямів діяльності, кола контрагентів, виду договорів, які укладаються, тощо.

Класик російської дореволюційної цивілістики І. О. Покровський наголошував, що межа між публічним і приватним правом протягом всієї історії далеко не завжди проходила в одному і тому самому місці, межі одного та іншого багаторазово змінювались. Те, що в одну епоху регулювалось за початками юридичної децентралізації і, відповідно, відносилось до сфери приватного права, в іншу епоху перелаштовувалось за типом юридичної централізації і, таким чином, переходило в галузь публічного права і навпаки [4, с. 6].

Я. М. Шевченко зауважує, що методологія визначення поділу між приватним і публічним правом має виходити зі стану економіки і того, яке між ними фактичне співвідношення. Залежно від цього мають визначатися суб'єкти цивільного права, їхнє функціонування та, власне, має визначатися і роль цивільного права як приватного [10, с. 25].

Про важливість розмежування майнових та інших відносин в економіці для правильного вибору методу їх правового регулювання говорив О. А. Пушкін. Якщо йдеться про побудову ринкової економіки, заснованої на рівноправності усіх форм власності та незалежності від держави, зауважував він, то при регулюванні господарських відносин необхідне чітке розмежування майнових і всіх інших відносин. Перші повинні регулюватись на засадах цивільного права як приватного, другі – на засадах публічного права. Непорозумінням слід вважати протилежність кодифікованих актів цивільного та господарського законодавства. За умови ринкової економіки залишається публічно-правовий вплив на майнові відносини. Під господарськими відносинами слід розуміти дещо інше, засноване не публічно-правових засадах. І це, дійсно, має становити самостійний предмет кодифікації. Оскільки в складі публічного права діє значний масив норм, що мають забезпечувати

підтримку недержавних структур економіки, контроль за їх діяльністю, з одного боку, та регламентацію внутрішніх відносин державних підприємств, які беруть участь у ринковій економіці, з їх керівними органами, з іншого – бажано усі ці норми систематизувати в особливому (окремому) кодифікованому акті, хоча б і під назвою Господарський кодекс. Тоді взагалі буде знято питання про конкуренцію Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України. Кожний з них посяде своє цілком визначене місце у системі регулювання економічних відносин [6, с. 15].

Отже, підприємництво є сферою суспільних відносин, де суб'єкти мають рівні правові можливості і юридичні обов'язки. Підприємництво є вільною на власний ризик діяльністю рівних і незалежних один від одного суб'єктів. Саме майнові відносини між підприємцями, які складаються між ними в ході здійснення підприємницької діяльності, є класичними приватно-правовими відносинами. Тому відносини між суб'єктами підприємницької діяльності повинні регулюватись переважно диспозитивним методом, властивим приватному праву. Водночас у абсолютно вільних ринкових економіках існує небезпека виникнення ситуації, коли окремі підприємці забезпечують собі переважне становище на ринку, і ринкова економіка перетворюється на монополістичну, в якій свобода підприємництва обмежується гіпертрофовано нерівним економічним становищем підприємців, що нівелює їх юридичну рівність. Тому завданням публічно-правового регулювання економіки є саме забезпечення вільного ринку з реальною свободою підприємницької діяльності та запобігання монополізації економіки.

Не можна забувати також про те, що у суспільстві завжди існує потреба в певних соціальних товарах, послугах, споживачі яких самостійно не можуть сформулювати платоспроможний попит. В таких випадках держава повинна забезпечувати або формування такого попиту, або створювати суб'єктів господарювання, які задовольнятимуть такі потреби неплатоспроможних споживачів безпробитково, або ж навіть у збиток, за рахунок бюджетного фінансування. Саме в цих специфічних аспектах регулювання економічної діяльності допускається та є необхідним імперативне втручання держави.

The article reviews the principles of legal regulation and bases deviation of private and public influence on entrepreneurial relations. Disclosed feasibility codification of entrepreneurial norms.

В статье рассматриваются принципы правового регулирования и основания разграничения частноправового и публично-правового воздействия на предпринимательские отношения. Раскрывается целесообразность кодификации норм, регулирующих предпринимательскую деятельность.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Мадиссон В. В.* Соціальні відносини, функції і механізми соціальної дії приватного права // *Методологія приватного права: Зб. наук праць (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.)* / Редкол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 55 – 67.
2. *Нижник Н. Р.* До питання про співвідношення приватного і публічного права // *Методологія приватного права: Зб. наук праць (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.)* / Редкол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 68 – 72.
3. *Підприємницьке право України: Підручник* / За заг. ред. доц. Р. Б. Шишки. – Харків: Вид-во Ун-ту внутр. справ, «Еспада», 2000. – 480 с.
4. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. – М.: «Статут», 1998. – 353 с.
5. *Публічно-правові та приватноправові засади регулювання підприємництва (матеріали круглого столу «Приватно-правові та публічно-правові засади регулювання підприємства в Україні»)* // *Право України.* – 1996. – № 5. – С. 21 – 30.
6. *Пушкін О. А.* Господарські і підприємницькі відносини в економіці України та їх правове забезпечення (за матеріалами круглого столу «Господарські і підприємницькі відносини в економіці України та їх правове забезпечення») // *Право України.* – 1996. – № 11. – С. 10 – 21.
7. *Селіванов В.* Концептуальні засади Кодексу про підприємництво України // *Право України.* – 1995. – № 2. – С. 2 – 11.
8. *Сивий Р. Б.* Деякі питання поділу права на приватне та публічне // *Методологія приватного права. Зб. наук праць (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.)* / Редкол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 106 – 111.
9. *Спасибо-Фатеева І. В.* Приватне і публічне право: протистояння та методи його подолання // *Методологія приватного права. Зб. наук праць (за матеріалами наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.)* / Редкол.: О. Д. Крупчан та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 24 – 33.
10. *Шевченко Я. М.* *Методологічна основа права власності* // *Вибрані праці (1964–2012 рр.)* / Вступне слово акад. Н. С. Кузнецова; відп. ред. Р. О. Стефанчук. – Київ: ВГО «Асоціація цивілістів України»; Одеса: Центр досліджень права ім. Савиньї. – Кам'янець-Подільський, ТОВ «Друкарня «Рута», 2012. – С. 298–301.

НАПРЯМКИ УДОСКОНАЛЕННЯ РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Шишка Р. Б.,

доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, завідувач кафедри цивільно-господарських дисциплін ІФЮА України

У статті досліджуються напрямки сучасного регулювання приватних правовідносин та перешкоди в застосуванні актів цивільного законодавства. Виявляються недоліки дуалізму приватного права в розбіжностях понять та змісту, неповнота регулювання та застосування. Вказується на безальтернативність адаптаційного напрямку в розвитку законодавства. Відстоюється ідея деталізації регулювання встановленням стимулів, обмежень та заборон.

Ключові слова: приватні правовідносини, право власності, правове регулювання.

Із розвитком суспільних відносин, розбудовою держави та одночасною поступовою втратою нею під натиском інтеграційних процесів класичних ознак суверенітету найбільші зміни відбуваються у приватній сфері внаслідок об'єктивних економічних чинників (різке зростання протягом короткого часу рівня та якості споживчих та інших товарів) та соціальних (поділ соціуму на класи з намаганням як рівного споживання, так і негайного запровадження стандартів у приватній сфері, які створювалися у розвинутих країнах еволюційним шляхом). Проблема полягає у зниженні правової культури і підміні закону доцільністю та намаганням одних цим зловживати чи паразитувати. Це ще загострюється негараздами правоохоронної діяльності та судового розгляду спорів, навіть за незначних порушень прав.

Ряд приватних за своєю суттю правовідносин не врегульовані або не повністю врегульовані актами законодавства. Вони підміняються договірним регулюванням, що, з одного боку, є позитивним явищем і свідчить про становлення громадянського суспільства, а з іншого, відкриває можливості для регулювання низки відносин на основі договору про приєднання та зловживань сильної сторони в договорі. Так чи інакше, сподівання на саморегулятивність приватних правовідносин не справилися, і там, де у західній правовій системі не виникає проблем, у нас їх з'явилося більше ніж треба. Це потребує відповідного правового регулювання, яке б, по-перше, враховувало ці зміни та легалізувало нові відносини, а, по-друге, враховувало та не ігнорувало випробувані тисячолітньою практикою підходи до регулювання і ліквідувало лазівку для порушення прав і неоднакового тлумачення, а ще гірше, застосування норм права.

Метою цього дослідження є необхідність визначитися у напрямках подальшого позитивного регулювання цивільних правовідносин. Об'єктом є чинне цивільне законодавство та практика застосування норм цивільного права. Предметом є правозастосовна і судова практика, тенденції розвитку законодавства.

Прийняття ЦК України було сприйнято як прояв суцільної кодифікації цивільного законодавства на пострадянському просторі на основі засад неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини та неприпустимості позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією та законами України. Настав час для перевірки його

життєстійкості та відточеності конструкцій окремих інститутів, для усунення допущених недоречностей, а також для подальшого розвитку із врахуванням об'єктивних закономірностей та процесів як в Україні, так і в світовому оточенні. Більшість практиків і науковців виявляють недоліки цивільно-правового регулювання суспільних відносин та намагаються встановити основні причини такого становища. Це стосується більшості інститутів цивільного права і, насамперед, його фундаментальних чи опорних конструкцій, зокрема права власності: визнано учасником цивільних правовідносин публічні утворення, але право похідної власності та його різновиди закріплено лише у ГК України. Чи не так воно себе проявляє стосовно цивільно-правових відносин похідної власності?

Проведення наукових та практичних форумів щодо проблем приватного права свідчить не тільки про гідний рівень виконання планових чи навіть позапланових заходів. Спостерігається бум публікацій приватноправової тематики констатуючого, аналітичного, прагматичного та конструктивно-результативного спрямування. Кількісна аналітика чинного законодавства рано чи пізно стане якісним показником стану урегульованості приватних правовідносин та пошуку більш ефективних елементів механізму цивільно-правового регулювання.

На нашу думку, головними чинниками цих процесів є подальше запровадження та прояви приватної власності, процесів приватизації, прояви підприємництва, гуманізація суспільства та потреби подальшої інтеграції у світову економічну та гуманітарну сферу. Це зумовлює розвиток цивільного законодавства на універсальній основі та ідеології адаптації національного законодавства до законодавства країн ЄС. Водночас слід зберегти національні здобутки цивілістики, які вигідно відрізняються від західних прототипів. До того, в ряді випадків наші здобутки приватного права нічим не гірші, а навіть і кращі, ніж в інших країнах. Вони засновані на особливостях національного правопорядку та ментальності, які не характерні для розвинутих країн.

Наукові дослідження у тому напрямку ведуться представниками різних шкіл як на загальнометодологічному рівні, так і стосовно розвитку окремих напрямків цивільно-правового регулювання. Деякі інститути приватного права протягом незначного проміжку часу на монографічному рівні досліджувались по декілька раз, інші, особливо ті, стосовно яких незначна емпірична база, досі не досліджені.

В основному, позиції науковців збігаються: значно зросла кількість наукових досліджень, але їх результати та особливо їх впровадження залишають бажати кращого. Дослідження здійснюються з огляду на національний вектор розвитку і вкрай мало – з урахуванням потреби універсалізації підходів та механізму правового регулювання цих правовідносин. Одиниці відстоюють самобутність національної школи цивілістики та сприяють популяризації її досягнень за кордоном. Вважаємо, що настав час не тільки рецепційного підходу до розвитку цивільного права, а творчого за правилом: «І чужому навчається, й свого не цурайтесь».

Крім того, в умовах формалізованого дуалізму приватного права не знято завдання універсалізації конструкцій ЦК України в інших актах цивільного (і не тільки цивільного) законодавства. Насамперед, йдеться про усунення суперечностей між актами цивільного законодавства та господарського законодавства, особливо ГК України як зібрання відсильних норм та вибіркового регулювання. До того, ряд його інститутів номенологічно (будівельний підряд і підряд на капітальне будівництво) та змістовно (підприємство) не співпадають із основним актом приватного права – ЦК України. Чимало розбіжностей у термінології актів суто цивілістичного спрямування. Зокрема, попри те, що у ст. 251 ЦК України законодавець ніби визначився у поняттях «строк» і «термін», у самому ЦК України та поточних законах, а ще більше в підзаконних актах перший підміняється другим.

Аксіоматично, що не може один і той самий інститут законодавства формулюватися у різних нормативних актах по-різному. Не може бути різних законодавчих дефініцій одного й того ж правового явища. Це призводить до неоднорідності правозастосовної та судової практики, маніпулювання законом, правовою свідомістю та упередженого правосуддя. Зокрема, якщо зобов'язання припиняється належним виконанням, то й особа, яка завдала шкоди іншій, відшкодувала її у повному обсязі, не може бути притягнута повторно до її відшкодування, якщо потерпілий зловживає своїми правами, отримавши страхове відшкодування. Страховик вправі вимагати повернення від застрахованого помилково виплачених сум і не може регресом їх стягувати із винної у завданні збитку особи (деліквента).

Це суто національні проблеми суб'єктивного спрямування, які, на превеликий жаль, є непоодинокими. Не дивно, що за зверненнями до Європейського суду громадяни України перебувають на перших місцях, що є симптомом недоліків правосуддя та прагненням справедливості. Тож, разом із загальнодозвільним підходом регулювання цивільних правовідносин та широким застосуванням договірної регулювання потребує посилення застосування таких заборон та дозволів, потреба в яких відпала в цивілізованих країнах.

Такий підхід є загальноновизнаним і сприяє ідеям універсалізації правового регулювання цих правовідносин. Як ідеальні моделі ці відносини вироблені та відточені тисячолітньою практикою, є найбільш поширеними, навіть звичаєвими, започатковані на взаємоповазі їх учасників, відображені в конструкції закону.

Останні побудовані або на основі національної самобутності, або на основі багатовекторності, та на основі ідеї адаптації до законодавства ЄС. При тому, адаптаційний вектор не має альтернатив.

Водночас, уже у ст. 1 ЦК України, на нашу думку, простежується невідповідність цивільно-правового регулювання: на відміну від ЦК інших країн, першість надається особистим немайновим відносинам. Різкого покращання регулювання цих відносин не сталося, змістовно воно не дуже відрізняється від ембріонального стану їх закріплення у Конституції України, національна ідея не віднайдена, і, навпаки, протистояння загострилось. Очевидно, насамперед, слід повертатись до загальноновизнаних пріоритетів цивільно-правового регулювання на користь майнових відносин. Але при тому важливо «разом із купіллю не виплеснути і дитину» – вагомі напрацювання в урегулюванні особистих немайнових правовідносин.

Проблематичним є принцип рівноправності в цивільних правовідносинах, що не підтверджується змістом суб'єктивного цивільного права та його здійсненням. Водночас прокладає собі шлях ідея проведення в актах законодавства принципу юридичної рівноваги, за яким абсолют при здійсненні суб'єктивних прав чи охоронюваних законом інтересів стримується чи урівноважується юридичними обов'язками та особливими правилами здійснення суб'єктивних прав. Економічний глобалізм та гуманітарний універсалізм свідчать на користь застосування другого підходу.

Провідні цивілісти України та інших країн переймаються подальшим розвитком цивільного права та цивільного законодавства. При тому, в Україні створені і продовжують розвиватися потужні школи приватного права, і їх оцінки та пропозиції гідні уваги. Проте вони так і залишаються нереалізованими через незрозумілі засади нормотворення, вади у діяльності законодавчого органу, який більше уваги приділяє з'ясуванню внутрішніх стосунків та постійному протистоянню, чим прийняття якісних законів. Наразі є ряд моментів, які слід враховувати у визначенні напрямків, засобів та способів подальшого розвитку цивільного законодавства:

1. Необхідність усвідомлення того, що чинна кодифікація, попри її позитивні результати, відстала від економічної та гуманітарної основи та не стикається із головним спрямуванням розвитку регулювання цивільних відносин. У ній, на відміну від інших кодифікацій, перевага надана не майновим відносинам, а особистим немайновим, не забезпеченню майнових потреб людини, а самій людині. При тому, немайнові відносини в ЦК України врегульовані не кращим чином, що визнається більшістю їх дослідників. Не дарма все більше постає проблема наступного етапу більш широкої за охопленням цивільних відносин кодифікації.

2. Цивілістична наука «завинила» перед практикою через те, що не завжди встигає за вимогами практики, що пов'язано із неналежним залученням провідних науковців до нормотворчої діяльності і формування судової практики [1, с.196]. До того, українська наука цивільного права певним чином самообмежується, у тому числі, як не парадоксально, на основі мовного чинника. На догоду збереженню національної самобут-

ності покладено універсалізм регулювання приватних правовідносин. В ідеалі вони не мають знати кордонів.

3. Глобальні процеси та універсалізація вимагають створення єдиного позитивного регулювання відносин у приватній сфері не тільки на європейському просторі, а й у всьому світі. В тому мають активно брати участь українські науковці, а наукові установи забезпечувати таку можливість і не економити на науці та спілкуванні науковців.

4. Виявились недоліки конструкції низки інститутів цивільного законодавства, котрі потребують змін та доповнень. Деякі з них досягли критичної маси вже давно. Так житлові правовідносини потребують кардинального вирішення, а інші – поправок.

5. Законодавець через суб'єктивні причини чи рівень розуміння невідкладності законотворчої діяльності не реагує вчасно на пропозиції правників щодо удосконалення актів цивільного законодавства, тому виявляється розрив між станом наукового обґрунтування шляхів подолання лукунізму, зіткнення, недосконалості окремих актів цивільного законодавства та його норм.

6. Насамперед, йдеться про розширення сфери договірної регулювання та введення у ЦК України договорів, які наразі широко використовуються, але не мають кодифікованого регулювання (надання медичної допомоги, надання освітянських послуг тощо).

7. Ведеться робота зі створення міждержавних та світових актів цивільного законодавства на основі ідеї всесвітнього цивільного права. Їх результати українські науковці отримують через треті, а інколи і через четверті джерела. Єдиний вихід – активна участь у проведенні цих робіт і концентрація зусиль на розробці єдиного механізму цивільно-правового регулювання.

Практика свідчить, що науковці різних країн, принаймні пострадянських, переймаються вирішенням одних і тих же прикладних наукових завдань та теоретичних проблем. Можна погодитися, що наразі це шлях для нарощування національного наукового потенціалу. І не стільки приділяється увага вимогам до їх результатів, скільки досягненню певного фахового рівня, але так довго продовжуватися не може. Це призводить до зростання кількісних показників на шкоду якісним.

8. Правозастосувальна та судова практика стикаються із низкою проблем, які потребують невідкладного вирішення. Наразі склалось судове право, яке інколи йде врозріз із ЦК України та іншими актами цивільного законодавства. До того, офіційне судове тлумачення норм цивільного законодавства залишає бажати кращого, або є повторенням загальних істин та положень закону.

Значна кількість практиків пішли в науку, а науковці стали активно перейматися практикою і не тільки задля своєї успішності та благополуччя. Їх, за невеликим винятком, об'єднує спільне: практики досить посередньо знають наукову доктрину, а теоретики – особливість правозастосування. Проте є і позитивні моменти – взаємопорозуміння, взаємозбагачення та поєднання практики та теорії.

Специфіка цивільного права полягає у його життєвій зумовленості та природній обов'язковості: з моменту свого народження і до смерті людина знаходиться під впливом норм цивільного права. У ці правовідносини їх учасники вступають, здебільшого,

самостійно задля задоволення своїх потреб та охоронюваних законом інтересів. Це зумовлено об'єктивними економічними, соціальними потребами і може коригуватися суб'єктивними (особливості психомоторної діяльності) чинниками. Охоронювані законом інтереси задовольняються людиною, виходячи з її внутрішнього права, внутрішньої культури, виховання.

Ці інтереси можуть бути далекоглядними (стратегічними щодо забезпечення виживання людини) і найближчими (тактичними). Стратегічні інтереси можуть змінюватися на історичних, особливо переломних етапах розвитку суспільства, що проявляється у праві та висхідних ідеях правового регулювання (на користь суспільства, на користь бізнесу, на користь еліти, на користь ідеї, на користь людини, зокрема пересічної). Якщо необхідно самодостатність учасників правовідносин, розкриття потенціалу людини, її розкряпачити, надати можливість проявити себе та свої інтелектуальні здібності, надати можливості для самореалізації майнової самодостатності, то пріоритети регулювання змінені на користь немайнових прав. Право має гармонізуватися із внутрішнім правом людини, слугувати її правам і інтересам, що відповідає теорії природного права, де ним є внутрішня воля вільної і правослухняної людини.

Водночас, воно може і має обмежувати свавілля людини встановленням та підтриманням заборон чи обмежень у здійсненні окремих цивільних прав. Тим самим видається можливим взаємоузгодити інтереси держави, суспільства, приватних осіб. Зокрема, це стосується майнових відносин і того безладу, який наразі чиниться стосовно захоплення об'єктів права власності, особливо нерухомості. Підстави набуття права власності мають бути виписані настільки чітко, щоб не допускати можливості зловживань, бути співрозмірними та кореспондовані з юридичними обов'язками, зокрема тягарем власності, що передбачено ст. 322 ЦК. При тому, не тільки йдеться про приватноправові наслідки, а й публічно-правові, особливо щодо виконання публічних обов'язків та сплати обов'язкових платежів.

Цивільне право як частина правової системи світу та держави складається із диспозитивних норм, які слугують моделлю бажаної, зрозумілої та безконфліктної поведінки. Учасникам цивільних правовідносин відпочатку надані широкі можливості для реалізації права (здатність мати права) відповідно до їх власного інтересу, можливостей та побутової чи кваліфікованої усвідомленості (обізнаності) самостійно моделювати свої юридично значимі дії.

З реформуванням правової системи України та необхідністю її приведення відповідно до потреб соціальноорієнтованої економіки, а останнім часом до вимог ЄС посилилися процеси запозичення кращих зразків правового регулювання суспільних відносин, універсалізації права, особливо того, що регулює відносини в сфері економіки. Це призвело до урізноманітнення джерел (форм) права. В науці це ознаменувалось цікавими та результативними дослідженнями. Проте варто визнати, що співпраця науковців-цивілістів погано скоординована, і «важливо проводити підготов-

ку середньо- і довгострокових наукових програм перспективного нормотворення та прогнозування правозастосовної практики за рахунок бюджетних чи позабюджетних коштів» [1, с. 197]. В цьому аспекті було б корисним розробити перелік актуальних для цивільного права проблематик, тої ж концепції правового регулювання нерухомості, зокрема, правового регулювання ринку землі, ринку нематеріальних активів, фінансових послуг, способів і меж судового захисту, помірності обмежень приватних прав тощо. Такий перелік могла б сформулювати НАПрН України.

Досить важливим для розвитку цивільного права є адаптаційний напрям. Це важливо з огляду на інтеграційні процеси. Принаймні, цивільне право має максимально гармонізуватися із законодавством тих країн, до тісної співпраці з якими прагне Україна. Адаптація, насамперед, стосується актів цивільного законодавства. Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства ЄС визначає механізм досягнення відповідності третьому Копенгагенському та Мадридському критеріям набуття членства в ЄС. Метою адаптації є досягнення відповідності правової системи України *acquis communautaire* з урахуванням критеріїв, що висуваються ЄС до держав, які мають намір вступити до нього. Правова система ЄС включає акти законодавства ЄС (але не обмежується ними) і прийняті в рамках ЄС щодо спільної зовнішньої політики та політики безпеки і співпраці у сфері юстиції та внутрішніх справ.

Acquis communautaire включають у себе законодавство Співтовариства та інші акти, що прийняті згідно з другою та третьою основами ЄС, спільні цілі, що покладені в основу договорів. У них включаються не тільки тексти нормативних актів, а й природа права ЄС (той самий дух законів, що живить його букву), що було покладено в основу «Білої книги для підготовки асоційованих членів Центральної та Східної Європи для вступу до внутрішнього ринку Союзу». Вона є

аналітичним матеріалом про досягнення Союзу в різних сферах регулювання внутрішнього ринку, і містить рекомендації щодо шляхів досягнення таких же результатів у країнах, де норми права ЄС не застосовуються.

В «Угоді про партнерство та співпрацю між Європейським Союзом і Україною» було заявлено про намір України інтегруватися в ЄС і привести своє законодавство відповідно до його вимог. Це передбачає такі основні стадії: імплементація угоди, укладення галузевих угод, приведення чинного законодавства до вимог та стандартів ЄС, створення механізму приведення проектів законодавчих актів України у відповідність до норм права ЄС.

Слід зазначити вплив інтеграційних процесів на становлення джерел цивільного права. Йдеться про уніфікацію цивільного законодавства на засадах поваги до людини, врахування закономірностей ринкової економіки та цінностей. У Західній Європі під керівництвом професора Ландо розроблено окремі положення загальної частини проекту Цивільного кодексу ЄС. Розробка всього кодексу за прогнозами – справа не одного десятиріччя, і ці роботи ведуться досить в'яло.

Таким чином, сучасні об'єктивні процеси та потреби забезпечення виживання людства визначають напрямки розвитку правового регулювання приватних відносин взагалі та в Україні зокрема. Це зумовлює акценти та структуру наукових досліджень та подальші напрямки удосконалення актів цивільного законодавства.

Для цивільного законодавства України слід посилити регулятивне навантаження, у тому числі за рахунок введення стимулів, обмежень та заборон.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Київська школа цивілістики /До 175-річчя Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 1834 – 2009 / За ред. члена-кореспондента АПрН України Р. А. Майданика. – К.: Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – 334 с.*

Speech goes in the article about the lacks of the modern adjusting of private legal relationships and complications in application of acts of civil legislation. The lacks of dualism of private right are marked in divergences of concepts and maintenance, incompleteness of adjusting and application. Specified without alternativeness of adaptation direction of development of legislation. The idea of working out in detail of adjusting establishment of stimuli, limitations and prohibitions is defended.

В статье отмечаются недостатки современного регулирования частных правоотношений и сложности применения актов гражданского законодательства. Раскрываются недостатки дуализма частного права в расхождении понятий и содержания, неполнота регулирования ряда отношений и применения. Указывается на безальтернативность адаптационного направления развития законодательства. Отстаивается идея детализации регулирования с помощью стимулов, ограничений и запретов.

СУЧАСНИЙ СТАН НАУКОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ З МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Довгерт А. С.,

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

У статті висвітлюється історія розвитку науки міжнародного приватного права (МПрП) в Україні за період з 1991 р. до сьогоднішнього дня. Виявлено здобутки та особливості сучасного етапу наукових досліджень з МПрП.

Ключові слова: розвиток МПрП в Україні, МПрП в навчальних і наукових закладах.

Вступ. Процес наукових досліджень з міжнародного приватного права (МПрП) на теренах України (у межах сучасних кордонів) розпочався не так давно, лише в останній чверті XIX століття. Так як територія України до 1991 р. знаходилася у складі інших держав, то й доробки з МПрП, напрацьовані в наукових центрах на її території, можна, ймовірно, відносити до доктрини МПрП, відповідно, царської Росії, Австро-Угорщини чи СРСР. Навіть сьогодні, через 20 років після здобуття Україною незалежності, українські дослідження з МПрП ще не вийшли з традиційного наукового поля Росії. Між тим, вже час розпочинати власний літопис науки МПрП, коріння якої, безумовно, знаходяться у науковому ґрунті минулого. Враховуючи це, в історії становлення та розвитку науки МПрП в Україні можна виявити три великі етапи: початковий, радянський та сучасний.

У цій статті висвітлюється розвиток науки МПрП в Україні протягом третього, сучасного періоду її історії (1991 р. – дотепер), для якого характерним є значне збільшення досліджень у цій сфері, яке пояснюється такими обставинами.

По-перше, незалежна Україна стала на шлях реалізації західноєвропейської моделі розвитку (реальна демократія, громадянське суспільство та соціальна ринкова економіка плюс євроінтеграція). Нова практика міжнародного спілкування як для держави, так і для фізичних та юридичних осіб вимагала постійного застосування правових механізмів МПрП, які за радянських часів були недостатньо розвинутими (відсутність повноти та системності в колізійному праві, незадіяність багатьох важливих міжнародних інструментів тощо).

По-друге, в країні розпочалася бурхлива законодавча робота, спрямована на зміцнення цих правових механізмів, зокрема, кодифікація колізійного права, приєднання до важливих міжнародних договорів, вступ держави до міжнародних організацій.

По-третє, в 1992 р. в Інституті міжнародних відносин Київського університету була створена кафедра міжнародного приватного права. Відбулася подія колозального значення для науки МПрП в Україні. Якщо раніше дослідження у цій сфері здійснювалися лише окремими фахівцями різних наукових закладів, факультетів та кафедр, то з 1992 р. з'явився спеціальний науковий підрозділ з вивчення і викладання широкого спектру проблем МПрП та з підготовки кадрів у цій сфері, що є вкрай важливим з огляду на майбутнє.

По-четверте, МПрП стали викладати в усіх юридичних закладах країни, що дало поштовх для формування інших, крім Київський університет, наукових центрів з вивчення МПрП.

Наука МПрП у Київському університеті імені Тараса Шевченка. З перших років незалежності України Київський університет, як і в радянську добу, є основним центром у країні з досліджень проблематики МПрП.

Відкриття разом із кафедрою міжнародного приватного права нової спеціалізації з МПрП для бакалаврів, спеціалістів та магістрів міжнародного права Інституту

міжнародних відносин КНУ імені Тараса Шевченка зумовило впровадження багатьох спецкурсів з МПрП [1] та, відповідно, підготовку нової навчальної літератури [2], яка базувалася, як правило, на тривалих наукових дослідженнях.

Наукові пошуки на кафедрі міжнародного приватного права охоплювали майже всі сфери МПрП. Про широту досліджень говорить той факт, що за роки незалежності на кафедрі захищено більше 30-и кандидатських дисертацій з МПрП [3].

Докторські дисертації виконали А. С. Довгерт (Правове регулювання міжнародних трудових відносин, 1994); В. І. Кисіль (Механізми колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві, 2001); О. О. Мережка (Теорія та принципи транснаціонального торгового права, 2002); О. М. Бірюков (Транснаціональні банкрутства, 2010); О. І. Виговський (Інститут цінних паперів в міжнародному приватному праві, 2011).

Професор Анатолій Степанович Довгерт у низці праць, присвячених міжнародному приватному трудовому праву [4], вперше в науці країн СНД розкрив концепцію правового регулювання трудових відносин з іноземним елементом на основі підходів, принципів і категорій МПрП. В окремих роботах та в докторській дисертації на основі порівняльно-правового дослідження показано рішення основних колізійних проблем та напрямки договірної уніфікації матеріально-правових норм у сфері міжнародних трудових відносин. Працями А. Довгерта у цій сфері було започатковано новий напрямок наукових досліджень з МПрП, які згодом почали виконуватися в Україні та в Росії.

Широке коло питань колізійного права та кодифікації його норм досліджувалися професором Василем Івановичем Кисілем. В його публікаціях та докторській дисертації, з урахуванням сучасного законодавства країн світу, представлена історія доктрини колізійного права, динаміка законодавчих актів у цій сфері, еволюція основних колізійних прив'язок. Особлива увага надавалася вивченню форми, змісту, структури кодифікацій колізійного права та їх регіональних особливостей. Певним підсумком досліджень стала монографія професора В. Кисіля «Міжнародне приватне право: питання кодифікації» (2000 р., друге вид. 2005 р.) [5], яка, між іншим, широко використовується студентами як підручник із Загальної частини МПрП.

Новими підходами до МПрП вирізняються праці дисертаційного циклу Олександра Олександровича Мережка. Одним із перших вчених у країнах СНД професор О. Мережка підійшов до вивчення проблематики транснаціонального торгового права (*lex mercatoria*), зокрема, історії розвитку та правової природи *lex mercatoria*, його джерел та механізмів імплементації. Важливим є і те, що праці вченого (зокрема, «*Lex Mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права*», 1999 [6]) написані на основі нових методологічних підходів. Зокрема, дослідник відкидає юридичний позитивізм через його неспроможність

пояснити *lex mercatoria*, яке трактується автором як таке, що створюється самими учасниками міжнародної торгівлі.

Багаторічні публікації стали результатами дослідження Олександра Миколайовича Бірюкова з вельми оригінальної теми транскордонних банкрутств. У його докторській роботі та монографії («Транскордонні банкрутства: теорія і практика», 2008 [7]) показано, що у транскордонних справах про банкрутство відомі положення МПРП застосовуються з певною специфікою. У працях вченого теоретично обґрунтована корисність розробки в Україні відповідних норм на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ 1997 р. та інших міжнародних документів у сфері міжнародних банкрутств.

Вперше в історії науки МПРП у країнах пострадянського простору Олександром Ігоревичем Виговським здійснено масштабне дослідження у сфері міжнародного обігу цінних паперів. У його докторській дисертації та монографії розкриваються особливості правового регулювання транскордонного розміщення та обігу цінних паперів, їх окремих видів, та досліджуються механізми вирішення колізійних питань у цій сфері [8].

Результати кафедральних досліджень містяться у більш ніж 700 наукових публікаціях з МПРП, серед яких чимало монографій. Крім монографій, створених у рамках докторських дисертацій, у викладачів і науковців Київського університету за період незалежності вийшло друком багато інших монографічних праць [9]. Наукові пошуки вчених кафедри сприяли встановленню контактів із закордонними колегами і центрами з приватного права та сприяли публікаціям українських авторів у зарубіжних виданнях Великої Британії, Німеччини, Нідерландів, Канади, Китаю, Казахстану, Росії, США, Швейцарії та інших країн.

Наукові дослідження, що проводилися у цей період на кафедрі міжнародного приватного права, збіглися з епохальними кодифікаційними роботами в Україні. Науковці кафедри брали участь у створенні багатьох нових законів ринкового спрямування. Окремою сторінкою у цій діяльності стала тривала (понад 10-и років) праця над проектом Цивільного кодексу України. Вчені підготували також проект кодифікації МПРП спочатку в рамках проекту нового Цивільного кодексу України, а згодом у рамках окремого закону. Викладачі кафедри долучилися і до міжнародного законотворення, здійснюваного СНД, Газською конференцією з міжнародного приватного права та УНІДРУА. Професор А. С. Довгерт розробив розділ «Міжнародне приватне право» у Моделі Цивільного кодексу для країн СНД (1996 р.), брав участь у створенні останніх конвенцій Гаазької конференції з МПРП (2001–2007 рр.). У підготовці проекту конвенції УНІДРУА з цінних паперів були задіяні О. М. Бірюков та О. І. Виговський.

Законотворча та інша практична діяльність вчених (наприклад, викладачі кафедри створили в цей період декілька успішних та найвідоміших в Україні юридичних фірм) спиралася на спеціально створені для тих чи інших випадків теоретичні праці [10].

Інші наукові центри з дослідження МПРП. Крім вагомих результатів КНУ імені Тараса Шевченка, як вже зазначалося, відмітною рисою сучасного етапу в історії науки МПРП в Україні стало поступове формування інших наукових центрів з досліджень МПРП.

У Києві серед наукових та науково-навчальних закладів і підрозділів варто окремо зазначити відділ міжнародного приватного права та порівняльного законодавства Інституту приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, співробітники якого підготували чимало монографій з МПРП [11] та виконали дослідження з багатьох питань МПРП, зокрема, з питань міжнародного речового права (О. В. Шупінська), міжнародного контрактного права (В. І. Король), міжнародного цивільного процесу (Т. В. Сліпачук, С. В. Задорожна). В Інституті держави і права НАН України виконано кандидатські дисертації С. В. Мостовенко «Цивільно-правове регулювання договорів у вільних економічних зонах і на територіях із спеціальним режимом інвестиційної діяльності», 2005 та О. С. Переверзевої «Міжнародний комерційний арбітражний суд з вирішення спорів у сфері торговельного мореплавства», 2006.

У Львівському університеті наукові праці з іноземних інвестицій написані професором Володимиром Михайловичем Коссаком [12]. У рамках виконання кандидатських дисертацій написані праці з міжнародного деліктного права (Г. С. Фединак), міжнародного цивільного процесу (Л. С. Фединак), міжнародної технічної допомоги (М. О. Михайлів), іноземних інвестицій у спеціальних економічних зонах (Ю. С. Бек). У 2008 р. вийшла друком монографія Г. С. Фединак про транснаціональні корпорації [13].

У Харкові (Національна юридична академія України) у цій сфері плідно працює А. А. Степанюк, якій вдалося за короткий час опублікувати низку теоретичних праць [14]. На основі кандидатських дисертацій вийшли в світ монографії В. С. Мілаш «Захисні застереження в зовнішньоекономічному договорі», 2004; Л. В. Таран «Спеціальний правовий режим підприємницької діяльності в свободних економічних зонах України (комплексне дослідження)», 2004; Е. А. Щокіної «Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного частного права», 2007. Написані кандидатські дисертації з міжнародного договору купівлі-продажу (С. О. Юдін, 1994), договору лізингу (Р. П. Бойчук, 1997), іноземних інвестицій (О. Ю. Кібенко, 1998), уніфікації правил міжнародних контрактів (О. К. Порфір'єва, 2000), джерел МПРП (Т. В. Колісник, 2003), суб'єктів МПРП (І. С. Ніколаєв, 2006) та ін. У галузі міжнародного цивільного процесу та арбітражу відомі праці В. В. Комарова та В. М. Погорецького [15].

В Одесі виконуються дослідження у сфері міжнародного приватного морського права (О. М. Шемякин [16], Т. Р. Короткий). В Одеській національній юридичній академії та в Одеському університеті проведено наукові розвідки в рамках кандидатських дисертацій: Смітюх А. В. Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та *Lex Mercatoria* в контексті міжнародного приватного права, 2004; Якубовська Н. О. Правове регулювання діяльності багатонаціональних компаній, 2006; Чернолуцький Р. В. Проблеми правосуб'єктності осіб у колізійному праві України, 2006; Романадзе Л. Д. Захист права на торговельні марки у міжнародному приватному праві,

2008; Трояновський О. В. Відповідальність сторін за міжнародним договором комерційного посередництва, 2009; Недбай А. В. Реалізація принципу «автономії волі» сторонами-учасниками зіткнення суден, 2009 тощо.

В інших містах України вийшли монографічні праці О. В. Руденко «Уніфікація міжнародного права в ЄС», 2009 [17]; С. М. Задорожної «Автономія сторін у міжнародному приватному праві», 2008 [18] (Чернівці); М. О. Баймуратова, Р. В. Чорнолуцького «Міжнародне приватне право України: правосуб'єктність осіб (теоретико-методологічні аспекти)», 2009 [19] (Маріуполь). На кафедрах ряду вузів все частіше затверджуються теми дисертацій з МПРП та проводяться відповідні дослідження (наприклад, у Запорізькому університеті виконана дисертація С. М. Сергєєвої з міжнародного приватного трудового права).

Навчальна література з МПРП. Крім навчальної літератури з МПРП, створеної науковцями Київського національного університету (про що згадувалося вище), авторами інших вузів підготовлено чимало підручників, курсів лекцій, навчальних посібників, збірників нормативних актів, практикумів, коментарів.

На цей час підручники з МПРП випустили Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк (останнє видання 2012 р.), О. Х. Юлдашев (2004), А. А. Степанюк (2008), колективи авторів на чолі з В. П. Жушманом та І. А. Шуміло (2011) і А. С. Довгертом та В. І. Кисілем (2012) [20].

Названі підручники різняться як за об'ємом, так і за змістом. По-різному автори підійшли й до конструювання та добору тем Загальної та Особливої частин курсу. Наприклад, у підручнику А. А. Степанюк Загальна частина занадто широка і написана у монографічному стилі. З іншого боку, О. Х. Юлдашев традиційним теоретичним питанням МПРП майже не залишає місця.

Загальною ознакою для більшості підручників є те, що вони, на відміну від оригінальних дореволюційних праць або підручників радянської доби, лише повторюють старі «рецепти», за якими, наприклад, МПРП розглядається як галузь або підсистема (А. А. Степанюк) внутрішнього права держави, що включає колізійні та уніфіковані матеріальні норми. Г. С. Фединяк додає до них ще норми національного законодавства, які спеціально створено для регулювання приватноправових відносин з іноземним елементом, а А. А. Степанюк схильна включати до складу МПРП і звичайні норми приватного права, що «необхідно залучені» колізійними правилами до процесу правового регулювання. Норми міжнародного цивільного процесу, як правило, не включаються авторами до складу об'єктивного МПРП.

Таким же чином, як і підручники, можуть характеризуватися і посібники з МПРП [21].

Важливою віхою в історії науки та викладання МПРП стало опублікування в Україні збірок нормативних актів, практикумів та коментарів Закону України «Про міжнародне приватне право» [22].

Основний висновок стосовно сучасного етапу розвитку науки МПРП в Україні полягає у значному розширенні тематики і географії досліджень та кола дослідників. За останні 20 років написано в десятки разів більше монографій, статей, підручників та посібників з МПРП порівняно з радянським періодом. Завдяки цьому та вимогам практики з науки міжна-

родного приватного права знято покров екзотичності, а сама вона, з точки зору потреб практики, стала в один рівень з науками міжнародного публічного та цивільного права. Хоча доктрина МПРП в Україні ще має певні негативні наслідки радянського етапу (наприклад, у теоретичних питаннях МПРП), ми не бачимо серйозних перешкод на шляху її подальшого розвитку.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. У новому тисячолітті студентам пропонується до вивчення біля 40 таких курсів, серед яких, наприклад, «Актуальні проблеми міжнародного приватного права», «Методологія міжнародного приватного права», «Історія науки міжнародного приватного права», «Міжнародне авторське право», «Міжнародне право промислової власності», «Міжнародне сімейне право», «Міжнародний комерційний арбітраж», «Міжнародний цивільний процес», «Міжнародне приватне морське право», «Герменевтика в міжнародному приватному праві» тощо.

2. Довгерт А. С. Правовое регулирование международных трудовых отношений: Учебное пособие. – К., 1992. – 248 с.; *Міжнародне приватне право. Міжнародні договори України. Том 1 / Відп. ред. та упорядники А. Довгерт та В. Крохмаль.* – К., 2000. – 992 с.; *Міжнародне приватне право. Міжнародні договори України. Том 2 / Відп. ред. та упорядники А. Довгерт та В. Крохмаль.* – К., 2000. – 1312 с.; *Криволатов Б. М. Позовна давність у міжнародному приватному праві. Навчальний посібник.* – К., 2001. – 148 с.; *Авторське право та суміжні права. Європейський досвід: У 2-х книгах. / За ред. А. С. Довгерта.* – Кн. 1.– К., 2001. – 520 с.; *Авторське право та суміжні права. Європейський досвід: У 2-х книгах. / За ред. А. С. Довгерта.* – Кн. 2. – К., 2001. – 460 с.; *Цират Г. А. Міжнародний комерційний арбітраж: Навч. посібник.* – К., 2002. – 304 с.; *Цират А. В. Франчайзинг и франчайзинговый договор: Учебн.–практ. пособие.* – К., 2002. – 240 с.; *Довгерт А. С., Сирота Д. М. Міжнародне авторське право. Матеріали до курсу.* – К., 2004. –165 с.; *Забара І. М. Міжнародне приватне морське право: Збірник матеріалів до навчальної дисципліни.* – К., 2004. – 196 с.; *Бірюков О. Банкрутство. (Курс лекцій).* – К., 2004. – 240 с.; *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Отв. ред. проф. А. Довгерт.* – К., 2006. –1008 с.; *Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции / Отв. ред. проф. А. Довгерт.* – К., 2004. – 544 с.; *Кармаза О. О. Міжнародне спадкове право: Науково-практичний посібник.* – К., 2007. – 328 с.; *Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. доктора юридичних наук, проф. А. Довгерта.* – Х., 2008. – 359; *Закон України «Про міжнародне приватне право»; Цивільний кодекс України: парал. укр. та англ. тексти / Наук. керівник перекладу Г. В. Галущенко.* – К., 2009. – 735 с.; *Цират А. В. Руководство по составлению и заключению франчайзинговых договоров: право и практика: Учебн.–практ. пособие.* – К., 2010. – 352 с. та ін.; *Правове регулювання іноземних інвестицій в Україні: навчальний посібник* (Ю. Д. Притика, 2010); *Міжнародне приватне право: практикум* (за ред. Р. А. Майданика, Н. С. Кузнецової, Т. В. Боднар, Е. М. Грамацького, 2010).

3. *Калакура В. Я. Кодифікація міжнародного приватного права в країнах Європи, 1993; Криволатов Б. М. Позовна давність у міжнародному приватному праві,*

1997; *Варшало́мідзе Леван*. Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках УНІДРУА, 1998; *Галу́щенко Г. В.* Міжнародні договори України про правову допомогу в цивільних справах і внутрішнє законодавство, 2001; *Серьогін О. Ю.* Правове регулювання міжнародних туристичних відносин, 2002; *Виноградова Г. В.* Міжнародне приватноправове регулювання іноземного інвестування в позиковій формі в Україні, 2002; *Забара І. М.* Відшкодування моральної (немайнової) шкоди в міжнародному приватному праві, 2002; *Теуш С. К.* Приватноправові конвенції Ради Європи, 2003; *Сирота Д. М.* Вдосконалення законодавства України про суміжні права до рівня основних універсальних міжнародних договорів про суміжні права, 2004; *Кармаза О. О.* Спадкування у сучасному міжнародному приватному праві, 2006; *Попко В. В.* Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках Гаазької конференції, 2006; *Довжук О. В.* Правове регулювання міжнародних приватних трудових відносин на сучасному етапі (матеріально-правовий аспект), 2006; *Черняк Ю. В.* Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України, 2006; *Бурлай О. Є.* Правовідносини подружжя в міжнародному приватному праві, 2007; *Ільков В. В.* Правове регулювання створення та функціонування вільних економічних зон в Україні, 2007; *Руденко О. В.* Уніфікація міжнародного приватного права в Європейському Союзі, 2007; *Балденюк В. В.* Забезпечення застосування колізійної норми: кваліфікація, зворотне відсилання, обхід закону в міжнародному приватному праві, 2008; *Філіп'єв А. О.* Застосування іноземного права для регулювання приватно-правових відносин: проблеми та перспективи, 2009; *Гіренко О. Т.* Сучасні тенденції регулювання юрисдикційних імунітетів у міжнародному приватному праві, 2009; *Пишеничнюк Д. В.* Колізійний принцип тісного зв'язку у міжнародному приватному праві, 2011.

4. *Довгерта А. С.* Правове регулювання міжнародних трудових відносин: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. / Київський національний університет ім. Т. Г. Шевченка. – К., 1994. – 50 с.; *Його ж.* Правовое регулирование международных трудовых отношений: Учебное пособие. – К., 1992. – 248 с.; *Його ж.* Трудовые отношения // Международное частное право. Учебное пособие / Под ред. проф. Г. К. Дмитриевой. – М., 1993. – С. 131–150; *Його ж.* Соотношение международного частного права и трудового права // Международное частное право: современные проблемы. В 2 кн. – Кн.1. – М., 1993. – С.125–135; *Його ж.* Питання міжнародного приватного трудового права // Український часопис міжнародного права. – 1994. – № 1. – С. 110–131.

5. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К., 2002. – 430 с. (друге видання: К., 2005. – 480 с.).

6. *Мережка О. О.* Lex Mercatoria: теорія і принципи транснаціонального торгового права. – К.: Таксон, 1999. – 415 с.

7. *Бірюков О. М.* Транскордонні банкрутства: теорія і практика. Монографія. – К., 2008. – 318 с.

8. *Виговський О. І.* Інститут цінних паперів у міжнародному приватному праві. – К., 2011. – 476 с.

9. *Хачатурян А. Г.* Унификация коллизионных норм в международном частном праве, 1993; *Цират А. В., Цират Г. А.* Международный арбитраж как способ решения внешнеэкономических споров, 1997; *Бірюков А. Н.* Інститут неспроможності: порівняльно-правовий аналіз,

2000; *Виноградова Г. В., Кучер Б. І.* Іноземне інвестування в міжнародному приватному праві, 2003; *Законодавство про банкрутство: Збірник нормативних матеріалів і аналітичних статей* (за ред. О. М. Бірюкова, 2003); *Галущенко Г.* Питання міжнародного приватного права у міжнародних договорах України про правову допомогу, 2005; *Попко В. В.* Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках Гаазької конференції: монографія, 2007; *Притика Ю. Д.* Міжнародний комерційний арбітраж: питання теорії та практики: монографія, 2005; *Хєда С. М.* Правове регулювання участі іноземних юридичних осіб у цивільних правовідносинах (порівняльно-правовий аспект), 2005; *Черняк Ю. В.* Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн ЄС та України, 2008; *Ільков В. В.* Особливості правового режиму інвестицій в Україні, 2008; *Опадчий І.* Грошові зобов'язання у міжнародному приватному праві, 2009; *Міжнародне приватне право в Київському університеті: антологія у 2 -х т.* (за ред. проф. А. Довгерта, 2009).

Деякі напрямки досліджень в галузі МПрП, виконані кафедрою міжнародного приватного права останніми роками, наведено в двох колективних монографіях: *Міжнародне приватне право. Актуальні проблеми* (за ред. проф. А. Довгерта, 2001); *Очерки международного частного права* (за ред. проф. А. Довгерта, 2007).

10. *Так, ряд праць* проф. А. С. Довгерта було присвячено теоретичним обґрунтуванням проекту української кодифікації МПрП, тенденціям розвитку нормативного масиву та всієї інфраструктури МПрП в Україні (доктрина, система застосування норм, підготовка спеціалістів тощо): *«Кодифікація норм міжнародного приватного права» 1997; «Міжнародне приватне право в незалежній Україні», 2005; «Реформа колізійного права в Україні», 2007; «Сучасні приватноправові реформи в Україні з огляду на формування всесвітньоцивільного права», 2008; «Удосконалення колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу після реформи міжнародного приватного права 2005 року», 2010* та ін. Як учасник багатьох дипломатичних сесій Гаазької конференції з міжнародного приватного права А. Довгерт звертається також до питань, пов'язаних із діяльністю цієї міжнародної організації: *«Гаазькі конвенції з міжнародного приватного права», 1998; «110 років Гаазької конференції з міжнародного приватного права», 2003.*

Результатом багаторічної роботи О. Мережка в юридичних школах США стали його праці в області колізійного права США (*«Коллизионное право США», 2003*). Уявлення про основні колізійні теорії США дозволило краще зрозуміти сучасне європейське МПрП, за підходами якого створювався проект української кодифікації колізійного права. Вагомим внеском у доктрину МПрП стала така праця О. Мережка (*«Наука международного частного права: история и современность», 2006*), в якій майстерно показаний розвиток доктрин МПрП та запропоновано цікаві картини МПрП постіндустріального суспільства.

11. *Проблеми* правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтерналізації: Колективна монографія / За заг. ред. О. Д. Крупчана. – Тернопіль, 2007. – 240 с.; *Новосельцев І. І.* Транскордонна неспроможність у міжнародному приватному праві: Монографія. – К., 2009. – 148 с.; *Проблеми систематизації приватного права України та*

Свропи: монографія / За заг. ред. Ю. В. Білоусова. – К., 2009. – 204 с.

12. *Косак В. М.* Іноземні інвестиції в Україні (цивільно-правовий аспект). – Львів, 1996. – 216 с.; *Його ж.* Правові засади іноземного інвестування в Україні. – Львів, 1999. – 244 с.

13. *Фединак Г. С.* Цивільно-правова природа транснаціональних корпорацій та їх договорів з приймаючою державою: Монографія. – К. – 344 с.

14. *Степанюк А.* Колізії наслідкування в міжнародному частному праві. – Харків, 2004. 160 с.; *Її ж.* Міжнародне приватне право: теоретичні аспекти правового регулювання. – Харків, 2005. – 200 с.; *Її ж.* Правова політика у міжнародному приватному праві – Харків, 2006. – 144 с.

15. *Комаров В. В.* Міжнародний комерційний арбітраж. – Х., 1995. – 304 с.; *Комаров В. В., Погорецький В. Н.* Міжнародний комерційний арбітраж. – Х., 2009. – 164 с.

16. *Шемякин О. Н.* Міжнародне приватне морське право: учбовий посібник. – Одеса, 2000. – 272 с.

17. *Руденко О. В.* Уніфікація міжнародного права в ЄС: монографія. – Чернівці, 2009. – 248 с.

18. *Задорожна С. М.* Автономія сторін у міжнародному приватному праві. Монографія. – Чернівці, 2008. – 216 с.

19. *Баймуратов М. О., Чернолуцький Р. В.* Міжнародне приватне (колізійне) право України: правосуб'єктність осіб (теоретико-методологічні аспекти): монографія. – Суми, 2009. – 252 с.

20. *Фединак Г. С., Фединак Л. С.* Міжнародне приватне право: підручник. – К., 2012. – 500 с.; *Юлдашев О. Х.* Міжнародне приватне право: Академічний курс: підручник для студ. вищ. навч. закл. – К., 2004. – 528 с.;

Степанюк А. А. Міжнародне приватне право: підручник. – Харків, 2008. – 696 с.; *Міжнародне приватне право: підручник для студ. юрид. вищ. навч. закл. / за ред. проф. В. П. Жушмана та доц. І. А. Шуміло.* – Х., 2011. – 320 с.; *Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / за ред. А. С. Довгерта і В. І. Кисіля.* – К., 2012. – 376 с.

21. Вийшли друком такі посібники: *Фединак Г. С.* Міжнародне приватне право: курс вибр. лекцій. – К., 1997. – 432 с.; *Данилькевич Н. И., Федоров О. Н.* Международное частное право: учебное пособие. – Днепропетровск, 1999. – 210 с.; *Попов А. А.* Международное частное право: учебное пособие. – Х., 2000. – 244 с.; *Фединак Г. С., Фединак Л. С.* Міжнародне приватне право: навчальний посібник. – К., 2000. – 416 с.; *Дахно І. І.* Міжнародне приватне право: навчальний посібник. – К., 2001. – 307 с.; *Міжнародне приватне право: навчальний посібник / За ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жушмана.* – К., 2005. – 368 с.; *Чубарев В. Л.* Міжнародне приватне право: навчальний посібник. – К., 2006. – 608 с.; *Міжнародне приватне право: навчальний посібник / За ред. С. Г. Кузменка.* – К., 2010. – 316 с.

22. *Международное частное право: учебное пособие / Сост. Д. В. Задыхайло.* Х., 1998. – 752 с.; *Кибенко Е. Р.* Международное частное право: учебно-практическое пособие. – Х., 2003. – 512 с.; *Дахно І. І.* Міжнародне приватне право: навчальний посібник. – К., 2008. – 316 с.; *Васильченко В.В.* Науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право». – К., 2007. – 200 с.; *Степанюк А. А.* Коментар Закону України «Про міжнародне приватне право». – Х., 2007. – 264 с.; *Фединак Г. С., Фединак Л. С.* Практикум з курсу «Міжнародне приватне право». – К., 2007. – 312 с.

This article is an attempt to trace the history of private international law (PIL) science in Ukraine beginning of 1991 up to nowadays. The article shows the results and specific of current period of scientific research in the sphere of PIL.

В статтє сделана попытка осветить историю развития науки международного частного права (МЧП) в Украине за период с 1991 г. по настоящее время. Показаны результаты и особенности современного этапа научных исследований в области МЧП.

КОНСТИТУЦІЙНІ АКТИ ПОЧАТКУ 90-х РОКІВ ХХ СТОЛІТТЯ В ПРОЦЕСІ ФОРМУВАННЯ ОСНОВ ДЕРЖАВНОГО ЛАДУ УКРАЇНИ

Яковлєв А. А.,

кандидат юридичних наук,

заступник Головного вченого секретаря

Національної академії правових наук України

У статті досліджується специфіка конституційного процесу в Україні початку 90-х років ХХ століття з позиції визначення основ державного ладу, закріплення цінностей побудови демократичної і правової держави, забезпечення верховенства права і прав людини в Україні. Автор звертається до аналізу конституційних актів цього періоду, а також до дослідження концепції нової Конституції України 1991 року, яка розроблялась вітчизняними юристами, науковцями та політиками.

Ключові слова: Конституція України, конституційний процес, державний лад, верховенство права, демократична і правова держава, форма держави, права людини.

Розвиток конституційного права України та основ конституційного законодавства, необхідність дослідження яких істотно актуалізується у контексті діяльності Конституційної Асамблеї та розробки пропозицій

щодо конституційного реформування, тісно пов'язаний із тими процесами, які ознаменували собою перші кроки на шляху становлення конституціоналізму в Україні на початку 90-х років минулого століття. Саме тоді

було закладено основу конституційності та легітимності державної влади в Україні, визначено головні орієнтири державотворення і правотворення. Справді, історія вітчизняного конституціоналізму доби незалежної України не може відраховуватись лише з 1996 року, коли було прийнято Конституцію України, що діє і нині (незважаючи на політичну реформу, яка тимчасово, до відповідного рішення Конституційного Суду України, змінила форму правління в Україні з президентсько-парламентської на парламентсько-президентську). Насправді цей процес розпочався разом із проголошенням незалежності, а також із початковою роботою провідних українських юристів над проектом Конституції України. З огляду на це, науковий аналіз джерел вітчизняного конституціоналізму видається значущим у теоретичному і практичному аспектах завданням сучасної науки конституційного права.

Проте актуальність звернення до початкових етапів становлення конституціоналізму в Україні кінця ХХ століття (зараз ми свідомо не беремо до розгляду ті конституційні проекти, які розроблялись у ХІХ і на початку ХХ століть і без яких, за словами О. Скрипнюка, неможливо побудувати цілісну картину конституційної історії України [1]) зумовлюється й іншими причинами, з-поміж яких зазначимо найголовніші. По-перше, зазначений період характеризується збагаченням конституційного права України новими інститутами й іншими складовими елементами. Зокрема про це пише В. Федоренко, який виявляє певний паралелізм у розвитку нових теоретико-методологічних підходів до вивчення системи конституційного права та аналізу конституційного процесу у вітчизняній юридичній науці, практичною появою нових форм державно-правових відносин та нових методів реалізації публічної влади у взаємодії держави і громадянського суспільства [2]. У цьому контексті стає очевидним, що побудова цілісної теоретико-правової моделі розвитку вітчизняного конституціоналізму є неможливою без звернення до тих етапів, коли, власне, й відбувалось поступове утвердження тих фундаментальних ідей і принципів, які були потім інституціоналізовані та юридично закріплені в Конституції України 1996 року. З таких позицій, звернення до окресленої нами проблематики має незаперечну теоретико-методологічну актуальність, і становить важливий та актуальний напрямок сучасних конституційно-правових досліджень.

По-друге, з огляду на ті складності, які нині спостерігаються у конституційному розвитку України, суттєво актуалізується потреба в науковому зверненні до тих ідей, які свого часу визначили загальний вектор конституційного процесу в Україні. Тобто, наразі актуальним і значимим завданням є чітко з'ясування того, наскільки в конституційному процесі щонайменше останніх п'ятнадцяти років було втілено чи реалізовано ті цілі та принципи, які на початку 90-х років минулого століття видавались як науковцям-юристам, так і державним діячам своєрідними «аксіомами конституціоналізму». У цьому сенсі не можна не навести думку Ю. Барабаша, який пише: «Українські науковці активно кинулись створювати ефемерні механізми забезпечення стабільності конституційного ладу, не розібравшись до

кінця, чи виник насправді цей самий лад як система відносин, заснованих на демократичних засадах, поваги до людської гідності та забезпечення автономії особистості» [3]. З огляду на це, насправді, вельми актуальним і для науки конституційного права і для всієї цієї галузі є визначення того, наскільки та якою мірою протягом 20-річного державного будівництва було реалізовано вихідні чи, так би мовити, «парадигмально-правові» ідеї перших конституційних актів та перших проектів конституції незалежної України. Тому і в цьому аспекті актуальність звернення до визначеної нами теми видається цілком очевидною.

Нарешті, по-третє, варто вказати й на причини практичної актуальності звернення до цієї проблематики. Справа в тому, що наразі в науковому середовищі конституціоналістів, а також всіх тих, хто тією чи іншою мірою залучений до діяльності Конституційної Асамблеї, набули особливої гостроти суперечки щодо подальших напрямів та форм розвитку конституційного процесу в Україні. Причому доволі часто лунає думка про те, що Україні варто не стільки винаходити нові конституційні механізми або запроваджувати нові конституційні інститути, скільки повернутись до тих вихідних ідей і принципів демократичної, правової і соціальної державності, реального народовладдя, незаперечної поваги і всебічного забезпечення з боку держави прав і свобод людини і громадянина, сприяння розвитку громадянського суспільства, про які йшлося під час роботи над проектами Конституції України у першій половині 90-х років ХХ століття. У цьому сенсі можна навести позицію В. Медведчука, який, звертаючись до аналізу даного періоду, вказує, що це був час поступового оволодіння ідеями демократії і конституціоналізму громадян України [4], багато з яких так і не були реалізовані на практиці, були «заговорені», або ж їх цінність була цілком нівельована реальними діями держави по відношенню як до громадян, так і до громадянського суспільства в цілому.

Таким чином, визначаючи метою нашої статті дослідження конституційних актів початку 90-х років ХХ століття та їх ролі в процесі формування основ державного ладу України, слід вирішити такі конкретні завдання: а) охарактеризувати загальні правові ідеї, які були застосовані вітчизняними юристами в ході визначення основ державного ладу України; б) з'ясувати роль окремих конституційних принципів, які мали закласти надійну основу для подальшого стабільного конституційного розвитку України; в) виявити головні питання, які мали дискусійний характер та вплинули на процес прийняття Конституції України 1996 року, а також визначили головні проблеми щодо її практичної реалізації.

Не викликає жодного сумніву, що першим документом конституційного характеру, який ще до офіційного проголошення незалежності в 1991 році визначив найважливіші параметри майбутньої Української держави та характерного для неї шляху суспільного і державного розвитку, стала Декларація про державний суверенітет України, ухвалена Верховною Радою Української РСР 16 липня 1990 року. З цього приводу варто навести слова Л. Юзькова, який писав: «Декларація піднесла державницький дух української

нації, вселила віру в її відродження на ґрунті повного здійснення свого невід'ємного права на самовизначення. Вона стала провісником Акта проголошення незалежності України 24 серпня 1991 року, підтвердженого всеукраїнським референдумом 1 грудня 1991 року» [5]. Таким чином, Декларація не лише проголосила державний суверенітет України, а й визначила фундаментальні засади процесу державного будівництва, а також демократичні основи державного ладу.

Декларація започаткувала розбудову нової системи джерел конституційного права незалежної України. Вона залишається унікальним джерелом конституційного права України: за сутністю і за змістом це джерело визначило основи державного ладу нашої держави; за юридичною силою – це конституційний акт вищої юридичної сили; за формою – це специфічне джерело конституційного права. За словами О. Скрипнюка, саме Декларація визначила основи державного ладу, який був утверджений в Україні після прийняття Акта проголошення незалежності України [6]. Приблизно таку ж оцінку Декларації з позиції визначення фундаментальних та стратегічних конституційно-правових шляхів розвитку України знаходимо в інших вчених. Саме Декларація про державний суверенітет та Акт проголошення незалежності України визначили вихідні й одночасно головні напрямки правового і державного розвитку, спрямовуючи тим самим весь конституційний процес в Україні. Звісно, цей документ не вирішував і не міг вирішити всі питання правового регулювання основ державного ладу, якщо державний лад тлумачити як «нормативно впорядковану (унормовану) систему суспільних відносин, гарантованих Конституцією та законами з організації і діяльності держави та її основних інституцій, детермінованих синтезом історичних умов, закономірностей, традицій, новацій і тенденцій сучасного демократичного розвитку» [7]. Утім, він і не мав такої мети. Водночас, саме в процесі прийняття Декларації було максимально чітко усвідомлено (як юристами, так і науковцями та суспільно-політичними діячами) потребу не просто у формальному написанні тексту конституції, а й у ретельній розробці (насамперед, науково-теоретичній) тих базисних ідей, принципів та інститутів, які в майбутньому повинні були утворити основу державного ладу України та закласти конституційно-правовий фундамент для всього її подальшого розвитку.

Досліджуючи базові конституційні ідеї і принципи, які було сформульовано у Декларації, слід вказати, що вже в цьому конституційному акті було визначено загальну демократичну орієнтацію розвитку як Української держави, так і суспільства. При цьому було закріплено ті конституційно-правові інститути, які наразі вважаються невід'ємними елементами побудови демократичної і правової держави. Серед них слід назвати, насамперед, проголошення народу України єдиним джерелом державної влади. Фактично йшлося про юридичне закріплення принципу народного суверенітету, який сучасною наукою конституційного права часто окреслюється як «основа» або «фундамент» демократії і демократичної державності. Зокрема, як доводять А. Саїдов та Т. Хабрієва, народний сувере-

нітет – це «повновладдя народу, тобто наявність у громадян соціально-економічних та політичних засобів для реальної участі й управління суспільними справами і державою» [8]. Водночас народний суверенітет є одним із головних принципів конституційного ладу в усіх без виключення демократичних державах та визначальною ознакою будь-якої системи демократичної влади. До інших інститутів демократично-правової організації державного ладу, що знайшли своє відображення та втілення у Декларації, слід віднести інститут поділу влади, верховенство права, інститут виключної власності народу України, інститут прав людини тощо. Зазначені норми Декларації надали імпульс справжній роботі щодо створення законодавчої бази незалежної держави. Принагідно зауважимо, що ця робота стала необхідним і в історичному, і в логічному аспектах етапом розвитку не тільки правової системи України (включаючи, безумовно, й систему законодавства), а й системи державної влади, адже, на думку багатьох фахівців, тоді Україна вперше постала перед необхідністю розв'язання конфліктів між різними структурами державної влади, створення конституційно-правових механізмів взаємодії різних гілок державної влади, визначення стратегії державотворення, яка б відповідала демократичним прагненням та устремлінням суспільства. Згодом 24 серпня 1991 року все це набуло свого розвитку в Акті проголошення незалежності України, де вона була однозначно охарактеризована як демократична держава.

Утім, логіка конституційного процесу після прийняття Декларації передбачала початок роботи над Конституцією України. Тому постановою Верховної Ради Української РСР було утворено Комісію із розробки нової Конституції Української РСР (принагідно зауважимо, що серед її членів були такі визнані фахівці в галузі конституційного права, як Л. Юзьков, В. Тацій, Ю. Шемшученко та інші), результатом роботи якої стала розробка концепції Конституції України, що була схвалена Верховною Радою Української РСР 19 червня 1991 року.

У контексті нашого дослідження звертає на себе увагу вже сама перша частина концепції, де зазначаються її загальнометодологічні принципи. Зокрема, до основ державного ладу, який мав бути закріплений новою Конституцією України, пропонувалось віднести положення про те, що нова конституція мала стати нічим іншим як провідником ідеалів правової держави, а сама Українська держава – набути статус та основні ознаки правової держави. Так, само авторами концепції було чітко визначено й роль нової конституції, яка повинна була не закріпити панівну роль держави або партії, а, з одного боку – піднести статус людини як носія гарантованих конституцією прав і свобод, як найвищої соціальної цінності, а з іншого – урегулювати відносини між громадянином, державою і суспільством. Варто зазначити, що розробники концепції передбачали присвятити окремий розділ визначенню державного ладу (це був п'ятий розділ). Утім, фактично, положення, які визначили загальні параметри та специфіку державного ладу України містилися у декількох розділах. Зокрема, розділ перший, крім

положення про народний суверенітет передбачалось доповнити нормами, які б визначили: а) демократичний характер Української держави, в якій визнається і реалізується принцип поділу влади; б) форму правління в Україні (нею мала бути президентська республіка; в) форму державного устрою (унітарна держава); в) принцип плюралізму (економічний, політичний, ідеологічний плюралізм, багатопартійність, розвиток самоврядування); г) верховенство права та законність. І хоча у початковий варіант концепції формально не було внесено положення про правовий і соціальний характер Української держави, слід визнати, що фактично вони там містилися. Дійсно, якщо виходити з того, що Г. Василевич називає «змістовною стороною» правової державності (йдеться, насамперед, про три фундаментальні правові принципи – верховенство права, поділ влади та визнання прав і свобод людини і громадянина [9]), то вона знайшла своє повне відображення у тексті концепції. Так, положення про пріоритет прав людини в діяльності держави містилося у розділі другого концепції. Більше того, саме у цьому розділі було вперше сформульовано положення, яке згодом було перенесено до майже всіх проєктів Конституції України, а також до самого тексту Конституції 1996 року: «Найвищою соціальною цінністю є людина, її життя, честь, гідність, особиста недоторканність та інші права і свободи, закріплені у Загальній декларації, міжнародних пактах та інших документах про права людини. Ці права розглядаються не як даровані державою, а як природні, невідчужувані і недоторканні». Саме у розділі другому, в якому зазначались права і свободи людини і громадянина та їх гарантії, містився доволі широкий перелік соціальних прав – право на належний життєвий рівень для кожного громадянина та його родини, право на працю, право на соціальне забезпечення та соціальний захист, право на житло, право на відпочинок, право на охорону здоров'я, право на матеріальну допомогу у разі настання скрутних обставин тощо. При цьому робився наголос на ролі соціальної функції держави в загальній системі діяльності як держави в цілому, так і окремо взятих органів державної влади. Принагідно зауважимо, що про провідну роль соціальної функції в системі загальнодержавних функцій як одну з ключових ознак сучасної соціальної держави пише А. Краковська [10]. Це ж положення аргументує у своїй монографії «Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики» О. Скрипнюк [11]. Тобто, якщо виходити з доктринального визначення соціальної держави як держави, метою якої є створення всіх можливих умов для реалізації соціальних, економічних та культурних прав, для самостійного забезпечення ініціативною та соціально відповідальною особою необхідного рівня матеріального добробуту собі та членам своєї сім'ї, яка гарантує кожному прожитковий мінімум для гідного людини існування і сприяє зміцненню соціальної злагоди у суспільстві, то можна зробити висновок про те, що фактично концепцією передбачалось, що стратегічними пріоритетами державотворчих та правотворчих процесів в Україні мають бути побудова демократичної, правової і соціальної держави.

Утім, не меншу значущість щодо визначення основ державного ладу в концепції, на наше переконання, мав розділ третій «Громадянське суспільство і держава». Справді, говорячи про громадянське суспільство, як правило, вказують на те, що норми конституційного права, які визначають правовий фундамент його розвитку та функціонування, відносяться до сфери суспільного ладу та його конституційно-правового регулювання. Однак, як нам видається, попри змістовну розбіжність у юридичному змісті таких понять, як «державний лад» і «суспільний лад», все ж не можна заперечувати їх суттєву близькість та постійну взаємодію як двох фундаментальних елементів конституційного ладу в цілому. У цьому сенсі, можна стверджувати, що у положеннях розділу третього концепції було визначено цілий ряд важливих для розуміння сутності державного ладу України положень та ідей. Зокрема, розробниками концепції пропонувалось конституційно закріпити принцип пріоритету громадянського суспільства над державою, коли остання є не ціллю самою по собі, а лише таким суб'єктом, який забезпечує умови нормального розвитку як громадянського суспільства, так і окремо взятих громадян. Зрештою, найбільш чітко та концентровано основні ідеї щодо устрою державного ладу України було викладено в розділі п'ятому концепції, де зазначалось, що організація державного ладу має бути здійснена відповідно до таких засад: а) розподіл державної влади на законодавчу, виконавчу і судову, чітке визначення функцій цих влад та компетенції відповідних органів; створення юридичних механізмів їх взаємоконтролю і взаємодії; б) розмежування компетенції між центральною владою та місцевими Радами та іншими органами самоврядування на основі верховенства Конституції та законів [12]. Крім цього, у зазначеному розділі містилися відповідні частини, присвячені законодавчій владі, виконавчій владі, судовій владі, органам прокуратури, а також організації системи місцевого самоврядування в Україні.

Таким чином, узагальнюючи результати проведеного дослідження, можемо зробити такі висновки. По-перше, в процесі прийняття Декларації про державний суверенітет було чітко визначено потребу не просто у формально-юридичній розробці тексту конституції, а в ретельному опрацюванні та створенні відповідних конституційно-правових гарантій тих базисних ідей, принципів та інститутів, які в майбутньому повинні були утворити основу державного ладу України та закласти конституційно-правовий фундамент для всього її подальшого розвитку. Згодом ці ідеї знайшли своє втілення в Акті проголошення незалежності, а також у першій концепції нової Конституції України. По-друге, продовжуючи закладені в Декларації ідеї щодо стратегічного спрямування конституційного процесу в Україні, розробники концепції нової Конституції України в 1991 році внесли положення щодо основ державного ладу України, які передбачали обов'язкове закріплення: демократичного характеру Української держави, визначення форми правління і форми державного устрою, плюралізму (політичного, економічного та ідеологічного), багатопартійності, розвитку місцево-

го самоврядування, верховенства права, пріоритету прав і свобод людини і громадянина як універсального орієнтира та критерію визначення ефективності Української держави. По-третє, слід наголосити, що попри факт відсутності формально-юридичного закріплення у концепції нової Конституції України положення про її соціальний характер, а також значущість соціальної функції держави, слід визнати, що саме ідеал соціальної держави розглядався авторами концепції як один із базисних орієнтирів державотворчих процесів. Зокрема, про це свідчить як увага розробників концепції до соціальних прав людини, так і ті гарантії соціального статусу громадянина, які пропонувалось забезпечити на конституційному рівні в ході роботи над проектом нової Конституції.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Скрипнюк О. В. Конституція України та її функції: проблеми теорії та практики реалізації / О. В. Скрипнюк. – К.: Академія правових наук України, 2005. – С. 13
2. Федоренко В. Л. Система конституційного права України: теоретико-методологічні аспекти : монографія / В. Л. Федоренко. – К.: Ліра-К, 2009. – С. 66–67.
3. Барабаш Ю. Г. Нариси з конституційного права: зб. наук. праць / Ю. Г. Барабаш. – Х.: Право, 2012. – С. 8.
4. Медведчук В. В. Громадянське суспільство: Український вибір: Монографія / В. В. Медведчук. – К.: Логос, 2012. – С. 14.
5. Юзьков Л. Від Декларації про державний сувере-

нітет України до концепції нової Конституції України / Л. Юзьков // Конституція незалежної України: У 3-х книгах / Під заг. ред. С. Головатого. – К.: Право, Українська правнича Фундація, 1995. – Кн. 1. – С. 9.

6. Скрипнюк О. В. Курс сучасного конституційного права: академічне видання / О. В. Скрипнюк. – Х.: Право, 2009. – С. 22.

7. Наливайко Л. Р. Державний лад України: теоретико-правова модель: Монографія / Л. Р. Наливайко. – Х.: Право, 2009. – С. 57.

8. Саїдов А. Х. Парламентский глоссарий / А. Х. Саїдов, Т. Я. Хабриева. – М.: Норма, 2008. – С. 315.

9. Василевич Г. А. Конституционное право Республики Беларусь. Учебник / Г. А. Василевич. – Мн.: Книжный Дом, 2010. – С. 192.

10. Краковська А. Є. Соціальна функція в системі функцій сучасної держави: теоретико-правові проблеми дослідження / А. Є. Краковська // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. – Вип. 44. – С. 117–124.

11. Скрипнюк О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики / О. В. Скрипнюк. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2000. – С. 202–244.

12. Конституція незалежної України: У 3-х книгах / Під заг. ред. С. Головатого. – К.: Право, Українська правнича Фундація, 1995. – Кн. 1. – С. 72.

The article studies the specifics of the constitutional process in Ukraine, in the 90-ies of the XX century in terms of defining the foundations of the state system, securing democratic values and the rule of law, the priority of human rights and freedoms in Ukraine. The author refers to the analysis of constitutional acts of the period, as well as to the study of the concept of a new Ukrainian Constitution (1991), which was developed by Ukrainian lawyers, scientists and politicians.

В статті вивчається специфіка конституційного процесу в Україні початку 90-х років ХХ століття з точки зору визначення основ державного ладу, закріплення цінностей побудови демократичного і правового державства, забезпечення верховенства права і прав людини в Україні. Автор звертається до аналізу конституційних актів цього періоду, а також до дослідження концепції нової Конституції України 1991 року, яка розроблялась вітчизняними юристами, ученими і політиками.

МІСЦЕ СТРАХОВОГО ПРАВА В СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Пацурія Н. Б.,

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

У статті досліджуються актуальні проблеми формування, місця та ролі страхового права в системі права України.

Ключові слова: страхування, страхове право, система права України.

Вступ. Визначальними у формуванні суспільних відносин, які становлять предмет правового регулювання галузевих юридичних наук, є правові норми. Вони постають первинним елементом системи права, до складу якої, за усталеним науковим підходом, включають також інститути та галузі права. Це характеризує право як поліструктурне явище. З огляду на такі характеристики, жоден із зазначених елементів

(норма права, інститут, галузь), взятий окремо, не відображає притаманних їм властивостей і функцій, що виявляються останніми в структурі системи права.

Структурний аспект системи права проявляється в тому, що норми, які входять до її складу, утворюють єдине ціле, яке за змістом норм поділяється на відповідні взаємопов'язані частини [4, с. 83], які знаходяться між собою у відповідній ієрархії [14]. Вказана ієрархія

впливає на побудову як всієї системи права, так і її окремих елементів, певних правових сукупностей.

Ієрархія системи як процес сприйняття конкретного явища може будуватися і змінюватися в залежності від підстав виникнення, спеціальних умов, ознак, функції і принципів його існування. Вказане впливає на формування певних залежностей такого явища від інших явищ та/або систем, навіть коли вказана система поглинається іншою і є стосовно неї системою вищого порядку. Саме це, на нашу думку, впливає безпосередньо і на процес побудови системи страхового права, її зміну та динаміку формування.

Актуальність досліджуваної теми. Важливими положеннями системних уявлень про право, які можуть дати нові знання про нього, є положення про ієрархію структур системи. Ієрархія структур системи полягає в тому, що будь-яка система (як наприклад, право) може бути поділена на елементи, сукупності елементів. Кожній такій сукупності відповідає своя структура зв'язків. З огляду на це, кожна система об'єктивно має безліч структур, які об'єктивно взаємопов'язані між собою і утворюють певну ієрархію [28].

Вважаємо, що наведене розуміння структури системи права надасть змоги при визначенні місця страхового права в системі права України відійти від її класичного сприйняття як тріади елементів, що і визначає актуальність досліджуваного питання.

Теоретичною основою визначеної теми статті є праці С. С. Алексєєва, Р. И. Беккіна, О. А. Беяневич, А. Г. Бобкової, А. М. Васильєва, К. А. Граве, А. Г. Діденко, М. А. Єлкіна, В. И. Еременко, В. Р. Ідельсона, А. Б. Іпатова, Л. І. Корчевської, Л. А. Лунца, А. А. Мамедова, Є. М. Мена, В. К. Райхера, В. І. Серебровського, М. Б. Смирнової, В. Д. Сорокіна, М. К. Сулейменова, Б. С. Тарабаріна, В. Г. Ульяніщева, Ю. А. Урманцева, А. Ф. Черданцева, М. А. Шалагіної, М. Я. Шимінової, В. П. Янішена та інших вчених, які в різні часи досліджували питання як системи права в цілому, так і місця в ній страхового права.

Метою статті є дослідження дискусійних питань формування страхового права та визначення його ролі та місця у системі права України.

Основний зміст. Аналіз основних підходів до структури системи права вказує на умовність критеріїв її поділу. На вказану проблематику у вітчизняній науковій юридичній літературі звертала увагу А. Г. Бобкова. Вона зазначила, що в багатьох випадках, коли предмет правового регулювання і галузі права, яка йому відповідає, склалися, всередині будь-яких суспільних відносин можуть бути виявлені такі риси і особливості, які вимагають необхідності спеціального регулювання, формування нових правових сукупностей і, можливо, виділення їх в окремі галузі (підгалузі) права [7, с. 252]. З цього приводу доречно згадати позицію О. А. Беяневич, яка слушно зазначила, що система права є соціальною системою, складний характер якої визначається не кількістю елементів – галузей права, а тим, що кожна галузь права виступає як система другого порядку, об'єднуючи правові інститути – системи третього порядку і т.д. [26, с. 163, 167].

Зрозуміло, що сутність дискусійності питання про місце страхового права в системі права України пов'я-

зана, передусім, з проблеми існування комплексних утворень в праві. Адже переважна більшість сучасних науковців визнає за страховим правом ознаку комплексності [20; 2; 15; 9; 32; 29]. На нашу думку, поділ права на галузі, підгалузі, інститути, субінститути є суто механістичним, адже поділ об'єкта на окремі складові унаочнюється саме в класичних галузях права, проте при дослідженні питань комплексності в праві виявляється небезспірним [18, с. 35].

Слід наголосити, що термін «страхове право» міцно увійшов до лексику як вітчизняної, так і зарубіжної юридичної науки [1; 5; 13; 30; 24; 3], проте вказане не сформувало єдиного наукового підходу до визначення місця страхового права в системі права та галузевої приналежності його норм.

За загальною концепцією розуміння сутності страхового права можна виділити три підходи щодо місця страхового права в структурі системи права.

1. Страхове право – самостійна галузь права. На думку Є. М. Мена як родоначальника вказаної наукової концепції, страхове право є галуззю права, яка спрямована на регулювання суспільних відносин, що виникають у сфері страхування. Предметом страхового права є суспільні відносини, що виникають, змінюються та припиняються у галузі страхування. З огляду на це, предмет регулювання страхового права не збігається із предметом регулювання інших галузей права, що доводить його самостійність. Є. М. Мен вважав, що норми права, що регулюють різні галузі, які регулюють відповідні відносини у сфері страхування, не вписуються ні в одну з галузей публічного або приватного права [16, с. 9].

Критерієм виділення і побудови страхового права як самостійної галузі є, як правило, спеціальний вид діяльності, який і об'єднує всі правові нормативні акти. Прихильником вказаного напрямку ще в 20-х рр. ХХ ст. був також С. А. Рибніков [21, с. 31].

2. Страхове право – підгалузь цивільного права. Засновником вказаної наукової школи був видатний цивіліст В. І. Серебровський.

Основним аргументом на користь його теорії стало положення про те, що більшість норм права, що регламентують страхування та/або страхову діяльність, так чи інакше мають цивільно-правову, договірну (зобов'язальну) природу. Недоліком даної точки зору є те, що її прихильники не враховували норми, що регулюють обов'язкове страхування та страхову діяльність. Ці норми не належать до цивільно-правових, відповідно визнавати страхове право в цілому підгалуззю цивільного права підстав не було.

У свою чергу О. А. Красавчиков зазначав, що «страхування – це цивільно-правовий інститут, що складається із комплексу правових норм, які регулюють майнові та особисті немайнові відносини, що виникають при створенні та використанні страхового фонду» [34, с. 21].

К. А. Граве і Л. А. Лунц також розглядали страхове право з цивільно-правових позицій [8, с. 9]. На їх думку, відносини, що виникають у зв'язку з добровільним і обов'язковим страхуванням, регулюються страховим правом як галуззю цивільного права. Звідси впли-

ває, що і складова частина (страхове право), і ціле (цивільне право) визнаються галузями права, у чому не можна не виявити протиріччя. На нашу думку, в цьому твердженні чітко простежується конфлікт логічної побудови власної теорії.

3. Страхове право – комплексне правове утворення, яке за різними науковими підходами розглядається або як комплексна галузь права, або як певна правова категорія, яка характеризується поєднанням приватно-правових та публічно-правових засад.

Вказаній точки зору дотримується М. Б. Смирнова. За її твердженням, страхове право є комплексним правовим утворенням, яке має власний предмет регулювання – відносини у сфері страхування, однак використовує різні методи правового регулювання: імперативний (у разі, коли закон встановлює обов'язковість страхування того чи іншого ризику) і диспозитивний (коли страхування ризику здійснюється за бажанням страхувальника).

На думку М. К. Сулейменова, страхове право (як і банківське, біржове, валютне, інвестиційне) є комплексним правовим утворенням, покликаним регулювати різноманітні суспільні відносини. З іншого боку, в орбіту правового регулювання залучені й окремі інститути цивільного права, а також правові інститути та юридичні норми інших галузей права (державного, адміністративного, фінансового тощо). Звідси випливає, що страхове право – це комплексна галузь (підгалузь), що поєднує норми публічного й приватного права.

На переконання В. С. Белих і І. В. Кривошеєва, страхове право є складовою частиною підприємницького права [3, с. 15]. При цьому В. С. Белих наголошує, що страхове право як комплексне утворення не має власного предмета і методу правового регулювання в їх традиційному розумінні. Формування і розвиток страхового права відбувається на межі публічного і приватного права [3, с. 57]. У страховому праві публічні засади особливо проявляються у сфері обов'язкового страхування, державного регулювання страхової діяльності, при реєстрації та ліцензуванні страхової діяльності, також при застосуванні заходів впливу органом державного нагляду за страховою діяльністю тощо.

Існування страхового права в якості комплексної галузі вперше обґрунтував В. К. Райхер. На думку вченого, в процесі регулювання страхової охорони продуктивних сил суспільства і матеріального добробуту громадян суспільні відносини залишаються одночасно самостійними елементами різних галузей, утворена при цьому галузь має єдність на основі самостійно існуючого предмета правового регулювання [20, с. 189].

Заслуговує на окрему увагу науковий підхід В. І. Серебровського, який вказував, що страхове право не має самостійного характеру. Вчений вважав, що головну роль в системі страхового права відіграють саме норми цивільного (торгового) права. При цьому він справедливо зазначав, що всю сукупність правових норм, що регулюється страховим правом, не можна вважати лише частиною цивільного або торговельного права. По суті, вчений розглядав страхове право як комплексне утворення, хоча даний термін і не використав [24, с. 8–9].

Протягом тривалого періоду твердження В. К. Райхера про комплексний характер галузі страхового права, підтримане іншими вченими, зокрема Ю. К. Толстим, С. С. Алексєєвим, не піддавалося сумнівам. Так, на думку В. К. Райхера, поряд з існуванням базисних галузей права, які виділяються за предметом і методом, існують також комплексні галузі права, виділення яких відбувається тільки за предметом правового регулювання. На думку М. І. Козиря, комплексна галузь права – це наявність органічного комплексу двох факторів: 1) тісно пов'язаних між собою суспільних відносин як предмета правового регулювання; 2) методу правового регулювання, відповідного кожному виду відносин.

Прихильниками поглядів на страхове право як комплексну галузь права є також сучасні дослідники: М. Я. Шимінова, Л. І. Корчевська, М. Йолкін, Б. Тарабарінов. У ряді підручників та навчальних посібників із страхового права простежується чітка характеристика страхового права як комплексного утворення, що поєднує норми публічного і приватного права, яке не має власного предмета і методу правового регулювання в їх традиційному розумінні.

Доречно згадати наукову позицію С. А. Рибнікова, який зазначив, що обов'язкове страхування є інститутом публічного права, а добровільне страхування слід відносити до галузі приватного права [21, с. 31].

З огляду на наведене, можна стверджувати, що страхове право є комплексним утворенням, що поєднує публічно-правові та приватноправові засади, та слід наголосити на відсутності єдиного наукового підходу до визначення місця страхового права в системі права. Проте вказане дозволяє із впевненістю констатувати, що певне правове утворення під назвою «страхове право» об'єктивно сталося. Саме це вимагає від науковців визначити місце страхового права в системі права України.

На нашу думку, комплексний характер страхового права не викликає сумніву, проте намагання дослідників «розкласти» його в різних галузях суперечить основній меті проведених ними досліджень – визначення місця страхового права в структурі системи права. Безсумнівно, що страхові відносини за своєю юридичною природою поділяються на публічно-правові та приватноправові, і вказаний поділ має першочергове значення для визначення типу та методології правового регулювання, але не відповідає практичним потребам відособлення менш великих сукупностей правових норм у системі права. Саме це обумовлює необхідність пояснення правовою наукою змішаного (приватно-публічного) регулювання суспільних відносин [19].

Вважаємо, що виключно господарсько-правова концепція, яка передбачає комплексне застосування приватноправових та публічно-правових елементів регулювання страхових відносин з метою забезпечення балансу приватних і публічних інтересів, встановлення єдиного господарського правового порядку при здійсненні страхової діяльності й реалізації страхових правовідносин та усунення можливих диспропорцій (конфліктів) при реалізації приватних і публічних інтересів, дає змогу визначити місце та сутність страхового права в структурі системи права України, яка характеризується ознакою комплексності.

Відомо, що головним системотворчим критерієм поділу права на певні структурні одиниці є наявність суспільних відносин, що становлять предмет правового регулювання.

За визначенням Н. В. Сильченко, суспільні відносини – це стабільні, стійкі, повторювані моменти спільної діяльності людей у різних сферах суспільного буття. З огляду на це, предмет правового регулювання, розглянутий крізь призму регулювання суспільних відносин нормами права, є ніщо інше, як закріплена в нормах права існуюча, сформована, стабільна і постійна структура людської діяльності, її окремих видів з метою її захисту від порушень, а також подальшого розвитку [15, с. 62].

На думку науковців, різноманітність видів та багатовекторність господарської діяльності є підставою для формування безлічі видів суспільних відносин. Саме господарська діяльність є граничним поняттям, в межах якого окремі її види потребують поглибленого регулювання [4, с. 94], що слугує системотворчим критерієм для формування комплексних галузей та/або підгалузей права, зокрема, страхового права.

Теорія страхового права визначає *страхову діяльність* як врегульовану нормами права господарську діяльність страхової організації, що здійснюється на підставі ліцензії з організації і безпосереднього надання страхових послуг, яка пов'язана з формуванням, управлінням страховими фондами та здійсненням майбутніх страхових виплат у разі настання страхових випадків, передбачених договором страхування або чинним законодавством, з метою захисту майнових інтересів страховальників (застрахованих, інших третіх осіб).

З огляду на те, що страхова діяльність має свій предмет (вона покликана задовольняти серйозні суспільні потреби та виконувати важливі функції в суспільстві), вона потребує належного правового впорядкування, що і зумовило формування в Україні законодавства про страхову діяльність. Це спеціальне законодавство має свій спеціальний об'єкт регулювання – страхову діяльність, який (об'єкт регулювання) мусить бути чітко окреслений за змістом, колом осіб, умовами функціонування тощо.

Зрозуміло, що при реалізації страхових правовідносин у сфері господарювання виникає безліч видів суспільних відносин. В контексті аналізованого питання доречно наголосити на тому, що класичний підхід до визначення страхових правовідносин розглядається на тлі науки цивільного права.

У галузевих наукових дослідженнях, спеціальній юридичній літературі [22; 6; 23] та в чинних нормативно-правових актах [11] страхові відносини розглядаються як вид цивільно-правових відносин, які переважним чином носять зобов'язальний характер і виникають на підставі договору між страховим фондом і страховальником. Як наслідок, робиться висновок про те, що страхове право є інститутом цивільного права.

До наведених міркувань слід внести певні зауваження. На нашу думку, науковий підхід, за яким страхові відносини визначають суто як цивільно-правові, є хибним.

Вважаємо за необхідне наголосити на тому, що об'єднання усіх суспільних відносин, що виникають

при реалізації страхових відносин у сфері господарювання за ознакою мети – захисту майнових інтересів страховальників, являють собою поняття страхових правовідносин у широкому розумінні. Проте чітке з'ясування сутності страхових правовідносин надасть нам розуміння цієї наукової категорії у вузькому сенсі, тобто в якості предмета конкретних галузей права, в складі яких такі відносини системно виникають і системно реалізуються та формують предмет страхового права. Вказаний підхід вдало обґрунтувала А. Г. Бобкова, досліджуючи питання місця і сутності рекреаційного права в системі права України [7, с. 256].

На нашу думку, вказане можливо унаочнити шляхом визначення основних інститутів, що притаманні певним галузям права, і які в сукупності виявляють предмет страхового права, та в складі яких такі відносини системно виникають і системно реалізуються.

Так, в складі цивільного права можливо виділити такі правові інститути: 1) інститут особистого страхування; 2) інститут майнового страхування; 3) інститут страхування відповідальності. Зокрема, у складі вказаних інститутів можливо виділити підінститути, зокрема: страхування життя як підінститут інституту особистого страхування; страхування фінансових ризиків як підінститут інституту майнового страхування; обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності приватного нотаріуса як підінститут інституту страхування відповідальності тощо. Аналіз галузевих наукових досліджень також дозволяє виділити в структурі цивільного права інші (окремі) інститути, які становлять предмет страхового права як комплексної підгалузі [27; 17; 10].

У структурі фінансового права можна виділити інститути, які входять до предмета правового регулювання страхового права, зокрема: державного нагляду за організаціями-страховиками з приводу формування та розміщення страхових резервів; забезпечення фінансової платоспроможності страхових організацій (фондів); інвестицій для направленої фінансування найбільш пріоритетних галузей народного господарства та регіонів; компенсації громадянам втрат від знецінення грошових заощаджень у ВАТ «Ощадбанк» та НАСК «Оранта» [33].

У структурі господарського права до інститутів, що формують предмет правового регулювання страхового права, слід віднести: інститут суб'єктів страхової діяльності; інститут державного нагляду (контролю) за страховою діяльністю; інститут договору страхування; інститут банкрутства страховиків; інститут ліцензування страхової діяльності; інститут застосування заходів впливу до порушників страхового законодавства тощо [12].

Наведене яскраво демонструє комплексний характер страхового права і відводить йому місце комплексної підгалузі трьох вказаних галузей права в системі права України.

З огляду на викладене вище, *предметом страхового права* виступають врегульовані нормами права суспільні відносини щодо захисту майнових інтересів страховальників шляхом надання страхових послуг за рахунок сформованих страхових фондів, що формуються суб'єктами страхової діяльності з метою здійснення майбутніх страхових виплат у разі настання страхових випадків, передбачених договором страхування або чинним законодавством.

Повертаючись до питання про визначення місця страхового права в системі права України, слід зазначити, що його сутність як комплексної підгалузі права неможливо визначити, спираючись виключно на предметну ознаку.

Регулятивні властивості страхового права можливо дослідити через проблематику метода правого регулювання страхових відносин. З цього приводу Н. В. Сильченко зауважував, що оскільки між такими таксономічними одиницями, на які поділяються відносини (рід, вид, підвид і т. ін.) і норми права (галузь, підгалузь, інститут і т. ін.), немає суворої кореляції, твердження про те, що юридична своєрідність будь-якого структурного поділу галузевої структури права визначається тим чи іншим родом, видом і т. ін. суспільних відносин, не є істинним. У той же час, оскільки жорстка кореляція зберігається лише на рівні галузі права, істинним залишається твердження про те, що зміст предмета правового регулювання зумовлюється методом правового регулювання окремої галузі права [25, с. 61–64].

Виходячи з поділу способів (прийомів) правового регулювання на імперативний (який складається із вказівки і заборони внаслідок сутнісної подібності цих способів) і диспозитивний (до якого входить дозвіл), можна стверджувати, що імперативність і диспозитивність правового регулювання присутні, тобто є наявними в будь-якій галузі права. Відповідне поєднання імперативності і диспозитивності, приватноправового і публічно-правового регулювання з метою забезпечення балансу приватних і публічних інтересів та забезпечення правового господарського порядку є ключовою, визначальною сутністю методу правового регулювання страхових відносин [31].

Враховуючи цілісність страхових відносин, можна говорити про єдиний правовий метод їх регулювання. Вказаний метод складається зі специфічного поєднання диспозитивного та імперативного (способів правового регулювання), які можна визначити як змішаний метод правового регулювання страхових відносин [2, с. 296].

Проте з огляду на той факт, що страхові відносини характеризуються комплексним поєднанням приватно-правових і публічно-правових елементів, для їх регулювання слід застосовувати методи господарського права: метод автономних рішень, метод владних приписів, метод рекомендацій.

Висновок. Все викладене вище дозволяє сформулювати наукову дефініцію «страхове право як комплексна підгалузь права». *Страхове право як комплексна підгалузь* – сукупність норм права, що регулюють страхові відносини з метою ефективного захисту майнових інтересів учасників страхових правовідносин.

Насамкінець, слід зробити висновок про доцільність формування страхового права як комплексної підгалузі права, якій притаманні всі необхідні ознаки для відмежування її від інших елементів системи права та визначення власного місця в загальній системі структури права України. В зазначеному аспекті страхове право є важливим елементом правової системи України, знаходиться у різноманітних функціональних зв'язках з іншими її елементами, чим виявляє свої сутнісні характеристики.

Перспективи подальших розвідок у напрямку

визначення місця і ролі страхового права в системі права України мають сприяти, перш за все, захисту майнових інтересів всіх учасників страхових правовідносин у сфері господарювання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. John F. Dobbyn. Insurance Law.-St. Paul, Minn., / Dobbyn John F. – L.:1996. – 400 p.
2. Алексеев С. С. Общая теория права: в 2-х т. Т. I / С. С. Алексеев. – М.: Юрид.лит., 1981. –360 с.
3. Бельх В. С. Страхование право / В. С. Бельх, И. В. Кривошеев. – М.: НОРМА, 2001. – 224 с.
4. Беляневич О. А. Господарське договірне право України [теоретичні аспекти] : Монографія / О. А. Беляневич. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
5. Біленчук Д. П. Страхове право України / Д. П. Біленчук, П. Д. Біленчук, О. М.Залетов, Н. І. Клименко. – К.:Атіка, 1999. – 368 с.
6. Блащук Т. В. Цивільно-правове регулювання особистого страхування: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т. В. Блащук. – Київ, 2003. – 20 с.
7. Бобкова А. Г. Правовое обеспечение рекреационной деятельности / А. Г. Бобкова. – Донецк: Юго-Восток, 2000. – 308 с.
8. Граве К. А. Страхование / К. А. Граве, Л. А. Лунц. – М.: Госюриздат, 1960. – 175 с.
9. Елкин М. Особенности классификации страховых финансовых правоотношений/ М. Елкин // Право и жизнь: Независимый правовой журнал. – М.: Манускрипт, 2002. – № 50. – С. 245–249.
10. Ельбрехт В. В. Договір страхування майна фізичних осіб : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. В. Ельбрехт. – Київ, 2009. – 18 с.
11. Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №18. – Ст.78.
12. Зискінд І. О. Господарсько-правовий аспект регулювання та нагляду (контролю) у сфері страхування: досвід України та зарубіжних країн: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / І. О. Зискінд. – Одеса, 2011. – 20 с.
13. Идельсон В. Р. Страхование право (лекции, читанные в С.-Петербургском Политехническом Институте на Экономическом Отделении, Страховом подотделе в 1907г.) / В. Р. Идельсон. – М.: Анкил, 1993. – 96 с.
14. Ипатов А. Б. К вопросу о месте страхового права в системе права [Электронный ресурс] : Юрист. Специализированный ежемесячный журнал . – 2005. – №7. / А. Б. Ипатов – Режим доступа: <http://journal.zakon.kz/4475110-cele-vye-vetvi-prava-a-g.-didenko.html>.
15. Мамедов А. А. Страхование право – комплексная отрасль законодательства / Мамедов А. А. // Законодательство и экономика. –2004. – № 7. – С. 73–77.
16. Мен Е. М. Имущественное страхование по советскому законодательству / Е.М. Мен.–М.,1924.–73 с.
17. Никифорак В. М. Договір страхування відповідальності: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд.

юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. М. Никифорак. – Київ, 2002. – 18 с.

18. *Овчинников Н. И.* Понятие и классификация хозяйственных договоров: учеб. пособие/ Н. И. Овчинников. – Владивосток, 1970. – 160 с.

19. *Посидинок В. В.* Правове регулювання інвестиційної діяльності: теоретичні проблеми. – С.121.

20. *Райхер В. К.* Общественно-исторические типы страхования / В. К. Райхер. – М.: Изд-во АН СССР, 1947. – 282 с.

21. *Рыбников С. А.* Юридическая природа взаимоотношений сторон в обязательном страховании / С. А. Рыбников // Вестник государственного страхования. – 1923. – №11–12. – С. 31.

22. *Сабодаш Р. Б.* Страхування кредитних ризиків: цивільно-правові аспекти : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Р. Б. Сабодаш. – Київ, 2007. – 20 с.

23. *Семеняка В. В.* Цивільно-правове регулювання страхування в сфері космічної діяльності : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право; цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. В. Семеняка. – Київ, 2003. – 20 с.

24. *Серебровский В. И.* Избранные труды по наследственному и страховому праву / В. И. Серебровский. – М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. – 567 с.

25. *Сильченко Н. В.* Проблемы предмета правового регулирования / Н. В. Сильченко // Государство и право. – 2004. – № 12. – С. 61–64.

26. *Сорокин В. Д.* Административно-процессуальное право: Избранные труды / В. Д. Сорокин – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 474 с.

27. *Спаська М. О.* Договір морського страхування: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / М. О. Спаська. – Харків, 2007. – 22 с.

28. *Сулейменов М.* Система права и система законодательства Казахстана: выбор пути [Электронный ресурс] / М. Сулейменов. – Режим доступа: <http://i-news.kz/news/2012/01/09/6231391.html>

29. *Тарабарин Б.* Система и источники европейского страхового права / Б. Тарабарин // Страхование право. – 2003. – №1. – С. 30 – 45.

30. *Ульянищев В. Г.* Страхование право/ В. Г. Ульянищев. – М.:УДН, 1986. – 76 с.

31. *Чабаненко М. М.* Методи правового регулювання аграрних відносин: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / М. М. Чабаненко. – Харків, 2006. – 21 с.

32. *Шиминова М. Я.* Страхование право – комплексная отрасль права/ М. Я. Шиминова, Л. И. Корчевская // Страхование право. – 1998. – №1.

33. *Юрах В. М.* Фінансово-правові засади страхування в Україні. – Рукопис. автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. – Одеська національна юридична академія», Одеса, 2007. – 20 с.

34. *Хозяйственное право:* Учеб. пособие./ Отв. ред. В. П. Грибанов, О. А. Красавчиков. – М.: Юрид. лит., 1977. – 479 с.

The article is devoted current problems of formation, the place and role of insurance law in the system of law in Ukraine.

В статье исследуются актуальные проблемы формирования, места и роли страхового права в системе права Украины.

КАТЕГОРІЯ «ОСОБЛИВОСТІ» ЯК КРИТЕРІЙ РОЗМЕЖУВАННЯ ПРЕДМЕТІВ РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО І ГОСПОДАРСЬКОГО КОДЕКСІВ УКРАЇНИ

Татьков В. І.,

*кандидат юридичних наук, Заслужений юрист України,
Голова Вищого господарського суду України*

У статті обґрунтовуються критерії розмежування предметів регулювання Цивільного і Господарського кодексів України. Наводяться додаткові аргументи на користь визнання ЦК України загальним актом, а ГК України – спеціальним актом, що регулює особливості майнових відносин у сфері господарювання.

Ключові слова: регулювання майнових відносин, зміст і призначення ЦК і ГК.

Незважаючи на досить тривалий час, що пройшов з моменту набрання чинності Цивільним і Господарським кодексами України (далі – відповідно ЦК України і ГК України), питання співвідношення цих кодексів, як і раніше, залишається дискусійним, що не лише негативно позначається на правозастосовній діяльності суб'єктів господарювання, а й не сприяє забезпеченню одна-

кового застосування ЦК України і ГК України судами різних (адміністративної, господарської і цивільної) юрисдикцій як при розгляді конкретних справ, так і при формуванні судової практики.

Головною причиною дискусії, на нашу думку, є одночасне регулювання майнових відносин (ч. 4 ст. 3 ГК України вони визначені як господарсько-виробничі

відносини) нормами ЦК України і ГК України. Оскільки ні організаційно-господарських, ні внутрішньогосподарських відносин, що поряд із майновогосподарськими відносинами виявляють сферу господарських відносин, ЦК України не регулює, врегулювання їх у ГК України особливих заперечень, у цілому, не викликає.

Метою цієї статті є дослідження категорії «особливості» як критерію розмежування предметів регулювання ЦК і ГК України.

Питання про сутність особливостей правового регулювання сфери господарювання і більш широке – про співвідношення норм ЦК і ГК України було і залишається найбільш дискусійним. Так, досліджуючи деякі загальні питання співвідношення норм ЦК і ГК України, О. В. Дзера зазначає, що з огляду на «численні вади норм ГК України» про недійсність господарських зобов'язань в судовій практиці під час розгляду справ певної категорії необхідно керуватися відповідними положеннями ЦК України, а положення ГК України мають застосовуватися лише в тій частині, в якій не суперечать нормам ЦК України [1, с. 28]. Щоправда, внесення змін до ст. 228 ЦК України свідчить про те, що ця точка зору не збігається із баченням законодавця.

Аналізуючи зміст окремих видів господарських договорів (державних контрактів, договорів про передачу майна у власність або користування приватним особам) і виявляючи наявність публічного інтересу в цих договорах, Р. А. Майданик наголошує, що, незважаючи на підвищений рівень імперативності порядку їх укладення, правовий режим таких договорів зберігає правову сутність договору як приватного правовідношення і в цьому випадку, незалежно від наявності або відсутності спеціальних норм як у самому ГК, так і у відповідних актах законодавства [курсив наш – В.Т.], повинні застосовуватися загальні положення ЦК України про цивільно-правові зобов'язання (договори) [2, с. 200–201].

Навряд чи можна цей категоричний висновок прийняти без будь-яких застережень, оскільки, якщо спеціальною нормою ГК України встановлене правило, відмінне від положень ЦК України, саме воно буде встановлювати належний правовий режим.

Отже основним критерієм, за яким законодавець розмежує регулювання майнових (у тому числі – договірних) відносин Цивільним і Господарським кодексами, є **особливості майнових відносин у сфері господарювання**.

Розумінню цього, на нашу думку, сприятиме дослідження змісту категорій «загальне» і «особливе», а також з'ясування терміна «особливості» в контексті цього дослідження. Сучасні тлумачні словники української мови таким чином пояснюють зміст поняття «загальний» – який охоплює все, усіх, який стосується, торкається всіх, усього. Який містить лише суттєве, без подробиць; який стосується основ чого-небудь [4, с. 311–312].

Без сумніву, є всі підстави характеризувати ЦК України як загальний нормативно-правовий акт, що регулює особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх

учасників (ч. 1 ст. 1 ЦК України). «Загальним» характером ЦК України зумовлена, зокрема, та обставина, що, як встановлено ч. 1 ст. 9 ЦК України, його положення застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сфері використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових і сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Натомість, «особливий», так само як і «спеціальний» – той, який має особливе завдання, призначення [4, с. 614, 820]. Звідси «особливість» розглядається як характерна риса, ознака, властивість чого-небудь, своєрідність, оригінальність, специфіка чогось [4, с. 614]. Як зазначає В. К. Мамутов, взаємозв'язок загальної і спеціальної норм відображає співвідношення загального і особливого (окремого, конкретного, спеціального). Спеціальна норма при цьому передбачає певні конкретні обставини, що відносяться до сфери, обсягу, способів тощо регулюючого впливу права. Тому правова регламентація відносин, що виникли, з урахуванням їх особливостей на основі саме цієї норми більш за все відповідає цілям і завданням упорядкування відносин у суспільстві [5, с. 198].

Важко уявити, що розробляючи і приймаючи Господарський кодекс України, Верховна Рада України могла допустити таку значну кількість «суперечностей», «протиріч» між цими кодексами. Отже, пояснити особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання можна лише особливостями зазначених відносин, зумовленими такими специфічними ознаками господарської діяльності, як особливий суб'єктний склад, особлива сфера здійснення господарської діяльності та вартісний характер результатів господарської діяльності, що мають цінну визначеність (ч. 1 ст. 3 ГК України). Тобто, особливості суспільних відносин породжують особливості їх правового регулювання. Саме тому, коли говорять про «невідповідність» окремих конкретних норм ГК України положенням ЦК України, насправді йдеться про особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання.

Таким чином, якщо погодитися із тим, що між загальним (ЦК України) і спеціальним (ГК України) законами існують відносини не підпорядкованості, а субсидіарності, то таке співвідношення означає, що при регулюванні конкретних відносин у пріоритетному порядку застосовуються норми спеціального закону, яким є ГК України, а якщо вони є недостатніми для належного регулювання цих відносин, у субсидіарному порядку можуть застосовуватися норми загального закону [6, с. 347]. Подібне правило, на думку В. К. Мамутова, повинно застосовуватися у випадку колізії спеціальних норм господарських законів з нормами загального характеру, що містяться в Господарському кодексі [5, с. 199].

На нашу думку, саме таке розуміння розмежування предметів регулювання ЦК України і ГК України, ГК України і спеціальних господарських законів має бути покладено в основу підходу до розв'язання проблеми колізії правових норм при розробці і прийнятті постанов пленуму Вищого господарського суду України (втім, як і при розробці та прийнятті постанов пленумів інших вищих спеціалізованих судів) з питань застосування законодавства України в тих чи інших галузях і сферах

господарювання. Зокрема, з цією проблемою стикалися розробники проектів постанов пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення господарськими судами спорів, що виникають при виконанні договорів застави (іпотеки), поруки, гарантії» та «Про практику застосування законодавства про оренду». Віддаючи пріоритет застосуванню норм ГК України при регулюванні господарських відносин, ми зможемо не лише забезпечити формування судової практики у правильному руслі, а й нарешті покласти край надуманій і, на нашу думку, шкідливій дискусії, про яку йшлося на початку цієї статті.

Висновки.

З огляду на зміст і призначення ЦК і ГК України, а також різні предмети регулювання цих кодексів, пріоритетному застосуванню до відносин у сфері господарювання (господарських відносин), безумовно, підлягає Господарський кодекс. І лише за відсутності у ньому норм, що регулюють відповідні відносини, мають застосовуватися положення ЦК України. Подібне розуміння має бути основною засадою у застосуванні положень ЦК України і ГК України як суб'єктами господарювання, так і господарськими судами.

З урахуванням цього, будь-яке порівняння або зіставлення положень ЦК і ГК України, що регулюють схожі (але не тотожні) відносини у побутовій (споживачькій) сфері і сфері господарювання (підприємництва), на предмет того, який із зазначених кодексів підлягає застосуванню до відносин у сфері господарювання, слід визнати некоректним.

Тому не можуть сприйматися до виконання пропозиції і рекомендації (незалежно від того, викладені вони в наукових працях, або в постановах пленумів вищих спеціалізованих судів), в яких простежується намагання протиставити ці два кодекси з посиланням на невідпо-

відність тієї або іншої норми ГК України положенням ЦК України. Такий аргумент є безпідставним в силу прямої вказівки, що міститься в ст. 9 ЦК України.

У разі існування так званих «розбіжностей», а точніше – різного правового регулювання майнових (у тому числі договірних) відносин нормами ЦК України і ГК України, господарським судам, предметом розгляду яких є господарські справи, належить керуватися положеннями ГК України як спеціального стосовно ЦК України нормативно-правового акта. Спеціального у тому розумінні, що він покликаний регулювати особливості майнових відносин у сфері господарювання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Дзера О. В. Деякі загальні питання співвідношення норм Цивільного та Господарського кодексів / О. В. Дзера // Практика застосування окремих норм Цивільного кодексу України: Практ. посіб. / Кол. авт. – К.: Видавничий дім «Н Юре», 2008. – С. 15–28.

2. Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина. / Т. І. Вступ у цивільне право / Р. А. Майданик. – К.: Алерта, 2012. – 472 с.

3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – 3-є вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2008. Т. І. – 832 с.

4. Сучасний тлумачний словник української мови: 65 000 слів / За заг. ред. д-ра філол. наук, проф. В. В. Дубічинського. – Х.: ВД «ШКОЛА», 2006. – 1008 с.

5. Мамутов В. К. Хозяйственное право. Избранные труды / В. К. Мамутов. – Екатеринбург: Бизнес, менеджмент и право, 2008. – 302 с. (Классика хозяйственно-правовой мысли).

6. Знаменский Г. Л. Новое хозяйственное право. Избранные труды: сб. науч. трудов / Г. Л. Знаменский. – К. – Юринком Інтер, 2012. – С. 347.

The article is devoted the ground of criterion of differentiating of the articles of adjusting of the Civil and Economic codes of Ukraine. Additional arguments over are brought in behalf of confession of CK of Ukraine by a general act, and GK of Ukraine – by the special act which regulates the features of property relations in the field of management.

Стаття посвящена обоснованию критерия разграничения предметов регулирования Гражданского и Хозяйственного кодексов Украины. Обосновываются дополнительные аргументы в пользу признания ГК Украины общим актом, а ХК Украины – специальным актом, регулирующим особенности имущественных отношений в сфере хозяйствования.

СУБ'ЄКТИ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ТА ГОСПОДАРСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Махінчук В. М.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються такі поняття, як господарська правосуб'єктність, правовий статус суб'єктів підприємницької діяльності та їх класифікація за цивільним та господарським законодавством України. Робиться висновок про необхідність усунення розбіжностей та невизначеності в правовому статусі суб'єктів підприємницької діяльності та правового регулювання їх діяльності, доцільність правового регулювання юридичних осіб публічного та приватного права нормами господарського та цивільного законодавства відповідно.

Ключові слова: суб'єкт господарювання, господарська правосуб'єктність, підприємство, підприємництво, непідприємницькі суб'єкти господарювання.

Цивільний та Господарський кодекси України не усувають повною мірою всі недоліки та не забезпечують ство-

рення чіткої системи суб'єктів підприємницьких відносин. Система українського законодавства в результаті доволі

хаотичного розвитку правового регулювання підприємницької діяльності вирізняється нині тим, що основи правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності визначаються двома кодифікованими актами: Господарським кодексом України та Цивільним кодексом України.

Ст. 55 ГК України передбачено, що суб'єктами господарювання є: 1) господарські організації; 2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці.

Згідно зі ст. 80 ЦК України юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Цікаво, що ч. 3 ст. 55 ГК України суб'єкти господарювання залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік можуть належати до суб'єктів малого підприємництва, у тому числі до суб'єктів мікропідприємництва, середнього або великого підприємства.

Як бачимо, до суб'єктів підприємництва ГК України відносить як фізичних, так і юридичних осіб. При цьому у класифікації суб'єктів господарювання залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік, попри те, що вона міститься у загальних положеннях про суб'єкти господарювання, йдеться лише про підприємців. Такий підхід до класифікації суб'єктів господарювання не враховує існування непідприємницьких суб'єктів господарювання, які також можуть використовувати працю найманих працівників. Крім того, зайвим видається вказувати в кожній нормі, що суб'єктом того чи іншого виду підприємства є юридична особа – суб'єкт господарювання. Адже логічним видається, що будь-яка юридична особа, яка здійснює підприємницьку діяльність, є суб'єктом господарювання відповідно до норм ГК України. Цілком імовірною причиною такої непослідовності законодавця можна назвати відсутність чітко визначеного предмета правового регулювання Господарського кодексу та критерії відмежування його від предмета правового регулювання Цивільного кодексу України.

Згідно зі ст. 56 ГК України суб'єкт господарювання може бути утворений за рішенням власника (власників) майна або уповноваженого ним (ними) органу, а у випадках, спеціально передбачених законодавством, також за рішенням інших органів, організацій і громадян шляхом заснування нового, реорганізації (злиття, приєднання, виділення, поділу, перетворення) діючого (діючих) суб'єкта господарювання з додержанням вимог законодавства. Однак це може стосуватись лише суб'єктів господарювання, в т. ч. підприємства, – юридичних осіб. Така норма обходить фізичну особу – суб'єкта підприємницької діяльності. Подальші норми ГК України, які стосуються утворення суб'єктів господарювання, так само не враховують, що фізична особа-підприємець також є суб'єктом господарської діяльності. Так, ст. 57 ГК України передбачено, що установчим документом суб'єкта господарювання є рішення про його утворення або засновницький договір, а у випадках, передбачених законом, статут (положення) суб'єкта господарювання. Очевидно, що ці вимоги не можуть стосуватись фізичної особи – підприємців. Попри це, ст. 128 ГК України передбачено, що грома-

дянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи відповідно до ст. 58 цього Кодексу.

Попри спробу визначення правового статусу широкого кола суб'єктів економічних відносин, ГК України випускає з поля зору такі важливі елементи правового статусу, як правоздатність та дієздатність суб'єкта, або ж правосуб'єктність. Саме з наявністю у того чи іншого суб'єкта правоздатності та дієздатності (разом – правосуб'єктності) визначається його можливість брати участь у правовідносинах. Виявлення загальної правосуб'єктності зумовлює загальнотеоретичну можливість особи бути суб'єктом правовідносин. Однак для того, щоб брати участь у певних видах відносин, слід володіти спеціальною правосуб'єктністю. Так, для участі у цивільних правовідносинах особі потрібна цивільна правосуб'єктність, у трудових – трудова і под. При цьому науковці, наприклад – Н. Ф. Ментух, часто розглядають цивільну правоздатність як універсальну [1, с. 39]. Однак Господарський кодекс не містить визначення господарської правоздатності і дієздатності, також безпосередньо не визначає моменту набуття суб'єктами господарювання господарської правосуб'єктності. Такий момент ми можемо лише логічно вивести з поняття суб'єкта господарювання як зареєстрованого у встановленому порядку. Таким чином, галузева господарська правосуб'єктність набувається з моменту державної реєстрації. Спеціальна ж правосуб'єктність для здійснення тих чи інших видів підприємницької діяльності, що можуть здійснюватись виключно на підставі спеціальних дозволів, набувається з моменту, з якого починає діяти такий дозвіл.

Поняття господарської правосуб'єктності розробляється у правовій доктрині. Так, Н. Ф. Ментух визначає господарську правосуб'єктність як правову властивість господарської організації, що виражається в суб'єктивних правах і юридичних обов'язках, які надані законом та/або безпосередньо не встановлені, але необхідні для виконання господарською організацією покладених на неї функцій і завдань, спрямована на збалансування приватних і публічних інтересів [1, с. 41]. Таке визначення викликає ряд зауважень. Перш за все, воно не відповідає визначенню так званої загальної правосуб'єктності – правосуб'єктність визначається як передбачена нормами права можливість бути учасником правовідносин, елементами якої є правоздатність та дієздатність. Правоздатність є можливістю мати права та обов'язки, а дієздатність – можливість їх набувати своїми діями. Тобто, загальна правосуб'єктність не виражається в суб'єктивних правах і юридичних обов'язках, а лише є можливістю їх мати або набувати. По-друге, суб'єктами господарських відносин є не лише господарські організації, а й фізичні особи, що здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи. Також у цьому визначенні міститься відсилання до функцій та завдань господарської організації. Таке відсилання не вносить визначеності до формулювання і має бути замінене на вказівку щодо конкретних правовідносин, у яких особа діє за умови наявності у неї саме господарської дієздатності. По-

третє, не зовсім зрозуміло, як може правосуб'єктність, навіть господарська, спрямовуватись на збалансування приватних і публічних інтересів. Очевидно, що вона може бути спрямована виключно на створення правової можливості суб'єкта брати участь у певних, в даному разі – господарських, правовідносинах.

Однак, чи існує насправді господарська правосуб'єктність, і як вона співвідноситься із правосуб'єктністю, наприклад, цивільною чи підприємницькою?

Ст. 25 ЦК України цивільна правоздатність фізичної особи визначається як здатність мати цивільні права та обов'язки. Її мають усі фізичні особи від народження, а у деяких випадках і до нього. Юридична особа набуває правоздатності і дієздатності одночасно – у момент створення і припинення із внесенням до єдиного державного реєстру запису. Юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині.

Виходячи з розуміння підприємницької діяльності (підприємництва) як самостійної, ініціативної, систематичної, на власний ризик господарської діяльності (діяльності з виготовлення товарів, виконання робіт, надання послуг) та розуміння підприємницьких відносин як відносин між рівними та незалежними суб'єктами з приводу виготовлення та реалізації продукції, виконання робіт та надання послуг, нагадаємо, що для її здійснення підприємцям потрібні матеріальні ресурси та/або робоча сила. Що стосується залучення робочої сили, тут підприємці діють на підставі трудової правосуб'єктності. Матеріальне забезпечення (нерухомість, засоби виробництва, сировина та енергоносії) здійснюється переважно шляхом укладення різноманітних договорів (купівля-продаж, оренда, поставка тощо) з іншими суб'єктами господарювання, зокрема і підприємництва.

Доцільно звернути увагу на розуміння дієздатності суб'єктів економічних відносин класиками російської цивілістики. Так, П. П. Цитович називає торговцем того, хто здійснює торговий оборот, займається торговими справами, одним словом, торгує. Здатність здійснювати торгівлю містить у собі: а) здатність мати торгівлю як торгове підприємство; б) здатність вести торгівлю як (свої) торгові обороти. Іншими словами – здатність здійснювати торгівлю і діяти як торговець. Першу здатність класик називав правом на торгівлю, другу – торговою дієздатністю. Право на торгівлю з точки зору цивільного права ніщо інше, як здатність мати майно. Ст. 1 Статуту торгового, писав П. П. Цитович, визначає не тільки право на торгівлю, а й торгову дієздатність. Діяти як торговець, вести торгівлю – з точки зору цивільного права ніщо інше, як розпоряджатись різного роду рухомістю. Таким чином, виявляючи лише дієздатність цивільну, торгова дієздатність не збігається із нею. Вона видозмінена і при цьому – видозмінена у розумінні розширення: торгова дієздатність включає в себе і захищає ряд таких правочинів, які без неї могли виявитись недійсними, або інакше, «порочними». Що ж стосується обмежень, то крім тих, які існують для дієздатності цивільної, інших торгова дієздатність не знає. Особливості торгової дієздатності

помітні переважно із впливом віку. До запровадження торгівлі, як і до прийняття спадщини, неповнолітній ще не є торговцем і, відповідно, не має торгової дієздатності. Для жінки цивільна, а з нею і торгова дієздатність може наступити раніше – через одруження [2, с. 208–209]. Подібний підхід до підприємницької правосуб'єктності зберігається і в ЦК України.

Отже, для матеріального забезпечення підприємницької діяльності та відносин з приводу придбання/відчуження матеріальних та інших благ підприємцям достатньо володіти цивільною правоздатністю і дієздатністю. Для участі в інших відносинах (наприклад, адміністративних) юридичні та фізичні особи мають володіти іншою спеціальною правосуб'єктністю. Тому видається дещо недоцільним виокремлювати господарську правоздатність. Більш детально загальні засади здійснення підприємницької діяльності фізичною особою без створення юридичної особи регулюються гл. 5 ЦК України. Так, згідно зі ст. 50 ЦК України право на здійснення підприємницької діяльності, яку не заборонено законом, має фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Обмеження права фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності встановлюються Конституцією України та законом. Фізична особа – підприємець відповідає за зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, усім своїм майном, крім майна, на яке згідно із законом не може бути звернено стягнення.

Дещо інший підхід до правового регулювання підприємницької діяльності фізичних осіб закладено в ГК України. Так, згідно зі ст. 128 цього Кодексу громадянин визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи. Громадянин-підприємець відповідає за своїми зобов'язаннями усім своїм майном, на яке відповідно до закону може бути звернено стягнення. Зазначимо, що в ГК України використовується термін «громадянин-підприємець», тоді як у ЦК України – «фізична особа – підприємець». При цьому, за нормами ГК України громадянин може здійснювати підприємницьку діяльність: безпосередньо як підприємець або через приватне підприємство, що ним створюється; із залученням або без залучення найманої праці; самостійно або спільно з іншими особами.

Такий поділ способів здійснення підприємницької діяльності громадянами видається дещо нелогічним – його визначено за кількома критеріями, що призводить до змішання саме участі фізичної особи в створенні суб'єкта підприємництва із власне підприємницькою діяльністю. Так, якщо особа зареєстрована як фізична особа – підприємець, тоді вона справді здійснює підприємницьку діяльність особисто і від свого імені у власних інтересах вступає у підприємницькі відносини. Натомість, якщо створено приватне підприємство, то підприємницькою правосуб'єктністю наділяється саме приватне підприємство, і саме воно від свого імені вступає у підприємницькі правовідносини.

Загалом слід наголосити на деяких розбіжностях у підходах до визначення суб'єктів підприємницької діяльності в ЦК та ГК України. Так, у розділі II ГК України

зафіксовані такі суб'єкти господарювання, в т. ч. підприємництва, як підприємства, державні та комунальні унітарні підприємства, господарські товариства, підприємства колективної власності, приватні підприємства, об'єднання підприємств, громадяни. Натомість у ЦК України до суб'єктів підприємницької діяльності віднесено фізичних осіб – підприємців, підприємницькі товариства.

Згідно з гл. 7 ЦК України юридична особа може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна. Юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Цим Кодексом встановлюються порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права. Порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України та законом.

До підприємницьких товариств у ЦК України віднесено господарські товариства – юридичні особи, статутний (складений) капітал яких поділений на частки між учасниками. Господарські товариства можуть бути створені у формі повного товариства, командитного товариства, товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерного товариства. Підприємство в ЦК України розглядається переважно як об'єкт, а не суб'єкт, як єдиний майновий комплекс. Проте й тут єдиного розуміння підприємства немає. Так, передбачено створення державних і комунальних підприємств як форми участі держави в цивільних відносинах. Однак це юридичні особи публічного права, регулювання яких не входить до завдання цього Кодексу. Крім того, наприклад, у ч. 2 ст. 708 йдеться про роздрібні торговельні підприємства.

Водночас ГК України визначає підприємство як самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому цим Кодексом та іншими законами.

Згідно з ч. 1 ст. 63 ГК України залежно від форм власності, передбачених законом, в Україні можуть діяти підприємства таких видів: приватне підприємство, підприємство колективної власності, комунальне підприємство, державне підприємство, підприємство, засноване на змішаній формі власності (на базі об'єднання майна різних форм власності). Проте нині форми власності в законі не визначаються. У Цивільному кодексі України як основному регуляторові відносин власності форми власності не згадуються. Зрозуміло, класифікація підприємств за формами власності не повною мірою відповідає класифікації права власності за його суб'єктами.

Залежно від способу утворення (заснування) та формування статутного капіталу в Україні діють підприємства унітарні та корпоративні. Унітарне підприємство створюється одним засновником, який виділяє необхідне для того майно, формує відповідно до закону статутний капітал, не поділений на частки (паї), затверджує статут і т. ін. Унітарними є підприємства держав-

ні, комунальні, підприємства, засновані на власності об'єднання громадян, релігійної організації або на приватній власності засновника. Корпоративне підприємство утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їх спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав. Корпоративними є кооперативні підприємства, підприємства, що створюються у формі господарського товариства, а також інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб.

Найбільше запитань викликає правове регулювання такого суб'єкта підприємництва, як приватне підприємство. Приватне підприємство у ГК України визначається як підприємство, що діє на основі приватної власності одного або кількох громадян, іноземців, осіб без громадянства та його (їх) праці чи з використанням найманої праці. Приватним є також підприємство, що діє на основі приватної власності суб'єкта господарювання – юридичної особи. У коментарі до ст. 113 ГК зазначено, що наведене у статті визначення приватного підприємства дозволяє дійти висновку, що останнє створюється виключно на основі приватної власності фізичних осіб або юридичної особи і може бути створене одним, двома або більше засновниками – громадянами України, особами без громадянства та іноземцями або юридичною особою – власником, суб'єктом господарювання. Приватне підприємство відповідає за борги тільки своїм майном, а засновник не несе відповідальності за боргами приватного підприємства. У цьому перевага приватного підприємства перед суб'єктами підприємницької діяльності – громадянами, які відповідають за боргами всім своїм майном. Приватне підприємство може бути унітарним, заснованим на виділеному для господарської діяльності майні, яке може перебувати у приватній власності однієї фізичної особи або суб'єкта господарювання. Корпоративне приватне підприємство створюється, як правило, двома або більше фізичними особами – засновниками, за їх сумісним рішенням (засновницьким договором), діє на основі об'єднання трудової участі засновників та/або майна, участі в розподілі доходів і ризиків підприємства. Корпоративні підприємства, як правило, є власниками майна. Однак законодавством України не встановлено заборон щодо закріплення майна за корпоративними приватними підприємствами на інших майнових титулах. Окрім того, деякі нормативно-правові акти, зокрема закони України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», «Про стандарти, технічні регламенти і процедури оцінки відповідності», використовують поняття «приватне підприємство» в розумінні підприємства, заснованого на приватній формі власності, яке є відмінним від державного і комунального підприємства [3, с. 220].

Перш за все, слід зауважити, що ознака особистої участі засновників у діяльності приватного підприємства не є обов'язковою його характеристикою. Адже у самому визначенні допускається альтернатива – об'єднання праці засновників або використання найманої праці. Крім того, об'єднання праці засновників властиве

також іншим суб'єктам економічних правовідносин. Так, у діяльності повного товариства його засновники беруть участь у такий спосіб як власна праця. Обов'язковою ознакою виробничих кооперативів є участь його засновників та членів у виробничій діяльності.

Цивільний кодекс України не містить норм, які б визначали статус приватного підприємства. На нашу думку, це пояснюється відсутністю відповідної потреби. Адже, як випливає з норм ГК України та їх науково-практичного коментаря, відсутнє чітке відмежування приватного підприємства від інших організаційно-правових форм юридичних осіб. Слід зауважити, що, виходячи з положень абз. 2 ч. 1 ст. 31, ст. 62, ч. 1 ст. 109 ГК України, підприємство є організаційною формою господарювання, а не організаційно-правовою формою юридичної особи. Водночас підприємство є юридичною особою. Згідно зі ст. 63 ГК України приватне підприємство, колективне підприємство, комунальне підприємство, державне підприємство, підприємство, засноване на змішаній формі власності – все це види та організаційні форми підприємства, а не організаційно-правові форми юридичної особи. Що ж стосується організаційно-правової форми юридичної особи усіх форм та видів підприємств, як і суб'єктів інших форм господарювання, інших організаційних форм приватного підприємства, то, на нашу думку, вона повністю має лягти у прокрустове ложе організаційно-правових форм юридичних осіб, передбачених ЦК України. Так, згідно з ч. 2 ст. 87 ЦК України установчим документом товариства є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками, якщо інше не встановлено законом. Якщо ж приватне підприємство засноване однією особою, то ЦК України і передбачає заснування товариств однією особою (фізичною чи юридичною). В такому разі товариство діє на підставі статуту, затвердженого цією особою. Таким чином, приватне підприємство, у діяльності якого беруть участь особистою працею його засновники або ж яке використовує найману працю, засноване однією чи кількома особам,

може діяти в організаційно-правовій формі такої юридичної особи, як товариство. Такий підхід дозволить усунути невизначеності у правовому статусі цілого ряду суб'єктів підприємницької діяльності, зокрема такі, як вимоги до формування установчого капіталу, межі майнової відповідальності тощо.

Отже, існує нагальна потреба у чіткому розмежуванні понять «форма господарювання» та «організаційно-правова форма юридичної особи». Перше поняття має стосуватись внутрішньої організації господарської діяльності суб'єкта господарювання і може визначатись у ГК України, а друге – формування такої правової фікції, як суб'єкт правовідносин – юридична особа приватного права, та закріплюватись у ЦК України. У ГК України слід уникати регулювання організаційно-правових форм юридичних осіб, принаймні, юридичних осіб приватного права, враховуючи, що організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права, приватні відносини щодо їх утворення, управління та розпорядження ними регулюються нормами ЦК України та деяких спеціальних законів («Про акціонерні товариства», «Про господарські товариства»). При розробці нормативних актів слід керуватись принципом Оккама, який лежить в основі всього наукового моделювання і побудови теорій. Він переконує нас, що з набору інших еквівалентних моделей будь-якого явища варто вибрати найпростішу. Тому слід визнати доцільність правового регулювання юридичних осіб публічного права нормами ГК України, а юридичних осіб приватного права – ЦК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Ментух Н. Ф.* Господарська правоздатність // Адвокат. – 2011. – № 2 (125). – С. 39 – 41.
2. *Цитович П. П.* Учебник торгового права // Цитович П. П. Труды по торговому праву. – В 2-х т. – Т.1. – М.: «Статут», 2005. – 450 с.
3. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина та ін.; / За заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. – 3-тє вид., переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 776 с.*

The article under consideration examines such concepts as economic legal personality, the legal status of Subjects of Entrepreneurship and their classification according to civil and commercial legislation of Ukraine, analyses doctrinal approaches to understanding of problematic issues. The author concludes on the need to resolve differences and uncertainties in the legal status of subjects of entrepreneurship and legal regulation of their activity, as well as the appropriateness of legal regulation of legal entities of public law and private law by regulations of economic and civil law respectively.

В статті розглядаються поняття хозяйственной правосубъектности, правового статуса субъектов предпринимательской деятельности, их классификация в соответствии с гражданским и хозяйственным законодательством Украины. Делается вывод о необходимости устранения разногласий и неопределенности правового статуса субъектов предпринимательской деятельности и правового регулирования их деятельности, а также о целесообразности правового регулирования юридических лиц публичного и частного права нормами хозяйственного и гражданского законодательства соответственно.

ЮРИДИЧНА ТЕРМІНОЛОГІЯ: МОДЕЛІ ЗАСТОСУВАННЯ

Янчук І. А.,

кандидат філологічних наук, старший науковий співробітник

відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті узагальнюються ознаки, притаманні термінології юридичної галузі. Висвітлюються процеси актуалізації термінологічного значення. Наводяться моделі, за якими утворюються терміни, серед яких лексико-

семантична сполучуваність слів є найпоширенішою і найпродуктивнішою. Завдяки цій сполучуваності термін набуває специфічних ознак і сталого вжитку.

Ключові слова: термінологія, термінознавство, продуктивна модель застосування, сполучуваність, ознаки терміна, засоби термінотворення тощо.

Юридичні терміни – в тому розумінні, як виникають, якими засобами реалізуються, завдяки яким лексичним формам входять до складу терміносистеми, яким чином застосовуються, набирають здатності активного використання або із часом втрачають професійний вжиток, завжди є важливими аспектом, темою і проблемою одночасно для всієї без винятку юридичної галузі. Терміни є невід’ємною складовою суспільних відносин, правової теорії, законодавства, юридична техніка яких має відповідати багатьом правилам, серед яких мовні мають першочергове значення завдяки обґрунтованості складових елементів. Це, насамперед, загальне правило, яке передбачає мовну правильність, зрозумілість і, водночас, стилістичну нейтральність юридичних текстів. У свою чергу, стосовно кожного тексту – однозначність тих термінів, які обираються до вжитку, виваженість синтаксичних конструкцій, які використовуються, усталеність засобів термінотворення, спрямованих на виявлення термінологічного змісту, ясність і точність лексико-семантичних моделей. Дотримання таких правил дає змогу створювати логічний, послідовно аргументований фаховий юридичний текст, в якому серед суто правових проблем є можливість наводити міркування з приводу походження того чи іншого терміна, а також з’ясовувати, якою мірою лексичне значення терміна відповідає позначеному ним поняттю, чи є ця відповідність однозначною, чи є вжиток будь-якого терміна вдалим тощо. Як свідчить практика, такі, здавалося б, лінгвістичні проблеми, які стосуються етимології терміна, його змісту, виокремлення термінологічного значення і зіставлення його з іншими існуючими на даний момент значеннями, не залишаються поза увагою чисельних юридичних видань. Не рідкістю є посилання на різні лексикографічні видання, галузеві словники, словники української мови, тлумачні словники, що є, часом, вагомим аргументом на користь тієї чи іншої теорії, думки або визначення.

Залучення лексикографічних пояснень стосовно окремих термінів, посилання на словники різних мов, часів, історичних періодів додає, передусім, корисної інформації щодо доцільності або небажаності вжитку того чи іншого терміна з позицій юридичної тематики та має і надалі сприяти або його усталеності (сталому вжитку), або вилученню з термінологічного обігу. Процес цей виявляється закономірним – посилання на лексикографічні видання викликає неабиякий інтерес у юристів, словникові визначення і зіставлення є вагомими аргументами на підтвердження або спростування багатьох теорій, спрямувань, позицій, нових знань і практики, тому що, як правило, словники галузевої юридичної термінології, в тому числі й наукової, є своєрідним узагальненням, кращим втіленням і надбанням визначеного періоду часу, за якими можна простежити розвиток термінології, здійснювати вибір найбільш вдалого варіанта, коригувати дефініцію і, головне, визначити однозначний сталий термін, який найбільше

відповідає запитам юриспруденції і реаліям сьогодення. Ще одним вагомим аргументом на користь залучення лексикологічних джерел є той факт, що вони є найбільш вагомим і переконливим узагальненням такого розділу лінгвістики, як термінознавство – науки, яка досліджує семантичну природу, граматичну організацію та закони функціонування термінів, які обслуговують конкретну галузь знань, сферу професійних інтересів, суспільно корисну діяльність тощо. Як і будь-яка наука, термінознавство давно визначилось із тими завданнями, які мають вирішуватися у процесі дослідження і формування термінологічних систем.

Враховуючи той факт, що право (як система права, так і правова система), фіксуючи термінологічний вжиток, досить часто посилається на лексикологічні джерела, які охоплюють з огляду на період часу найуживаніші терміни. Зупинимося на деяких основних завданнях термінознавства, яке в кожному конкретному випадку має визначити і правильний підхід, і позицію, і спрямування щодо пояснень, обґрунтувань, узагальнень і зумовленості застосування того чи іншого юридичного терміна у фахових джерелах. Такими завданнями є:

- аналіз термінів /термінології з точки зору участі в комунікативних процесах;
- дослідження семантичної своєрідності термінів у зіставленні зі словами загальнонавживаної лексики;
- вивчення термінологічної лексики в історичному аспекті;
- аналіз лексико-семантичної організації простих термінів (слів) та складених термінів (словосполучень);
- дослідження специфіки термінологічних словосполучень порівняно з іншими, включаючи фразеологічні словосполучення;
- практичне використання найбільш вдалих і найпоширеніших засобів терміноутворення з метою систематизації, уніфікації і стандартизації галузевої термінології;
- залучення до термінологічної системи найбільш вдалих зразків шляхом фахового відбору на засадах практичної перевірки відповідності терміна тим ознакам, без яких не зможе існувати термінологія будь-якої галузі.

Такі ознаки притаманні всім термінам, але не повною мірою. Основними ознаками (вимогами) є такі: системність; наявність дефініції; однозначність у межах певної термінології; стилістична нейтральність; точність семантики; висока інформативність; правильність з позиції мовної норми тощо. Проте відомо й те, що однозначність (моносемантичність), експресивна та конотативна нейтральність терміна, його інтелектуальна правильність, беземоційність, раціональна стилістичність – лише бажані риси терміна, наразі він може метафоризуватися, бути полісемантичним, набувати конотативних відтінків, ставати емоційно забарвленим, мати обтяжливу конструкцію, не остаточно визначену дефініцію і до того ж – мати не зовсім правильну відповідність форми та змісту за мовною нормою. Так, за останні роки зросла кількість термінів, семантика яких

виокремлюється запереченням поняття (предмета, дії, ознаки), з яким цей термін пов'язаний, що не робить такі терміни позначенням негативних явищ. Такі терміни як демонополізація, дерегуляція, які утворилися за допомогою семантично маркованого префікса де-, вочевидь не означають щось негативне – навпаки, заходи щодо демонополізації та дерегуляції тільки сприяють, наприклад, підприємницькій діяльності, зменшують втручання у самостійну роботу підприємців тощо. Такі так звані невідповідності не є суто мовними особливостями. У мові досить часто трапляються негативні слова, які позначають позитивні поняття, і навпаки – негативні поняття втілюються у слова, які не мають негативної форми, що пояснюється, частіше за все, не стільки продуктивністю словотворчої моделі, скільки впливом позамовних чинників, коли виникає потреба актуалізувати заперечення як позитивний момент у соціальному або професійному сенсі, підкреслити відсутність того, без чого раніше не можна було обійтись.

Загалом актуалізація саме термінологічного значення – доволі складний процес, зумовлений різними впливами, серед яких позамовний (екстралінгвістичний) чинник займає не останню позицію і має, якщо не головне, то й не останнє значення у формуванні спеціальної семантики терміна, який входить до складу певної термінологічної лексики і пов'язаний із нагальними соціальними процесами. Проте у розвитку юридичної лексики відбуваються і явища суто лінгвістичного спрямування, пов'язані з набуттям термінологічного значення. Семантичне ядро кожної термінологічної системи являє собою невелику групу поняттєво об'єднаних лексем, які, з одного боку, традиційно використовуються суспільством на різних етапах розвитку, а з іншого – зазнають певної концептуальної семантизації, яка виявляє усталені термінологічні ознаки та повною мірою сприяє формуванню та актуалізації термінологічної лексики. Ці процеси відбуваються, зважаючи на інтенсивний розвиток юридичної галузі, досить активно. Лексичний матеріал, який береться до уваги, є достатньо великим. Зацікавленість у таких моментах, коли необхідно пояснити особливості термінологічного вжитку, простежується майже в кожній юридичній праці, тому й надалі варто включати термінознавчі підходи, знання, узагальнення щодо змісту й форми, семантичної відповідності та засобів утворення різних за своєю структурою термінів до правових досліджень, тим більше, що одним з першочергових завдань сучасного термінознавства є практичний аспект – систематизація, уніфікація та стандартизація наявної термінології шляхом з'ясування відповідності терміна тим вимогам, які до нього висуваються мовною нормою та безпосередньо юридичною наукою. Який термін вважати вдалим, як досягти однозначності терміна, на які джерела спиратися задля того, щоб довести необхідність саме цього застосування? На ці та багато інших запитань лексичного спрямування треба шукати відповіді як у юриспруденції, так і в мовних правилах і закономірностях.

Нині, напевно, варто говорити не стільки про відсутність або недостатність тієї чи іншої професійної термінології у будь-якій галузі, скільки про ефектив-

ність термінологічного застосування і продуктивність мовних моделей, які виявляють юридичні терміни в ході свого функціонування і утворення. На сьогодні семантичне ядро юридичної термінології можна вважати визначеним. Проте поява нових термінів не призупиняється завдяки, насамперед, мовним моделям, за якими утворюються і функціонують терміни – відповідники новим поняттям стосовно нових правових реалій, фактів, явищ і відносин. Найбільш продуктивною і поширеною моделлю, за якою виникають і застосовуються саме нові терміни, які швидко реагують на сучасні запити з боку суспільних відносин, залишається сполучуваність слів.

Сполучуваність як універсальний мовний засіб виконує кілька важливих функцій як щодо формування, сталості та наповненості термінологічної системи, так і щодо відбору термінологічних одиниць з метою однозначного найменування наведених понять і вдалого вжитку у відповідних юридичних конструкціях. Насамперед, завдяки сполучуваності у межах термінологічної системи утримується необмежена кількість термінів-словосполучень, які можуть знаходитися у пасивному слововжитку, спиратися багато в чому на старі реалії, традиції, явища, проте залишатися частиною термінології, яка може бути відновлена і в будь-який час за певних обставин може повернутися і до активного вжитку, і до позначення історичних аспектів, і до застосування порівняльних характеристик у будь-якій термінологічній галузі. Крім того, незмінною є сполучуваність слів у процесах, які супроводжують фахові пояснення, визначення, уточнення та тлумачення юридичної техніки. Таке застосування термінотворення спостерігається в усіх галузях права, юридичних виданнях, законодавстві, тому варто зупинитися на таких засобах більш детально.

Особливістю термінологічного словосполучення є, насамперед, семантична єдність усіх його структурних компонентів, які визначають зміст терміна-словосполучення. Слова в межах терміна-словосполучення розуміються не окремо, а в їх сукупності, яка створює нове значення. За таких особливостей відбувається послідовне приєднання до початкового вихідного однослівного терміна змістовного уточнення у вигляді додаткових слів, які використовуються для його видових кореляцій. Такий підхід надає можливості створювати термінологічні одиниці, які складаються з двох або більше компонентів, відповідають вимогам щодо однозначного терміна, оскільки семантика кожного з компонентів цих словосполучень не дозволяє виокремити значеннєвий центр, що дає можливість говорити про їх семантичну єдність в тому розумінні, що зміст термінологічного словосполучення не є сумою значень компонентів, а формується завдяки об'єднанню двох або більше лексичних значень у межах терміна-сполучення, що має два або більше компонентів, які утворюють однозначне термінологічне сполучення. За такої послідовності утворюються усі термінологічні словосполучення, однозначність яких виникає і утримується в межах терміносистеми завдяки сталому об'єднанню семантики складових одиниць терміноутворення: *юридична сила; споживні речі; цивільний оборот; правові наслідки; нікчемний правочин;*

зайнтересована особа; передання речі; самочинне будівництво; громадянське суспільство тощо.

Відомо, що поєднуватися, сполучатися між собою можуть слова, в яких є частковий збіг сем. Найбільший збіг сем мають тавтологічні звороти (*раду радити, думу думати*). Розрізняється також вільна (продуктивна) сполучуваність і обмежена (непродуктивна) сполучуваність. Прикладом останньої є фразеологізм. Чи трапляються на цьому шляху невдалі поєднання слів у межах одного сполучення, громіздкі конструкції з ознаками тавтології (що не є корисним для термінології), чи недостатньо усталеними елементами? На жаль, досить часто трапляються: *грошові кошти; посадові і службові обов'язки; поняття терміна; кінцевий результат; етимологія походження; за договором поруки поручитель поручається* тощо. Наведені конструкції загалом є зрозумілими для всіх фахівців (та й для широкого загалу мовців), деякі з них є усталеними та загальноживаними в юриспруденції. Проте решта наведених конструкцій потребує уточнення (принаймні, виникають запитання щодо їх термінологічного вжитку). Тобто є підстави говорити про те, що такі конструкції не відповідають правилам юридичної техніки, а саме – не є однозначними, зрозумілими, точними, нейтральними, економними для юридичних текстів, усталеними щодо засобів мовного втілення тощо. В цілому, навіть виходячи з цього невеликого переліку як вдалих та усталених, так і невдалих юридичних конструкцій, можна спостерігати деякі закономірності, правила та порушення або недотримання вимог щодо термінів-сполучень. Якщо конструкція являє собою більше двох усталених компонентів і, відповідно, становить кілька термінологічних значень, то є велика вірогідність того, що в повному обсязі або скороченому вигляді вона залишиться в межах терміносистеми та буде застосовуватися в юриспруденції залежно від потреб галузі (*за договором поруки поручитель поручається*). В свою чергу, вилучення одного з елементів зі складу термінологічного сполучення, яке налічує два компоненти, призводить до зміни терміна і, відповідно, викликає появу нового змісту. Пояснюється це, частіше за все, характерними особливостями двокомпонентного сполучення, до складу якого, зазвичай, входить іменник, який означає предмети, явища, процеси, властивості, якості, тобто те, що є означенням родового поняття, та прикметник який, відповідно, вносить нові дані про родові поняття та як елемент термінологічного сполучення набуває термінологічних ознак і вказує на видову відмінність терміна. Завдяки видовому означенню родовий термін звужується. Процес звуження значення або змісту родового терміна можна спостерігати як у професійних текстах, так і в словникових статтях, що сприяє, з одного боку, формуванню і функціонуванню термінологічної системи в цілому, а з іншого – виокремленню та актуалізації певного однозначного терміна, утвореного засобом лексичної сполучуваності структурних елементів.

Юридична галузь надає нині багато прикладів активного вжитку такої моделі, компоненти якої, з одного боку, зберігають властиві частинам мови

(водночас – складовим термінологічного сполучення) семантичні, синтаксичні та морфологічні ознаки, а з іншого – як одне нове термінологічне значення виступають відповідником певного поняття відповідної галузі знань. Це означає, що варто враховувати, насамперед, позицію кожного з компонентів сполучення. Ядром такої моделі залишається іменник, прикметник привносить у термін додаткову ознаку, інформацію. Це дає підстави нагадати, що варто дуже уважно та виважено ставитися до застосовування, а часом – до відновлення, або загалом – до активного залучення таких компонентів, пам'ятаючи, що вони мають повністю визначати, уточнювати, підтверджувати або перевіряти зміст іменників, з якими вони сполучаються. Є ще один аспект, на який слід завжди звертати увагу, залучаючи до активного вжитку, наукового обігу чи засобів масової інформації той чи інший термін-сполучення, який реалізує своє особливе значення за допомогою прикметника. Очевидним є те, що в структурі складної терміносполуки прикметники набувають термінологічних ознак, семантично ускладнюються і, відповідно, означають і характеризують предмети, явища, реалії і факти, концентруючи при цьому більше інформації і ознак, ніж окремо взятий прикметник, вільний від зв'язків у межах термінологічного значення. Наведемо кілька прикладів: *правильний* (який відповідає не тільки встановленим правилам, а й нормам права) – *правильне рішення, правильне застосування* тощо; *чинний* (який охоплює крім значення «який діє» ще й значення «який має юридичну силу») – *чинний закон, чинне законодавство* тощо; *споживний* (який стосується споживання) – *споживні речі* тощо; *оціночні* (які не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані) – *оціночні судження* (на відміну від *фактичні твердження*); *істотний* (з урахуванням певних обставин, а саме: ступеня вини, величини завданої шкоди, матеріального становища) – *істотне значення* тощо. Кожне з наведених термінологічних ознак виокремилось і функціонально визначилось завдяки сполучуваності мовних одиниць.

Будь-яка проста значеннева одиниця мови реалізується, принаймні, в двох аспектах – формі та змісту. Деякі вчені зазначають, що слово має значення незалежно від сполучуваності з іншими словами, а саме зміст (або смисл) зароджується в сполученні. Зазначається також, що у сполученні відбувається специфікація значення, яка спирається на знання понять, реалій, і через те не є власне лінгвістичним процесом [1]. Тому цілком очевидним є те, що появу, утворення, а також поповнення юридичної термінології не можна вважати завершеними. Термінологічна номінація визначається різними чинниками, які супроводжують її реалізацію в юридичній галузі. Багато термінів знаходиться ще в процесі становлення, сталого визначення, що в цілому не дає підстави погоджуватись з їх остаточним закріпленням в юридичній термінології. Продуктивним засобом термінологічної номінації є сполучуваність, у процесі якої слова зазнають, на думку мовознавців, «концептуальної семантизації» [2] або «специфікації значення» [1]. Процес цей потребує постійної уваги і з боку юристів, оскільки усвідомлення, виокрем-

лення та застосування фахової термінології зумовлюються чинниками, які передбачають як всебічне вивчення понять, реалій, явищ і фактів, які залучаються до юридичної галузі, так і лінгвістичні знання, які забезпечують мовне оформлення відповідних процесів. Враховуючи такі тенденції розвитку юридичної термінології, важливо, перш за все, фіксувати появу нових термінів, вивчати їх структуру, сполучуваність, функціонування та шляхи входження і закріплення в різних галузях права. Така кропітка робота з боку юриспруденції і лінгвістичної науки має ефективно сприяти найбільш вдалому утворенню за продуктивними моделями та однозначному вибору термінологічної одиниці, без функціонування якої неможливий розвиток жодної термінології юридичної галузі.

Зважаючи на сучасний стан і тенденції розвитку вітчизняної термінології, доцільно було б також визначити характер, труднощі уживання, впровадження у практику наукових досліджень фахової термінології, коментувати та пояснювати випадки хибного, неточ-

ного та нечіткого терміновживання в юридичній науці та практиці, активно вивчати пропозиції юристів, враховувати висловлені міркування щодо впровадження термінологічних одиниць, створювати достатньо повну та виважену вітчизняну термінологічну систему в галузі приватного права і відповідного законодавства, узгоджену з відповідними поняттями іноземних правових систем і законодавств, враховуючи міжнародний досвід і особливості розвитку вітчизняної термінології.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Кочерган М. П.* Слово і контекст (Лексична сполучуваність і значення слова). – Львів: Видавництво при Львівському державному університеті видавничого об'єднання «Вища школа», 1980. – 184 с.

2. *Панько Т. Г.* Методологічні засади вивчення й розвитку національної термінології // Теорія та прагматика термінологічної лексики: Тези доповідей республіканської науково-методичної конференції (Хмельницький, 28–30 травня, 1991 р.). – К.: НМК ВО, 1991. – С. 73.

The peculiarities of terminology nomination. Determine the productivity model of term-phrases.

Раскрываются особенности терминологической номинации. Определяются продуктивные модели образования термин-словосочетаний.

Запрошуємо до співпраці!

Одним з напрямів діяльності НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України є проведення науково-правових експертиз і підготовка експертних висновків. Звертаємо Вашу увагу на можливість використання цього правового засобу у Вашій діяльності. Наші пропозиції полягають у взаємовигідному співробітництві щодо застосування аналітичного потенціалу юридичної науки для захисту прав і ефективного вирішення проблем клієнтів.

Експертиза є ефективним засобом доказу в суді, а також на етапі досудового врегулювання конфлікту. Як правило, на практиці аргументація і висновки науково-правової експертизи беруться за основу судового рішення.

Численні позитивні приклади результативного використання експертних висновків свідчать про дієвість цього джерела доказів, адже експертне дослідження носить всебічний, фундаментальний характер.

Останніми роками нами проведено науково-правові експертизи на запити низки банків, страхових компаній, юридичних фірм, теле-, радіокомпаній, авіакомпаній, морських і річкових портів України, великих підприємств у галузі ювелірної справи, виробництва дорогоцінних і кольорових металів, державних установ, всеукраїнських громадських організацій, адвокатів, нотаріусів і громадян України.

З питань співробітництва для проведення окремих науково-правових експертиз і підготовки експертних висновків звертайтеся до Інституту за телефоном: (044) 286-70-98.

ВИКОРИСТАННЯ ПРЕЮДИЦІЇ ТА ПРЕЮДИЦІЙНОСТІ ДЛЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

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 поняття «преюдиція», «преюдиційність» («преюдиціальність»), «преюдиційна сила судових рішень», а також їх відмежування від суміжних понять. Особливу увагу приділяється взаємним зв'язкам і впливу цивільного та конституційного процесів в аспекті досліджуваного предмета.

Ключові слова: преюдиція, «преюдиційність» / «преюдиціальність», преюдиційна сила судового рішення, прецедент, цивільне судочинство, конституційне судочинство.

Немає сумнівів, що при вирішенні спору кращою для сторін є ситуація, коли вони можуть вирішити всі суперечки по суті в одному судовому процесі. Дроблення процесу на окремі процеси завжди пов'язано з незручностями, принаймні збільшенням часу для розв'язання конфліктної ситуації. Таке дроблення не є чимось новітнім. Ще у давньоримському праві існував інститут *exceptio praejudicialis*, який полягав у тому, що особа вимагала, щоб питання про більш важливі правовідносини, від якого залежить справа, було вирішено відокремлено, раніше пов'язаної з ним справи. Це є необхідним для того, щоб суддя не вирішував «попутно» більш важливе юридичне питання, адже таке рішення могло в подальшому вплинути на вирішення інших питань, що зачіпають інтереси сторін [1, с.15].

Оскільки судовий процес у Російській імперії поділявся на цивільний та кримінальний, теоретики того часу приділяли істотну увагу питанню про можливість застосування висновків суду, зроблених щодо однієї справи, при розгляді судом іншої судової справи: як у межах одного виду судового процесу (тобто висновків кримінального суду в іншій кримінальній справі; висновків цивільного суду в іншій цивільній справі), так і «перехресного застосування», тобто застосування висновків кримінального суду при розгляді іншої цивільної справи та навпаки. Так, відомий теоретик І. О. Фойницький, аналізуючи інститут преюдиції, зазначає: «Міцність судового рішення, що набуло законної сили, є одним з ґрунтовних вимог юридичного ладу. Погляд, висловлений судом, має користуватися належним авторитетом, і, без сумніву, суди й самі мають подавати приклад поваги до законної сили судових рішень, тому що їх непостійність, свавілля та суперечності створювали б справжню ганьбу для судового відомства» [2, с.110].

Інший теоретик процесуального права ХІХ ст. І. Щегловітов вважав, що «намагання» уникнути суперечності в діяльності судових установлень, а також небажання надати суду розгляд питань, що виходять за межі його формальної компетенції, якби вони перебували у відношеннях причини та наслідку, слугували приводом до встановлення на початку цього сторіччя особливого інституту предсудимості, зачатки якого існували й раніше. Сутність цього способу узгодження діяльності кримінального та цивільного суду полягає в тому, що дослідження справи, якщо остання складається з окремих питань, за своїм змістом не підвідомчих судові, який має їх розв'язати, роздробляється між окре-

мими судами з тим, щоб їх рішення були обов'язковими для інших органів правосуддя» [3, с. 69].

Разом із тим, вважаємо недоцільним заглиблюватися у нашій статті в специфіку преюдиції у кримінальному процесі, адже вона потребує окремого наукового дослідження. Як зазначає професор Л. Головка, питання полягає в гарантіях: кожен процес має свою мету і в залежності від неї містить набір певних гарантій. Кримінальний процес, де йдеться про винуватість-невинуватість, про можливість позбавлення людини волі, на відміну від цивільного та арбітражного, надає максимальне число гарантій як: обвинувачення зобов'язане доводити винність підсудного, останній має свої права на захист та презумпцію невинуватості, потерпілий має свої права тощо. З цих причин завжди вважалося, що встановлення обов'язкових для кримінального суду фактів через інші процеси – це обхід самих гарантій, адже ані арбітражному процесу, ані цивільному такі гарантії не потрібні, у них інші завдання. І коли йдеться про те, що, наприклад, рішення цивільного суду не має значення для кримінальної справи, то це означає не те, що суддя з кримінальної справи має ставитись до нього байдуже, а лише те, що воно має для нього значення рядового доказу. Тобто, використовувати для доведення рішення цивільного чи арбітражного суду, проте преюдиційно встановлювати через інші процеси і в обхід гарантій факти, що мають кримінально-правове значення, не можна... Треба пам'ятати, що в англосаксів взагалі немає жодної преюдиції, а континентальна система завжди виходила з принципу автономії кримінального процесу. Сенс останньої в тому, що оскільки процеси (наприклад, арбітражний чи кримінальний) переслідують автономні цілі, то, відповідно, жодні рішення «міжгалузевих» судів не можуть мати преюдиційного значення. Якщо ми, виходячи зі зворотного, начебто переслідуюмо однакові цілі в різних процесах, то маємо забезпечити аналогічну кількість гарантій. Отже, ми мусимо в арбітражному процесі забезпечити право на захист, тобто додатково навантажити арбітражний процес. Чи потрібно це? Незрозуміло [4].

Хочеться звернути увагу в даному аспекті на резонансну справу американського спортсмена О. Дж. Сімсона, який був виправданий журі присяжних у США за звинуваченням у вчиненні навмисного вбивства двох осіб. Згодом інші присяжні вже в цивільному процесі, за відсутності преюдиційної дії судового рішення у

кримінальній справі (цивільний процес здійснювався повністю «з нуля»), стягнули з нього багатомільйонну компенсацію за позбавлення життя тих саме осіб на користь їхніх родичів [5].

Попри існування різних доктринальних поглядів на преюдиційність судових рішень, які аналізуються нами в цьому дослідженні, остаточно залишається не зрозумілим, як судові рішення з одних справ можна застосовувати в інших судових процесах? Це перешкоджає чіткому визначенню наслідків того чи іншого судового рішення. Встановлення цих наслідків і є метою нашого дослідження.

Передусім, ми виходимо з того, що основними цілями преюдиції є уникнення протиріч у діяльності судових органів та забезпечення найкваліфікованішого розгляду питання компетентним органом. Зокрема, призначення преюдиції перебуває у сфері чіткості та визначеності в реалізації рішень, що набули законної сили, вона забезпечує неспростовність, виключність та виконуваність рішення. Щодо загальнотеоретичного розуміння преюдиції судового рішення у доктрині були висловлені різні точки зору, які свого часу дуже вдало узагальнила У. Юсубова. Преюдиція згідно з її узагальненням [1, с. 54] розумілась різними вченими, як:

а) самостійна властивість законної сили судового рішення (В. Н. Бабаєв, В. М. Семенов, Н. Б. Зейдер, М. Г. Андюков, К. С. Юдельсон);

б) окремих випадок виявлення законної сили судового рішення (Л. Г. Шустер, В. Я. Дорохов);

в) прояв винятковості судового рішення (Я. Л. Штудин, М. А. Гурвич);

г) те ж саме, що й винятковість судового рішення (Ф. Н. Фаткуллін);

д) вияв загальнообов'язковості судового рішення (Г. Резник);

е) наслідок неспростовності, винятковості та обов'язковості судового рішення (Н. А. Чечина).

Узагальнюючи теоретичні підходи до поняття «преюдиції», А. В. Карданец зазначає, що більшість правознавців визначають дію преюдиції через презумпцію істинності правозастосовного органу, через процес гарантії достовірності, достатності, належності, винятковості, виконуваності, неспростовності, законності, доцільності та обґрунтованості його рішень. Цей теоретик, на нашу думку, достатньо вдало визначив преюдицію як прийом юридичної техніки, який є правилом доказування про те, що рішення правозастосовного органу, яке набуло законної сили, що прийнято у встановленому законом порядку, про наявність чи відсутність юридичного факту, є обов'язковим для всіх правозастосовних органів, які вирішують юридичний спір щодо цього факту, пов'язаний із вирішеною справою [6, с. 27, 30].

Проте зауважимо, що «юридичні факти» бувають різними: вони можуть ґрунтуватись як на суто фактичних подіях, так і на їх визнанні (чи невизнанні) правозастосовними органами, і навіть на юридичних оцінках останніх. Тому родові поняття «юридичний факт» потребує конкретизації в аспекті предмета дослідження.

Немає належної чіткості й в питанні про розмежування понять «преюдиція» та «прецедент». Найкраща з

відомих нам теоретичних розробок цього питання була здійснена А. В. Карданцем [6, с. 53–57]. Він пропонує виходити з того, що спільним у цих поняттях є таке:

- засоби юридичної техніки;
- використовуються у процесі правозастосування;
- є різновидами предрішення (*щоправда, з цим ми не погоджуємося, адже розуміємо термін «предрішення» децю по-іншому, про що докладніше буде нижче – К. М.*);
- спрощують процес вирішення юридичного питання;
- мають в основі свого формування причинно-наслідковий зв'язок;
- ґрунтуються на індуктивному методі становлення;
- правила вирішення на основі висновків попереднього рішення.

Проте вони мають і низку відмінностей, а саме:

– преюдиції існують лише в сфері доказування, сфера використання прецедентів ширша (тлумачення норм права, створення норм права тощо);

– прецедент є правилом використання попереднього досвіду, більш ранньої правової аргументації, преюдиція – попередніх конкретних фактів. Так, преюдиція встановлює юридично значимий зв'язок між фактами й обставинами різних юридичних питань, а прецедент – зв'язок досвіду, що отриманий в результаті ухвалення рішення з юридичного питання і необхідністю ухвалення рішень з аналогічних питань у майбутньому;

– прецедент поширюється за аналогією, обсяг якої визначається типовістю питання, що розглядається, преюдиції таке не притаманне;

– прецедент може використовуватися щодо всього кола «подібних» юридичних питань, всіх сфер юридичного процесу, що не характеризує преюдицію, при цьому правозастосовне рішення з питань факту не створюють прецедент;

– прецедент є способом заповнення прогалин у праві, преюдиція – ні;

– прецедент створюється тим суб'єктом, який вперше правильно вирішив певне юридичне питання. Реалізація преюдиції можлива лише в разі її законодавчого закріплення. Вона може реалізовуватися лише уповноваженим суб'єктом застосування правових норм, який не може відступати від приписів законодавця, тим самим не може переформулювати і саму преюдицію;

– прецедент на відміну від преюдиції має істотну динамічність, тобто може частково змінюватися суб'єктом використання в залежності від його розсуду;

– розвиток прецеденту пов'язаний з ієрархічною драбиною правозастосовних органів (наприклад, апеляційні суди ніколи не будуть вважати прецедентами рішення місцевих), преюдиції – ні;

– прецедент ґрунтується не на достовірності (як преюдиція) і на ймовірності (як презумпція) фактів, а на правильності рішення попереднього питання та авторитетності органу, що його ухвалив.

Останнім часом зростає роль Конституційного Суду України (далі – КСУ) у розгляді питань цивільно-правового характеру. Насправді, суб'єкти цивільних правовідносин мають реальну можливість ефективно захищати свої права та інтереси не лише через загальні суди, а й у конституційному судочинстві. Невелика кількість звернень до КСУ з питань тлумачення цивільно-

ного закону свідчить, на нашу думку, про недостатню обізнаність учасників цивільних правовідносин з відповідними можливостями. Разом із тим, деякі суб'єкти вже успішно захистили свої цивільні права через механізми, які надає конституційне судочинство. Як приклад, можна навести рішення КСУ від 10 грудня 2009 року № 32/рп-2009 за конституційним зверненням ПП «Автосервіс» щодо переважного права орендаря майна, від 10 листопада 2011 року № 15-рп/2011 за конституційним зверненням громадянина Степаненка А. М. щодо правовідносин із споживчого кредитування, від 13 березня 2012 року № 5-рп/2012 за конституційним зверненням громадянки Галкіної З. Г. щодо будівництва житла коштом громадян [7] та інші.

Неможливо заперечити, що є позитив у тому, коли в одному процесі суд і перевіряє конституційність відповідного акта, і вирішує основний спір між сторонами по суті. Проте, не вдаючись до дискусії, яка модель конституційного контролю краще, ми виходимо з того, що нині в Україні, як і в цілому в країнах романо-німецької правової родини, конституційний контроль щодо актів деяких вищих державних інституцій здійснюється окремою спеціалізованою інституцією, і це об'єктивно може призводити до «роздвоєння», «дроблення» судового процесу. Ситуації такого роздвоєння можуть однаковою мірою бути притаманними як справам про офіційне тлумачення законів, так і про перевірку конституційності актів. При цьому слід застерегти, що, звичайно, суб'єкти цивільних правовідносин можуть оспорити в КСУ певне коло актів лише через «фільтр» спеціальних уповноважених суб'єктів, які мають право внесення конституційних подань.

Не викликає сумніву, що мета, з якою учасники конкретного спору мають намір ініціювати (в межах наявних у них можливостей) певне питання перед конституційним судом, не полягає у перевірці конституційності певного акта чи його офіційному тлумаченні як такого. Вони бажають, щоб позитивне для них рішення КСУ допомогло їм захистити свої інтереси в основному процесі в загальному суді. У протилежному випадку, звертається до КСУ їм просто немає жодного сенсу. Захист цивільних прав та інтересів особи є можливим та ефективним лише за умови, якщо позитивне для особи рішення органу конституційного судочинства вона потім зможе використати в «основному процесі» в загальному суді. Тобто, іншими словами, лише за умови, якщо рішення КСУ має властивість преюдиції та/або преюдиційності (розмежування цих термінів ми пояснюємо нижче). З іншого боку, і сам КСУ часто пов'язаний фактами, встановленими загальними судами, які, по суті, є преюдиційними для нього.

Відомий вітчизняний вчений-конституціоналіст професор Ю. Г. Барабаш зазначив, що КСУ в своїх рішеннях за весь період діяльності лише 5 разів зазначав про преюдиційність власного рішення, всі ці 5 справ були пов'язані з поновленням соціальних прав громадян в їх публічно-правових відносинах з державою. Крім того, ще одного разу КСУ, хоч прямо і не вжив слово «преюдиційність», але зазначив про необхідність перегляду рішень загальних судів у справах заявників, які суперечили правовій позиції

КСУ. При цьому Ю. В. Барабаш цілком слушно також зауважив, що на практиці загальні суди не завжди вважали рішення КСУ, в яких не було прямої вказівки про їх преюдиційність, підставою для перегляду за нововиявленими обставинами судових рішень, що ґрунтувались на нормативних актах, які згодом КСУ визнав неконституційними [8, с. 45, 48–49].

Зауважимо, що також існує ще один термін – «правові позиції». Як зазначає Голова Конституційного Суду РФ В. Д. Зорькин, прецеденти, створені Конституційним Судом, зазвичай іменують «правові позиції». Вони як висловлені у рішеннях обов'язкові судження з правових питань, поряд із прецедентним характером, мають і «преюдиційну силу для всіх судів». Якщо певна норма галузевого законодавства визнана неконституційною, вона втрачає юридичну силу і стає недійсною; при цьому не лише вона, а й подібні до неї норми інших нормативних актів не повинні застосовуватися судами. Разом із тим, відповідно до російської правової традиції рішення КС разом із правовими позиціями, що в них містяться – «і не прецеденти, і не преюдиція в чистому виді ані для самого КС, ані для інших органів. Це правові акти особливого роду, що мають певні прецедентні та преюдиційні властивості» [9, с. 5–6].

Заслуговує на увагу позиція колишнього заступника Голови Конституційного Суду РФ професора Т. Морщакової. Вона вважає, що юридичне значення рішення КС як прецеденту неточно, оскільки прецедент є застосуванням правових висновків одного суду при розгляді справ іншим судом у ситуації, яка подібна за фактичними обставинами. Щодо рішень КС мова не йде про прецеденти в цьому сенсі. Якщо КС витлумачив певний закон, то це рішення обов'язково для всіх випадків застосування цього закону. Йдеться не про аналогічну, а про ту ж саму ситуацію, і не про подібну фактичну сторону справи, а про правовий зміст закону, що підлягає застосуванню. Для оцінки юридичного значення рішення КС більш підходить поняття преюдиції, хоча і тут немає повної відповідності, адже преюдиція – це неспростовне значення для інших судів первісного встановлення фактів. В конституційному правосудді наче видозмінюється саме поняття факту, який має визнаватися іншими судами встановленим без нового його дослідження. КС встановлює факт відповідності чи невідповідності будь-якого закону Конституції, і хоча це явище суто правового характеру, в певному сенсі воно може розглядатися як особливий факт, який має преюдиційне значення не лише для інших судів, а й для законодавчих органів. Це непрямо підтверджується заборонаю долати рішення про змістовну неконституційність закону його повторним ухваленням. При цьому поняття встановленого факту неконституційності нормативного змісту акта не зводиться до визнання таким, що не відповідає Конституції, правового установлення, що закріплене в формі лише перевіреного судом закону. Аналогічний правовий зміст інших нормативних актів також не має права на існування з моменту винесення КС рішення про неконституційність розглянутої ним норми. Преюдиційне значення факту неконституційності нормативного правила має наслідком неможливість засто-

сування іншими судами таких саме правил, закріплених у інших актах, та зобов'язує органи влади, що їх видали, внести до них відповідні зміни [10, с. 29].

Як наочний приклад останньої ситуації з вітчизняної практики можна навести Рішення КСУ № 16-рп/2010 від 10.06.2010, в якому встановлено, що оскаржені положення закону за своїм змістом відтворюють законодавчі положення, які визнані Рішенням КСУ від 27 травня 2009 року № 12-рп/2009 неконституційними. Відповідно до ч. 2ст. 150 Конституції України рішення та висновки КСУ є остаточними і обов'язковими до виконання. Обов'язок виконання рішення КСУ є вимогою Конституції України, яка має найвищу юридичну силу щодо всіх інших нормативно-правових актів. Це виключає можливість органу державної влади, у тому числі парламенту, органу місцевого самоврядування, їх посадових осіб відтворювати положення правових актів, визнаних КСУ неконституційними, крім випадків, коли положення Конституції України, через невідповідність яким певний акт (його окремі положення) було визнано неконституційним, у подальшому змінені в порядку, передбаченому розділом XIII Основного Закону України [7].

Відомий російський конституціоналіст Л. В. Лазарев зазначає, що іноді обов'язковість рішень КС розглядають як таку, що означає їх преюдиційне значення. Поняття преюдиції як обов'язковості для всіх судів, що розглядають справу, фактів, раніше встановлених судовим рішенням з будь-якої іншої справи, поширюється на нормативні акти як різновид «фактів», що встановлюються в конституційному правосудді. На думку Л. В. Лазарева, в принципі така позиція має під собою певні підстави, однак зведення рішень КС лише до преюдиційності, до встановлення факту конституційності або неконституційності нормативного акта збіднює їх характеристику як рішень нормативно-інтерпретаційного характеру і роль КС як у певному сенсі «позитивного законодавця» [11, с. 64]. Отже, і тут ми бачимо, що застосування термінів «преюдиція» та «преюдиційність» як взаємозамінних призводить до плутанини між процесуальним застосуванням фактів та між процесуальним застосуванням юридичних оцінок.

Ми погоджуємось з позицією Т. В. Морщакової, що преюдиціальність рішень конституційного суду дійсно стосується застосування саме юридичних оцінок. Разом із тим, ми пропонуємо розв'язати колізію між термінами «преюдиція»/ «преюдиційність» («преюдиційна сила») саме за принципом: чи відбувається міжпроцесуальний рух, тобто застосування в іншому процесі фактів без юридичних оцінок / чи, навпаки, юридичних оцінок?

Проблема в тому, що як у законодавстві, так і в правозастосовчій практиці не розмежовуються поняття «преюдиція», з одного боку, та «преюдиційність (преюдиціальність)», з іншого боку. На нашу думку, ці поняття слід вважати різними та видовими, а родовим щодо них – поняття «преюдиційна сила». Так, ст. 74 Закону «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р. встановлює, що КСУ може вказати на преюдиціальність свого рішення при розгляді судами загальної юрисдикції позовів у зв'язку з правовідносинами, що виникли внаслідок дії неконституційного акта. У Законі

України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. зазначено, що обов'язковість урахування (преюдиційність) судових рішень для інших судів визначається процесуальним законом (ч. 2 ст. 13). Дійсно, процесуальні кодекси містять відповідні положення у розділах щодо доказування (щоправда, без вжиття термінів «преюдиція» чи «преюдиційність»): ст. 72 Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 61 Цивільного процесуального кодексу України, ст. 35 Господарського процесуального кодексу України. Загальне правило цих кодексів таке: допускається «перенесення» з процесу в новий процес лише висновків суду про факти, але дія такого перенесення обмежується як за колом фактів, так і за колом осіб.

У доктрині було зазначено, що в своєму точному значенні «преюдиція» – це правило доказування, «преюдиційність» – властивість судового вироку, що набув законної сили [12, с. 62]. Погодитися з такими визначеннями повністю не можна. Їх можна заперечити твердженням, що існує певне правило доказування, яке фактично й полягає в наданні певних доказових властивостей судовому рішення, що набуло законної сили. На нашу думку, нерозрізнення понять «преюдиція» та «преюдиційність» у законодавстві й є основним «камнем спотикання» з проблеми, що досліджується. Традиційна пов'язаність «преюдиції» з доказуванням саме фактичних обставин безпідставно стала вважатися перешкодою для невизнання судових актів преюдиційними, тобто, перешкодою для руху (хай навіть обмеженого) юридичних оцінок з однієї судової справи в іншу. Зокрема, А. С. Березін, виходячи з концепції про те, що конституційний суд не встановлює та не досліджує факти, заперечує преюдиціальність актів зазначеного суду. Разом із тим, він, до його честі, все ж визнає, що питання про те, чи можна вважати преюдиційно встановленими не лише факти, а й юридичні оцінки, є проблемним [12, с.143–144, 152].

Науковець О. С. Хромова зазначає, що основним матеріалом, з яким працює КС при розгляді індивідуальної (колективної) скарги на неконституційність закону, що порушує права і свободи громадян, є документи. Це пов'язано з тим, що встановлення фактичних обставин не є метою КС і можливо лише для перевірки документальних доказів в обмежених випадках. КС і не повинен цього робити, оскільки рішення суду загальної юрисдикції щодо питань встановлення фактичних обставин у справі має преюдиційне значення для конституційного суду [13, с.150–151].

На думку А. М. Безрукова, преюдиційність стосується лише сфери доказування, а не юридичних оцінок. Питання, чи притаманно доказування в його традиційному розумінні конституційному судочинству, є спірним, однак, у будь-якому разі конституційний суд не позбавлений права досліджувати певні докази [14, С. 63, 84–86].

На нашу думку, судовому процесу притаманні як рух встановлених фактичних обставин із одного судового процесу в іншій (це «преюдиція»), так і юридичних висновків (це «преюдиційність»).

Також слід розрізняти преюдицію у позитивному та негативному значеннях.

Загальною ознакою дії преюдиції є заборона оскарження преюдиційно встановлених фактів, а також

їх обов'язковість для суду. Преюдиція у негативному значенні (заборона оскарження) спрямована лише проти осіб, що брали участь у справі. В позитивному її значенні (звільнення від доказування) коло тих, хто може скористатися нею, є ширшим [15, с. 59].

Зазначену різницю між преюдицією в позитивному та негативному значенні можна наочно пояснити на такому прикладі. Сторони судової цивільної справи не вправі в новому судовому процесі оспорювати факти, встановлені в попередньому; однак особи, що не брали участь в процесі, мають право оспорювати ці ж факти в новому окремому процесі – це негативна преюдиція. Якщо за вироком кримінального суду особу визнано винною у вчиненні злочину, то на цей факт вправі посилатися в цивільному процесі як на доведений особи, які не брали участь у розгляді цієї кримінальної справи і не зобов'язані наново його доводити – це позитивна преюдиція.

У конституційному судочинстві позитивна та негативна преюдиції у деяких випадках збігаються, оскільки КС не ревізує фактичні обставини певних юридичних конфліктів, встановлені рішеннями загальних судів, вважаючи їх достовірними. Так само фактичні обставини, встановлені КС (за умови, якщо вони були первісно доведені під час розгляду конституційної справи, а не були «позичені» КС з рішень загальних судів), мають ознаку преюдиції для всіх інших судових процесів. Тобто, на них можуть посилатися як на доведені апріорі як особи, які брали, так і особи, які не брали участь у розгляді відповідної справи в КС. Фактично преюдиція у позитивному та в негативному значеннях тут зливаються.

Має важливе правозастосовне значення відмежування преюдиції від предсудимості. Предсудимістю слід вважати як обов'язковість попереднього вирішення певних питань іншим органом з виключенням деяких питань з підвідомчості суду, який розглядає справу. Предсудимість означає, що до вирішення судом по суті вимог позивача в основній справі необхідно розглянути в судовому порядку не підвідомчий даному судові спір про право чи факт з ухваленням з цього питання судового рішення [15, с. 12, 31].

Пленумом Верховного Суду України у пункті 2 постанови «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 року № 9 було роз'яснено, що у разі невизначеності в питанні про те, чи відповідає Конституції України застосований закон або закон, який підлягає застосуванню в конкретній справі, суд за клопотанням учасників процесу або за власною ініціативою зупиняє розгляд справи і звертається з мотивованою ухвалою (постановою) до Верховного Суду України, який відповідно до ст. 150 Конституції може порушувати перед КСУ питання про відповідність Конституції законів та інших нормативно-правових актів. Таке рішення може прийняти суд першої, касаційної чи наглядної інстанції на будь-якій стадії розгляду справи [16] (звичайно, цей пункт Постанови застарів у частині судів наглядної інстанції через скасування у 2001 році перегляду судових справ у порядку нагляду).

У пункті 33 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування норм цивільного процесу-

ального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції» від 12 червня 2009 року № 2 зазначено таке: визначаючи наявність передбачених ст. 201 ЦПК підстав, за яких провадження у справі підлягає обов'язковому зупиненню, суд повинен, зокрема, враховувати, що така підстава для зупинення провадження у справі, як зазначено у пункті 4 частини першої цієї статті – неможливість розгляду цивільної справи до вирішення іншої справи, що розглядається в порядку конституційного, цивільного, господарського, кримінального чи адміністративного судочинства, застосовується у тому разі, коли в цій іншій справі можуть бути вирішені питання, що стосуються підстав, заявлених у справі вимог, чи умов, від яких залежить можливість її розгляду... Підставою для зупинення провадження за п. 4 ч. 1 ст. 201 ЦПК може бути також відкриття КСУ провадження за зверненням відповідно до ст. 43 Закону про КСУ про офіційне тлумачення положень Конституції України чи закону, що мають застосовуватися при вирішенні справи, яка перебуває у провадженні суду [16].

У ст. 3 Федерального Конституційного Закону «Про Конституційний Суд Російської Федерації» проголошується, що цей суд є лише судом права. Разом із тим, він при здійсненні конституційного судочинства утримується від встановлення та дослідження фактичних обставин в усіх випадках, коли це належить до компетенції інших судів чи інших органів [17]. Отже, за таких формулювань Конституційний Суд може у певних межах досліджувати та встановлювати фактичні обставини, при цьому він сам оцінює межі зазначеного права у кожній конкретній ситуації.

У вітчизняному Законі про КСУ немає жодних положень про преюдицію фактів, які раніше були встановлені загальними судами. І навпаки, в процесуальних кодексах, що врегульовують загальне судочинство (КПК, КАСУ, ЦПК, ГПК) відсутні положення про преюдицію фактів, встановлених рішенням КСУ. Наведене є істотним недоліком як Закону про КСУ, так і зазначених процесуальних кодексів, який має бути виправлений.

Згідно зі ст. 15 Закону про КСУ підставою неконституційності правових актів є в тому числі порушення встановленої Конституцією України процедури їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності; а відповідно до статей 54–55 цього ж Закону учасниками конституційного провадження є свідки. Це також є свідченням того, що за певних обставин КСУ має первісно встановлювати деякі фактичні обставини. Уявіть гіпотетичну ситуацію, коли закон оскаржується через те, що законопроект був внесений на розгляд парламенту особою, яка не є суб'єктом законодавчої ініціативи, або був підписаний замість Президента України сторонньою особою, чи опублікований акт уряду за текстом відрізняється від того, за який голосували члени Уряду; чи на засіданні Верховної Ради України була відсутня необхідна для ухвалення закону кількість народних депутатів України. Звісно, КСУ буде зобов'язаний перевіряти ці факти по суті, проводячи «квазі-розслідування».

Втім, у тих конституційних справах, у яких процес у КСУ впливає з іншого процесу, що має місце в загальному суді, КСУ за загальним правилом не має

переоцінювати фактичні обставини спору. Їх слід вважати такими, якими вони були встановлені загальними судами. У виняткових випадках, на нашу думку, КСУ може встановити лише такі нові фактичні обставини, які є очевидно необхідними для розгляду конституційної справи, але не були встановлені загальним судом через явну помилку останнього. Наведене стосується передусім двох категорій справ: 1) за конституційними зверненнями громадян та організацій про тлумачення Конституції та законів України; 2) за конституційними поданнями Верховного Суду України щодо оскарження конституційності нормативно-правових актів, сумніви у конституційності яких виникли під час розгляду справ у порядку загального судочинства. Слід висловити жаль з приводу майже повної відсутності конституційних подань Верховного Суду України з питань конституційності нормативно-правових актів, що ґрунтуються на поточних судових справах. Якщо не враховувати внутрішньокорпоративних питань суддівських зарплат та пенсій, то авторові відомо за останні роки лише одне таке подання – щодо пенсійного забезпечення громадян, які виїхали за кордон (Рішення КСУ від 7 жовтня 2009 року № 25-рп/2009) [7]. І то, це питання спочатку тривалий час рухалося до касаційної інстанції – Вищого адміністративного суду України, який і запропонував Верховному Суду України оскаржити відповідну норму закону до КСУ. Було б набагато кориснішим, якщо б була налагоджена співпраця Верховного Суду України із судами першої, апеляційної інстанції з реалізації відповідного конституційного (і надзвичайно важливого!) повноваження найвищого загального суду.

Отже, в одних конституційних справах КС є судом як права, так і факту, в інших – лише судом права. В останніх випадках виникають два судові процеси: перший оригінальний – щодо розгляду по суті спору, другий – в якому розглядається питання неконституційності. За західною термінологією відповідний загальний суд є судом *a quo*, а Конституційний Суд – судом *a quet*.

Триває наукова дискусія щодо того, якою мірою має обов'язкову юридичну силу мотивувальна частина рішень конституційних судів. Як правило, у мотивувальній частині наведені як певні факти, так і певні проміжні юридичні висновки, які потім втілюються в узагальнюючий висновок резолютивної частини рішення. Однак в окремих випадках юридичні висновки мотивувальної частини рішення мають самостійне правозастосовне значення і не повторюються в резолютивній частині рішення. Так, у мотивувальній частині Рішення КСУ від 16 квітня 2009 року № 7-рп/2009 у справі про скасування актів органів місцевого самоврядування міститься дуже важлива самостійна правова позиція (якої немає у резолютивній частині цього ж рішення) про те, що орган місцевого самоврядування не має права скасовувати власні акти, дія яких вичерпана фактом їх виконання [7]. Ми не вбачаємо жодних підстав не визнавати за такою правовою позицією всіх ознак преюдиційності.

Що стосується випадків викладення у мотивувальній частині рішення КСУ певних фактичних обставин, на мою думку, ознаку преюдиції мають висновки моти-

вувальної частини рішення КСУ про наявність/відсутність фактів, які були встановлені КСУ первісно, самостійно. При цьому слід враховувати, що вони можуть бути спростовані у майбутньому через новий процес у КСУ, адже існує процедура відкриття нового провадження у справі при виявленні нових обставин по справі, які не були предметом його розгляду, але які існували на час розгляду і прийняття рішення або дачі висновку в справі (ст. 68 Закону про КСУ).

Якщо ж КСУ керувався фактами, встановленими загальними судами, то їх стисле викладення у мотивувальній частині рішення КСУ не має наслідком їх преюдиції. Тим паче ці факти можуть бути у майбутньому відносно легко спростовані, наприклад, у разі перегляду відповідних рішень загальних судів вищестоящими загальними судами або за нововиявленими обставинами.

Таким чином, при застосуванні преюдиції, преюдиціальності судових рішень для захисту цивільних прав та інтересів слід враховувати таке.

1. Існують доволі широкі можливості для захисту прав та законних інтересів учасників цивільних правовідносин у порядку конституційного судочинства за допомогою інститутів преюдиції та преюдиційності судових рішень, які недостатньо використовуються учасниками відповідних правовідносин.

2. Поняття «преюдиційна сила», «преюдиційна дія» є аналогічними та родовими поняттями. Вони поділяються на родові поняття «преюдиція» та «преюдиційність». Преюдиція стосується правил доказування фактичних обставин, а саме їх «автоматичного руху» із одного судового процесу в інший. Якщо йдеться про рух між цивільним процесом та конституційним, то може відбуватися «двосторонній рух» цих обставин: як із цивільного процесу до конституційного (пряма преюдиція), так і навпаки (зворотна преюдиція).

На відміну від преюдиції, «преюдиційністю» слід вважати міжпроцесуальний рух не фактів, а юридичних оцінок. Преюдиційність між цивільним та конституційним процесами, на відміну від преюдиції, не є двосторонньою, оскільки є лише рух юридичних оцінок з конституційного процесу в загальний, але не навпаки. Разом із тим, можливі випадки, коли рішення органу конституційної юстиції має ознаку як преюдиції, так і преюдиційності.

3. Преюдиційність є подібною до прецеденту за ознакою використання висновків одного судового процесу в іншому. Однак преюдиційність є відносно більш пов'язаною із судовою справою особи, яка безпосередньо звернулася із конкретним питанням до органу конституційного судочинства, з юридичною оцінкою обставин конкретного правовідношення за участю цієї особи чи, принаймні, аналогічних спорів інших осіб. Сфера застосування прецеденту є ширшою, він тлумачиться ширше та застосовується вже не лише до аналогічних спорів, а й до подібних.

4. Вирішення конкретного питання у конституційній справі в силу дії правила преюдиційності може створювати обов'язки юридичного характеру, не притаманні судовим прецедентам, наприклад, заборону долати рішення про змістовну неконституційність нормативного чи індивідуального акта його повторним ухваленням.

5. Преюдиції поділяються на позитивну та негативну, які в окремих випадках можуть зливатися. Слід розрізняти позитивну та негативну преюдиції, а також відмежовувати їх від процесуального інституту «предсудимості», який має самостійне значення.

5. Конституційне судочинство не є несумісним з доказуванням фактичних обставин справи, але доказування у ньому має певні обмеження. Ознаку преюдиції мають висновки мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України про наявність/відсутність фактів, які були встановлені ним первісно, самостійно, а не залучені в порядку преюдиції з актів інших органів.

6. Закон про Конституційний Суд України та процесуальні кодекси мають бути доповнені положеннями про преюдицію та преюдиційність рішень КСУ, а також про межі дії преюдиції рішень загальних судів для КСУ.

7. Закон про Конституційний Суд України має бути доповнений положеннями щодо доказування в конституційному процесі, чіткого розмежування фактичних обставин, які можуть та не можуть встановлюватися у порядку конституційного судочинства.

Перспективи подальших досліджень полягають у визначенні обсягу дії судових актів органів конституційної юстиції щодо цивільних правовідносин у часі та за колом осіб.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Юсубова Улдуз Магерран Кызы Преюдиция в советском уголовном процессе / Дисс ...к.ю.н. – М, 1979. – 225 с.
2. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства в 2 томах // Петроград 1915. –Т. 2.
3. Щегловитов И. Г. Гражданская подсудность по уголовным делам // Журнал гражданского и уголовного права. – 1892. – Книга 3.
4. Головка Л. Российский судебный процесс архаичен. Интерв'ю від 19 червня 2012 р.[Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://pravo.ru/review/face/view/73251/>
5. Zubov Nikolai Bruno Magli: ботинок правосудия //

Коммерсант 11 лютого 1997 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kommersant.ru/doc/13281>

6. Карданец А. В. Преюдиции в российском праве: проблемы теории и практики / Дисс... к.ю.н. – Нижний Новгород, 2002. – 181 с.

7. Тексти рішень Конституційного Суду України див. на Інтернет-сторінці цього суду. – Режим доступу: www.ccu.gov.ua

8. Барабаи Ю. Г. Преюдициальність рішень Конституційного Суду України: проблемні питання теорії та практики // Право України. – 2010. – № 6. – С.45– 53.

9. Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. – 2004. – № 12. – С. 3–9.

10. Морщакова Т. Г. Разграничение компетенции между конституционным судом и другими судами Российской Федерации // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 1996. – № 6. – С. 22– 31.

11. Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. – М., 2008. – 688 с.

12. Березин А. С. Преюдиции в отечественном уголовном судопроизводстве / Дисс ... к.ю.н. – Нижний Новгород, 2006. – 283 с.

13. Хромова О. С. Индивидуальная жалоба в Конституционный Суд Российской Федерации. / Дисс... к.ю.н. – Кемерово, 2006. – 225 с.

14. Безруков А. М. Преюдициальная связь судебных актов / Дисс... к.ю.н. – Екатеринбург, 2005. – 180 с.

15. Малых Е. Г. Проблемы преюдиции в гражданском и арбитражном процессе / Дисс... к.ю.н. – М., 2005. – 190 с.

16. Тексти постанов Пленуму Верховного Суду України тут і далі див. на його офіційному інтернет-сайті. – Режим доступу : www.scourt.gov.ua

17. Офіційний інтернет-сайт Конституційного Суду Російської Федерації. – Режим доступу: <http://www.krsf.ru/ru/Info/LegalBases/Pages/default.aspx>

The articles topic is the concept of «prejudice», «prejudicial force of court decisions», and also their differentiation from the contiguous concepts. Special attention is given to interlinks and cross-coupling of civil and constitutional processes in the aspect of the research topic.

Статья посвящена разграничению понятий «преюдиция», «преюдициальность», «преюдициальная сила судебных решений», а также их отграничению от смежных понятий. Особое внимание уделено взаимосвязям и взаимному влиянию гражданского и конституционного процессов в аспекте предмета исследования.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ПРАВА НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ

Миронова Г. А.,

кандидат філософських наук, старший науковий співробітник
відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті досліджуються цивільно-правові засади права на медичну допомогу в Україні: засадничі принципи цивільного законодавства; особисті немайнові права, спрямовані на охорону прав та гідності людини під час медичного втручання; суб'єктивне право фізичної особи на медичну допомогу. Відзначено, що здійснення прав фізичних осіб на вибір методів лікування та на відмову від медичного втручання підлягає встановленим законом обмеженням.

Ключові слова: медична допомога, вибір методів лікування, відмова від медичного втручання, обмеження права на відмову від медичного втручання, договір про надання медичної допомоги.

Досягнення сучасної медицини, а також розширення кола суб'єктів правовідносин, пов'язаних із наданням медичної допомоги, актуалізують проблему правових засад і юридичних механізмів легалізації та врегулювання таких правовідносин методом цивільного права.

Основна проблема в нормативному забезпеченні права на медичну допомогу в Україні полягає в тому, що заявлені в нормах – принципах права в деяких аспектах залишаються деклараціями, що не забезпечені реальними інститутами та механізмами правореалізації. Тому право на медичну допомогу потребує дослідження на рівні приватноправових засад та конкретизації цивільно-правових засобів та способів, що забезпечують комплексність правового регулювання та надають суб'єктам права інструменти здійснення закладених у правових нормах повноважень. У зв'язку з цим актуальним залишається завдання дослідження системи цивільно-правових засад права на медичну допомогу.

Саме тому об'єктом даного дослідження автором обрано цивільні правовідносини, що виникають з приводу надання медичної допомоги, а предметом — проблему цивільно-правових засад реалізації права на медичну допомогу. Метою статті є аналіз системи цивільно-правового регулювання правовідносин з надання медичної допомоги в законодавстві України.

Підґрунтям для проведення дослідження стали нові ідеї та висновки, які були сформульовані в захищених останнім часом дисертаціях з цивільного права. Так, О. Криловою [1, с. 5] зміст права на медичну допомогу розглядається як сукупність повноважень носія цього права, до яких автор включає такі складові як право на звернення за допомогою або на відмову від неї, право на вибір лікаря, на участь у власному лікуванні, на вибір методів лікування, право на самолікування тощо. Дисертантом надано визначення поняття усвідомленої згоди такого змісту: «Усвідомленою є згода, вільно висловлена особою, здатною зрозуміти інформацію, що надається доступним способом про характер її фізичного та (або) психічного розладу, прогноз його можливого розвитку, мету, порядок та тривалість надання медичної допомоги, методи діагностики, лікування і профілактики та лікарські засоби, що можуть застосовуватися в процесі надання медичної допомоги, побічні ефекти та альтернативні методи лікування». Автором також доведено, що медичне втручання завжди є втручанням у сферу приватного життя, а право на медичну допомогу є елементом особистого немайнового правовідношення.

У підрозділі 3.2. «Правове регулювання медичного втручання без згоди пацієнта» автором спеціально звертається увага на доцільність запровадження інституту вчинення дій в інтересах збереження життя та здоров'я особи без її доручення. При цьому обґрунтовується точка зору, за якої такі дії можуть бути вчинені за наявності певних умов. До них належать: неможливість пацієнта висловити згоду з огляду на фізичний чи психічний стан; недієздатність пацієнта та відсутність його законних представників; наявність загрози оточенню, створеної хворобою пацієнта. Проте необґрунтованим є висновок автора про те, що відмову від лікування, висловлену особою задалегідь до виникнення потреби у наданні їй медичної допомоги, слід вважати не чинною.

Т. Волинець [2, с. 5–6] вважає, що цивільно-правовими засобами здійснення права на медичну допомогу є цивільно-правові договори. Такі договори пропонуються класифікувати на такі, що безпосередньо (договори про надання медичних послуг) та опосередковано (договори страхування медичних витрат) спрямовані на здійснення права на медичну допомогу. Цивільно-правовий договір, на думку автора, у більшості випадків укладають особи, які звертаються за медичною послугою. Тому особисте немайнове право реалізується шляхом укладення договору особисто носієм цього права. Але реалізація особистого права на медичну допомогу можлива і через представника. Так, в інтересах малолітньої особи договір про надання медичних послуг можуть укласти законні представники малолітнього: батьки (усиновлювачі), опікуни. Автор розмежовує момент укладення договору в усній та письмовій формах. Якщо договір укладений в усній формі, то моментом його укладення буде звернення особи до медичного закладу (лікаря) за наданням їй медичної допомоги та її надання, а при письмовій формі договору – з моменту оформлення домовленості сторін у такій формі.

С. Булеца [3, с.11, 12] пропонує включити до змісту цивільного права на життя такі права: 1) право повнолітньої особи брати участь у медичних, наукових та інших наукових дослідженнях за особистою згодою; 2) право на зміну (корекцію) статевої належності; 3) право живого донора на згоду на взяття у нього гомотрансплантата, кісткового мозку, інших здатних до регенерації анатомічних матеріалів. Автор запропонує ввести у законодавство: поняття «воля живого» як останньої волі хворої людини, поділ евтаназії на два види — внутрішнє вольове рішення хворого і зовнішнє вольове рішення інших осіб. Автор виступила за доцільність легалізації пасивної евтаназії, яка застосовуватиметься за «внутрішнім вольовим рішенням хворого».

С. Михайловим [4] було дано визначення медичної послуги як об'єкта цивільних правовідносин; виокремлено підстави виникнення правовідносин з надання медичних послуг, до яких відносяться цивільно-правовий договір про надання медичних послуг, закони та інші нормативно-правові акти, рішення суду, добровільна згода проінформованого пацієнта. Також дається визначення поняття добровільна згода пацієнта на медичне втручання — добровільне усвідомлене, компетентне прийняття пацієнтом запропонованого способу діагностики, профілактики, лікування.

Проголошуючи право на охорону здоров'я, медичну допомогу та вибір методів медичного втручання у Конституції (ст. 49, 28) та Цивільному кодексі (ст. 283, 284), українська держава тим самим взяла на себе обов'язок встановити соціальні та правові гарантії здійснення кожним громадянином цих прав. Права людини в сфері надання медичної допомоги можуть бути ефективно реалізовані та надійно захищені за допомогою різних методів правового регулювання. Саме тому законодавство про охорону здоров'я та умови надання медичної допомоги є комплексним правовим утворенням, що охоплює норми конституційного,

цивільного, адміністративного, кримінального права та права соціального забезпечення. При наданні медичної допомоги суб'єкти (пацієнти, медичні працівники) користуються різними ступенями свободи вибору поведінки на власний розсуд. Тому доречно говорити про застосування як імперативних, так і диспозитивних методів правового регулювання відносин з надання медичної допомоги, які застосовуються в залежності від видів медичної допомоги, підстав її здійснення, суб'єктного складу правовідносин.

Цивільно-правова складова охорони прав та гідності людини як учасника правовідносин з надання медичної допомоги в Україні включає в себе такі елементи: 1) засади та принципи цивільного законодавства; 2) особисті немайнові права, спрямовані на охорону прав та гідності особи під час медичного втручання; 3) суб'єктивне право фізичної особи на медичну допомогу. Варто розглянути зазначені елементи в їх системному зв'язку з правом людини на медичну допомогу.

1. Серед загальних засад цивільного законодавства України, що зазначені в ст. 3 Цивільного кодексу України [5], чільне місце посідають принципи неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини та свободи договору. Це означає, що українська держава визнає сферу особистого життя та вільне волевиявлення людини фундаментом правового порядку країни. Загальні засади цивільного законодавства є також основою для концепції прав особи у правовідносинах з приводу медичного втручання. В системі приватноправової охорони права на медичну допомогу ці принципи загалом утворюють концепцію автономії пацієнта, за якою першорядне значення набуває право людини обирати способи медичного втручання в її організм, заборонити таке втручання, а також регулювати (дозволяти, обмежувати) втручання до власного тіла та тканин, що були частиною організму.

Реалізація вказаних засад є важливою складовою нормотворчої та правозастосовчої сфер діяльності та передбачає відпрацювання як доктрини, категоріального апарату, так і юридичних засобів здійснення: нормативних механізмів, конструкцій, що можуть бути використані в практиці регулювання відповідних правовідносин.

2. Особливості цивільно-правового регулювання правовідносин з надання медичної допомоги пов'язані з тим, що договірне регулювання обов'язків сторін має бути збалансоване зі здійсненням суб'єктами своїх конституційних та особистих немайнових прав. Особисті немайнові права, які спрямовані на охорону прав та гідності людини під час медичного втручання, закріплено в низці статей Цивільного Кодексу України. Це: право на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю (ст. 282); право на охорону здоров'я (ст. 283); право на медичну допомогу (ст. 284); право на інформацію про стан свого здоров'я (ст. 285); право на таємницю про стан здоров'я (ст. 286); право на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 293); право на особисту недоторканність (в тому числі заборона катувань, жорстокого та нелюдського поводження) (ст. 289); право на повагу до гідності та честі (ст. 297); право на індивідуальність (ст. 300); право на особисте життя (ст. 301).

Перелічені особисті немайнові права існують як природні права людини, тож не залежать від їхнього визнання та навіть від наявності (або відсутності) відповідних норм у праві, законодавстві або договорі. Тож зобов'язання, які кореспондують із правами людини та правами пацієнта, автоматично входять до складу цивільного правовідношення, що виникає із договору про надання медичних послуг (допомоги), додатково до прав та обов'язків сторін, обумовлених у договорі. До того ж, здійснення повноважень пацієнта у зв'язку із володінням ним правами людини не залежить від того, чи надається медична допомога на засадах державних гарантій забезпечення безоплатної медичної допомоги, чи на основі відплатних договорів з надання медичних послуг.

Отже, особисті немайнові права людини є складовою цивільно-правового регулювання відносин з приводу медичного втручання. Тому здійснення повноважень пацієнта у зв'язку із володінням ним правами, що належать йому як людині та громадянину, виходить за межі договірної права. Це означає, що домовляючись про умови договору з надання медичних послуг, сторони можуть визначитися також стосовно гарантій та обов'язків стосовно здійснення та захисту особистих немайнових прав пацієнта. Наприклад, про порядок надання медичної інформації пацієнту або третім особам. Але незважаючи на те, що особисті нематеріальні блага пацієнта можуть не бути предметом договірної регулювання надання медичних послуг (допомоги), тем не менш з моменту виникнення зобов'язань за договором охорона та захист особистих немайнових прав пацієнта є зобов'язанням медичного закладу (персоналу) та здійснюється відповідно до норм, закріплених у публічно-правових, адміністративних актах.

Більш того, об'єктивне (незалежне від домовленості сторін) існування прав людини та громадянина впливає на особливості регулювання цивільно-правових договорів у сфері надання медичної допомоги. Так, пацієнт має право відмовитися від медичного втручання (на будь-якій стадії виконання договору) відповідно до його права на недоторканність. У разі відмови від договору, пацієнт зобов'язаний відшкодувати медичному закладу тільки фактично понесені витрати.

3. В цивільно-правовому аспекті право на медичну допомогу складається з низки суб'єктивних цивільних прав, які спрямовані на реалізацією окремих складових права на медичну допомогу. Зміст права на медичну допомогу охоплюється сукупністю визначених в законодавстві повноважень носія права, основними елементами якого в Цивільному кодексі України є: право на вибір лікаря, та методів лікування (п. 2 ст. 284); право на згоду на медичне втручання (п. 3 ст. 284); право на відмову від медичного втручання (п. 4 ст. 284); право на добровільну участь у медико-біологічному експерименті (п. 3 ст. 281); право фізичних осіб на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій (п. 7 ст. 281); право на стерилізацію (п. 5 ст. 281); право на штучне переривання вагітності (п. 6 ст. 281); право на донорство (ст. 290).

Як видно, суб'єктивне право на медичну допомогу ґрунтується в Україні на таких законодавчо визначених

повноваженнях пацієнта, як право на вибір лікувально-го закладу, лікаря, форм та способів медичної допомоги. Так, відповідно до норми ст. 284 Цивільного кодексу України «Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій. Повнолітня дієздатна фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій і може керувати ними, має право відмовитися від лікування». Як впливає з положень Цивільного кодексу України, «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» [6, с. 471–472]. Ст. 43 спеціального законодавчого акта «Основи законодавства України з охорони здоров'я» [7] закріплює правило згоди інформованого пацієнта, яка є необхідною для застосування методів діагностики, профілактики та лікування. Пацієнт, який набув повної цивільної дієздатності і усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними, має право відмовитися від лікування. Отже, право погодитися на медичне втручання або відмовитися від окремих методів лікування є законно підтвердженим правом в Україні, а положення стосовно інформованої згоди стало в Україні «фактором реалізації прав пацієнта при одержанні медичної допомоги та засобом профілактики виникнення юридичних конфліктів» [8].

Правові обмеження прав фізичних осіб у правовідносинах з надання медичної допомоги за загальним правилом встановлюються законом або судом з метою захисту основ конституційного ладу; суспільної моралі; законних прав та інтересів інших осіб. До таких обмежень суб'єктивних прав у сфері надання медичної допомоги відносяться обов'язкові та примусові заходи медичного характеру, в тому числі: обов'язкове обстеження, лікування, вакцинація; примусове лікування, примусове годування; медичне освідчення та судово-медична і судово-психіатрична експертиза. Учасниками таких відносин є уповноважені суб'єкти (органи, установи, посадові особи), що наділені певною компетенцією, та громадяни, які мають обов'язки з виконання певних дій та заходів. Також частина норм, що регулюють надання медичної допомоги, мають процесуальний (то ж імперативний) характер, та не відносяться до цивільно-правового регулювання. Зокрема, процедури констатації смерті, отримання згоди, дозволів на взяття органів та біологічних матеріалів.

Також обмеженою за законодавством України є свобода пацієнтів з вибору методів медичної допомоги. Пацієнт має право на вибір методів лікування відповідно до рекомендацій лікаря (п. 2 ст. 284 ЦК України). Правовою формою такого вибору є, зокрема, надання пацієнтом (або іншою уповноваженою особою) вільної інформованої згоди на медичне втручання (п. 3 ст. 284), або відмови від лікування (п. 4 ст. 284 ЦК України). З іншого боку, медичний заклад (медичний персонал) у своїх пропозиціях щодо методів медичного втручання повинен враховувати низку обставин (обмежень) як правового, так і неправового характеру. До правових

факторів відносяться публічно-правові, адміністративно-правові норми, а також професійні правила і стандарти, якими регулюється медична діяльність, в тому числі етичними кодексами. Також лікар не має права використовувати не дозволені для застосування методи, технології, лікарські засоби.

До того ж застосування правил, що регулюють цивільно-правові зобов'язання з надання медичних послуг та професійну медичну діяльність, повинно здійснюватися із урахуванням шкали пріоритетності особистих немайнових прав пацієнтів на життя, здоров'я, вільне волевиявлення, повагу до гідності. Цей процес врахування не можна однозначно формалізувати, адже він є великою мірою індивідуалізованим, гнучким, отже, таким, що пов'язаний із порівнянням та співставленням цінностей нематеріальних благ в особливих координатах конкретного втручання стосовно даного конкретного пацієнта. Саме тому особливо слід підкреслити, що співставлення вірогідної шкоди, яка може бути заподіяна, та шкоди, яку можна уникнути, повинно відбуватися як на загальних засадах цивільного законодавства, так і за пріоритетами, які встановлюються головним суб'єктом медичного втручання — пацієнтом. Наприклад, якщо неможливо уникнути заподіяння шкоди здоров'ю та душевному благополуччю одночасно (скажімо, з особистих світоглядних міркувань пацієнт не може погодитися на єдиний ефективний метод лікування, який пропонується лікуючим лікарем), необхідно надати саме пацієнту право обирати, адже саме він буде нести наслідки цього вибору.

Суттєвому обмеженню за українським законодавством підлягає право на відмову від медичного втручання. Визначення легальних меж здійснення права пацієнта на відмову від медичного втручання (та «права на вимогу про припинення медичного втручання» [3, с. 13]) обумовлено необхідністю правової визначеності у таких обставинах, коли:

— відмова від лікування та можливі наслідки такої відмови зачіпають публічний інтерес або права та інтереси інших осіб (в тому числі інтереси плоду);

— рішення про відмову стосується лікування, що рятує життя;

— прийняття медичних рішень стосується недієздатного або неповнолітнього пацієнта;

— суб'єктами вибору лікування та догляду є пацієнти із вадами (пороками) волі та волевиявлення (наприклад, коли юридично дієздатні пацієнти не можуть виразити свою волю; або коли здатність приймати рішення порушується під впливом тимчасових чинників);

— відмова від лікування здійснюється особами, що перебувають в умовах неволі.

Так, згідно з конструкцією ст. 284 право на відмову від лікування не поширюється на невідкладні ситуації та на припинення лікування, що підтримує життя на прохання хворого.

Хоча повнолітня дієздатна людина за законодавством України має право на вибір методів медичного втручання та на відмову від лікування, не передбачено юридичної можливості скласти завчасні розпорядження щодо вибору методів медичного втручання, які можуть бути застосовані у випадку втрати дієздатності в майбутньому. Україна належить до країн, у яких відсутній

законний статус попередніх директив пацієнта, юридично не визнається завчасна відмова, не існують законні можливості скласти заповіт про медичні умови доживання, а також призначити довірену особу з охорони здоров'я.

У широкому контексті право кожної людини в Україні заздалегідь вирішити питання про медичне обслуговування на випадок, коли вона не зможе самостійно приймати ці рішення в майбутньому, можна доктринально розглядати як вираження права на самовизначення стосовно свого власного тіла. Це право ґрунтується на фундаментальних правах-принципах, що викладені в Конституції України та Цивільному кодексі України. Зокрема, йдеться про такі права, як: право на індивідуальність, самовизначення, моральні та культурні цінності (ст. 300 ЦК України), право на повагу до гідності та захист недоторканності (ст. 29 Конституції України, ст. 297 ЦК України), заборона катувань, поводження, що принижує гідність (ст. 28, 64 Конституції України, ст. 270 ЦК України). Враховуючи надані цими правами повноваження, фізичні особи можуть де-факто складати завчасні директиви про догляд та лікування у майбутньому. Проте, оскільки немає спеціального законодавства про попередні розпорядження, то немає визначених юридичних підстав щодо ступеня обов'язковості, обсяг і межі задіяння таких документів, які не розглядаються сьогодні як юридично зобов'язуючі, або такі, що мають серйозні правові наслідки. Якщо пацієнт стає некомпетентним, рішення щодо лікування та догляду приймаються лікарями та законними представниками: родичами, опікунами, навіть якщо вони не згодні з особистими уподобаннями пацієнта.

Якщо виходити з принципу диспозитивності цивільно-правового регулювання, фізична особа має право скласти в довільній формі, що не суперечить чинному законодавству, попередні вказівки щодо лікування на майбутнє, а також укласти з фізичною особою договір про представництво своїх інтересів. Інше питання, що реалізація на практиці таких правочинів має багато ускладнень саме з причини відсутності відповідної нормативної бази, в якій повинні бути регламентовані відповідні норми, механізми, процедури та гарантії.

ВИСНОВКИ

Можна констатувати, що на сьогодні у цивільному праві України існує система охорони прав осіб – суб'єктів правовідносин з надання медичної допомоги. Також у цілому цивільне законодавство України, що регулює надання медичної допомоги, відповідає основним європейським стандартам, однак з окремих важливих положень є непослідовним та неповним. Так, у вітчизняній нормативній базі немає визначення ключового поняття «згода на медичне втручання», а також правових ознак добровільності згоди та компетентності відповідних осіб. Також не розроблено на законодавчому рівні правові процедури надання/отримання/відкликання згоди пацієнта, відсутні юридичні критерії для ситуацій, в умовах яких згода на медичне втручання не потрібна. Чинним законодавством не визначено форму, в якій має бути висловлена/виявлена згода або незгода пацієнта. Саме тому в практиці надання медичної допомоги виникає багато питань із застосування концепції інформованої згоди та відмови пацієнта. Зо-

крема, це стосується правосуб'єктності пацієнтів, які не здатні надати згоду.

Окремий блок проблем цивільно-правового регулювання вибору методів лікування утворюють питання визначення компетентності пацієнта та процедур отримання згоди на лікування стосовно осіб, що є недієздатними чи обмежено дієздатними. Компетентність / некомпетентність пацієнта щодо вибору методів лікування становить специфічну проблему цивільно-правового регулювання правовідносин з приводу медичного втручання, розв'язання якої передбачає створення спеціальних цивільно-правових механізмів прийняття повноцінного рішення, що не суперечить волевиявленню пацієнта. Фактично в українському цивільному законодавстві немає дефініції дієздатності пацієнта, не визначено особливі правові режими щодо згоди на медичне втручання для окремих груп пацієнтів, не передбачено диференціацію некомпетентних пацієнтів на рівні міжнародних та європейських правових і клінічних стандартів.

Враховуючи наведене, Україна має розв'язати низку проблем з цивільно-правового регулювання надання медичної допомоги, в тому числі розробити найскладнішу та найважливішу компоненту — концепцію компетентності пацієнта (медичної дієздатності). Уявляється, що медична дієздатність як компетентність особи пацієнта приймати рішення стосовно медичного втручання в свій організм має бути спеціальною. Ці положення стосовно спеціальної медичної дієздатності, а також особливих правових режимів завчасних медичних розпоряджень необхідно розробити нам в Україні як на доктринальному рівні правової теорії, так і в позитивних нормах відповідних законодавчих актів — Цивільному кодексі України, «Основах законодавства України про охорону здоров'я» та в спеціальних законах, наприклад, «Про права пацієнтів», «Про попередні медичні розпорядження».

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Крилова О. В. Цивільно-правове регулювання відносин по наданню медичної допомоги [Текст] : автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Крилова Олена Вікторівна; Одеська нац. юр. академія. — Одеса, 2006. — 20 с.
2. Волинець Т. В. Цивільно-правові засоби здійснення права на медичну допомогу [Текст] : автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Волинець Тетяна Володимирівна; Львівський нац. ун-т. — Львів, 2008. — 16 с.
3. Булеца С. Б. Право фізичної особи на життя та здоров'я як об'єкт цивільно-правової регламентації: порівняльно-правовий аналіз регулювання в Україні, Угорській, Словацькій та Чеській республіках [Текст] : автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Булеца Сібіллія Богданівна; Одеська нац. юр. академія. — Одеса, 2005. — 24 с.
4. Михайлов С. В. Цивільно-правова відповідальність у сфері надання медичних послуг [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Михайлов Сергій Васильович; Харк. нац. ун-т внутр. справ. — Х., 2010. — 17 с.
5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — №№ 40 – 44. – Ст. 356.
6. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер,

2005. — Т. 1. — 832 с.

7. *Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.1992 №2801-ХІІ // Відомості Верховної Ради України . — 1993. — № 4. — Ст.19.*

8. *Стеценко, С. Г.* Медичне право України / С. Г. Стеценко [Електронний ресурс] Бібліотека українських підручників. — URL : http://pidruchniki.ws/15840720/pravo/medichne_pravo_ukrayini_stetsenko_sg.

This article investigates the civil foundations of the right to medical assistance in Ukraine. The established civil constituent of the protection of the rights and dignity of a person as a participant of legal relationship in connection with rendering medical assistance in Ukraine includes the following components: the civil legislation principles, the nonproperty rights aimed at protection of the rights and dignity of a person during medical intervention, the individual's legal right to medical assistance. The civil legislation of Ukraine imposes some legal restrictions on exercising the right to the choice of medical treatment and abdication of medical intervention.

В статті досліджуються громадянсько-правові основи права на медичну допомогу в Україні, елементи охорони прав і достоїнства людини як учасника правоотношень в зв'язі з наданням медичної допомоги: принципи громадянського законодавства; особисті нематеріальні права, які направлені на охорону прав і достоїнства людини в час медичного втручання; суб'єктивне право фізичної особи на медичну допомогу. По громадянському законодавству України здійснення прав на вибір методів лікування і на відмову від медичного втручання підлягає встановленим законом обмеженням.

ВИЗНАЧЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ НЕФОРМАЛЬНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ

Кочин В. В.,

кандидат юридичних наук, в. о. старшого наукового співробітника

відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються проблеми визначення цивільно-правового статусу неформальних організацій.

Ключові слова: учасники цивільних відносин, юридична особа, цивільна правосуб'єктність, неформальна організація.

Розвиток суспільних відносин впливає на зміни в суб'єктному складі цивільного обороту. Проте ключовими учасниками цивільних відносин залишаються особи – фізичні та юридичні. Таке визначення учасників цивільних відносин має давню історію та не має заперечень. За деяких обставин у цивільних відносинах виявляються суб'єкти, не притаманні цивільному праву (держава, територіальна громада, інші суб'єкти публічного права), форми участі яких мають закріплення у законодавстві.

Окремими нормативно-правовими актами визначені права та обов'язки організацій, які не мають статусу юридичної особи та не відносяться до суб'єктів публічного права. Переважною метою їх створення є реалізація громадянських, політичних, культурних, соціальних та інших прав та обов'язків, що може зумовлювати цивільні відносини. Інші організації реалізують суто приватні інтереси (особисті немайнові чи майнові), тому їх участь у цивільному обороті без статусу юридичної особи видається обмеженою.

Чинне законодавство передбачає широке коло утворень, які можна назвати неформальними організаціями, тобто не визнаними державою у якості юридичних осіб, зокрема: трудові колективи, самодіяльні театри, ініціативні групи (колективи), віртуальні співтовариства та різного роду партнерства чи клуби. Так, колектив працівників певних професій як суб'єкт відносин входить до змісту Конвенції МОП № 149 «Про зайнятість та умови праці й життя сестринського персоналу» 1977 р., № 178 «Про інспекції умов праці й побуту моряків» 1996 р. та інші. Ч. 2 ст. 252 КЗпП визначено, що повноваження трудового колективу визначаються законодавством. Ч. 1

ст. 12 Закону України «Про театр та театральну справу» передбачені права та обов'язки театрів, зокрема: самостійно планувати свою творчу та господарську діяльність, установлювати ціни на квитки, визначати перспективи свого розвитку, добирати репертуар тощо. Окремі права колективу, який не оформлений у вигляді юридичної особи, простежуються на прикладі ч. 4 ст. 5 Закону України «Про звернення громадян», а саме: звернення може бути подано як окремою особою (індивідуальне), так і групою осіб (колективне) як форма захисту цивільних прав осіб.

З огляду на це, маємо встановити межі участі неформальних організацій у цивільних відносинах, використовуючи надбання римського права, яке не застосовувало єдиної категорії «юридична особа». Оскільки цей інститут у римському праві перебував на етапі становлення (зародження), такі організації не визнавалися повністю правосуб'єктними учасниками. Тому особливий інтерес викликають саме позиції римських юристів, їх намагання виокремити учасників цивільних (приватних) відносин.

Насамперед, необхідно встановити сферу відносин, в яких ці організації беруть участь. Так, правові відносини на сьогодні розглядаються як суспільні відносини, які є юридичним виразом фактичних суспільних відносин, де одна сторона на основі правових норм вимагає від іншої сторони виконання певних дій або утримання від них, а інша сторона повинна виконати ці вимоги, що охороняються державою [4, с. 335]. Таким чином, сучасна позиція щодо змісту (сенсу) правовідносин відповідає поглядам, запропонованим ще Ф. К. фон Савіні, який

виділяв, по-перше, матерію, тобто відносини самі по собі та, по-друге, юридичне вираження цієї матерії – чистий факт (матеріальний аспект) та формальний аспект (віднесення його до юридичної форми) [9, с. 457].

Фактично правовідносини як матерія можуть виникати лише між людьми як реальними (дійсними) учасниками. Однак суб'єктів правовідносин поділяють на індивідуальні і колективні. Останні, в свою чергу, можуть утворювати особливий суб'єкт правових відносин – юридичну особу, яка в сучасному розумінні визначається як організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку (ч. 1 ст. 80 ЦК України). Таким чином, державою визнається штучне утворення, що забезпечує нормальне функціонування правових відносин у їх юридичному вираженні.

Поняття суб'єктів правовідносин і суб'єктів права не завжди збігаються, оскільки правовідносини – не єдина форма реалізації норм права. Так, учасниками цивільних відносин є фізичні та юридичні особи (ч. 1 ст. 2 ЦК України), а також суб'єкти публічного права (ч. 2 ст. 2 ЦК України), які практично мають інші форми участі в цивільних відносинах і, вочевидь, є суб'єктами цивільного права, а не «особами» як учасники. Так, Український народ як суб'єкт права власності (ст. 324 ЦК України) бере участь у цивільних відносинах через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Крім того, необхідно визначити сутність юридичної особи як організації, яка відповідно до закону є учасником цивільних відносин. Так, категорія «юридична особа», насамперед, належить приватному праву, оскільки реалізує особисті (приватні) інтереси засновників (учасників). Нині ж увага інституту юридичних осіб зосереджується, головним чином, на особливості здійснення ними підприємницької діяльності (підприємницькі юридичні особи), хоча при цьому не слід забувати й про інші сфери суспільного життя – реалізацію особистих немайнових чи майнових, громадських, політичних чи соціальних інтересів (непідприємницькі юридичні особи). Крім того, юридична особа є тією конструкцією, яка виходить за межі приватної ініціативи, що породжує, у свою чергу, існування юридичних осіб публічного права.

В. І. Борисова зазначає, що юридична особа як учасник цивільних відносин «живе» за певними законами, постійно удосконалюючись зі зміною соціально-економічних формацій [1, с. 31]. Дійсно, цей учасник суспільних відносин вже не завжди ототожнюється з його засновниками (учасниками), тим самим є окремим та самостійним. Існування інституту юридичної особи дозволяє зробити висновок, що у правових відносинах на їх сучасному етапі розвитку на перший план виходить юридичний, а не фактичний зміст (сенс).

Юридична особа як організація, створена та зареєстрована у встановленому порядку, має такі загальні ознаки, як: організаційна єдність; публічність виникнення і припинення; загальна (універсальна) правоздатність; самостійна відповідальність; участь у цивільному обороті від свого імені. Наведені ознаки завершують уявлення про сутність юридичної особи як учасника цивільних відносин. Виявлення цих ознак не залишає сумніву щодо можливості участі цієї організа-

ції у цивільному обороті. Проте римське право висуває на перше місце фактичні суспільні відносини, учасником яких є людина.

Римські джерела доводять, що людина як носій прав та обов'язків називається «особою», яка здатна мати права й обов'язки – бути суб'єктом права, ставлячи поняття *persona* на один щабель з поняттям *homo* [3, с. 61]. Проте римське право не надавало статусу *persona* будь-якій людині, оскільки правоздатність окремих категорій жителів Риму (пeregривів, латинів, лібертинів тощо) обмежувалася [7, с. 269].

З подальшим розвитком суспільних відносин ускладнюється процес реалізації окремих приватних інтересів єдиною людиною, а часом робить її взагалі неможливою. Тому, хоча у *ius Quiritium* і не використовувалася категорія юридична особа, однак без єдиної термінології вживалися такі категорії, як: *corpus habere*, *collegium*, *universitas*, які можна окреслити як приватні корпорації, які створювалися для: 1) релігійних цілей (*sodalitates*, *collegia*, *sodalicia*), або 2) професійних цілей ремісників (*fabulorum*, *pistorum*). Більше того, як свідчить Гай, Закони XII таблиць довели право релігійних спілок мати статuti, аби вони не суперечили закону [3, с. 62].

Таким чином, інститут юридичної особи поступово окреслювався на основі простих суспільних організацій, які в сучасних умовах відповідають поняттю «неформальні організації» – організації, які не визнані державою як юридичні особи (трудова колективи, самодіяльні театри, ініціативні групи тощо). Вони, на нашу думку, як і римські корпорації перебувають на етапі становлення як учасники правових відносин. Тобто, основні принципи правосуб'єктності, визначені ще римським правом, можуть бути використані при формуванні оптимальної моделі правового статусу неформальних організацій.

Залучаючи Закони XII таблиць, нагадаємо, що положення (статuti) згаданих організацій не мали містити порушення публічних законів (D.47.22.4). І. Б. Новицький стверджує, що такий порядок вільного створення колегій запозичений із законодавства Солона, тобто з грецького права [6, с. 59–60]. Нині це положення також має місце у законодавстві України. Зокрема, ст. 37 Конституції України та ст. 4 Закону України «Про громадські об'єднання» визначені обмеження щодо створення та діяльності об'єднань громадян, які мають публічно-правовий характер.

В. М. Хвостов наголошує, що раніше навіть від виникнення якоїсь наукової юридичної теорії римське право визнало, що суб'єктивні цивільні права можуть належати не лише фізичним особам, вони можуть існувати незалежно від фізичних осіб, як майно особливих суб'єктивних прав, які не є змістом фізичної особи та не мають видимого, вловимого для зовнішніх відчуттів існування [12, с. 112]. Тим самим автор виділяє ці особливі утворення – «центри належності» суб'єктивних цивільних прав, до яких, зокрема, відносить: 1) державу; 2) союзи публічного права; 3) приватні союзи; 4) установи з благодійною метою [12, с. 112–114].

Сутність юридичної особи відповідно до римської теорії зводилася до того, що в силу практичних міркувань право створює фікцію (припущення), що в окре-

мих випадках існує ніби як фізична особа, як би людина, якій належать ці права. Така конструкція була висловлена юристом Флорентином (*libro 8 institutio-num*) L. 22 D de fidejussoribus et mandator, що дозволяло визначити право- та дієздатність юридичних осіб [12, с. 115–116]. Норми-фікції у сучасному розумінні є нормами, які для цілей правового регулювання визнають існуючими ті факти, що відсутні в реальному житті, і навпаки [4, с. 242]. Вже у XII ст. папа Інокентій IV уперше встановив положення, що юридична особа – це поняття, що не збігається з поняттям пов'язаних осіб та не має здатності волі і не може діяти сама, а тільки через своїх членів [5, с. 5–6].

Досліджуючи положення римського права щодо прав юридичних осіб, Ф. К. фон Савіні не виключав можливість набуття ними таких цивільних прав [8, с. 156–179]: 1) *майнові права*, які забезпечували, подібно інституту опіки над недієздатними, шляхом створення їх «статуту», тобто шляхом визначення прав та обов'язків учасників такої організації. Зокрема, йдеться про: а) власність; б) сервітути (за виключенням *usus*); в) володіння; 2) *зобов'язальні права*, що забезпечується можливістю укладення договорів їх статутними представниками. При цьому свобода договору обмежувалася метою створення юридичної особи (що відображає зародження спеціальної правоздатності юридичних осіб); 3) *право на звернення до суду* шляхом представництва з правами прокуратора (лат. *procurator* – керуючий, розпорядник, той, хто турбується про щось); 4) *спадкові правовідносини* у частині права бути спадкоємцем; 5) *відносини, що виникають із деліктів*, зокрема, можливість їх припинення, процесуальні штрафи (хоча слід підкреслити, що відповідальність носила переважно політичний характер).

Нині цивілісти приділяють увагу особливостям цивільно-правового статусу так званих «колективних утворень» [11, с. 56], які, не є суб'єктами права, проте *об'єднують в єдине ціле* (курсив – В. К.) різних суб'єктів права. При цьому, як зауважує М. К. Сулейменов, останнім часом з'являється усе більше нових утворень, яким не приділяється належна увага [11, с. 57]. Так, найбільш типовими є відносини з їх участю, які виникають з: 1) права спільної власності; 2) спільного права інтелектуальної власності; 3) спільного спадкового права; 4) спільного здійснення підприємницької діяльності. Крім того, продовжує автор, для надання колективним утворенням статусу учасника правовідносин необхідно переглянути ряд фундаментальних положень цивільного права, зважаючи на можливі непередбачувані та небажані наслідки [11, с. 59].

Спираючись на теоретичні підходи до правовідносин, О. Ф. Скакун визначає умови, які повинні пройти суб'єкти права щодо наділення їх юридичними властивостями учасників: 1) здобути властивості суб'єктів права як потенційних суб'єктів (учасників) конкретних правовідносин – вступити у загальні відносини правосуб'єктності з усіма іншими суб'єктами; 2) знайти додаткові властивості юридичного характеру в конкретній юридично значущій ситуації – вступити в конкретні відносини правосуб'єктності [10, с. 536–537].

Необхідно зауважити, що на сьогодні законодавством не передбачено можливості участі неформальних організацій у спадкових чи деліктних відносинах. Так, під спадкуванням розуміється перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців) (ст. 1216 ЦК України). Таким чином, за відсутності цивільно-правового статусу немає можливості отримати у спадщину цивільні права та обов'язки неформальною організацією. Неможливо також вести мову і про несення ними цивільної відповідальності, оскільки неформальна організація за відсутності цивільної дієздатності не має такої властивості як цивільна деліктоздатність.

Проте названі організації можуть набувати окремих цивільних прав та обов'язків. Так, ключовими цивільно-правовими правами, які необхідні учаснику відносин, є, беззаперечно, майнові, оскільки саме вони забезпечують можливість економічної і соціальної самостійності особи. Так, здійснення всіх правомочностей з володіння, користування і розпорядження можливе лише власником – суб'єктом права власності. Законодавством також передбачені випадки реалізації окремих правомочностей власника неформальними організаціями. На практиці така проблема виникла при визначенні права профспілкової власності [2].

ЗК України визначено можливість набуття права постійного користування земельною ділянкою, тобто володіння та користування земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній власності, без встановлення строку громадськими організаціями інвалідів України, їх підприємствами (об'єднаннями), установами, організаціями (п. 6, ч. 2 ст. 92). Примітним є той факт, що право постійного користування було фактично збережено й для інших організацій, навіть без статусу юридичної особи, рішенням Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р., № 5-рп/2005.

Зауважимо, що на практиці право постійного користування і право власності є дуже подібними явищами, особливо якщо зважати на їх безстроковий характер, а також порядок оформлення документів. Вочевидь, використовуючи принципи римського права, якщо і потрібно зберігати право постійного користування, то слід зважати на: 1) цільове використання майна; 2) обмежений суб'єктний склад такого користування; 3) публічний контроль щодо користування. Саме ці особливості забезпечать можливість реалізації діяльності неформальних організацій без набуття ними статусу юридичної особи.

У зобов'язальних відносинах стороною у зобов'язанні може бути виключно особа, що опосередковано визначено ст. 510 ЦК України. Тому, неформальне товариство самостійно не може брати участь у зобов'язальних відносинах. Вважаємо, що така організація може виступати учасником зобов'язальних відносин за аналогією до простого товариства (ст. 1133–1143 ЦК України). Так, під час ведення спільних справ кожний учасник має право діяти від імені всіх учасників, якщо договором простого товариства не встановлено, що ведення справ здійснюється окремими учасниками або спільно всіма учасниками договору простого товариства.

ва, а для вчинення кожного правочину потрібна згода всіх учасників.

Однією із наведених ознак юридичної особи є наділення її цивільною процесуальною правосуб'єктністю. Зокрема, усі фізичні й юридичні особи виявляють здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки сторони, третьої особи, заявника, заінтересованої особи (ст. 28 ЦПК України). Проте можливість особисто реалізовувати ці права та обов'язки мають лише юридичні особи та фізичні особи, які досягли повноліття (ч. 1 ст. 29 ЦПК України). Таким чином, неформальна організація самостійно не може бути учасником цивільного провадження, і її участь, фактично, може бути реалізована внаслідок використання інших процесуальних механізмів, наприклад у межах інституту групового позову (ст. 32 ЦПК України).

Отже, відсутність статусу юридичної особи не означає заперечення можливості організацій брати участь в окремих цивільних відносинах, що має допоміжний характер. Реформування інститутів «третього сектору» зумовлює вироблення сучасних механізмів участі неформальних організацій у правових відносинах. Враховуючи мету таких організацій, Закон України «Про громадські об'єднання» передбачає окремо: 1) права громадських об'єднань, які є неформальними організаціями, що мають публічно-правовий зміст; 2) право на участь у цивільних відносинах виключно громадських об'єднань зі статусом юридичної особи (ст. 21).

Тобто, неформальні організації можуть набути властивості суб'єктів права як потенційних учасників конкретних відносин, однак для набуття додаткових властивостей юридичного характеру в конкретно значущій ситуації (зокрема, в цивільних відносинах) статусу неформальної організації недостатньо. Якщо в римському праві йшлося про відносини, подібні до опіки над фізичною особою, то нині можна стверджувати про використання інституту представництва такої організації для забезпечення її діяльності.

Так, Законом України «Про громадські об'єднання» вже передбачено визначення установчими документами порядок визначення особи, уповноваженої представляти громадське об'єднання, та її заміни (для громадських об'єднань, що не мають статусу юридичної особи) (п. 4 ч. 1 ст. 11). Однак повністю механізм такого представництва законодавством не передбачений, що, на нашу думку, є правовим недоліком.

Враховуючи положення римського права про корпорації (юридичні особи) як похідну модель від фізичної особи – учасника цивільних відносин, можна навести такі висновки для удосконалення моделі цивільно-правового статусу неформальних організацій:

1. Неформальна організація, яка не набуває статусу юридичної особи, повинна мати установчі документи, які відображатимуть її внутрішній устрій та розподіл прав та обов'язків між членами цієї організації, зокрема щодо її представництва для участі в цивільних відносинах.

2. Неформальна організація може набувати лише окремі правомочності власника, зокрема право володіння та користування із обов'язковим визначенням правового режиму цільового використання такого майна.

3. Участь у зобов'язальних відносинах неформального товариства можлива лише через її членів за аналогією з моделлю діяльності простого товариства.

4. Неформальні організації мають бути наділені окремими цивільними процесуальними правами та обов'язками, що дозволить вирішити питання процесуальної співучасті.

5. Для належного оформлення цивільно-правового статусу неформальної організації необхідно виробити модель цивільної деліктозності такої організації, оскільки саме цивільна відповідальність є однією із гарантій можливості брати участь у цивільному обороті.

Зважаючи на викладене, зазначимо, що досвід римського права стосовно юридичних осіб є досить позитивним для формування моделі цивільно-правового статусу неформальних організацій в Україні і перші спроби новелізації цього інституту зроблені Законом України «Про громадські об'єднання».

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Борисова В.* Інститут юридичної особи у праві України [Текст] / В. І. Борисова // Право України. – 2010. – № 12. – С. 25–31.

2. *Дзера О. В.* Особливості здійснення і захисту права профспілкової власності [Текст] / О. В. Дзера // Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин: Монографія / За заг. ред. академіка НАПрН України В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – С. 160–169.

3. *Дроніков В. К.* Римське приватне право [Текст] / В. К. Дроніков. – Київ, 1961. – 198 с.

4. *Загальна теорія держави і права* [Текст]: [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2011. – 584 с.

5. *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права [Текст]: Монографія / І. М. Кучеренко. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – 328 с.

6. *Новицкий И. Б.* Основы римского гражданского права [Текст] / И. Б. Новицкий. – М.: Зерцало, 2007. – 408 с.

7. *Підпригора О. А., Харитонов Є. О.* Римське право [Текст]: Підручник / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 512 с.

8. *Савиньи Ф. К. фон* Система современного римского права [Текст]: В. 8 т. Т. II / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М.: Статут; Одеса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. – 573 с.

9. *Савиньи Ф. К. фон* Система современного римского права [Текст]: Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М.: Статут; 2011. – 510 с.

10. *Скаун О. Ф.* Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) [Текст]: Підручник / О. Ф. Скаун. – Харків: Еспада, 2006. – 776 с.

11. *Сулейменов М. К.* Избранные труды по гражданскому праву [Текст] / М. К. Сулейменов / Науч. ред. В. С. Ем. – М.: Статут, 2006. – 587 с.

12. *Хвостов В. М.* Система римского права [Текст]. Учебник / В. М. Хвостов. – М.: Издательство «Спарк», 1996. – 522 с.

The article addresses the problem of determining civil status of informal organizations.

В статті розглядаються проблеми визначення громадянсько-правового статусу неформальних організацій.

ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПЕРЕДУМОВ ВИНИКНЕННЯ СТРАХОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Льченко Г. О.,

*старший викладач кафедри цивільних та кримінально-правових дисциплін УДУФМТ,
здобувач НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України*

У статті аналізуються передумови виникнення страхування, страхових правовідносин та відповідні джерела правового регулювання цих відносин. Досліджуються виникнення та розвиток страхових правовідносин на території сучасної України.

Ключові слова: страхування, страхові правовідносини, страхова діяльність, передумови виникнення, правове регулювання.

Прагнення людей до збереження свого майна та мінімізації збитків від його пошкодження чи втрати стало підставою для формування суспільного та приватного інтересу спочатку до виникнення, а в подальшому і до розвитку страхової діяльності.

Страхування як вид діяльності є достатньо ефективним фінансовим та правовим засобом захисту інтересів і прав та має достатньо тривалий історичний шлях свого розвитку. Як справедливо зазначається в працях вчених, які досліджували історично-правові витоки виникнення страхування як окремого виду діяльності, знання історії становлення страхової справи у цілому та виникнення страхових відносин зокрема допомагають зорієнтуватися у сучасних процесах, що відбуваються на страховому ринку, будувати страхові правовідносини з урахуванням досвіду, нагромадженого за багаторічну історію зарубіжного й вітчизняного страхування, та прогнозувати тенденції його розвитку [1, с. 9]. Тому дослідження та врахування історичного досвіду виникнення страхування надасть можливість ефективно удосконалювати сучасний механізм правового регулювання страхових відносин.

Дослідженням історико-правових аспектів виникнення страхування та страхових відносин займалися, зокрема, такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як: В. Д. Базилевич [2], К. Г. Воблий [3], О. Д. Вовчак [4], О. В. Кашкарьова [5], Л. Л. Кінашук [6], В. П. Крюков [7], А. Манес [8], В. В. Мачуський [9], В. К. Райхер [10], С. К. Реверчук [4], В. І. Серебровський [11], Г. Ф. Шершеневич [12] та інші.

Огляд окремих історико-правових аспектів страхування та страхових правовідносин наявний у роботах економічного спрямування вітчизняних та зарубіжних вчених: О. О. Гаманкова [13], С. С. Осадець [14], Л. І. Рейтман [15], В. М. Фурман [16], К. Є. Турбіна [17]. У фаховій літературі відбивається багатоманітність підходів до періодизації та класифікації видів страхування, що, на нашу думку, перешкоджає формуванню загально визнаного розуміння основних засад та принципів досліджуваних понять.

Метою цієї статті є узагальнення та систематизація основних поглядів і концепцій історичних передумов

виникнення страхування, страхових правовідносин та відповідних джерел правового регулювання.

Перші ознаки страхування як окремого виду діяльності виявилися досить давно. Це можна стверджувати, посилаючись на дослідження історії стародавнього Шумеру (III тисячоліття до н.е.) та Вавилону (XVIII ст. до н.е.). Так, у шумерів у третьому тисячолітті до нашої ери торговцям видавали грошову позику для створення «спільної каси», щоб захистити їхні інтереси на випадок втрати вантажу під час перевезення. Пізніше територія, де проживав цей народ (теперішній Ірак), відійшла рабовласницького Вавилону. Закони вавилонського царя Хаммурапі (1792—1750 рр. до н. е.) вимагали укладення угоди між учасниками торговельного каравану про спільне покриття збитків у разі несподіваної пригоди, наприклад, нападу на когось із них розбійників [14].

Договори подібного змісту, тобто договори, що передбачали попереднє акумулювання коштів для покриття можливих збитків, укладалися також у стародавні часи, за свідченням Талмуду, у Палестині та в Сирії на випадок падежу худоби, розтерзання хижаками, крадіжки або зникнення віслюка у кого-небудь з учасників каравану [10, с. 40]. Звісно, можна стверджувати, що в даних відносинах ще було мало спільного із сучасним розумінням ознак страхування, однак, безперечно є й те, що в них простежується прагнення суб'єктів захистити свої майнові інтереси.

Так, у Стародавньому Єгипті існували на основі своєрідного взаємного страхування товариства релігійного характеру, що мали на меті надання допомоги родинам своїх померлих членів. Подібного роду релігійні товариства під назвою *collegia tenuiugum* існували і в Стародавньому Римі. Ці колегії збирали зі своїх членів внески та виплачували родичам певну суму грошей на поховання померлого учасника товариства — голови сім'ї [11, с. 4].

Таким чином, розвиток страхування у стародавні часи відбувався за принципом взаємодопомоги. На цьому етапі у суб'єктів, які надавали допомогу постраждалим особам, ще не було мети отримання прибутку від надання цієї послуги. Також не існувало і спеціально сформованого страхового фонду, з якого би здій-

снювалися виплати. Примітивна організація страхового фонду виражалася у зобов'язаннях відшкодувати збитки в порядку наступного розподілення між всіма учасниками. Тому найпростішою формою страхового захисту на той час було натуральне страхування, і лише згодом товарно-грошові відносини замінили натуральне страхування на страхування у грошовій формі.

Перші згадки про страхування на території сучасної України, на переконання більшості науковців, пов'язується із періодом Київської Русі та такою історичною пам'яткою вітчизняного права як «Руська правда» (XI ст.).

Зокрема, ст. 3–8 «Руської правди», що містять положення про майнове відшкодування збитків громадою у випадку вбивства, надали підстави О. Д. Вовчаку [4, с. 42], Ю. О. Заїці [18, с. 9], С. К. Реверчуку [4, с. 42] стверджувати про існування первинних форм страхування у Київській Русі.

Слід визнати й інші думки в питанні визначення часового періоду початку правового регулювання страхових відносин. Наприклад, В. В. Мачуський стверджує, що теза про наявність ознак правової регламентації первинних форм страхування в положеннях статей «Руської Правди» є недостатньо обґрунтованою [9, с. 15], натомість ознаки правового регулювання страхових відносин, на думку вченого, проявляються в більш пізніх джерелах, таких як Грамота на права і вигоди містам Російської імперії (Жалувана Грамота) від 21.04.1785 р. та Звід законів Російської імперії.

Вважаємо необхідним підтримати думку В. В. Мачуського стосовно того, що «Руська Правда» не містить ознак правової регламентації первинних форм страхування. Погоджуємося і з тією тезою, що сплата віри (штрафу) у випадку вбивства є санкцією, яка передбачається нормами, що містяться в положеннях ст. 1–3 «Руської Правди» [9, с. 13], проте ототожнення цієї санкції з правовими наслідками, характерними для страхових відносин, є не зовсім коректним, оскільки вчинення злочину чи правопорушення є підставою для відмови у страховій виплаті. А отже, як правильно зазначає В. В. Мачуський, у даному разі йдеться про своєрідні фінансові наслідки у зв'язку з вчиненням правопорушення, тобто про захист протиправних інтересів, які не можуть бути об'єктом страхування [9, с. 13].

Аналогічними можуть бути аргументи на доведення тези про неможливість визнання положень ст. 6 і 8 «Руської Правди» такими, що регулюють страхові відносини. Вважаємо, є некоректним порівняння спільної сплати віри (штрафу) громадою і вбивцею (ст. 6, 8 «Руської Правди») зі страхуванням цивільної відповідальності, оскільки майнові інтереси, що становлять предмет договору страхування, пов'язані зі скоєнням вбивства, є протиправними, а тому вони не можуть бути предметом договору страхування взагалі і предметом договору страхування цивільної відповідальності зокрема [9, с. 14]. Тому стверджувати про правове регулювання страхування на теренах сучасної України в період існування Київської Русі, на нашу думку, є помилкою.

Водночас, як справедливо зазначає В. І. Серебровський, наведені вище та інші подібні приклади можна розглядати як певні зародкові форми страхування, що послугували подальшому виникненню страхування

та страхових відносин. Поділяємо думку що виникнення страхування на підприємницьких засадах, тобто здійснення діяльності з метою отримання прибутку, пов'язане з таким явищем, як морське страхування, що зародилося у XII ст. у Середземномор'ї [11, с. 4].

Механізм морського страхування на початку виявлявся з договору бодмереї. Сутність цього договору полягала в тому, що кредитор виплачував страховальникові страхову суму, а потім у разі вдалого закінчення плавання, тобто за відсутності страхового випадку, кредиторіві поверталась авансована сума плюс премія за бодмерею. Згідно із сучасним розумінням це було «страхування навпаки». Кредитори вимагали за надані на умовах бодмереї страхові суми великих премій (від 15 до 100 %). Тому інколи ці умови страхування називають морською позикою [14]. У XIV ст. з'явився документ (поліс), який страховик видавав судовласнику для підтвердження укладеної страхової угоди. Перший морський поліс, який дійшов до нас, був виданий у 1347 р. на перевезення вантажу з м. Генуя на о. Майорка на кораблі «Санта Карла» [4, с. 40].

В епоху середньовіччя (X–XIV століття) в Європі зароджується ще один особливий вид страхування — гільдійно-цехове. Гільдії об'єднували людей різних професій, а цехи були об'єднаннями ремісників. Спочатку в угодах про страхування ні умови, ні розмір виплат у разі настання нещасного випадку не обумовлювалися. З часом гільдійно-цехове страхування вдосконалювалося, зокрема завдяки запровадженню регулярних страхових внесків, встановленню переліку страхових випадків, із настанням яких передбачалося відшкодування з урахуванням ступеня ризику. Передбачався розмір виплат з цехової каси та взаємодопомога членів гільдії задля зменшення збитків, спричинених стихійними лихами, грабунками [6, с. 10].

Прикметним є те, що саме в середні віки вперше виникають організації, які займалися діяльністю з надання страхових послуг. Так, перше страхове товариство було засновано селянами у XII ст. в Ісландії для взаємного захисту майна від пожеж та загибелі худоби. У XII–XV ст. на території сучасної Італії (у містах Флоренція, Венеція, Генуя) виникають перші організації взаємного транспортного страхування.

Досліджуючи вказаний період та страхові відносини того часу, В. К. Райхер визначає його як докапіталістичний тип страхування, який об'єднує античне та феодальне страхування, а основною ознакою даного суспільно-історичного типу страхування є принцип взаємодопомоги, що здійснюється переважно у професійно-корпоративних об'єднаннях [10, с. 86]. Окрім того, характерним для цього типу страхування, на думку вченого, є те, що страховик ще не відокремився від страховальника, тобто, один і той же торговий чи ремісничий колектив виступає як у ролі колективу страховиків, так і в ролі колективу страховальників. На цьому етапі ще не існує і спеціально створеного страхового фонду з регулярними внесками його учасників.

Починаючи з XVII ст., страхування розвивається як самостійний вид підприємницької діяльності, що функціонує не за принципом взаємодопомоги, а з метою

отримання прибутку. З кінця XVII ст. виникають і розвиваються страхові товариства: акціонерні та взаємні [10, с. 105]. Найбільш поширеною організаційною формою страхових товариств стали акціонерні товариства, які досягли повного домінування у XIX ст.

У період XVII–XIX ст. виникають нові види страхування: страхування від вогню, сільськогосподарське страхування, страхування від граду, падежу худоби, страхування від нещасних випадків, страхування відповідальності громадян, сухопутне транспортне та інші види майнового страхування.

Треба зазначити, що в даний період європейські країни досягли значних успіхів у правовому регулюванні страхування та страхової діяльності. Так, спочатку Іспанія посідала пануюче місце у сфері страхового права (XV–XVI ст.), потім Франція (XVII–XVIII ст.), далі Німеччина (XVIII–XX ст.). При цьому, саме в Німеччині в 1908 р. була проведена перша страхова кодифікація [10, с. 118]. У морському страховому праві домінуючі позиції зберігає Англія, що підтверджується кодифікацією англійського морського страхового права (Marine Insurance Act, 1906 р.) [10, с. 116].

Період із середини XIX до початку XX ст. характеризується розвитком комерційного страхування та функціонуванням монополістичних страхових об'єднань, картелів та концернів.

На початку XX ст. страхування характеризується такими важливими особливостями: 1) концентрація страхових підприємств; 2) багатоманітність форм та видів страхування; 3) посилені розвиток та зміна самої ролі перестраховування; 4) зростання державної активності у галузі страхування; 5) розвиток обов'язкового страхування. Ці особливості В. К. Райхер виділяє для буржуазного типу страхування у період імперіалізму [10, с. 118] (кінець XIX–початок XX ст.).

З певним відставанням від інших країн Європи розвивалося правове регулювання страхових відносин у Російській імперії. Одним із перших вчених, хто звернув увагу на майже повну відсутність законодавства, що регулює страхову діяльність, був О. Г. Гойхбарг. Так, у своїй монографії «Джерела договірної страхового права» [19] він звертає увагу на те, що страхового законодавства в Росії майже не існує, за винятком законодавства, що регулює морське страхування. Водночас відбувається активний розвиток та функціонування страхових компаній та товариств, діяльність яких, беззаперечно, потребує регулювання. Проте, незважаючи на нагальну потребу в цьому законодавстві, з об'єктивних причин воно в дореволюційний період так і не було прийнято.

За класифікацією В. К. Райхера, з 1917 р. настає новий етап розвитку страхової справи – радянський соціалістичний тип страхування, який, на думку вченого, має беззаперечні переваги порівняно з попередніми типами. Так, з 1918 р. у Росії відбувається процес загальної націоналізації та мінімізації комерційної діяльності приватних суб'єктів, внаслідок чого Постановою ЦВК та РНК СРСР від 18 вересня 1925 р. затверджується Положення про державне страхування в СРСР, яким установлюється, що страхування всіх видів є державною монополією [18, с. 12].

Водночас, у 20–30 рр. XX ст. переважна більшість постанов, декретів, інструкцій, положень продовжували

використовувати принципи становлення та функціонування класичної страхової справи, запозиченої із дореволюційної доби. Чергові зміни в страховій справі розпочинаються у 1929 р. і остаточно завершуються на початку 1931 р. Класовий принцип майнового страхування, актуалізований у зв'язку з колективізацією сільського господарства, фактично ліквідував будь-які рештки попередньої системи страхування. Зникли навіть терміни («премія», «превенція», «тариф премій», «страхова оцінка»), які були характерні для 20-х років [20, с. 32].

Існують різні думки щодо розвитку інституту страхування в радянський період. Зазначається, що «з 1917 р. до моменту краху СРСР його розвиток було призупинено, а в даний час він знову повертається і набирає сили» [21, с. 43]. Натомість, В. М. Юрах стверджує протилежне, що інститут страхування в радянський період був удосконалений, а фінансово-правова складова цього інституту була уніфікована саме в цей період [22].

Подібні думки фахівців надають підставу говорити про неоднозначність та суперечливість оцінки історико-правового становлення та розвитку страхового законодавства в радянський період розвитку вітчизняної юриспруденції.

Проте не можна відкидати ті значні здобутки, що мала наука цивільного права в радянські часи загалом і в сфері страхування зокрема. Основна увага радянських вчених-цивілістів К. А. Граве, О. С. Юффе, Д. А. Лунца, К. Г. Воблого, В. К. Райхера, В. І. Серебровського та інших науковців цього періоду була спрямована здебільшого на дослідження цивільно-правових проблем у сфері страхування, місця і ролі страхового права у структурі вітчизняної правової системи. Більшість цих досліджень є класикою цивілістики та активно використовуються і нині.

У 1958 р. відбулася реорганізація системи органів державного страхування, за якою страхова справа передавалася у відання міністерств фінансів союзних республік. Структурні зміни, що сталися, у цілому не порушували єдності страхової справи, адже правове регулювання страхування в республіках здійснювалося на підставі єдиного союзного законодавства, за єдиними правилами та інструкціями Міністерства фінансів СРСР. У свою чергу, Цивільний кодекс УРСР від 18.07.1963 р. містив главу 31 «Державне страхування» (ст. 369–373) [25], зі змісту якої випливала імперативна роль держави в галузі страхування із відповідними владними повноваженнями. Така ситуація зберігалася аж до розпаду СРСР.

До 1988 р. в Україні, як і в інших колишніх республіках СРСР, існувала монополія двох державних страхових компаній: Держстраху та Індержстраху. Функції страховика на території України виконувала система Укрдержстраху. Закон СРСР від 26 травня 1988 р. «Про кооперацію в СРСР» дав поштовх до демонополізації страхової справи в СРСР [18, с. 13], а з розпадом СРСР кожна країна стала сама вирішувати всі питання стосовно організації страхової діяльності.

До набуття Україною статусу незалежної держави страхування здійснювалося на її території згідно з економічними, соціальними та правовими умовами, що

існували відповідно у періоди – Київської Русі, двох імперій – Російської та Австро-Угорської, а згодом колишнього СРСР.

Період 1990–1993 рр. характеризувався бурхливим зростанням кількості страхових компаній в умовах невпорядкованого законодавства. З виходом у травні 1993 р. Декрету Кабінету Міністрів України «Про страхування» [23] та створенням восени 1993 р. Комітету у справах нагляду за страховою діяльністю починається новий етап розвитку страхового ринку України. 7 березня 1996 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про страхування» [24], який на сьогодні є головним законодавчим актом у цій галузі правовідносин (діє в редакції 2001 р.). Цей Закон закріплює основні поняття та засади страхової діяльності.

Сучасний етап становлення страхування у незалежній Україні, який відбувається і нині, безумовно відображає і втілює у собі певні елементи попередніх періодів розвитку страхування, страхових правовідносин та страхової діяльності в цілому.

За результатами дослідження та аналізу існуючих підходів до розуміння історичних передумов виникнення страхування, страхових правовідносин та відповідних джерел правового регулювання вдалося дійти таких висновків.

У сучасній науці існує безліч поглядів і думок щодо страхування. Кожен етап розвитку нашої держави знайшов безпосереднє втілення у постулатах страхування, він також вплинув на особливості трактування самого поняття страхування та страхових правовідносин.

З набуттям незалежності Україна стикається з проблемою здійснення страхової діяльності за правилами, які притаманні країнам з ринковою, а не адміністративною системою управління. Саме налаштування на новий формат відносин відбувалося майже десятиліття. Процес нормативного регулювання страхування, страхових відносин та страхової діяльності не завершився і триває донині. Безпосереднє удосконалення нормативної бази в сфері страхування неможливо без урахування світового досвіду передумов виникнення та формування страхування в цілому та страхової діяльності зокрема. Це дає змогу не повторювати помилки минулих часів та перейняти перевірену часом практику.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Історія страхування: Підручник* / С. К. Реверчук, Т. В. Сива, С. І. Кубів, О. Д. Вовчак: За ред. С. К. Реверчука. – К.: Знання, 2005. – 213 с.
2. *Базилевич В. Д.* Страхування / В. Д. Базилевич, К. С. Базилевич. – К.: Знання, 2002. – 216 с.
3. *Вобль К. Г.* Основы экономики страхования / Репринтное издание. – М.: Издательский центр «Анкил», 1995. – 232 с.
4. *Історія страхування: Підручник* / С. К. Реверчук, Т. В. Сива, С. І. Кубів, О. Д. Вовчак: За ред. С. К. Реверчука. – К.: Знання, 2005. – 213 с.
5. *Каишкарьова О. В.* Історико-правовий аналіз страхування як ланки фінансової системи // *Право і безпека*. – 2011. – № 5 (42) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Pib/2011_5/PB-5/PB-5_5.pdf.
6. *Кінашук Л. Л.* Страхування: теорія та практика

проведення. Монографія. – К. – Атіка, 2004. – 112 с.

7. *Крюков В. П.* Очерки по страховому праву. Систематическое изложение и критика юридических норм страхового дела. – Саратов: Книгоиздательство В. З. Ясанова, 1925. – 156 с.

8. *Манэс А.* Основы страхового дела. Репринтное издание 1909 г. – М.: Анкил, 1992. – 108 с.

9. *Мачуський В. В.* Історико-правові основи виникнення страхування: Руська правда і Жалувана грамота містам // *Юридична Україна: правовий часопис*. – 2007. – № 10. – С. 10–16.

10. *Райхер В. К.* Общественно-исторические типы страхования. – М.: Изд-во академии наук СССР, 1947. – 282 с.

11. *Серебровский В. И.* Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. М.: «Статут», 2003. – 558 с.

12. *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. Т. II. Товар. Торговые сделки. – М.: «Статут», 2003. – 544 с. – (Классика российской цивилистики) – Главы о страховании V–VI.

13. *Гаманкова О. О.* Ринок страхових послуг України: теорія, методологія, практика: монографія / О. О. Гаманкова. – К.: КНЕУ, 2009. – 283 с.

14. *Страхування: Підручник* / Керівник авт. Колективу і наук. ред. С. С. Осадець. – Вид. 2-ге, перероб. і доп. – К.: КНЕУ, 2002. – 599 с.

15. *Рейтман Л. И.* Страхование дело. – М.: Банковский и биржевой научно-консультационный центр, 1992. – 528 с.

16. *Фурман В. М.* Страхування: теоретичні засади та стратегія розвитку: Монографія. – Київ: Наук. Думка, 2006. – 334 с.

17. *Турбина К. Е.* Теория и практика страхования. Учебное пособие — М.: Анкил, 2003. – 704 с.

18. *Страховое право: Навч. посіб.* / За ред. Ю. О. Заіки. – К.: Істина. 2004. – 192 с.

19. *Гойхбарг А. Г.* Источники договорного страхового права. – С.-Петербург, типография товарищества «Общественная польза», 1914 г. – 86 с.

20. *Латишева О. В.* Нормативно-правове регулювання радянської системи страхування в 1920–1930 рр. (історичний аспект) // *Вчені записи Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського*. – Серія «Юридичні науки». Том 23(62). – 2010. – № 1. – С. 27–34.

21. *Пацурківський П., Гаврилюк Р., Хошуляк В.* Пострадянська наука фінансового права: деякі підсумки та перспективи розвитку // *Юридична Україна*. – 2006. – № 6. – С. 39–45.

22. *Юрах В. М.* Фінансово-правові засади страхування в Україні: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Юрах Віталій Михайлович; Одеська національна юридична академія. – О., 2008. – 19 с.

23. *Декрет КМУ «Про страхування»* від 10 травня 1993 року №47-93 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravo.ligazakon.ua/document/view/KMD93047>. – Заголовок з екрану.

24. *Про страхування: Закон України* від 7 березня 1996 р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 1996. – № 18. – Ст. 78.

25. *Цивільний кодекс УРСР* від 18.07.1963 № 1540-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1540-06/page6>. – Заголовок з екрану.

The historical and legal preconditions of insurance's origin, insurance legal relations and sources of legal regulation of these relations are analysed. Particularly the emergence and the development of insurance legal relations within the territory of modern Ukraine are researched.

Проведён историко-правовой анализ предпосылок возникновения страхования, страховых правоотношений и соответствующих источников правового регулирования этих отношений. Исследовано возникновение и развитие страховых правоотношений на территории современной Украины.

СТЯГНЕННЯ АЛІМЕНТІВ НА ДИТИНУ: СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ УДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Левківський Б. К.,

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

У статті розглядаються окремі аспекти нормативного регулювання аліментних правовідносин дітей та батьків. Проаналізовано процесуальні можливості своєчасного забезпечення дитині утримання, задоволення її повсякденних потреб на достатньому рівні з урахуванням її віку. Запропоновані шляхи удосконалення чинного законодавства України.

Ключові слова: забезпечення потреб дитини, аліменти, судовий захист, спрощення процедури стягнення аліментів.

Утримання дитини є моральним, соціальним та юридичним обов'язком батьків, оскільки дитина в силу своїх фізіологічних особливостей залежна від батьків, потребує сумлінного виконання батьками покладених на них обов'язків. Протягом тривалого часу людство, спостерігаючи за виконанням батьківських обов'язків щодо утримання дитини, напрацьовувало певні правила, яких мають дотримуватися батьки, методи та процедури захисту права дітей на утримання, засоби впливу на батьків, які неналежно виконують свої обов'язки.

Ще римські юристи приділяли значну увагу питанням регулювання відносин у сім'ї між її членами. Починаючи з часів принципату, за римським правом було передбачено взаємні аліментні обов'язки між батьками та дітьми, визначаючи аліменти як зобов'язання із забезпечення їжею, одягом, житлом, тобто тим, без чого неможливо фізично існувати, при цьому не відносячи до зазначених обов'язків питання навчання [1, с. 45, 381].

Із розвитком юридичної науки до складу аліментів, обов'язкової їх частини, гарантованої законом, починають включати і видатки на навчання дитини. Зокрема, за законодавством Російської імперії, до складу якої входила значна частина сучасної України, був передбачений обов'язок обох батьків щодо утримання дитини, при цьому цей обов'язок визначався їх солідарним обов'язком. А відтак, за відсутності коштів у одного з батьків, обов'язок щодо утримання дитини покладался повністю на іншого [2, с. 320].

За часів перебування України в складі СРСР питання регулювання аліментних правовідносин здійснювалося як на загальнодержавному рівні Засадами законодавства про шлюб та сім'ю СРСР, так і на рівні республіканських нормативних актів. В Україні діяв Кодекс про шлюб та сім'ю Української СРСР, в якому питання аліментних правовідносин батьків і дітей було винесено в окрему главу.

Із набуттям Україною статусу незалежної держави розпочалося створення нового законодавства. Відповід-

но до Конституції України кожна особа має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг та житло (ст. 48). Сімейний кодекс України (надалі – СК), розвиваючи положення Конституції, закріплює обов'язок батьків утримувати дитину до її повноліття (ст. 180 СК). З метою забезпечення інтересів дитини в сімейному законодавстві закріплено низку новел, які дозволяють врегулювати відносини між батьками щодо виховання дитини договором, визначати за домовленістю спосіб виконання обов'язку щодо її утримання (ст. 181 СК), передбачено можливість відрахування коштів на утримання дитини за власної ініціативи того з батьків, який проживає окремо від дитини (187 СК), норма, закріплена ст. 189 СК, передбачає можливість батьків врегулювати питання щодо виплати коштів на утримання дитини договором.

Україна ратифікувала більшість міжнародних документів, які на міжнародному рівні закріплюють права дитини на утримання на належному рівні, з урахуванням її вікових потреб. Нині можна стверджувати, що норми матеріального права, які регулюють аліментні правовідносини батьків і дітей, закріплені в чинному законодавстві України, достатньою і, головне, можливою мірою врегульовують дані відносини.

Проблема існує не з нормативним закріпленням на рівні матеріального права, прав дитини на утримання та визначення способів та обсягів надання такого утримання, а із можливістю реалізації учасниками цих правовідносин наданих їм прав, своєчасним впливом на недобросовісного носія обов'язку, який не виконує покладених на нього батьківських функцій з утримання дитини, забезпечення їй належних умов життя, через правові механізми.

На жаль, сучасні правові механізми забезпечення дитині утримання, закріплені в чинному законодавстві України, не ефективні. Саме розробка нових правових механізмів та удосконалення існуючих дозволить сво-

часно забезпечити дитині належні умови життя, виконання зобов'язаними особами (батьками або особами, які їх замінюють) функцій щодо утримання дитини.

На практиці існує проблема забезпечення своєчасного стягнення аліментів на дитину, оскільки потреби дитини полягають у повсякденній необхідності харчуватися на достатньому рівні, забезпечувати дитину одягом, кожного дня створювати всі належні умови для життя, виховання та розвитку дитини. Неможливо забезпечувати дитину, відтермінувавши надання їй коштів для забезпечення цих потреб до моменту набрання судом законної сили у справі про стягнення аліментів. Недосконалість процесуальних механізмів захисту прав дитини на утримання створює умови для зловживання зобов'язаними особами своїми суб'єктивними правами з метою завдання шкоди і дитині, і тому з батьків, хто виконує зобов'язання з її утримання одноособово. Щодо примусового порядку виконання рішень суду, то дане питання заслуговує на окремий розгляд і виходить за межі визначеного вище напряму дослідження.

Отже, ми можемо говорити, що на сучасному етапі розвитку чинного законодавства України нагальною проблемою у питанні утримання дітей є саме проблема удосконалення існуючого порядку примусового стягнення утримання на дитину із зобов'язаної особи. Саме тому метою даної статті є аналіз чинного законодавства України, зокрема аліментних правовідносин дітей та батьків (осіб, які їх замінюють), процесуальних можливостей своєчасного забезпечення дитині утримання, задоволення її повсякденних потреб на достатньому рівні з урахуванням її віку, рекомендація щодо удосконалення чинного законодавства України.

Свого часу питання захисту суб'єктивних сімейних прав дитини на утримання досліджували такі відомі вчені, як З. Ромовська, І. Жилінкова, С. Індиченко, Л. Савченко та ін. Однак, незважаючи на наукову розробленість даної теми, багато питань залишаються дискусійними.

Захист права дитини на утримання, як правило, здійснюється у судовому порядку. Закріплена в Цивільному процесуальному кодексі України процедура стягнення аліментів на дитину є недосконалою. Через надмірний формалізм ця процедура не пристосована до своєчасного забезпечення та захисту, а також відновлення права дитини на утримання.

Справи про стягнення аліментів, як правило, розглядаються у позовному порядку, єдиним виключенням є стягнення тридцяти відсотків прожиткового мінімуму доходів громадян на дитину (п. 4 ч. 1 ст. 96 ЦПК), які розглядаються у наказному провадженні. Однак, обмеживши право осіб на звернення до суду із заявою про видачу Судового наказу про стягнення аліментів на такому рівні, заклавши суто економічний показник, безпідставно прирівнюючи процедуру стягнення аліментів із зобов'язаної особи (батька, матері) до державної соціальної допомоги, законодавець помилково ототожнює різні за своєю правовою природою правові конструкції.

Відповідно до чинного законодавства прожитковий мінімум на 01 січня 2013 року для дітей від 6 до 18 років встановлено на рівні 1210 грн. (одна тисяча двісті десять грн., 00 копійок), отже у випадку стягнення алі-

ментів у наказному провадженні, дитина буде отримувати аліменти від зобов'язаної особи в розмірі 363 грн. (триста шістьдесят три грн., 00 копійок) на місяць, що не може забезпечити дитині навіть потреб у харчуванні. А відтак захист права дитини на утримання у наказному провадженні, у сучасному його стані, не відповідає нагальним суспільним потребам [3, с. 248].

Судовий наказ може стати ефективним засобом захисту прав дитини на утримання лише у тому випадку, якщо будуть внесені відповідні зміни у чинне законодавство, зокрема п. 4 ч. 1 ст. 96 Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК України), виклавши його у наступній редакції: «заявлено вимогу про присудження аліментів на дитину в розмірі прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, встановленого на 01 січня календарного року, в якому подано відповідну заяву, якщо вимога про стягнення аліментів не пов'язана із встановленням чи оспоруванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших зацікавлених осіб».

Встановивши обмеження на рівні прожиткового мінімуму, ми можемо стверджувати, що зобов'язана особа (один із батьків), сплачуючи аліменти, буде задовольняти мінімальні потреби дитини в харчуванні та одязі, а інший, надаючи дитині утримання (той із батьків, хто сумлінно виконує свої обов'язки щодо утримання дитини), буде покривати різницю прожиткового мінімуму з реальними витратами на дитину. Виклавши в такій редакції дану норму, ми створимо можливість для ефективного та своєчасного захисту порушених прав дитини.

Однак навіть за таких змін ми не певні щодо досягнення мети, оскільки у зобов'язаної особи все-таки залишається можливість для зловживання процесуальними правами. Так, відповідно до ст. 105-1 ЦПК України зобов'язана особа може подати заяву про скасування Судового наказу, якщо суддя дійде висновку про можливість скасування судового наказу, справа про стягнення аліментів буде розглядатися у позовному провадженні (п. 2 ч. 8 ст. 105-1).

У разі скасування Судового наказу, справа про стягнення аліментів у позовному провадженні може розглядатися протягом тривалого часу в суді першої інстанції, інколи понад одного календарного року. І весь цей час утримання дитини буде покладено на того з батьків, хто сумлінно виконує обов'язки щодо її утримання, а у випадку окремого проживання батьків на того з них, хто проживає з дитиною.

Відповідно до ч. 1 ст. 191 СК України аліменти на дитину присуджуються за рішенням суду від дня пред'явлення позову. Припустимо, що зобов'язана особа буде оскаржувати рішення суду першої інстанції, а згодом і рішення апеляційної інстанції. Якщо прямо тлумачити зазначену норму СК, то у випадку зловживання зобов'язаною особою своїми процесуальними правами, отримувач аліментів на дитину отримуватиме їх після проходження всіх процесуальних шаблів, що може відбуватися протягом двох років.

Така ситуація не відповідає потребам дитини та принципам справедливості та своєчасності, закріплених у ЦПК України. А тому, виникає потреба у проведенні

удосконалень чинного законодавства, які дозволять забезпечувати дитину утриманням, а також зобов'язувати платника аліментів виконувати свої функції щодо утримання дитини безперервно та своєчасно.

Розгляд цивільних справ про стягнення аліментів на неповнолітню дитину за спрощеною процедурою не є новим для нашого законодавства. Такий спрощений порядок було введено ще Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 1 березня 1985 р. № 8520-Х.

У тому випадку, якщо аліменти на дитину будуть стягуватися у розмірі більшому, ніж пропонується визначити ст. 96 ЦПК України, особа, яка звертається до суду за захистом права дитини на утримання (один з батьків, бабуся, інший родич), судовий розгляд даного питання буде здійснюватися у порядку позовного провадження, який на разі не передбачає можливості забезпечення інтересів дитини на утримання, до моменту набуття рішенням суду з даного питання законної сили. А відтак, як було зазначено вище, обов'язок утримання дитини буде покладено повністю на того з батьків, з ким проживає дитина або на особу, яка здійснює на законних підставах функції батьків (бабуся або інші родичі).

Тривалий час у законодавстві України та багатьох країн, які перебували у складі СРСР, було закріплено право суду щодо тимчасового стягнення аліментів на неповнолітніх дітей до моменту ухвалення рішення по справі про стягнення аліментів [4, с. 210]. Така норма на сьогодні збереглася у актах законодавства Російської Федерації (ч. 1 ст. 108 СК РФ) та Республіки Беларусь (ст. 97 КоБС). Разом із тим, існування процедури тимчасового стягнення аліментів на неповнолітню дитину не виключає можливості стягнення аліментів на дитину в порядку наказного провадження, як, наприклад, це має місце у законодавстві Російської Федерації (надалі – РФ), яке передбачає можливість стягнення аліментів у наказному провадженні та в порядку позовного провадження із закріпленням права суду тимчасового стягнення аліментів до моменту ухвалення по справі рішення суду без обмеження розміру аліментів.

Тимчасове стягнення на неповнолітню дитину аліментів дозволяє забезпечити її потреби, уникаючи при цьому тривалого порушення її прав, яке має місце у випадках відмови зобов'язаної особи добровільно надавати утримання до моменту набрання рішенням суду законної сили, попередити тривалі протиправні дії зобов'язаної особи, які мають ознаки економічного насильства.

Зазначена процедура не суперечить ні матеріальному, ні процесуальному праву, більше того, повністю відповідає тим принципам, яких зобов'язалася дотримуватися Україна у питаннях захисту прав дитини, на належний рівень життя. Закріпити норму, якою перед-

бачити право суду тимчасово, до моменту набрання законної сили рішенням суду, стягувати аліменти на користь неповнолітньої дитини, можливо як на рівні матеріального права (закріпивши відповідну норму у СК України), так і на рівні процесуального права (закріпивши відповідну норму у ЦПК України).

Вбачається, що відповідна норма процесуального характеру на рівні матеріального права має бути закріплена в СК України, має бути включена у Главу 15 СК України. Так, для збереження логічної побудови норм СК її слід включити як частину третьої ст. 191 СК, виклавши її у такій редакції: «Суд під час розгляду справ про стягнення аліментів на неповнолітню дитину має право постановити ухвалу про тимчасове стягнення аліментів на неповнолітню дитину до моменту набрання рішенням суду законної сили. Спосіб утримання дитини визначається судом відповідно до ч. 3 ст. 181 цього Кодексу».

Для закріплення права суду виносити такі тимчасові ухвали необхідно також удосконалити і ЦПК України, внести відповідні зміни, які в поєднанні з ч. 2 ст. 208 ЦПК України створять можливість для судді оперативно реагувати на порушення прав дитини на утримання під час розгляду відповідної цивільної справи.

Вбачається можливим внести зміни у ЦПК України шляхом включення нової ст. 210-1 Тимчасові ухвали суду, виклавши її у такій редакції: «Суд за власної ініціативи або за клопотанням осіб, які беруть участь у справі про стягнення аліментів, постановляє тимчасову ухвалу, якою визначає спосіб та розмір стягнення із зобов'язаної особи аліментів до моменту набрання рішенням суду законної сили».

Внесення такого роду змін до чинного законодавства України дозволить своєчасно забезпечувати потреби дитини, удосконалити судовий порядок стягнення аліментів на дитину.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Бартошек М.* Римське право: (Поняття, терміни, визначення): [Пер. з чеськ.]. – М.: Юрид. Літ., 1989. – 448 с.
2. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник Русскаго Гражданскаго Права: в 2 т. / Г.Ф. Шершеневич. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1915. – Т 2. – 656 с.
3. *Левківський Б. К.* Сучасні тенденції та перспективи вдосконалення нормативного регулювання примусового стягнення аліментів на неповнолітніх дітей: збірник тез міжнародної наукової конференції [«Десяті осінні юридичні читання »], (Хмельницький, 18–19 листопада 2011 р.) / М-во освіти і науки, молоді та спорту, Хмельн. ун-т управ. та прав. – Хмельн. : Хмельн. ун-т управ. та прав, 2011. – С. 247 – 249.
4. *Рясенцев В.А.* Семейное право. М.: «Юридическая литература», 1971. – 269 с.

The separate aspects of the normative adjusting of alimonies legal relationships of children and parents are considered in the article. Judicial possibilities of the timely providing the child of maintenance, satisfactions of his everyday necessities, are analysed at sufficient level, taking into account age. The ways of improvement of current legislation of Ukraine are offered.

В статье рассмотрены отдельные аспекты нормативного регулирования алиментных правоотношений детей и родителей. Проанализированы процессуальные возможности своевременного обеспечения ребенка содержания, удовлетворения его повседневных потребностей на достаточном уровне, с учетом возраста. Предложены пути усовершенствования действующего законодательства Украины.

ПРАВО ДИТИНИ НА ЖИТТЯ: ПОНЯТТЯ ТА МОМЕНТ ВИНИКНЕННЯ

Резнік Г. О.,

молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються деякі наукові підходи щодо визначення поняття «право на життя», а також спірні питання про початковий момент виникнення такого права.

Ключові слова: право на життя, право дитини на життя, момент виникнення права на життя.

При вирішенні теоретичних і практичних проблем права на життя як основи особистих прав людини, що забезпечує, власне, людське життя, на жаль, мало уваги приділяється праву дитини на життя. Це призводить до хибного уявлення про відносну безкарність за дії, які шкодять життю дитини. До того ж, українське законодавство визначає права та обов'язки дитини практично лише з моменту народження, не захищаючи при цьому ту дитину, яка народжується, та плід, який розвивається. Розглядаючи плід та породіллю як єдине ціле, законодавець, тим самим, декларує, що посягання на життя ненародженої дитини є посяганням на здоров'я вагітної жінки, що на нашу думку, є не зовсім правильним. Оскільки закон захищає від усіляких посягань лише реальну людину, якою є новонароджена дитина, існуючі на сьогодні проблеми, які пов'язані з охороною життя дитини, поглиблюються через відсутність чітко сформульованого та зафіксованого в законодавстві етапу розвитку, з якого людський ембріон знаходиться під охороною держави і наділяється писаним правом на життя.

Праву дитини на життя приділяли увагу багато українських вчених-цивілістів, які висвітлювали різні аспекти окресленого питання у спеціальних наукових працях. Це такі вчені, як: С. Б. Булеца, О. В. Домбровська, Л. А. Ольховик, Л. А. Остапенко, А. В. Соловійов, Р. О. Стефанчук, Я. М. Шевченко та ін. Однак питання приватноправового регулювання права дитини на життя, в тому числі юридичного визначення моменту виникнення даного права, до цих пір не отримали належного висвітлення, а тому вони є недостатньо вивченими і досить дискусійними, що робить цю тему актуальною. Метою даної статті є дослідження теоретичних підходів щодо поняття права дитини на життя та моменту його виникнення.

Право кожної людини на життя проголошується такими міжнародними документами: Загальна декларація прав людини (1948 р.), Міжнародний пакт «Про громадянські і політичні права» (1966 р.), Міжнародний пакт «Про економічні, соціальні, культурні права» (1966 р.), Конвенція Співдружності Незалежних Держав «Про права та основні свободи людини» (1995) та ін. Варто згадати і міжнародні документи, які передбачають особливий захист прав дитини: Конвенцію ООН «Про права дитини» 1989 р., Всесвітню декларацію «Про забезпечення виживання, захисту та розвитку дітей» 1990 р., Декларацію прав дитини 1959 р. тощо. Проте жоден із згаданих документів не містить чіткого формулювання права на життя та моменту, з якого починається життя, суті цього права. Визначається лише право на життя кожної людини, його охорона та неможливість свавільного позбавлення життя.

Положення щодо права на життя, закріплене в міжнародних документах, знайшло своє відображення і в національному законодавстві. Конституція України (ст. 27) та ст. 281 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) констатують можливість кожного мати право на життя. Проте Конституція України не вказує на момент виникнення у людини права на життя та всіх інших прав, незважаючи на гарантії цих прав Основним Законом.

Право на життя як юридичне поняття – категорія, яка регулює відносини з приводу такого блага фізичної особи як благо життя, що носить нематеріальний характер і є об'єктом регулювання багатьох галузей права [1, с. 58].

У сучасній українській юридичній літературі відсутній єдиний підхід до розуміння права на життя. А. В. Соловійов визначає право людини на життя як закріплену нормами міжнародно-правових актів в внутрішнього законодавства можливість певної поведінки людини, спрямованої на забезпечення недоторканності свого життя з боку інших осіб та свободи розпорядження ним. У сучасному розумінні право на життя – це особисте немайнове право фізичної особи, яке виникає з приводу особистого нематеріального блага, яким є життя кожної людини. Характерною особливістю права на життя є те, що його виникнення чи припинення у більшості випадків не залежить від волі правомочної особи [2, с. 11].

Відомий вчений Р. О. Стефанчук характеризує право на життя як особисте немайнове право фізичної особи щодо володіння та використання не забороненим законом способом власного життя, а також захисту власного життя та життя інших осіб в межах, що передбачені законодавством [3, с. 322]. Право на життя С. Б. Булеца визначає як особисте немайнове право людини, невід'ємне, абсолютне і яке є об'єктом цивільно-правового регулювання [4, с. 3].

Розглядаючи право на життя в аспекті конституційного права, О. В. Домбровська вказує, що право на життя людини і громадянина – це належна від народження, юридично закріплена, гарантована державою сукупність певних можливостей, об'єктивно зумовлених досягнутим рівнем розвитку людства, загальних та рівних для всіх, необхідних для користування та розпорядження таким соціальним благом як життя [5, с. 6]. Особисте немайнове право на життя є суб'єктивним приватним (цивільним) правом і характеризується певними темпоральними (часовими) межами свого існування, тобто моментом свого виникнення та моментом свого припинення [3, с. 274].

Цивільне законодавство розкриває категорію права на життя через такі категорії, як народження та смерть. Виникнення права на життя законодавець пов'язує з моментом народження, бо відповідно до ст. 25 ЦК України здат-

ність мати права та обов'язки (цивільна правоздатність) виникає у людини з моменту її народження.

Проблема однозначного визначення моменту виникнення права на життя в теорії права та правозастосовчій практиці ускладнюється багатьма чинниками соціального, морального та психологічного характеру. Проте найважливішим залишається питання, з чого починається і чим закінчується право жінки на репродуктивний вибір, і де починається право ненародженої дитини на життя. Ступінь правової захищеності життя ненародженої дитини за українським законодавством залежить від періоду вагітності і зростає пропорційно її термінам. Це означає, що українське законодавство не розглядає ненароджену істоту (організм) як власне людину, носія права на життя, хоча і може визнавати у випадках, встановлених законом, інтереси зачатой, але ще не народженої дитини [6, с. 6].

З моменту визнання людини суб'єктом права в цивілістичній доктрині виділяються натусіальна та ембріональна концепції. Натусіальна концепція (від лат. *natus* – народжений) пов'язує момент виникнення права на життя із моментом народження фізичної особи. В ембріональній концепції (від лат. *embryo* – зародок) право на життя виникає до моменту народження людини.

Вчені, які підтримують натусіальну концепцію, поділяють думку, що ненароджену дитину не варто розглядати як особу, що наділена суб'єктивними правами, так як вищезгадані права можуть виникати лише в людини. Відповідно, моментом, з якого починається життя і виникає право на життя, є народження – фізичне відокремлення плоду від організму матері і початок самостійного фізичного і фізіологічного існування. Так, М. Н. Малєїна зазначає, що незважаючи на те, що, зачата дитина в майбутньому може стати суб'єктом права, навряд чи можна розглядати її в якості такої, яка наділена правоздатністю та іншими правами ще до народження, бо суб'єктивні права можуть виникнути лише у реально існуючого суб'єкта [7, с. 51].

Видатний український цивіліст Я. М. Шевченко звертає увагу на те, що право на життя виникає з моменту народження і саме з цього моменту фізична особа, яка народилася, «перебирає» на себе всю сукупність прав та обов'язків, які являють сферу її правоздатності, в тому числі і право на життя [8, с. 149].

Чинне законодавство України відображає положення натусіальної концепції і пов'язує виникнення цивільної правоздатності, здатності мати права з моменту народження. Незважаючи на те, що зачата дитина в майбутньому стане носієм прав, вона не розглядається такою, що наділена правоздатністю. Прихильники цієї концепції не вважають аборт вбивством, підкреслюючи, що останній є правом жінки на визначення змісту свого особистого життя або ж однією із складових права на здоров'я [8, с. 149].

На думку прихильників згаданої вище концепції, ембріон не може бути суб'єктом права. Проте, проаналізувавши окремі норми національного законодавства, спробуємо зрозуміти прихильників протилежної концепції. Так, законодавство визнає право спадкування за зачатими за життя особи, що залишає спадок, та народженими після її смерті дітьми – ст. 1261 ЦК

України. Кодекс законів про працю України забороняє відмовляти у прийомі на роботу вагітним жінкам та звільняти їх, встановлює заборону на певні види роботи для вагітних – статті 184, 55, 63, 176, 178. У свою чергу, Сімейний Кодекс України не дозволяє чоловіку розлучитися з вагітною дружиною та до моменту, коли дитині виповниться один рік (ст. 110), та визначає право жінки на утримання з боку чоловіка під час вагітності (ст. 84). Проте, якщо визнати, що дитина стає суб'єктом права лише після народження і за умови народження дитини живою, виникає запитання, кого захищають вищезгадані норми. Напевне, що в даному випадку закон охороняє апіорі не просто ембріон, а майбутнього суб'єкта права.

Наведені аргументи свідчать про те, що в окремих випадках, встановлених законом, все ж таки охороняється життя зачатой, але ще не народженої дитини. І на основі цього не можна визнати за ембріоном правоздатність, так як умовою для отримання повної правоздатності є народження дитини живою.

На нашу думку, дитині має бути гарантовано право на життя і його захист не лише після пологів, а й як до, так і в процесі народження. Ми можемо не знати, що відбувається в материнському організмі під час вагітності, проте головним є те, що дитина є живою. Однак прихильники натусіальної концепції вважають, що ембріон ще не є людиною, а тому не може мати нормального права на життя і його охорону. Відповідно, будь-яке посягання на життя ненародженої дитини варто розглядати крізь призму охорони життя лише вагітної жінки, що, на нашу думку, є неправильним.

Як відомо, прихильники ембріональної концепції вважають, що життя виникає з моменту зачаття. Як жива істота ненароджена дитина є реальним носієм різних інтересів, найпершим з яких є інтерес існувати в лоні матері і народитися живою [9, с. 241]. Поділяючи таку думку, не можна не враховувати той факт, що ембріон є людською істотою з усіма притаманними їй ознаками (характеристиками). Проте питання, пов'язані з моментом виникнення права на життя та його нормативним закріпленням, залишаються дискусійними, і пропозиції щодо їх розв'язання далекі від однозначності.

Зокрема, Н. І. Бєседкіна вказує, що юридичне відношення до статусу ембріона не повинно будуватися на основі визнання того факту, що ембріон не є частиною організму матері, а початком нового життя, це і повинно визначати підходи до створення відповідного правового регулювання, визначати відношення до абортів [10, с. 12].

Цивільне законодавство визнає можливість охорони інтересів зачатой, але ще не народженої дитини. Проте прихильники натусіальної концепції Я. М. Шевченко вважає, що можливість охорони інтересів зачатой дитини поширюється лише на інтереси як відповідну правову категорію, а не права, до яких належить особисте немайнове право на життя [11, с. 282].

Враховуючи вищезгадану ст. 25 ЦК України, яка передбачає захист інтересів ненародженої дитини, у Законі України «Про охорону дитинства» [12] знаходимо невідповідність. Зокрема, у ст. 6 цього Закону йдеться про можливість кожної дитини мати право на життя з моменту визначення її живонародженою та

життєздатною за критеріями Всесвітньої організації охорони здоров'я. Як вже вказувалося, офіційна медицина використовує термін «живонародження», відповідно до якого таким, хто народився живим, є новонароджений, у якого наявна хоча б одна з таких ознак: дихання, серцебиття, пульсація судин пуповини, рухи скелетних м'язів [13]. Незаперечним є той факт, що розбіжності, які виникають між нормативними актами, перш за все, пов'язані з відсутністю чіткого легального визначення моменту початку життя.

Проте, якщо ми погодимось, що право на життя виникає з моменту зачаття, то необхідним кроком має бути заборона абортів як таких, що прирівнюються до вбивства ненародженої людини. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [14] закріпив можливість жінки самостійно вирішувати питання, пов'язані з материнством, а саме його ст. 50 передбачає можливість проведення абортів за бажанням жінки. В цілому, українське законодавство дозволяє переривати вагітність до 28 її тижнів, що є, з огляду на все наведене, неприпустимим. Та заборона абортів, на нашу думку, може мати більше негативних наслідків, ніж позитивних. Зокрема, може зрости кількість кримінальних абортів (зроблених поза медичною установою) як жінкою, так і некваліфікованим медичним працівником; від небажаних дітей будуть відмовлятися у пологових будинках, вбивати або викидати на смітники тощо. Хоча всі ці негативні явища мають місце й нині.

Питанням, присвяченим праву дитини на життя, приділяється чимало уваги, проте наділення ще не народженої дитини цим суб'єктивним правом більшість вчених і досі вважає недоречним. На нашу думку, згадані вище міжнародні документи спрямовані на захист не лише народженої дитини, а й ембріона, так як в них не можна знайти вказівки на момент, з якого починається дитина, що дає підстави стверджувати, що дитиною також є організм, що розвивається у череві матері.

Л. А. Ольховик прийшла до висновку, що право дитини на життя – це забезпечена законом можливість фізіологічного існування шляхом закріплених у законі правомочностей: збереження життя та розпорядження ним [15, с. 79]. З даного визначення видно, що авторка наділяє правом на життя вже народжену дитину, навіть не згадуючи про життя людського плоду. На нашу думку, ембріон вже є живою людською істотою і 9 місяців вагітності жінки є середовищем для визрівання та формування повноцінної людини для життя поза материнським організмом. У процесі розвитку з ембріона народжується дитина, яка з часом дорослішає. Правом на життя не можна наділяти лише народжену дитину, плід у череві матері також має право на життя.

Варто зауважити, що перед тим як на законодавчому рівні закріплювати право ненародженої дитини на життя та його захист, законодавцю варто визначитись з єдиним терміном, що буде застосовуватись до визначення людини, яка ще не народилася.

З метою створення уявлення про удосконалення охорони прав ненародженої дитини Н. І. Беседкіна вживає термін «насцитурус» – тобто той, хто має народитися [10, с. 4]. Цим терміном авторка охоплює людину істоту в цілому до моменту народження.

Поряд із цим, Інструкція щодо заповнення і реєстрації лікарського свідоцтва про перинатальну смерть та Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду новонародженості та мертвонародженості використовують термін «плід», яким є внутрішньоутробний продукт зачаття з 12-ого тижня вагітності до вигнання з організму матері. Натомість, закони України «Про заборону репродуктивного клонування», «Про репродуктивні права та гарантії їх здійснення», «Основи законодавства України про охорону здоров'я» та наказ Міністерства охорони здоров'я «Про затвердження умов та порядку застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та методів їх проведення» використовують термін «ембріон» – зародок людини на стадії розвитку до восьми тижнів. А ЦК України використовує терміни «зачата дитина» (ст. 25) та «зародок» (ст. 273). З метою усунення суперечностей очевидно, що необхідно виробити єдиний підхід до розуміння життя дитяти, яке розвивається і ще не народилося. Отже, протягом 9-ти місяців вагітності зачата дитина розвивається, і на різних етапах свого розвитку вона з ембріона (до 8-ми тижнів вагітності) перетворюється на плід (з 12-ого тижня вагітності до народження) і в момент дозрівання, необхідного для автономного життя поза організмом матері, народжується. Проте, як бачимо, поза увагою залишається період внутрішньоутробного розвитку з 8-ого по 12-ий тиждень визрівання людського організму. Дану прогалину можна вирішити, посилаючись лише на медицину. Сучасна медицина використовує термін ембріогенез людини, що означає частину її індивідуального розвитку. Ембріогенез людини включає в себе 3 періоди: початковий (перший тиждень розвитку), ембріональний або зародковий (до 8-го тижня) та плідний (с 9-ого тижня до народження) [16].

Відповідно до вищезазначеного *пропонуємо внести зміни до наведених у цій статті нормативно-правових актів, зазначивши в них, що плодом є внутрішньоутробний продукт зачаття з 9-ого тижня вагітності до повного вигнання з організму матері (народження).*

В українській юриспруденції визначення права на життя дитини відсутнє, так як поглинається загальним поняттям права на життя людини. На нашу думку, дане право, перш за все, має включати право життєздатної дитини на народження. Таким чином, власне бачення права дитини на життя є таким: *право дитини на життя – це невід'ємне природне право на народження, гідне існування та збереження життя, що гарантується державою.*

Тепер перейдемо до встановлення моменту виникнення у дитини саме права на життя. З двох розглянутих нами вище концепцій більш близькою є позиція прихильників ембріональної концепції у питаннях, пов'язаних із моментом виникнення життя, оскільки ми вважаємо, що життя виникає з моменту зачаття, але при цьому маємо дещо іншу думку про момент виникнення права на життя. Не заперечуючи вже існуючі концепції, висловимо власну точку зору.

Безперечно, на нашу думку, життя виникає в момент зачаття. І все ж таки, не зовсім коректним є наділення людини правом на життя з моменту запліднення. По-перше, не можна чітко визначити і закріпити момент зачаття. Частіше за все, навіть жінка дізнається,

що вагітна, в середньому, через 3–4 тижні після запліднення. По-друге, лише на 10-ий день після запліднення зародок прикріплюється до організму матері, і з цього моменту починається процес обміну речовин між матір'ю і дитиною, що є основою повноцінного визрівання ембріона. Очевидно, що є велика ймовірність неприкріплення, і жінка навіть не здогадається, що всередині неї було життя. Окрім цього, необхідно згадати про ранні викидні, що відбуваються з різних причин. Лише на 9-ий тиждень з моменту зачаття, за умов прикріплення до організму матері ембріон стає плодом.

Звернемо увагу на те, що 9-ти тижневий плід здатен реагувати на роздратування та біль. Зокрема, відомий гінеколог Бернард Натансон, який спеціалізується на проведенні абортів, за допомогою зйомки абортів трьохмісячного плоду довів, що зародок передчуває загрозу: в момент операції серцебиття підвищується із 140 до 200 ударів на хвилину, і він широко відкриває ротик – кричить. Можливість робити аборт за бажанням жінки аж до 12-ого тижня вагітності є неприпустимою. Варто зменшити строки проведення такої операції з 12-ти до 9-ти тижнів, тобто, до моменту формування плоду і можливості відчувати ним біль, і зафіксувати це на рівні закону.

Питання про те, на якому етапі внутрішньоутробного розвитку ембріон має підлягати правовій охороні, є надзвичайно важливим, і в той же час, суперечним. Варто замислитися над можливістю поширення права на життя на зародок з моменту зачаття чи на життєздатний плід, який в силу свого розвитку може вижити без жіночого організму.

На нашу думку, головним критерієм у визначенні моменту виникнення права на життя має бути можливість автономного існування плоду поза організмом матері. Медики констатують той факт, що за сучасних умов розвитку науки і техніки, внаслідок передчасних пологів, може вижити плід з 22-го тижня внутрішньоутробного розвитку. Зокрема, у 22-ти тижневого плоду: сформована нервова система, внутрішні органи (окрім легень) працюють самостійно, і б'ється серце, є ручки та ніжки з формованими нігтьовими пластинами, у дитини вже є обличчя (очі, вуха, вії, брови), і на голові проявляється волосся. В цей період довжина плоду сягає 25 см і, звичайно ж, плід вже рухається, і має визначені статеві органи [17, с. 10–12].

На підтвердження власної думки звернемося до нормативно-правової бази. Так, наказом Міністерства охорони здоров'я України «Про порядок реєстрації живонароджених та мертвонароджених» встановлюється гранична межа у 22 тижні вагітності, з якої дитина може вижити поза материнським організмом і не вважається викиднем. У разі народження такої дитини живою, на неї заповнюється свідоцтво про народження. Відтак, якщо у жінки почнуться перейми з 22-ого тижня, або навіть і раніше, і дитина народиться життєздатною, на медичний персонал покладається обов'язок виходити та зберегти це життя. Не зрозумілим для нас залишається можливість переривання вагітності після 22-ого аж до 28-ого тижня вагітності, на яку вказує вищезгадана інструкція. З одного боку, чітко вказується на можливість до самостійного існування плоду поза материнським організмом у 22 тижні перинатального роз-

витку, з іншого, допускається можливість переривання життя. Шокує інше, в результаті проведення абортів в межах від 22–28 тижнів з'являється життєздатна дитина, яка помирає, так як лікарі не приймають жодних заходів до збереження щойно народженої дитини. *Вважаємо за необхідне усунути дану нормативну суперечність, а за своєю суттю – нелюдське ставлення до проблеми таким чином. По-перше, встановити максимально допустимий строк переривання вагітності за бажанням жінки в період до 9 тижнів. По-друге, аборти в період з 9-ого по 22-ий тиждень мають проводитися в обмежених і чітко зафіксованих випадках. По-третє, аборти, проведені в період з 22-ого тижня вагітності, мають прирівнюватися до вбивства. Та у виняткових випадках виявлення патології плоду або захворювання матері, що є несумісними з життям та розвитком дитини, аборти мають бути дозволені лише за згодою жінки.*

Очевидним для нас є те, що варто переглянути й розширити часові межі у встановленні моменту виникнення правоздатності. А тому, спираючись на зміст розглянутих вище документів, вважаємо за необхідне встановлювати цивільну правоздатність за людським плодом з 22-ого тижня після зачаття.

Вбачається можливим запровадити інститут «умовної правоздатності» як сукупність правових норм, що регламентують правовий статус людського плоду.

Для досягнення кінцевої мети в регулюванні зазначених відносин не обійтися без пропозицій щодо внесення змін до діючого сімейного та цивільного законодавств. Крім того, викладений вище матеріал зобов'язує внести зміни і до розділу «Злочини проти життя і здоров'я особи» Кримінального кодексу України, бо аналіз його норм свідчить про те, що життя плоду в період вагітності та в період початку пологів до народження не підлягає кримінально-правовій охороні.

Із наведеного вище випливає беззаперечний висновок, що будь-яке посягання на життя як новонародженої, так і ще не народженої дитини, є надзвичайним суспільно небезпечним діянням і таким, що має суворо каратися законом. Тому доцільно захищати життя на певному етапі внутрішньоутробного розвитку, який дозволяє дитині надалі автономно існувати поза материнським організмом. Таким чином, початком життя слід вважати момент запліднення, а моментом виникнення права на життя має бути період з 22-ох тижнів внутрішньоутробного розвитку. При цьому, 22-тижневий плід, що досяг можливості самостійного існування, має визнаватися людською істотою.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Пунда О. О. Право на життя // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2003. – № 2 (6). – С. 58–64.
2. Право людини на життя: цивільно-правові аспекти: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А. В. Соловійов; Львів. нац. ун-т ім. І.Франка. — Л., 2004.
3. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я. М. Шевченко. Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с.
4. Булеца С. Формування концепції права на життя

та здоров'я за цивільним законодавством держав східно-європейської традиції права // Університетські наукові записки. – 2005. – № 1–2 (13–14). – С. 113–119.

5. Домбровська О. В. Конституційне право на життя людини і громадянина та забезпечення його реалізації органами внутрішніх справ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Національна академія внутрішніх справ України. – К., 2005.

6. Рогова О. Г. Право на життя в системі прав людини: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – С. 6.

7. Малєина М. Н. О праве на жизнь // Государство и право. – 1992. – № 212. – С. 50–59.

8. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т.1. Загальна частина. – К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – 520 с.

9. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник, – К.: Атіка. – 2005. – 560 с.

10. Бесєдкіна Н. И. Конституционно-правовая защита прав неродившегося ребенка в Российской Федерации // Автореф. на соиск. уч. степени к.ю.н. – Москва, 2005.

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

12. Закон України «Про охорону дитинства» від 26.04.2001 № 2402-III // Голос України від 06.06.2001 – № 98.

13. Наказ МОЗ України від 29 березня 2006 р. № 179 «Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості» // Офіційний вісник України від 26.04.2006 – 2006 р., № 15. – С. 351. – Ст. 1150.

14. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992 № 2801-ХІІ // Відомості Верховної Ради України від 26.01.1993. – 1993. – № 4. – Ст. 19.

15. Ольховик Л. А. Особисті немайнові права дитини за цивільним законодавством України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харківський національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2006.

16. Ембріональний розвиток людини [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://meduniver.com/Medical/gistologia/173.html>.

17. Большая энциклопедия. Мать и дитя / Авт. – сост. Л. С. Конєва. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: АСТ, Мн.: Харвест, 2008. – 432 с.

The article highlights the different scientific approaches to the definition of the «right to life», as well as disputes over the emergence of the right.

В статтєе рассматриваются некоторые научные подходы определения понятия «право на жизнь», а также спорные вопросы, касающиеся момента возникновения этого права.

ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ОСІБ, ЯКІ БЕРУТЬ УЧАСТЬ У СПРАВАХ ПОЗОВНОГО ТА ОКРЕМОГО ПРОВАДЖЕННЯ (ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА)

Бичкова С. С.,

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Чурпіта Г. В.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права і процесу Національної академії внутрішніх справ

Стаття присвячена порівняльному аналізу цивільного процесуального статусу осіб, які беруть участь у справах позовного та окремого провадження. В результаті проведеного дослідження розроблено науково обґрунтовані пропозиції щодо оптимізації цивільного процесуального законодавства України.

Ключові слова: цивільний процесуальний статус; особи, які беруть участь у справі; позовне провадження; окреме провадження.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Незважаючи на те, що передумовою участі в цивільному процесі є наявність у осіб, які беруть участь у справі, визначеного законом правового статусу – цивільного процесуального, науковці не приділяють належної уваги проблемам, пов'язаним із визначенням такого статусу та його елементів. Предметом наукових дискусій є, зазвичай, тільки зміст цивільних процесуальних прав та обов'язків учасників цивільного процесу. Правовий статус кожного суб'єкта цивільних проце-

суальних правовідносин виявляється по-різному – його зміст залежить від приналежності суб'єкта до певної класифікаційної групи учасників цивільного процесу, також він визначається видом цивільного судочинства, в порядку якого розглядається цивільна справа.

У межах цієї наукової розвідки ми порівняємо цивільний процесуальний статус осіб, які беруть участь у справах позовного та окремого провадження. Спеціальна процедура розгляду і вирішення цивільних справ у порядку зазначених видів цивільного судочинства обумовлює специфіку їх суб'єктного складу, а отже, і

особливості цивільного процесуального статусу осіб, які беруть участь у таких справах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Як зазначалось вище, проблеми цивільного процесуального статусу осіб, які беруть участь у справах, досліджувалися наукою цивільного процесуального права не повною мірою. В юридичній літературі щодо досліджень інституту цивільних процесуальних правовідносин зустрічаються тільки окремі згадки процесуалістів щодо структурних елементів такого статусу. Науковим розвідкам цього напрямку присвятили свої праці такі, зокрема, науковці: Ю. В. Білоусов, В. В. Комаров, В. М. Кравчук, В. І. Тертишніков, О. І. Угриновська, С. Я. Фурса, Ю. С. Червоний, М. Й. Штефан, М. М. Ясинок та ін. Водночас, зазначені процесуалісти виявляли, здебільшого, специфіку прав та обов'язків осіб, які беруть участь у справах позовного провадження. Цивільні процесуальні права, обов'язки та інтереси осіб, які беруть участь у справах окремого провадження, досліджувалися вченими лише контекстуально, у межах аналізу певної категорії цивільних справ зазначеного виду цивільного судочинства. Порівняльні дослідження цивільних процесуальних статусів осіб, які беруть участь у справах позовного та окремого провадження, взагалі не проводилися.

Виходячи із вищевикладеного, **метою** цієї наукової статті визначаємо виокремлення загального та особливого в цивільному процесуальному статусі осіб, які беруть участь у справах позовного та окремого провадження.

Виклад основного матеріалу дослідження. Для участі в цивільному процесі фізичні та юридичні особи, держава, а також інші учасники правовідносин, справи щодо яких підлягають розгляду і вирішенню в порядку цивільного судочинства, повинні мати цивільну процесуальну правосуб'єктність, яка є передумовою виникнення у них визначеного законом цивільного процесуального статусу.

Не вдаючись до широкої наукової дискусії щодо поняття та елементів цивільного процесуального статусу, зауважимо: виходячи з положень загальної теорії права, ми розглядаємо цивільний процесуальний статус як сукупність закріплених у цивільному процесуальному законодавстві: 1) суб'єктивних цивільних процесуальних прав; 2) юридичних цивільних процесуальних обов'язків; 3) законних цивільних процесуальних інтересів.

Отже, змістовно об'єднуючи три елементи та маючи передумовою свого виникнення цивільну процесуальну правосуб'єктність, цивільний процесуальний статус осіб, які беруть участь у справах, визначає їх права, обов'язки та інтереси під час розгляду і вирішення цивільних справ. При цьому зміст цивільного процесуального статусу осіб, які беруть участь у справах, є різним і залежить від виду цивільного судочинства.

Зважаючи на предмет цієї наукової розвідки, спочатку визначимо склад осіб, які беруть участь у справах указаних видів цивільного судочинства. Відповідно до ч. 1, ч. 3 ст. 26, ч. 1 ст. 38 ЦПК України у справах позовного провадження беруть участь: сторони (позивач і відповідач); треті особи; представники сторін і третіх осіб; органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Як випливає із ч. 2, ч. 3 ст. 26, ч. 1 ст. 38, ч. 4 ст. 235 ЦПК України, особами, які беруть участь у справах окремого провадження, є: заявник; інші заінтересовані особи; їхні представники; органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Таким чином, виключно у справах позовного провадження беруть участь сторони та треті особи; у справах окремого провадження – заявник та інші заінтересовані особи. Особами, які беруть участь у справі в обох видах цивільного судочинства, є представники й органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Тепер перейдемо безпосередньо до порівняльної характеристики цивільного процесуального статусу зазначених суб'єктів.

Цивільний процесуальний статус заявника у справах окремого провадження (ним є особа, в інтересах якої відкрито окреме провадження у цивільній справі), зважаючи на підстави і передумови його виникнення, є дещо подібним до цивільного процесуального статусу позивача у справах позовного провадження (особи, на захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів якої відкрито позовне провадження у цивільній справі).

Так, і заявник у справах окремого провадження, і позивач у справах позовного провадження наділені загальними правами осіб, які беруть участь у справі, передбаченими ч. 1 ст. 27 ЦПК України, а також загальним цивільним процесуальним обов'язком добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки (ч. 3 ст. 27 ЦПК України).

Різниця у змісті загального цивільного процесуального статусу заявника та позивача зумовлена різними принципами, на яких базується вид цивільного судочинства, в якому вони беруть участь. Так, для позивача через основний принцип позовного провадження – змагальність сторін – характерна наявність відповідного обов'язку – подати усі наявні у нього докази до або під час попереднього судового засідання, а якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться – до початку розгляду справи по суті (ч. 2 ст. 27 ЦПК України). Водночас, на заявника у справах окремого провадження, метою якого є встановлення наявності або відсутності юридичних фактів, відповідного загального цивільного процесуального обов'язку не покладається.

Що стосується спеціальних цивільних процесуальних прав, якими наділені заявник і позивач окремо, індивідуально, то такі права є певною мірою подібними. Відповідно до ч. 5 ст. 31 ЦПК України заявник у справах окремого провадження має права та обов'язки сторін, за винятками, встановленими у розділі IV ЦПК України. Зрозуміло, що відповідну норму слід тлумачити не буквально, а адаптувавши її до спеціальної юридичної процедури розгляду справ у порядку окремого провадження. Виходячи з цього, можна стверджувати, що заявник у справах окремого провадження має право відмовитися від заявленої вимоги, змінити її предмет чи підставу тощо. Водночас, враховуючи специфіку цивільних справ, які розглядаються у порядку окремого провадження, потрібно констатувати, що у заявника

відсутні такі цивільні процесуальні права, як: збільшити або зменшити розмір вимоги (яка в окремому провадженні не характеризується кількісними показниками), передати справу на розгляд третейського суду, укласти мирову угоду (ч. 5 ст. 235 ЦПК України). Варто зауважити, що в справах окремого провадження немає сторін (оскільки окреме провадження не пов'язане із вирішенням матеріально-правового спору, заявник та інші заінтересовані особи не протистоять одне одному як позивач і відповідач), тому заявник не може бути наділений спеціальними цивільними процесуальними правами відповідача (визнати позов повністю або частково, пред'явити зустрічний позов).

Як було зазначено вище, третім елементом цивільного процесуального статусу є законний цивільний процесуальний інтерес. І в позивача в справах позовного провадження, і в заявника у справах окремого провадження він виявляється у прагненні домогтися бажаного для себе процесуального результату – ухвалення рішенням суду про задоволення позову (заяви).

Другою стороною позовного провадження є відповідач – особа, яка, на думку позивача, порушила, не визнала або оспорила його права, свободи чи інтереси, і тому притягується до участі в цивільній справі для відповіді за пред'явленими позовними вимогами.

На відміну від позовного провадження, як уже зазначалось, у справах окремого провадження, зважаючи на його особливості, сторін немає. У відповідних справах, крім заявника, беруть участь інші заінтересовані особи – будь-які особи, на права, свободи чи інтереси яких може вплинути ухвалення в справі окремого провадження судового рішення. Так, заінтересованими особами у справах про усиновлення, виходячи зі змісту статей 214–215, 217–222, 233 СК України, ч. 1 ст. 253 ЦПК України, можуть бути: батьки дитини; сама дитина; другий з подружжя, якщо усиновлення дитини здійснюється одним із подружжя; опікун, піклувальник дитини або її батьків; заклад охорони здоров'я або навчальний заклад, якщо дитина не має батьків і перебуває у цих закладах; інші особи.

Якщо порівнювати цивільні процесуальні статуси позивача і заявника ще можливо, то вести мову про порівняння відповідних статусів відповідача в справах позовного провадження та інших заінтересованих осіб у справах окремого провадження недоречно.

Незважаючи на специфіку окремого провадження та мету участі у відповідних цивільних справах інших заінтересованих осіб, законодавець наділив їх тотожним зі сторонами у позовному провадженні цивільним процесуальним статусом: вони мають всі загальні права осіб, які беруть участь у справі, передбачені ч. 1 ст. 27 ЦПК України, на них покладений загальний цивільний процесуальний обов'язок добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки (ч. 3 ст. 27 ЦПК України), також вони мають спеціальні цивільні процесуальні права та обов'язки сторін, за винятками, встановленими у розділі IV ЦПК України (ч. 5 ст. 31 ЦПК України).

Якщо стосовно наявності в інших заінтересованих осіб загальних цивільних процесуальних прав та обов'язків осіб, які беруть участь у справі, немає заперечень,

то положення щодо наділення їх спеціальним цивільним процесуальним статусом сторін викликає, щонайменше, подив. Адже інші заінтересовані особи не подають до суду заяву з метою відкриття окремого провадження, а отже, не є заявниками і не можуть мати спеціальних цивільних процесуальних прав позивача. Не можуть набувати інші заінтересовані особи і цивільних процесуальних прав та обов'язків відповідача: подана заявником заява спрямовується на встановлення фактів, що мають юридичне значення, і не має на меті притягнення інших заінтересованих осіб до відповіді за пред'явленими у ній вимогами.

У зв'язку з цим, вважаємо, що із закріпленої ч. 5 ст. 31 ЦПК України правової норми необхідно виключити положення щодо наявності в заявників у справах окремого провадження прав та обов'язків відповідача, а в інших заінтересованих осіб – прав та обов'язків обох сторін, виклавши її в новій редакції: «Заявник у справах окремого провадження має всі права та обов'язки позивача, за винятками, встановленими в розділі IV цього Кодексу».

Щодо законного цивільного процесуального інтересу інших заінтересованих осіб у справах окремого провадження, то, як правило, вони прагнуть досягти єдиного із заявником процесуального результату – задоволення заяви. Наприклад, у справі про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу (п. 5 ч. 1 ст. 256 ЦПК України), якщо відповідну заяву подає чоловік, жінка може брати участь у справі в цивільному процесуальному статусі іншої заінтересованої особи. При цьому мета її участі в цивільному процесі має бути тотожною меті участі в справі заявника – встановлення відповідного факту. В іншому випадку між особами вбачається наявність спору про право, який підлягає розгляду і вирішенню у порядку позовного провадження.

Водночас, непоодинокими є і випадки, коли заявник та інші заінтересовані особи в справах окремого провадження переслідують протилежний процесуальний інтерес. Наприклад, заява про надання неповнолітній особі, яка досягла шістнадцятирічного віку, повної цивільної дієздатності подається до суду в порядку окремого провадження лише за відсутності згоди батьків (усиновлювачів) або піклувальника (ч. 2 ст. 35 ЦК України, ч. 1 ст. 242 ЦПК України), які і виступають у цій справі як інші заінтересовані особи, які мають протилежний, порівняно із заявником, інтерес – ухвалення судового рішення про відмову в задоволенні заяви.

Таким чином, цивільний процесуальний інтерес інших заінтересованих осіб у справах окремого провадження може полягати в їх прагненні як домогтися ухвалення судового рішення про задоволення відповідної заяви, так і відмови в її задоволенні. При цьому відповідач у справах позовного провадження завжди прагне відмови в позові.

Насамкінець, залишилися дві категорії суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин – представники й органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. Вони мають право брати участь в обох видах цивільного судочинства – і в позовному, і в окремому провадженні.

Як впливає із буквального тлумачення ч. 1 ст. 38 ЦПК України, у справах позовного провадження представників можуть мати сторони, треті особи, а також особи, які відповідно до закону захищають права, свободи та інтереси інших осіб; у справах окремого провадження – заявники та інші заінтересовані особи. Одразу визначимо неточність цієї правової норми: по-перше, виходить, що в справах окремого провадження органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, не можуть брати участь через представника; по-друге, в цій нормі нічого не сказано про можливість брати участь у цивільній справі через представника учасників наказного провадження (хоча останнє положення не стосується безпосередньо предмета цієї наукової розвідки, ми не можемо оминати його увагою, зважаючи на необхідність удосконалення закріпленої ч. 1 ст. 38 ЦПК України норми).

Згідно з ч. 3 ст. 26, ч. 2 ст. 95 ЦПК України органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, поряд із позовним, можуть брати участь в окремому і наказному провадженні, у тому числі через представника.

Про право заявників (у подальшому – стягувачів) і боржників у справах наказного провадження мова йде у статтях 98, 105, 105-1 ЦПК України.

Ч. 1 ст. 38 ЦПК України, ч. 1 ст. 223 СК України встановлено єдиний виняток щодо можливості представництва в цивільних справах окремого провадження, а саме – щодо справ про усиновлення. Крім того, ч. 4 ст. 235 ЦПК України окремо наголошується, що справа про розірвання шлюбу за заявою особи, засудженої до позбавлення волі, може бути розглянута судом за участю представника такої особи. Отже, це означає, що в усіх справах окремого провадження (за винятком справ про усиновлення) заявники та інші заінтересовані особи, а також органи та особи, яким закон надає право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, можуть брати участь особисто або через представника. Тому необхідно внести відповідні зміни до ч. 1 ст. 38 ЦПК України, виклавши її у новій редакції: «Сторона, третя особа у справах позовного провадження, заявники та інші заінтересовані особи у справах окремого провадження (крім справ про усиновлення), заявники (стягувачі) і боржники у справах наказного провадження, органи та особи, яким відповідно до закону надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника».

Що стосується цивільного процесуального статусу представника – у справах позовного та окремого провадження він є тотожним і включає загальні цивільні процесуальні права та обов'язки осіб, які беруть участь у справах, передбачені ст. 27 ЦПК України, а також спеціальне цивільне процесуальне право представника вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа. Законний цивільний процесуальний інтерес представника не залежить від виду цивільного судочинства і визначається спрямованістю інтересу особи, яку він представляє.

Органи та особи, яким відповідно до закону надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, беруть участь у справах позовного та окремого провадження у формах, визначених ст. 45 ЦПК України (подають позовні заяви (заяви), беруть участь у цивільних справах, здійснюють представництво інтересів громадянина або держави, залучаються для надання висновку в справі). При цьому вони наділяються залежно від форми їх участі і незалежно від виду цивільного судочинства загальними та спеціальними цивільними процесуальними правами та обов'язками, регламентованими ст. 27, ст. 46 ЦПК України.

Тобто, такі органи та особи у будь-якому разі наділені загальним цивільним процесуальним статусом осіб, які беруть участь у справі. При цьому органи та особи, які звернулися до суду в інтересах інших осіб або державних чи суспільних інтересах, мають спеціальні цивільні процесуальні права й обов'язки особи, в інтересах якої вони діють, за винятком права укладати мирову угоду. Якщо на захист інтересів держави позовну заяву (заяву) подано прокурором, він має спеціальне цивільне процесуальне право підтримувати позов (заяву) і вимагати розгляду справи по суті в разі відмови органу, уповноваженого здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах, від пред'явленого позову (поданої заяви). З метою вирішення питання щодо наявності підстав для ініціювання перегляду судових рішень у справі, розглянутій без участі прокурора, вступу в розгляд справи за позовом (заявою) іншої особи прокурор наділений правом знайомитися з матеріалами справи в суді, робити виписки з неї, отримувати копії документів, що знаходяться у справі. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, які беруть участь у справі для подання висновку, мають спеціальне цивільне процесуальне право висловити свою думку щодо вирішення справи по суті.

Законний цивільний процесуальний інтерес органів та осіб, яким відповідно до закону надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, також не залежить від виду цивільного судочинства і полягає у прагненні зазначених органів та осіб домогтися бажаного для особи, права, свободи та інтереси якої вони захищають, процесуального результату.

Таким чином, порівняльний аналіз цивільних процесуальних статусів осіб, які беруть участь у справах позовного та окремого провадження, дозволив виокремити загальні й спеціальні цивільні процесуальні права та обов'язки відповідних учасників цивільного процесу, визначити їх цивільний процесуальний інтерес. У результаті проведеного дослідження внесено пропозиції щодо оптимізації цивільного процесуального законодавства України у відповідному спрямуванні, а саме – обґрунтовано необхідність внесення змін до ч. 5 ст. 31, ч. 1 ст. 38 ЦПК України.

Дослідження цивільного процесуального статусу осіб, які беруть участь у справах ще одного виду цивільного судочинства – наказного провадження, а також проведення відповідного порівняльного аналізу виходить за межі цієї статті й становить *перспективні напрямки подальших наукових розвідок*.

Scientific paper is devoted to a comparative analysis of civil procedural status of persons involved in the affairs of action and special proceedings. As a result of the study the scientifically based suggestions for optimizing of civil procedural legislation of Ukraine have been developed.

Научная статья посвящена сравнительному анализу гражданского процессуального статуса лиц, участвующих в делах искового и особого производства. В результате проведенного исследования разработано научно обоснованные предложения относительно оптимизации гражданского процессуального законодательства Украины.

ПЕРЕДУМОВИ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ В ЧАСТИНІ РОЗГЛЯДУ ТА ВИРІШЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ

Короленко В. М.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті досліджуються передумови диференціації цивільного процесу в частині розгляду та вирішення трудових спорів. Обґрунтовано необхідність врахування особливостей матеріальних трудових відносин при законодавчому визначенні порядку вирішення трудових спорів у загальних судах в порядку цивільного судочинства.

Ключові слова: диференціація цивільного процесу, трудове процесуальне право, трудові спори.

У сучасній юридичній науці гостро стоїть питання місця трудового права в системі права України. Це питання породжене тим, що законодавство, яким регулюються відносини між роботодавцями та найманими працівниками, до цього часу ґрунтується на засадах, закладених ще в умовах планової економіки та державної власності на засоби виробництва. Хоча до Кодексу законів про працю України після 1991 року було внесено значну кількість змін, у ньому залишаються значні обмеження правомочностей власника стосовно користування та розпорядження своїм майном та управління діяльністю, пов'язаною із використанням його майна для виробництва продукції, виконання робіт чи надання послуг.

Значних обмежень зазнає право власника на допуск/недопуск інших осіб до виконання роботи із використанням його засобів виробництва, основних фондів тощо. Наприклад, згідно зі ст. 43 КЗпП України розірвання трудового договору з підстав, передбачених п. 1 (крім випадку ліквідації підприємства, установи, організації), 2 – 5, 7 ст. 40 і п. 2 і 3 ст. 41 цього Кодексу, може бути проведено лише за попередньою згодою виборного органу (профспілкового представника), первинної профспілкової організації, членом якої є працівник. Статтею 184 встановлено жорсткі обмеження у відмові в прийнятті на роботу та звільненні вагітних жінок, жінок, які мають дітей віком до трьох років, та одиноких матерів за наявності дитини віком до 14 років або дитини-інваліда. Крім того, на роботодавця покладається ряд обов'язків по забезпеченню умов праці та обмеження по тривалості часу, протягом якого працівник повинен виконувати покладену на нього трудову функцію. Всі ці гарантії не можуть бути скасовані трудовим договором.

Законодавче закріплення цих та інших гарантій для працівників робить правове регулювання трудових відносин значною мірою відмінним від правового регулювання цивільних відносин, де базовим принципом правового регулювання є принцип рівності сторін, і встановлення будь-яких гарантій для тієї чи іншої сторони є

скоріше винятком, аніж правилом. Тому в цивільному процесуальному законодавстві слід враховувати особливості трудових відносин. Крім того, серед науковців дедалі ширше обговорюється питання формування трудового процесуального права.

Питання місця матеріального трудового права в системі права, зв'язку матеріального та процесуального права, підстав диференціації процесуального права, особливостей процесуальних трудових правовідносин були і залишаються предметом наукових досліджень таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як Н. А. Громошина, О. С. Заржицький, В. В. Комаров, О. П. Литвин, С. В. Лозовой, Р. А. Майданик, О. Т. Панасюк, О. В. Підлубна, Н. А. Плахотіна, О. О. Середа, О. В. Слєпченко. Однак наразі залишаються недослідженими повною мірою питання обумовленості диференціації цивільного процесу в частині розгляду та вирішення спорів, що виникають з трудових та тісно з ними пов'язаних правовідносин.

Метою цієї статті є виявлення особливостей трудових правовідносин, які регулюються нормами матеріального права, що впливають на особливості процесуально-правового регулювання порядку вирішення трудових спорів у судах цивільної юрисдикції.

Нині в цивілістичній доктрині дедалі активніше відстоюється думка, що трудове право є частиною цивільного, а тому якихось принципових відмінностей у підходах до правового регулювання цивільних та трудових відносин бути не повинно. Так, Р. А. Майданик зазначає, що доктрина трудового права виходить з тези про невизнання вартісного характеру майнових відносин, які виникають з приводу трудової діяльності людини (трудова відносина). Тому майнові відносини з приводу трудової діяльності (трудова відносина) визнаються такими, що втратили вартісний характер. У зв'язку з цим їх правове регулювання здійснюється не цивільним, а трудовим правом, в якому не застосовується метод юридичної рівності сторін, а віддається пріоритет (перевага) юридичним інтересам працівника. Водночас, зауважує вчений, методологічну основу проблеми спів-

відношення цивільних і трудових правовідносин становлять конструкції господарської (роботодавчої) влади, трудового договору і трудового правовідношення. Дослідивши ці питання, Р. А. Майданик робить висновок, що трудове право, яке слід розглядати як сукупність двох підгалузей – публічного і приватного трудового права, за своєю сутністю не є істинною (первинною) галуззю права, оскільки виконує функції комплексного (вторинного) галузевого утворення, на яке поширюються положення доктрини і закону про галузі права на підставі прямої вказівки закону. Публічне трудове право має своїм предметом відносини, пов'язані із застосуванням законів, що стосуються умов охорони праці, організації нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю тощо. Приватне трудове право регулює відносини, пов'язані з господарською владою роботодавця, нормативними угодами і трудовим договором. Методологічну основу приватного трудового права становлять цивільно-правові за сутністю договірні і недоговірні конструкції (трудових договорів, відповідальності тощо) [1, с. 39 – 40].

Проведений Р. А. Майдаником аналіз суміжних цивільних і трудових правовідносин дав йому змогу зробити низку висновків. Так, в міру переходу до ринкової економіки робоча сила дедалі більше набуває товарного характеру, спостерігається поступове зникнення межі між цивільним і трудовим правом, збільшується число цивільно-правових елементів, які використовуються при регулюванні трудових відносин як свідчення тенденції до повернення трудових відносин до їх історично первісної сфери цивільного права, зокрема, шляхом розширення субсидіарності цивільно-правових норм до трудо-правових відносин, іншими способами їх регулювання. На цивільно-правові відносини, нерозривно пов'язані з трудовими і не врегульованими актами законодавства про працю, мають поширюватися положення ЦК України, якщо це не суперечить сутності таких непоіменованих законодавством про працю правовідносин. Якщо інше не передбачено кодифікованим законодавчим актом, на приватноправові відносини юридично рівних учасників, обтяжені (ускладнені) публічно-правовими елементами (адміністративно-дисциплінарними тощо), мають поширюватися положення ЦК України і спеціальних нормативно-правових актів, що регулюють відповідні публічно-правові елементи таких приватних за своєю сутністю «змішаних» відносин [1, с. 36 – 37].

Натомість О. Т. Панасюк, полемізуючи з приводу викладених положень про суто цивільно-правову природу деяких трудових відносин, вказує, що визнання майнового характеру трудових відносин створило б умови для віднесення їх до предмета цивільного права. Але цього не відбувається з огляду на таку причину. Визнання майнової природи трудових відносин не є сутнісною відмежовувальною характеристикою. Майновий аспект визнавався наукою трудового права як характеристика правової природи трудових відносин. Тому для реалізації наукової гіпотези про визнання трудового права частиною цивільного права потрібно застосовувати інші методологічні засади. Опонуєючи точці зору Р. А. Майданика, О. Т. Панасюк також вказує на особливе соціальне значення здатності людини до

праці і неможливість прирівнювати її до товару [2, с. 141].

Доводи сторін цієї дискусії заслуговують на увагу, і переважну більшість з них слід враховувати при визначенні особливостей матеріальних трудових та цивільних відносин. Однак, на нашу думку, трудове право не можна назвати правом суто приватним. Так, ознаки приватного права йому властиві. Серед таких ознак, насамперед, закріплення права на вільний вибір виду трудової діяльності, заборона примусової праці, що забезпечує свободу волі і волевиявлення, юридичну рівність сторін трудового договору при його укладенні. Однак юридична рівність сторін не завжди означає економічну рівність. Натомість економічна рівність працівника та роботодавця за умови дефіциту робочих місць та перманентної наявності певного рівня безробіття залишається, скоріше за все, недосяжною метою. Надлишок робочої сили створює умови для зловживання роботодавцем своїм економічним становищем. Для переважної більшості найманих працівників заробітна плата є єдиним чи основним джерелом засобів для життя. Тому працівники, конкуруючи між собою за робоче місце, часто змушені погоджуватись на не вигідні умови праці, в тому числі і щодо її оплати, тривалості робочого часу, безпечного робочого середовища. Все це робить необхідним закріплення значної кількості прав працівників та гарантій їх здійснення. І вже у цій частині чинне законодавство характеризується імперативними нормами, відносна кількість яких не може відповідати методам і принципам приватного права.

Варто зауважити, що для цивільних відносин, які часто є відносинами, що відповідають схемі «товар – гроші», також певною мірою притаманні явища попиту – пропозиції та конкуренції. Однак цивільні відносини, як їх визначає сучасне цивільне законодавство України, не мають на меті регулярне одержання прибутку і отримання засобів для існування. Загалом сучасна правова система у публічно-правовій та приватно-правовій частинах ґрунтується на тому, що цивільно-правовий договір у його класичній формі (укладений між громадянами, які не є суб'єктами підприємницької діяльності) є у їх повсякденному житті явищем винятковим. Коли ж фізична особа протягом певного періоду укладає низку однорідних договорів, держава покладає на неї додаткові обов'язки, наприклад, сплатити більшу суму податків. Окрім особливої природи трудових відносин, від цивільних їх відрізняють і деякі особливості правового регулювання. Так, якщо у цивільних відносинах сторони мають однакові можливості стосовно документального оформлення взаємовідносин, то чинне трудове законодавство не забезпечує працівникові можливості отримати усі документи, які свідчать про виникнення, розвиток та припинення трудових відносин, їх зміст. Тому говорити про абсолютно єдину природу матеріальних цивільних та матеріальних трудових відносин поки що видається передчасним.

Особливості матеріальних трудових відносин зумовлюють потребу у їх врахуванні при формулюванні законодавства про вирішення спорів між працівниками та роботодавцями. Значна кількість таких норм містить-

ся у Кодексі законів про працю України. Нову редакцію глави XV «Трудові спори» КЗпП України було прийнято 18 лютого 1992 р. [3]. Глава отримала назву «Індивідуальні трудові спори». До органів, на які покладался розгляд індивідуальних трудових спорів, було віднесено комісію по трудових спорах та районний (міський) народний суд (відповідно до подальших змін – районний, районний у місті, міський чи міськрайонний).

Фабричний, заводський, місцевий комітет профспілки втратив право на вирішення індивідуальних трудових спорів. Це стало кроком до встановлення рівності прав працівників та роботодавців у відносинах з розгляду трудових спорів та створило передумови для подальшого закріплення суто представницького статусу профспілок у вирішенні індивідуальних трудових спорів. Нині КТС є органом трудового колективу підприємства, а не спільним органом ФЗМК та адміністрації підприємства, установи, організації, як це було за радянських часів. Відповідно до ст. 223 КЗпП КТС обирається загальними зборами колективу підприємства, установи, організації і не менше половини місць у її складі надається робітникам. Відхід від способу утворення комісії по трудових спорах з представників адміністрації та профспілкового комітету був зумовлений плюралізацією профспілкового руху, його демократизацією: на одних підприємствах виникали альтернативні профспілкові організації з власними профкомами, а на інших – профкоми зникали взагалі разом із профспілковими організаціями. Таким чином, утворення первинного органу з розгляду трудових спорів виявлялося ускладненим або неможливим.

КЗпП України містить також норми, які визначають порядок розгляду індивідуальних трудових спорів у КТС. Так, Комісія по трудових спорах зобов'язана розглянути трудовий спір у десятиденний строк з дня подання заяви. Спори повинні розглядатися у присутності працівника, який подав заяву, представників власника або уповноваженого ним органу. Розгляд спору за відсутності працівника допускається лише за його письмовою заявою. За бажанням працівника при розгляді спору від його імені може виступати представник профспілкового органу або за вибором працівника інша особа, в тому числі адвокат.

У разі нез'явлення працівника або його представника на засідання комісії розгляд заяви відкладається до наступного засідання. При повторному нез'явленні працівника без поважних причин комісія може винести рішення про зняття цієї заяви з розгляду, що не позбавляє працівника права подати заяву знову в межах тримісячного строку з дня, коли працівник дізнався або повинен був дізнатися про порушення свого права. Комісія по трудових спорах має право викликати на засідання свідків, доручати спеціалістам проведення технічних, бухгалтерських та інших перевірок, вимагати від власника або уповноваженого ним органу необхідні розрахунки та документи. Засідання комісії по трудових спорах вважається правомочним, якщо на ньому присутні не менше двох третин обраних до її складу членів. Працівник і власник або уповноважений ним орган мають право заявити мотивований відвід будь-якому члену

комісії. Питання про відвід вирішується більшістю голосів членів комісії, присутніх на засіданні. Член комісії, якому заявлено відвід, не бере участі у вирішенні питання про відвід. На засіданні комісії ведеться протокол, який підписується головою або його заступником і секретарем.

Комісія по трудових спорах приймає рішення більшістю голосів її членів, присутніх на засіданні. У рішенні зазначаються: повне найменування підприємства, установи, організації, прізвище, ім'я та по батькові працівника, який звернувся до комісії, або його представника, дата звернення до комісії і дата розгляду спору, суть спору, прізвища членів комісії, власника або представників уповноваженого ним органу, результати голосування і мотивоване рішення комісії. Копії рішення комісії у триденний строк вручаються працівникові, власникові або уповноваженому ним органу. У КЗпП України також визначаються порядок оскарження та виконання рішення КТС.

Нормами КЗпП України регулюються також деякі відносини з приводу вирішення трудових спорів у судах. Так, у ст. 233 визначаються строки звернення до суду з приводу вирішення трудових спорів, а ст. 234 передбачається поновлення судом строків, пропущених з поважних причин.

Інші акти трудового законодавства також містять норми щодо вирішення спорів, пов'язаних із трудовими відносинами, у судах. Так, згідно зі ст. 25 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» розгляд заяв НСПП покладається на Верховний Суд Автономної Республіки Крим, обласні, Київський і Севастопольський міські суди. Однак згідно зі ст. 107 ЦПК України усі справи, що підлягають вирішенню в порядку цивільного судочинства, розглядаються у першій інстанції районними, районними у містах, міськими та міськрайонними судами. Загалом же процедура вирішення колективних трудових спорів є позасудовою. Адже ці спори є переважно спорами про інтерес, а не про право, отже, суди можуть їх вирішувати лише в крайніх випадках, основна ж роль у їх вирішенні покладається на інші органи та особи. Тому нагальною є потреба сконцентрувати усі процесуальні норми у відповідних процесуальних кодексах, щоб не виникали колізії у правовому регулюванні процесуальних правовідносин між нормами процесуальних кодексів та спеціальних законів. Звичайно, такий підхід призведе до певного збільшення обсягу нормативного матеріалу процесуальних кодексів, адже слід буде врахувати особливості розгляду багатьох категорій справ, однак це сприятиме підвищенню якості правового регулювання здійснення судочинства.

Загалом же трудове законодавство містить значну кількість норм, які регулюють відносини між працівником та роботодавцем і мають предметом не безпосередньо здійснення працівником трудової функції, а оформлення трудових відносин, встановлення локальних та індивідуальних умов праці, питання кадрового діловодства.

Такий значний обсяг процесуальних і процедурних норм, закріплених у трудовому законодавстві, зумовив пропозиції по формуванню трудового процесуального права або ж трудового процедурного права та прий-

няття відповідного процесуального кодексу. Так, О. Заржицький зазначає, що трудові правовідносини мають суттєві відмінності від інших відносин, які становлять предмет цивільного й адміністративного права. Ці відмінності торкаються об'єкта і методу правового регулювання трудових відносин і містять ознаки, які властиві йому одному. Йдеться про поєднання імперативного, договірної і рекомендаційного, а також централізованого та локального способів регулювання трудових відносин. Сама держава, будучи зацікавленою у збереженні і відтворенні продуктивних сил, повинна встановити достатньо жорсткі правила поведінки суб'єктів трудового права. Формування трудової юстиції могло б, на його думку, вирішити ці питання. Активізація процедурно-процесуальної регламентації у сфері трудового права дає підстави вважати, що велика кількість норм, яка стосується правового регулювання в галузі трудового права, яскраво виражає тенденцію виділення трудового процесуального права в самостійне інституційне, нормативне утворення в рамках трудового права, що виділяється з масиву норм матеріального права. Необхідність прийняття Трудового процесуального кодексу обумовлена, перш за все, особливим суб'єктивним складом трудових відносин. Одне з концептуальних положень Трудового процесуального кодексу України – сфера його дії, вказує О. Заржицький. Вона повинна включати всі процесуальні (процедурні) відносини, що складаються в ході розгляду індивідуальних і колективних трудових спорів [4, с. 91 – 92].

Досліджуючи питання вирішення трудових спорів, Р. Скіпенко зауважує, що у КЗпП України норми, що регламентують розгляд індивідуальних та колективних трудових спорів, знайшли повне відображення у кодифікованому вигляді. Але норми трудового законодавства не повною мірою пристосовані до сучасних ринкових відносин і не всебічно враховують сформовану світову практику врегулювання трудових спорів. У зв'язку з цим варто, на його думку, створити таку процесуальну форму розгляду і вирішення трудових спорів, яка надала б змогу з найбільшою ефективністю застосовувати норми трудового законодавства. Таким чином, виникла необхідність всебічного вивчення процесуальних норм та правовідносин у трудовому праві, виявлення їхньої ролі у захисті трудових прав працівників, вироблення практичних рекомендацій з удосконалення правової регламентації трудових процесуальних відносин. Факторами, що обумовлюють становлення трудового процесуального законодавства, Р. Скіпенко називає: 1) ускладнення у період побудови правової держави взаємодії між різними ланками державного і суспільного механізму вирішення трудових спорів; 2) значне зростання матеріально-правової бази юридичного регулювання на основі суцільного оновлення чинного законодавства і його систематизація та кодифікація, що об'єктивно супроводжується збільшенням кількості і посиленням ролі процесуальних норм у галузі захисту трудових прав працівників; 3) загальна тенденція посилення правового захисту суб'єктивних трудових прав працівників; 4) поза сферою дії цивільного процесуального права знаходиться порядок вирішення колективних трудових спорів, тому що вони не входять до компетенції судів загальної юрисдикції [5, с. 42 – 43].

Не можемо повністю погодитись з таким обґрунтуванням необхідності створення трудового процесуального права, адже, як зазначалось вище, в окремих випадках вирішення колективних трудових спорів покладається саме на загальні суди. Однак особливості розгляду таких справ у ЦПК України не вписані, а існуюча практика свідчить про необхідність удосконалення регламентації саме цих процесуальних відносин. Тому потребують дослідження практичні проблеми вирішення колективних трудових спорів у судах в порядку цивільного судочинства та формування на основі результатів такого дослідження пропозицій з удосконалення ЦПК України шляхом включення до нього норм про особливості порядку вирішення колективних трудових спорів.

Трудові процесуальні відносини О. Заржицький та О. Литвин визначають як врегульовані нормами трудового права владні суспільні відносини, що виникають на підставі визначених законом юридичних фактів у вигляді правомірних дій між уповноваженими органами (КТС або судами) та фізичними та юридичними особами, які беруть участь у справі, що наділені трудовою процесуальною правосуб'єктністю стосовно розгляду і вирішення трудових спорів [6, с. 57].

Таке визначення викликає кілька суттєвих зауважень. Так, в нього закладено певну прогностичну складову, однак її не відображено в частині визначення галузі права, норми якої регулюють трудові процесуальні відносини. У запропонованій дефініції вказано, що трудові процесуальні відносини мають регулюватись нормами трудового права. Однак, виходячи з попередніх досліджень цих авторів, аналізу їх підходів, логічно було б визначити, що трудові процесуальні відносини регулюються нормами трудового процесуального права. Іншим суттєвим недоліком запропонованого визначення трудових процесуальних відносин є те, що у ньому не йдеться про колективні трудові спори та відносини з їх вирішення, не йдеться про органи та осіб, на які покладено вирішення чи сприяння у вирішенні колективних трудових спорів. Формування ж трудового процесуального права без включення до його предмета порядку вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) видається недоцільним через обмеженість такого підходу.

На думку С. В. Лозового, саме Трудовий процесуальний кодекс України повинен містити загальні норми, призначені впорядковувати організаційні, процедурні та процесуальні моменти порядку захисту індивідуальних та колективних прав працівника і роботодавця. У кодексі мають відобразитися загальні процесуальні норми, що містяться в чинному КЗпП України, а також норми, закріплені в законах та інших нормативно-правових актах, покликаних регулювати трудові та тісно пов'язані з ними відносини. Також ним пропонується та обґрунтовується авторська структура ТПК України, який повинен містити 15 розділів, починаючи від загальних положень до порядку виконання рішень по трудових спорах [7, с. 180 – 181]. Однак С. В. Лозовий також стверджує, що на сьогодні, враховуючи стан судової системи та наявні проблеми здійснення правосуддя, прийняття Трудового процесуального кодексу буде передчасним. Вчений наголошує на необхідності

на перших порах створення спеціалізованих палат з розгляду трудових справ у загальних судах.

На відміну від нього Н. А. Плахотіна наполягає, що відносини з вирішення трудових спорів і конфліктів характеризуються специфікою суб'єктного складу, об'єкта і змісту, що дає підставу для визначення їх як самостійного предмета правового регулювання і позначення їх терміном «трудова процесуальні відносини». Вона також зауважує, що правові норми, які регулюють відносини з вирішення трудових розбіжностей, розкидані по різних нормативно-правових актах, основними з яких є: КЗпП України, ЦПК України і Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)». Крім того, існує безліч підзаконних нормативно-правових актів, що регулюють відносини з вирішення трудових спорів і конфліктів [8, с. 16].

Подібна розпорошеність норм, що регулюють достатньо автономну групу суспільних відносин, на її думку, істотно ускладнює їх застосування на практиці. У зв'язку з цим вченими-правознавцями дедалі частіше обговорюється досить актуальна проблема формування збалансованої системи правових норм, що регулюють відносини з розгляду трудових розбіжностей, – трудового процесуального права.

Як бачимо, питання виокремлення із масиву норм, які регулюють трудові відносини, положень, що стосуються вирішення трудових спорів, є актуальним, а формування трудового процесуального права має значну кількість прихильників серед науковців. Проте наведені точки зору, на нашу думку, чітко обґрунтовуючи потребу у розмежуванні трудових матеріальних та трудових процесуальних відносин, характеризуються недостатністю аргументів на користь виокремлення індивідуальних трудових спорів із цивільної юрисдикції та формування окремої сукупності правових норм – трудового процесуального права. Пропонуючи виокремити норми, що регламентують порядок вирішення трудових спорів, науковці переважно залишають поза увагою значну кількість норм, які також мають характер процедурних або процесуальних. Зокрема, це стосується процедур прийняття на роботу, атестації працівників, укладення колективних договорів та угод тощо. Отже питання диференціації трудового матеріального та трудового процесуального права потребує подальшого дослідження, починаючи з формулювання чіткої мети формування трудового процесуального права, його предмета і методу.

Отже, дослідження питання формування трудового процесуального права дало змогу зробити низку загальнотеоретичних висновків. Так, обов'язковою стадією формування трудового процесуального права є виявлення особливостей матеріальних правових відносин, які повинні обслуговуватись процесуальними нормами, з'ясування недоліків загальних процесуальних норм, як от норм цивільного процесуального права, що ускладнюють оперативне, своєчасне та повне вирішення юридичних справ, пов'язаних з трудовими відносинами.

Нині вже склався певний обсяг процесуальних норм, які регулюють порядок вирішення юридичних питань у сфері трудових відносин. Ці норми регулюють

як особливий порядок розгляду трудових спорів у комісіях по трудових спорах, так і окремі особливості судового розгляду цієї категорії справ, особливості виконання рішень по трудових спорах. Також чинне трудове законодавство містить значну кількість процедурних норм, які тісно переплетені з нормами матеріального права та визначають порядок їх безспірної реалізації. До таких норм можна віднести положення про укладення трудового договору, колективних договорів і угод, порядок зміни умов праці, залучення працівників до надурочних робіт, надання відпусток, припинення трудового договору тощо. Тому загалом можна говорити про наявність передумов для остаточного формування трудового процесуального (процедурного) права.

Однак формування трудового процесуального (процедурного) права не зумовлює необхідності прийняття окремого кодифікованого законодавчого акта. Такий акт мав би надто еkleктичний характер, оскільки регулював би відмінні за своєю природою відносини, які між собою мають набагато менше спільних рис (вирішення індивідуальних і колективних трудових спорів, прийняття колективних договорів і угод, надання відпусток тощо), ніж з іншими (цивільними процесуальними, трудовими матеріальними) правовідносинами. Тому формувати трудове процесуальне законодавство слід шляхом закріплення у чинних процесуальних кодексах України особливостей розгляду справ, які виникають з трудових відносин, а у Кодексі законів про працю України (у перспективі – Трудовому кодексі України) – процедур здійснення суб'єктивних трудових прав у безспірному порядку.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Майданик Р. А.* Цивільне і трудове право: порівняння методології і міжгалузевих відносин // *Юридична Україна*. – 2008. – № 6. – С. 36 – 41.
2. *Панасюк О. Т.* З приводу співвідношення трудового та цивільного права («З поверненням у «лоно» слід зачекати») // *Право України*. – 2009. – № 9. – С. 140 – 147.
3. *Закон України* «Про внесення змін і доповнень, що стосуються розгляду індивідуальних трудових спорів, до Кодексу законів про працю Української РСР та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів» від 18.02.1992 р. № 2134-12 // *Відомості Верховної Ради України*. – 1992. – № 22. – Ст. 302.
4. *Заржицький О. С.* Про необхідність створення Трудового процесуального кодексу України // *Право України*. – 2006. – № 9. – С. 90 – 92.
5. *Скіпенко Р.* Становлення трудового процесуального права як самостійної галузі права // *Право України*. – 2007. – № 7. – С. 41 – 44.
6. *Заржицький О. С., Литвин О. П.* Склад трудових процесуальних відносин // *Право України*. – 2007. – № 8. – С. 54 – 57.
7. *Лозовой С. В.* Правове регулювання індивідуальних трудових спорів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Лозовой Сергій Вікторович; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Харків, 2009. – 205 с.
8. *Плахотіна Н. В.* Проблеми регулювання трудових процесуальних відносин в українській правовій системі: дис... канд. юрид. наук / Н. В. Плахотіна; Східноукр. нац. ун-т ім. В. Даля. – Х., 2009. – 186 с.

The article studies the preconditions of differentiation of civil procedure regarding the consideration and resolution of labour disputes substantiates the necessity of taking into account the characteristics of the substantive law labour relations in determining the order of the resolution of labour disputes in the ordinary courts in civil proceedings.

В статті досліджуються передумови диференціації гражданского процесу в частині розгляду і вирішення трудових спорів. Обґрунтовується необхідність зосередити увагу на особливостях матеріальних трудових правовідносин при законодавчому визначенні порядку вирішення трудових спорів в загальних судах в порядку гражданского судопроизводства.

ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ ЩОДО УСУНЕННЯ НЕДОЛІКІВ УХВАЛЕНОГО НИМ РІШЕННЯ

Гарієвська М. Б.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються повноваження суду щодо виправлення описки чи арифметичної помилки та ухвалення додаткового рішення. Аналізуються актуальні доктринальні положення про правову природу виправлення таких судових помилок та роль дискреційних повноважень суду при усуненні недоліків рішення суду, який його ухвалив.

Ключові слова: суд, повноваження суду, додаткове рішення, виправлення описок та арифметичних помилок.

З метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави важливим є усунення судової помилки. Це є невід'ємним компонентом судового захисту, без якого конституційна гарантія судового захисту прав була б неповною. Усунення судової помилки має бути гарантовано державою, а спосіб усунення повинен бути доступним і ефективним.

Дискреційні повноваження суду при усуненні недоліків судових рішень досліджували такі вчені, як Д. Б. Абушенко, І. В. Андронов, І. М. Зайцев, В. В. Комаров, В. М. Кравчук, Д. Д. Луспеник, Л. А. Терехова, М. К. Треушніков, Н. О. Чечіна, Д. М. Чечот, С. Я. Фурса, О. І. Угриновська, В. В. Ярков та ін. Однак проблеми виправлення описок та арифметичних помилок і ухвалення додаткового рішення досліджені фрагментарно. Відсутність досконалої правової регламентації та ґрунтовних теоретичних розробок учених дискреційних повноважень суду щодо усунення недоліків рішення суду, який його ухвалив, обумовлюють актуальність нашого дослідження.

Метою цієї роботи є дослідження такого різновиду самоконтролю як контроль суду першої інстанції за своїми підсумковими актами, такими як рішення суду. Сюди можна віднести виправлення явних помилок суду, пов'язаних із неповнотою і неточністю рішення суду. Зазначені недоліки можуть виправлятися тим судом, який ухвалив дане рішення, шляхом:

- а) виправлення описок та арифметичних помилок;
- б) ухвалення додаткового рішення.

Кожне рішення має відповідати вимогам, які до нього пред'являються. При порушенні таких вимог суд, який ухвалив рішення, як правило, не вправі його змінити (ч. 2 ст. 218 ЦПК України). Незаконне та необґрунтоване рішення підлягає скасуванню вищестоящим судом (ст. 307–311 ЦПК України). Тому певними повноваженнями з контролю за власними актами наділений і суд першої інстанції. Таку його діяльність часто називають «самоконтроль» [4; 5]. Самоконтроль

здійснюється як у ході судового розгляду, так і після закінчення розгляду і вирішення справи.

Помилки у тексті судового рішення, арифметичні або граматичні помилки (описки), що стосуються істотних обставин або ускладнюють виконання рішення, можуть бути усунені судом, який ухвалив рішення або постановив ухвалу. Способом усунення неточності рішення є виправлення описок та явних арифметичних помилок. Відповідно до ст. 219 ЦПК України суд може з власної ініціативи або за заявою осіб, які беруть участь у справі, виправити допущені у судовому рішенні описки чи арифметичні помилки.

Описки – це помилки, зумовлені неправильним написанням слів. Виправленню підлягають лише ті описки, які мають істотний характер. До таких належать написання прізвищ та імен, адрес, найменувань спірного майна, зазначення дат [6, с. 607]. У резолютивній частині будь-яка описка має істотне значення, оскільки вона може ускладнювати виконання рішення. Не є описками граматичні помилки, які не спотворюють текст судового рішення та не призводять до його неправильного сприймання: неправильне розташування розділових знаків, невірні відмінки слів, застосування русизмів та діалектизми тощо [6, с. 608].

Можливе, наприклад, виправлення помилок у найменуванні сторін. Ст. 215 ЦПК України вимагає, щоб у судовому рішенні точно зазначалися імена (найменування) сторін та інших осіб, що беруть участь у справі. Стосовно громадян ця вимога означає зазначення прізвища, імені та по-батькові, стосовно юридичної особи – найменування, яке повністю відповідає його установчим документам. Порушення вказаних вимог при ухваленні рішення створює суттєві труднощі при виконанні рішення суду.

Необхідно враховувати, що виправлення помилок у найменуванні сторін може мати місце лише тоді, коли суд, правильно встановивши належних позивача і відповідача та з'ясувавши їх дійсне найменування, при складанні рішення це найменування перекутив. У тих

же випадках, коли суд не встановив дійсних обставин справи і, зокрема, не з'ясував дійсного найменування позивача або відповідача, ухвалене ним рішення не можна вважати обґрунтованим, і його не можна перетворювати на обґрунтоване шляхом виправлення опісок у порядку ст. 219 ЦПК України. Під виглядом виправлення опіски в судовому рішенні не можна змінювати його суть [3, с.123].

Арифметична помилка – це помилка у визначенні результату підрахунку: пропуск цифри, випадкова перестановка цифр, спотворення результату обчислення у зв'язку із використанням несправної техніки. Не є арифметичними помилками, а отже, і не може бути виправлене застосування неправильних методик підрахунку, а так само застосування неправильних вихідних даних для проведення арифметичних обчислень.

Суд може виправити лише ті арифметичні помилки, яких він сам припустився. Якщо такі помилки наявні у висновку експерта або в письмових доказах, такі помилки судом не виправляються. Арифметичні помилки у висновку експерта усуваються шляхом допиту експерта та уточнення ним свого висновку або враховуються судом під час оцінки цього доказу [6, с. 607].

При виправленні арифметичної помилки в рішенні також не можна змінювати його суті або розглядати питання, які не були предметом судового рішення. При цьому не слід вважати, що стабільність змісту рішення порушується – рішення як було позитивним або негативним стосовно питання присудження, таким і залишається. Зміст рішення – це те, що присудив суд, а не те, що записано в рішенні. Записане має відповідати присудженому, а якщо воно не відповідає, то виникають підстави для застосування даної форми виправлення недоліків рішення – виправлення арифметичної помилки, тобто приведення цифрового вираження в рішенні у відповідність до його змісту [3, с.124].

Абз. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення у цивільній справі» передбачає, що, вирішуючи питання про виправлення опісок чи арифметичних помилок, допущених у судовому рішенні (рішенні або ухвалі), суд не має права змінювати зміст судового рішення, він лише усуває такі неточності, які впливають на можливість реалізації судового рішення чи його правосудності. Проте, якщо неправильне визначення стягнутої суми було наслідком, наприклад, застосування закону, який не підлягав застосуванню, то підстав для виправлення арифметичних помилок немає.

Питання про внесення виправлень може бути вирішено судом, що ухвалив рішення як із власної ініціативи, так і за заявою осіб, які беруть участь у справі, і незалежно від того, чи виконано рішення, але в межах встановленого законом строку, протягом якого воно може бути пред'явлено до примусового виконання. Внесення виправлень у судові рішення, яке не підлягає примусовому виконанню, строком не обмежено.

Після внесення виправлень чи арифметичних помилок текст рішення змінювати не можна, проте у виконавчому листі наводяться формулювання резолютивної частини рішення в тій редакції, яку воно отримало у зв'язку з постановленням відповідної ухвали [2].

Зупинимось детальніше на суб'єктах, які мають право ініціювати виправлення опісок чи арифметичних помилок. Ініціатива щодо виправлення помилок може виходити від будь-кого з осіб, які беруть участь у справі, або суду. Що стосується осіб, які беруть участь у справі, то для цього зацікавлена особа повинна звернутись до суду із заявою, в якій зазначає, які саме помилки слід виправити в рішенні суду. Така заява подається у копіях відповідно до кількості осіб, які беруть участь у справі. Копія заяви надсилається особам, які беруть участь у справі, одночасно із судовою повісткою.

Щодо такого суб'єкта права на виправлення опіски чи арифметичної помилки як суд, то в такому випадку він реалізує надані йому законом дискреційні повноваження. Дискреційні повноваження суду стосовно виправлення опіски чи арифметичної помилки виражаються у формі ініціативи суду. Ініціатива суду має проявлятися і бути спрямована на захист прав та інтересів осіб, на забезпечення справедливого судочинства. Суд може виявляти ініціативу тільки в установлених ЦПК випадках. І саме можливість виправлення опіски чи арифметичної помилки з ініціативи суду передбачена ЦПК України.

Надання суду можливості виправити допущені помилки з власної ініціативи викликано необхідністю оперативно ліквідувати різні неточності в процесуальній діяльності чи зовнішні недоліки в судових рішеннях. Притому, якщо для подання заяви достатньо, щоб існування помилки було ймовірним, то при виправленні помилок судом із власної ініціативи останні повинні існувати реально. Інакше суду не буде що виправляти. Дане положення визначає особливу результативність боротьби з допущеними помилками.

Ініціатива суду щодо виправлення опіски чи арифметичної помилки викликана необхідністю, яка обумовлена завданнями цивільного судочинства. З аналізу ст. 219 ЦПК України випливає також, що суд наділений дискреційними повноваженнями у формі ініціативи суду та дискреційними повноваженнями, що виникають на основі відносно-визначених норм права. Оскільки в даній нормі законодавцем використовуються така мовна конструкція, як «суд може». Причому, важливо підкреслити, що реалізація зазначеної правової модальності не обумовлюється будь-якими вимогами. Все буде залежати від ситуації, що визначає необхідність прийняття конкретного рішення для досягнення цілей, встановлених законом. Проте варто зазначити, що мовна конструкція «суд може» не відноситься до випадків подання заяви про виправлення опіски чи арифметичної помилки особами, які беруть участь у справі. В такому випадку суд у разі обґрунтованості такої заяви зобов'язаний внести відповідні зміни до рішення суду.

Заява про виправлення опісок чи арифметичних помилок у судовому рішенні розглядається протягом десяти днів з дня її надходження. Питання про внесення виправлень вирішується у судовому засіданні. Особи, які беруть участь у справі, повідомляються про час і місце засідання, їх неявка не перешкоджає розглядові питання про внесення виправлень [1].

Закон не містить жодних обмежень з приводу строків для здійснення дій із виправлення судового рішення

ня. Проте слід виходити з того, що при цьому діють загальні строки виконавчої давності. З метою вирішення даної проблеми вважаємо за необхідне внесення такого доповнення до ст. 219 ЦПК України: *Виправлення описки чи арифметичної помилки можливе до закінчення строку на виконання рішення*. Законодавче закріплення такого положення, перш за все, сприятиме встановленню темпоральної межі здійснення дискреційного повноваження суду на виправлення описки чи арифметичної помилки.

Наступним способом виправлення судових помилок є ухвалення додаткового рішення. Відповідно до ст. 220 ЦПК України суд, що ухвалив рішення, може за заявою осіб, які беруть участь у справі, чи з власної ініціативи ухвалити додаткове рішення.

Абз. 20 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення у цивільній справі» передбачає, що додаткове рішення може бути ухвалено лише у випадках і за умов, передбачених ст. 220 ЦПК, воно не може змінити суті основного рішення або містити в собі висновки про права та обов'язки осіб, які не брали участі у справі, чи вирішувати вимоги, не досліджені в судовому засіданні. Додаткове рішення може ухвалити лише той склад суду, що ухвалив рішення у даній справі. В іншому разі, особа має право звернутися до суду з тими ж вимогами на загальних підставах. При порушенні питання про ухвалення додаткового рішення з інших підстав суд ухвалою відмовляє у задоволенні заяви. Оскарження додаткового рішення провадиться на загальних підставах. Якщо на рішення суду подано апеляційну чи касаційну скаргу і разом із цим порушено питання про ухвалення додаткового рішення, суд повинен спочатку ухвалити додаткове рішення, а потім надіслати справу для перегляду до суду вищої інстанції [2].

Допущена судом прогалина в рішенні може бути усунута шляхом ухвалення додаткового рішення у випадках, якщо:

1) стосовно якої-небудь позовної вимоги, з приводу якої сторони подавали докази і давали пояснення, не ухвалено рішення;

2) суд, вирішивши питання про право, не зазначив точної суми грошових коштів, які підлягають стягненню, майно, яке підлягає передачі, або які дії треба виконати;

3) суд не допустив негайного виконання рішення у випадках, встановлених ст. 367 ЦПК України;

4) судом не вирішено питання про судові витрати [1].

Додаткове рішення може бути ухвалено судом за наявності встановлених законом підстав. Так, наприклад, якщо стосовно якої-небудь позовної вимоги, з приводу якої сторони подавали докази і давали пояснення, не ухвалено рішення. Суд повинен вирішувати усі заявлені позовні вимоги, зокрема й ті, щодо яких сторони не подавали доказів чи пояснень. У такому разі суд у задоволенні цих вимог повинен відмовити за недоведеністю. Ухвалюючи рішення, суд повинен враховувати первісні вимоги, а також усі уточнення (доповнення або зміни) до них, які заявлялися у судовому засіданні; суд, вирішивши питання про право, не зазначив точної суми грошових коштів, які підлягають стягненню, майно, яке підлягає передачі, або які дії

треба виконати. Цей недолік рішення суду унеможливує його примусове виконання [7, с. 315].

Необхідність ухвалення додаткового рішення може виникнути тоді, коли суд позов задовольнив. Коли суд у позові відмовив, не виникає необхідності стягувати гроші або передавати майно. Питання про розподіл судових витрат вирішується судом одночасно з ухваленням рішення суду. У мотивувальній частині рішення суд повинен визначити склад цих витрат та як вони розподіляються між сторонами. У резолютивній частині рішення зазначається, хто і на чію користь сплачує ці судові витрати. Додаткове рішення може бути ухвалено і тоді, коли суд вирішив питання про розподіл судових витрат лише частково [6, с. 610]. Додаткове рішення не може бути ухвалено на підставі додатково поданих доказів про розмір та склад судових витрат. Так, не допускається подання документів, що підтверджують, наприклад, розмір витрат на правову допомогу і їх включення до складу судових витрат після ухвалення рішення.

ЦПК України передбачає, що заяву про ухвалення додаткового рішення може бути подана до закінчення строку на виконання рішення. Отже, законодавцем встановлена темпоральна межа здійснення такого дискреційного повноваження суду як ухвалення додаткового рішення. Проте дана межа встановлена тільки у разі подання заяви про ухвалення додаткового рішення. Але як бути, якщо ініціатива щодо ухвалення додаткового рішення виходитиме від суду. ЦПК відповіді на дане питання не дає. Однак, на нашу думку, слід застосовувати у такому випадку такий же строк.

Ініціатива ухвалення додаткового рішення може виходити від суду або від будь-кого з осіб, які беруть участь у справі. Заява про ухвалення додаткового рішення подається в копіях відповідно до кількості осіб, які беруть участь у справі. Копія заяви надсилається особам, які беруть участь у справі, одночасно із судовою повісткою.

Однак, на нашу думку, в даному випадку є недоцільним надавати суду можливість діяти на власний розсуд, адже в разі подання обґрунтованої заяви про ухвалення додаткового рішення особами, які беруть участь у справі, суд зобов'язаний внести відповідні зміни до рішення суду. Тому вважаємо недоцільним надання суду можливості вирішувати питання ухвалення додаткового рішення у разі подання заяви особами, які беруть участь у справі. Адже, у разі подання обґрунтованої заяви про ухвалення додаткового рішення з підстав, передбачених ЦПК України, суд зобов'язаний таку заяву задовольнити. В іншому випадку, такі дії суду суперечитимуть завданням цивільного судочинства.

Суд ухвалює додаткове рішення після розгляду питання у судовому засіданні з повідомленням сторін, їх присутність не є обов'язковою. Строку розгляду заяви законом не передбачено. Тому суд повинен виходити з вимог розумності [7, с. 279]. Правомочність суду ухвалити додаткове рішення за своєю ініціативою може виявитися в деяких випадках дуже корисним, оскільки іноді дозволяє суду самому коригувати свої помилки. Так, наприклад, якщо суд по недогляду не вказав у рішенні про стягнення судового збору з відповідача на користь держави, то

доцільно буде виправити таку прогалину в рішенні шляхом ухвалення додаткового рішення.

Надання можливості суду усувати допущені ним прорахунки за власною ініціативою викликано прагненням оперативної ліквідації різних неправильностей в процесуальній діяльності або зовнішні недоліки в рішеннях. При цьому, якщо для подання заяви достатньо, щоб помилка існувала лише імовірно (особа повинна вказати, в чому полягає, на її думку, неправильність рішення і необов'язково, щоб така вказівка відповідало дійсності), то для порушення судом за власною ініціативою дій по виправленню помилок останні повинні реально існувати. Інакше суду нічого буде усувати. Дане положення визначає особливу результативність цього засобу боротьби з допущеними неправильностями [4, с.41].

Розкривши переваги та доцільність виправлення недоліків рішення судом, який його ухвалив, слід вказати на відсутність єдиної думки з цього приводу. Так, Л. А. Терехова зазначає, що хоча процесуальне законодавство і передбачає як виняток можливість перегляду рішення тим судом, який його ухвалив, реальна необхідність в первинному перегляді існує лише в наказовому провадженні. Всі інші види первинного перегляду повинні бути ліквідовані [8, с. 7].

Отже, дискреційні повноваження суду першої інстанції у разі усунення недоліків рішення судом, який його ухвалив, повинні, по-перше, бути передбачені законом; по-друге, використовуються для усунення очевидних помилок при відсутності провини суду в їх вчиненні; по-третє, помилки виправляються тим же судом,

який їх допустив; по-четверте, здійснюються після ухвалення рішення, але до розгляду справи вищестоящим судом і мають пріоритет перед таким розглядом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України* від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

2. *Про судові рішення у цивільній справі*: постанова Пленуму Верховного Суду України № 14 від 18.12.2009 р. // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 1.

3. *Андронов І. В.* Рішення суду першої інстанції в цивільному процесі України [Текст] : дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Андронов Ігор Володимирович. Одеська національна юридична академія. – О., 2007. – 193 с.

4. *Зайцев І. М.* Устранение судебных ошибок в гражданском процессе / И. М. Зайцев. – Саратов, 1985. – 136 с.

5. *Зайцев І. М.* Самоконтроль суда первой инстанции в гражданском процессе / И. М. Зайцев // Российская юстиция. – 1998 – № 12. – С. 18 – 20.

6. *Кравчук В. М., Угриновська О. І.* Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. – К.: Істина, 2006. – 944 с.

7. *Луспенік Д. Д.* Настільна книга професійного судді при розгляді цивільних справ (складання судових процесуальних документів за новим ЦПК України) / Д. Д. Луспенік. – Х.: Харків юридичний, 2005. – 640 с.

8. *Терехова Л. А.* Право на исправление судебной ошибки как компонент судебной защиты: автореф. дисс. на соискание науч. степени док. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Л. А. Терехова. – Екатеринбург, 2008. – 46 с.

We consider the power of the court to correct clerical or arithmetical mistakes and making additional decisions analyzed actual doctrinal position on the legal nature of the correction of judicial errors, emphasis on the role of the discretionary powers of the courts in the event of deficiencies by the court, which approved it.

В статье рассматриваются полномочия суда по исправлению описки или арифметической ошибки и принятию дополнительного решения. Анализируются актуальные доктринальные положения о правовой природе исправления таких судебных ошибок, акцентируется внимание на роли дискреционных полномочий суда в случае устранения недостатков решения судом, который его принял.

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ІНСТИТУТУ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Солом'яна Т. С.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядається питання щодо визначення та характеристики принципів цивільно-правової відповідальності. Встановлено загальні та спеціальні принципи цивільно-правової відповідальності, визначено специфічні ознаки інституту цивільно-правової відповідальності. Окрема увага у статті приділена співвідношенню цивільно-правової відповідальності із санкцією.

Ключові слова: юридична відповідальність, цивільно-правова відповідальність, заходи державного примусу, санкція, специфічні ознаки цивільно-правової відповідальності.

Перехід України до ринкових відносин, у свою чергу, посприяв необхідності кардинального перегляду багатьох інститутів цивільного права, зокрема й інституту цивільно-правової відповідальності. Регулювання цивільно-правових відносин вирішує питання організації відносин між

суб'єктами цивільного права тільки у разі, якщо реалізація цивільних прав і обов'язків з боку всіх учасників цивільних правовідносин є ідеальною. Вступаючи у цивільно-правові відносини, сторони повинні не тільки виконувати свої обов'язки, а й мати нагоду захищати свої права.

Цінність цивільного права полягає в тому, що у своїх нормах воно містить багато засобів впливу на поведінку громадян та організацій через їх інтереси і за допомогою цих інтересів. Одним із таких засобів впливу на майнові інтереси осіб є застосування до правопорушника майнових санкцій, зокрема, цивільно-правової відповідальності.

Цивільно-правова відповідальність є одним із видів юридичної відповідальності, внаслідок чого на неї поширюються загальні положення про юридичну відповідальність, але, водночас, вона має й такі особливості, що змушують розглядати її як самостійну правову категорію. З огляду на це актуальним є здійснення комплексного аналізу норм національного законодавства щодо цивільно-правової відповідальності з метою підвищення їх ефективності, визначення поняття «цивільно-правової відповідальності», виявлення загальних засад інституту цивільно-правової відповідальності, специфічних ознак та особливостей, що є метою даної статті.

Дослідженню цивільно-правової відповідальності завжди відводилося належне місце у науковій доктрині. У свою чергу, теоретичні та практичні аспекти цивільно-правової відповідальності в цій галузі завжди привертала увагу як українських, так і російських учених-правознавців, а також неодноразово були предметом їх досліджень. Зокрема, цим питанням приділяли увагу такі автори, як: В. В. Луць, О. В. Дзера, О. С. Юффе, С. Н. Братусь, І. С. Канзафарова, Г. І. Коваленко, С. В. Курильов, С. С. Алексєєв, М. К. Галантич, В. А. Тархов, Ю. С. Кобзева та інші.

Під загальним поняттям «відповідальності» розуміють загальносоціологічну категорію, яка виражає ставлення особи до вимог суспільної необхідності, соціальних завдань та обов'язків, а також норм і цінностей [1].

Отже, відповідальність є не лише усвідомленням смислу й значення діяльності, а й усвідомленням наслідків та вчинків особи з погляду інтересів суспільства або певної групи осіб. Основна функція відповідальності – це відновлення порушеного суб'єктивного права або компенсація за завдану правопорушенням шкоду (збитки) [2].

В юридичній літературі цивільно-правова відповідальність розглядається як один із засобів впливу на учасників цивільних правовідносин, який визначається межами дозволеної та необхідної їх поведінки. У свою чергу, основною сферою примусового впливу на поведінку учасників цивільних відносин, безсумнівно, є інститут цивільно-правової відповідальності.

Для вдосконалення норм цивільно-правової відповідальності потрібний, насамперед, комплексний теоретичний аналіз самого поняття «цивільно-правової відповідальності», його сутності та особливого характеру мети, а також співвідношення цієї відповідальності, зокрема із санкцією. Більшість норм цивільно-правової відповідальності спрямована на позитивне регулювання особистих немайнових та майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників.

В юридичній літературі цивільно-правова відповідальність трактується як самостійний вид юридичної відповідальності, для якого характерні всі загальні ознаки юридичної відповідальності. Крім загальних

ознак юридичної відповідальності, вона має специфічні ознаки, властиві лише їй. Це саме стосується й примусу [3].

Для того, щоб краще зрозуміти характеристику поняття «цивільно-правової відповідальності», необхідно розглянути не лише її сутність, а й особливий характер мети з притаманними їй специфічними ознаками. Насамперед, сутність цивільно-правової відповідальності полягає в тому, що вона є застосуванням до правопорушника передбачених санкцією правових норм – заходів державного примусу [4].

Цивільно-правова відповідальність завжди забезпечується державним примусом, навіть у тих випадках, коли правопорушник добровільно виконує покладені на нього додаткові обтяження.

З огляду на це, до державного примусу належать такі заходи:

- несприятливі наслідки неналежної поведінки правопорушника, що настають для її суб'єкта, а саме, наслідки майнового характеру (прикладом можуть бути майнові втрати, зокрема, відшкодування збитків за рахунок порушника, стягнення з нього неустойки тощо);

- суспільний осуд правопорушника, який висловлює йому докір за порушення норм, встановлених державою, а також надає можливість відмежувати відповідальність від інших випадків настання несприятливих наслідків. Таким чином, суспільний осуд протиправної поведінки правопорушника виражається у констатації факту вчинення правопорушення;

- державний примус, в основі якого закладено державно-владний вплив відповідних державних органів та службових осіб на поведінку громадян. У цивільному законодавстві передбачається можливість добровільного виконання обов'язків, зокрема, відшкодування заподіяної шкоди [5].

Водночас не будь-яка реалізація санкції, не будь-який державний примус підпадають під поняття «цивільно-правової відповідальності». Як і всі види юридичної відповідальності, цивільно-правова відповідальність має особливий характер мети з притаманними їй специфічними ознаками.

До першої ознаки належить майновий характер відповідальності, тобто це означає, що правопорушник має відшкодувати майнову шкоду або завдану моральну шкоду. Майновий характер відповідальності обумовлений, насамперед, предметом цивільного права, оскільки нормами останнього регулюються відносини, більшість з яких є майновими. До речі, слід зазначити, що в деяких випадках цивільно-правова відповідальність може носити також немайновий характер. Але, як правило, ознака відповідальності немайнового характеру не є відокремленою, а виступає у поєднанні з ознакою майнового характеру.

Друга ознака носить компенсаційний характер, що означає еквівалентність відповідальності правопорушника, завданій потерпілій особі шкоді чи збиткам. Принцип еквівалентності розмірів відповідальності та шкоди обумовлюється компенсаційним характером цивільно-правової відповідальності. Принаймні, правопорушнику потрібно поновити майнове становище потерпілої особи, яке існувало до вчинення правопорушення. А в разі неможли-

вості відновлення такого становища, правопорушник має сплатити потерпілій особі збитки в повному обсязі.

Третя специфічна ознака цивільно-правової відповідальності побудована на засадах юридичної рівності сторін. Такий характер відповідальності обумовлений рівноправним становищем осіб цивільних правовідносин, а також взаємністю їх прав та обов'язків.

Четверта ознака передбачає можливість добровільної реалізації самим порушником, без втручання судових чи інших державних органів, лише в силу однієї можливості застосування державного примусу відшкодувати заподіяну шкоду або збитки. У цьому випадку особливістю цивільно-правової відповідальності є ініціативний характер її застосування [6].

Отже, цивільно-правова відповідальність – це невідгідні наслідки майнового характеру, що покладаються на особу, яка вчинила цивільне правопорушення, не виконала чи неналежно виконала зобов'язання або посягнула на абсолютні майнові чи особисті немайнові права чи блага інших осіб [7].

У своїх працях деякі дослідники відносять цивільно-правову відповідальність до охоронних правовідносин, що виникають із порушення обов'язку (встановленого законом або договором) та виражаються у формі невідгідних для правопорушника наслідків. У свою чергу, охоронні правовідносини виникають на основі юридичних заборон та є результатом вчинення суб'єктами правопорушень. Таким чином, ці правовідносини забезпечують захист суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів потерпілих, а також покладання цивільно-правової відповідальності на правопорушників [8].

Інші ж вчені визначають цивільно-правову відповідальність як санкцію за порушення цивільних законів, яка забезпечується не лише переконанням або державним примусом, а й її можливістю. В основі санкції лежить громадський осуд неналежної поведінки правопорушника, а також стимулювання його до конкретної діяльності в інтересах суспільства за відсутності підстав для осуду поведінки відповідної особи, що виражається у формі поновлення порушених відносин та встановлення негативних наслідків для правопорушника з метою забезпечення умов нормального розвитку відносин [9].

Згідно з теорією права будь-яка санкція, передбачена в нормах права, спирається на примусову силу держави. Отже, критерієм відмежування цивільно-правової відповідальності від інших правових явищ є застосування або незастосування саме державного примусу. З огляду на це можна зробити висновок, що санкція є заходом відповідальності, тобто ці поняття тотожні [10]. Безперечно, щоб зрозуміти наскільки ці питання тотожні, слід розглянути співвідношення санкції та цивільно-правової відповідальності. Таким чином, санкція – це складова частина норми, що є вказівкою на можливість державного примусу, який здійснюватиметься в разі порушення диспозиції норми. Сама ж цивільно-правова відповідальність є реалізацією норми.

Як зазначає С. С. Алексєєв, цивільно-правова відповідальність є різновидом санкції за правопорушення. У свою чергу, він наголосив на необхідності розмежування заходів цивільно-правової відповідальності та заходів захисту, оскільки як ті, так і інші спираються на

примус та охоплюються поняттям санкції. Під заходами захисту він розуміє такі санкції, які діють на попередження або припинення правопорушень, однак, якщо все ж таки правопорушення сталося, то на відновлення становища, що існувало до правопорушення [11].

На думку О. С. Юффе, слід відрізнити заходи цивільно-правової відповідальності від інших санкцій, що не є заходами відповідальності. Практичний сенс цього поділу автор вбачає в тому, що для застосування заходів відповідальності, за загальним правилом, необхідна наявність вини боржника, а інші заходи можуть застосовуватися незалежно від вини [12].

О. О. Красавчиков, зробив спробу чітко визначити зв'язок понять санкції та цивільно-правової відповідальності. В одній зі своїх робіт він поділив санкції на шість груп, однак лише в одній з груп містяться заходи цієї відповідальності, інші ж досягаються відновленням порушеного боржником колишнього становища [13].

На думку С. В. Курильова, правопорушення завжди тягне за собою відповідальність, але не завжди вказує на необхідність застосування заходів державного примусу. Обов'язок з відшкодування шкоди може бути виконаний добровільно без застосування державного примусу, але зазначений обов'язок є цивільно-правовою відповідальністю. Отже, поняття відповідальності ширше поняття державного примусу. З одного боку, автор не вказує на примус як на характерну ознаку відповідальності, що відображає її сутність, а з іншого – визначає, що примус присутній завжди, але в деяких випадках він активно створює тиск на правопорушника, спонукаючи його добровільно виконувати зобов'язання.

Проаналізувавши зазначені вище точки зору дослідників з приводу зазначеної відповідальності, можна дійти певного висновку, що в основі цивільно-правової відповідальності закладено не покарання правопорушника, а відновлення порушених цивільних прав потерпілої особи.

У розвиток викладеного, вважаємо, що цікавим та корисним напрямом подальших наукових досліджень є виявлення існуючих на сьогодні в Україні проблем у сфері цивільно-правової відповідальності та визначення шляхів їх подолання, що, в свою чергу, вимагає узагальнення правозастосовчої практики у цій сфері та вивчення досвіду європейських країн.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Канзафарова І. С.* Теорія цивільно-правової відповідальності: Монографія / І. С. Канзафарова. – Одеса: Астропринт, 2006. – 264 с.
2. *Ореховский А. И.* Ответственность и ее социальная природа: методологический аспект. – Томск, 1978. – 210 с.
3. *Сучасна правова енциклопедія* / О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, Н. М. Оніщенко / За заг. ред. О. В. Зайчука: Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 384 с.
4. *Савицька А. М.* Суть цивільно-правової відповідальності // *Юридична відповідальність*. – Л.: Вища школа, 1975. – С. 5–6.
5. *Матвеев Г. К.* Основания гражданско-правовой ответственности. – М.: Юрид. лит., 1970. – 311 с.
6. *Міхно О.* Деякі загальні положення про цивільно-правову відповідальність // *Підприємництво, господарство і право*. – 2009. – № 7. – С. 71–74.

7. *Цивільне право України: підручник У 2-х т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького.* – К., 2004. – Т. 1. – С. 271.

8. *Фатхуллін Ф. Н.* Проблемы теории государства и права. Курс лекций. – Казань, 1987. – С. 206.

9. *Попондопуло В. Ф.* Санкция и ответственность в гражданском праве // Вестник ЛУ. – 1981. – № 5. – С. 82–86.

10. *Рожнова В.* Співвідношення примусу, відповідальності та санкцій у сфері кримінального судочинства

ва // Право України. – 2000. – № 11. – С. 108.

11. *Алексеев С. С.* О составе гражданского правонарушения / Правоведение. – 1958. – № 1. – С. 47–53.

12. *Иоффе О. С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. – 309 с.

13. *Красавчиков О. А.* Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // В сб. Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. – Свердловск, 1973. – С. 5–16.

We consider the question on the definition and characteristics of the principles of civil liability. General and special principles of civil liability, identified specific characteristics of the Institute's civil liability. Special attention is paid to the relationship between the concepts of civil liability to sanctions.

В статье рассматриваются вопросы определения и характеристики принципов гражданско-правовой ответственности. Установлены общие и специальные принципы гражданско-правовой ответственности, определены специфические признаки института гражданско-правовой ответственности. Отдельное внимание в статье уделено соотношению гражданско-правовой ответственности с санкцией.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВІДЧУЖЕННЯ ФІЗИЧНОЮ ОСОБОЮ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ ДЛЯ ВЕДЕННЯ СЕЛЯНСЬКОГО (ФЕРМЕРСЬКОГО) ГОСПОДАРСТВА

Лапечук П. І.,

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

Попович Т. Г.,

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

Статтю присвячено окремим питанням, що виникають при реалізації права власності на земельну ділянку, що призначена для ведення селянського (фермерського) господарства, в умовах мораторію на відчуження земель. Окремо приділено увагу питанню права довічного успадкованого володіння земельною ділянкою, оскільки часто засновники селянського (фермерського) господарства вносили до статутного фонду своїх підприємств земельні ділянки саме такої форми власності.

Ключові слова: цивільні засади земельних відносин, договір відчуження земельної ділянки, посвідчення договору, земельна ділянка, призначена для ведення селянського (фермерського) господарства, право довічного успадкованого володіння земельною ділянкою, державний акт на земельну ділянку.

В Україні повсякчас виникають ситуації, коли в земельних правовідносинах право довічного успадкованого володіння земельною ділянкою, що призначена для ведення селянського (фермерського) господарства, яке виникло на початку 90-х рр. ХХ ст., неправильно розуміється при подальшій реалізації такого права в сучасних умовах. Проаналізуємо такі правовідносини на уявному узагальненому прикладі, який може виникнути в кожній місцевості України [1 – 5].

Десятого березня 1994 р. між Енською сільською радою народних депутатів та фізичною особою було укладено договір про придбання у приватну власність земельної ділянки загальною площею 50 га, у тому числі 36,5 га ріллі та 13,5 га пасовища, яка знаходиться у с. Енськ і в 1992 р. була виділена в довічне усадковане володіння для ведення фермерського господарства фізичній особі згідно з Рішенням виконкому районної Ради народних депутатів від 1992 р. Вартість вказаної земельної ділянки становила 76000000 крб., що було встановлено актом визначення нормативної ціни зе-

мельної ділянки. Одинадцятого березня 1994 р. договір у встановленому законом порядку був посвідчений державним нотаріусом Районної державної нотаріальної контори та зареєстрований у реєстрі. За цей час фізична особа здійснила встановлення меж в натурі земельної ділянки загальною площею 50 га, у тому числі 36,5 га ріллі та 13,5 га пасовища. Після цього фізична особа вирішила розділити весь масив землі на окремі земельні ділянки, що й зробила у встановленому законом порядку.

У 2011 р. було створено земельну ділянку розміром 0,8605 га, що встановлено державним актом на право власності на земельну ділянку для ведення селянського (фермерського) господарства. Фізична особа виявила бажання відчужити земельну ділянку, що призначена для ведення селянського (фермерського) господарства, та звернулася до державного нотаріуса районної державної нотаріальної контори. Державний нотаріус відмовив у вчиненні нотаріальних дій фізичній особі, про що було складено відповідну постанову, обґрунтову-

ючи своє вішення, що відчужувані земельні ділянки підпадають під дію мораторію згідно з пп. «а» та «б» п. 15 Перехідних положень Земельного кодексу України.

Таким чином, у ході відчуження фізичною особою частини земельної ділянки, що призначена для ведення селянського (фермерського) господарства, виникли два закономірні питання:

Чи можна відчужувати земельні ділянки, що призначені для ведення селянського (фермерського) господарства, в умовах дії мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення?

Чи можна посвідчувати договір відчуження земельних ділянок, що призначені для ведення селянського (фермерського) господарства, в умовах дії мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення?

Щодо першого питання можна висловити такі міркування.

Правовідносини виникли в 1992 р., коли земельна ділянка загальною площею 50 га була виділена в довічне успадковане володіння для ведення фермерського господарства фізичній особі. Саме тому ми спочатку проаналізуємо стан законодавства на початку 90-х рр. ХХ ст., коли основу земельного права становив інститут права виключної власності держави на землю. Він передбачав належність усіх земель у межах території України одному суб'єктові – державі. Інші суб'єкти земельних відносин – громадяни та юридичні особи – могли володіти землею лише на праві землекористування, яке вважалося похідним і, відповідно, залежним від права виключної власності держави на землю. З початку ж 90-х років в Україні розпочалася та досі триває земельна реформа. Нормативно-правовими актами, що започаткували проведення цієї реформи, були Постанова Верховної Ради УРСР «Про земельну реформу» від 18.12.1990 р. [6], Постанова Верховної Ради України «Про прискорення земельної реформи та приватизацію землі» від 13.03.1992 р. [7], Земельний кодекс України в редакції 13.03.1992 р., Указ Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва» від 10.11.1994 р. [8].

Одним із рушіїв земельної реформи став Земельний кодекс України від 18.12.1990 р. в редакції від 13 березня 1992 р. [9], що скасував монополію державної власності на землю. Поряд з державною були введені приватна та колективна власність на землю (ст. 2, 4 Закону України «Про власність» від 07.02.1991 р. [10]). Завданням земельного законодавства стає регулювання земельних відносин з метою створення умов для раціонального використання й охорони земель, рівноправного розвитку всіх форм власності на землю і господарювання, збереження та відтворення родючості ґрунтів, поліпшення природного середовища, охорони прав громадян, підприємств, установ і організацій на землю.

Розпорядниками землі стали ради народних депутатів, які в межах своєї компетенції набули права передавати землі у власність або надавати у користування та вилучати їх (ч. 2 ст. 3, ст. 9 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р.). Такими були землі в межах обласних, районних, міських, селищних, сільських рад народних депутатів територій, за винятком земель, що перебували в загальнодержавній власності. Саме тоді одним із

повноважень рад народних депутатів стало надання земель у тимчасове чи постійне користування (ст. 7 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р.). Постійним визнавалося землекористування без заздалегідь установленого строку, а тимчасове могло бути короткостроковим – до трьох років і довгостроковим – від трьох до двадцяти п'яти років. У постійне користування земля надавалася громадянам України для ведення селянського (фермерського) господарства, особистого підсобного господарства тощо.

Громадяни ж, які виявляли бажання вести селянське (фермерське) господарство, для одержання земельної ділянки у власність або користування мали подавати до сільської, селищної, міської, районної Ради народних депутатів за місцем розташування земельної ділянки заяву, яку підписував голова створюваного селянського (фермерського) господарства. У заяві мали зазначатися: бажані розмір і місце розташування ділянки, кількість членів селянського (фермерського) господарства, повідомлялося про їх досвід роботи в сільському господарстві і наявність кваліфікації або спеціальної підготовки. Можливі були також інші обґрунтування щодо виділення земельної ділянки.

Процедура надання земельних ділянок у користування була визначена у ст. 19 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р., де зокрема зазначалося, що сільські, селищні ради народних депутатів надають земельні ділянки у користування для всіх потреб із земель сіл, селищ, а також за їх межами для будівництва шкіл, лікарень, підприємств торгівлі та інших об'єктів, пов'язаних з обслуговуванням населення (сфера послуг), сільськогосподарського використання, ведення селянського (фермерського) господарства, особистого підсобного господарства, індивідуального житлового, дачного і гаражного будівництва, індивідуального і колективного садівництва, городництва, сінокошіння і випасання худоби, традиційних народних промислів. Припинення права користування землею проводилося відповідною Радою народних депутатів за підстав, визначених ст. 27, 31, 32, 114 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р.

Разом із користуванням землею Земельний кодекс України від 18.12.1990 р. (у редакції 1992 р.) почав регулювати право приватної власності громадян на землю. Зокрема, громадяни України отримали право на одержання у власність земельних ділянок для ведення селянського (фермерського) господарства, ведення особистого підсобного господарства, будівництва та обслуговування жилого будинку і господарських будівель (присадибна ділянка), садівництва, дачного і гаражного будівництва (ст. 6). Підставами набуття права власності на земельні ділянки стали одержання їх у спадщину, одержання частки землі у спільному майні подружжя, купівля-продаж, дарування та обмін. Земельні ділянки у власність громадян передавалися місцевими радами народних депутатів відповідно до їх компетенції за плату або безплатно (ст. 6 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р.). Безплатно земельні ділянки могли передаватися у власність громадян для:

– ведення селянського (фермерського) господарства в межах середньої земельної частки, що обчислюється у порядку, передбаченому цією статтею;

- ведення особистого підсобного господарства;
- будівництва та обслуговування будинку і господарських будівель (присадибна ділянка), в тому числі земельні ділянки, що були раніше надані у встановленому порядку громадянам для цієї мети, у межах граничного розміру, визначеного ст. 67 цього Кодексу;
- садівництва;
- дачного і гаражного будівництва.

За плату передавалися у власність громадян для ведення селянського (фермерського) господарства земельні ділянки, розмір яких перевищував середню земельну частку. При обчисленні розміру середньої земельної частки Радою народних депутатів враховувалися сільськогосподарські угіддя (у тому числі рілля), якими на той час користувалися громадяни в межах території даної Ради.

Ст. 52 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р. були встановлені розміри земельних ділянок селянських (фермерських) господарств. Зокрема, для ведення селянського (фермерського) господарства можуть передаватися у приватну власність або надаватися у користування земельні ділянки, розмір яких не повинен перевищувати 50 гектарів сільськогосподарських угідь і 100 гектарів усіх земель. Конкретні розміри земельних ділянок громадян, які вели селянське (фермерське) господарство, у межах норм, установлених частиною першою цієї статті, визначали ради народних депутатів диференційовано, з урахуванням регіональних особливостей, спеціалізації та можливостей обробітку наданих земель переважно членами селянського (фермерського) господарства.

При наданні земель у власність чи користування громадяни України отримували права та обов'язки (повноваження), забезпечували раціональне та цільове використання земельних ділянок, їх охорону та покращання (поліпшення). Власники земельних ділянок і землекористувачів мали право:

- 1) самостійно господарювати на землі;
- 2) укладати договір застави з установами, які надають кредит;
- 3) власності на вироблену сільськогосподарську продукцію і доходи від її реалізації;
- 4) використовувати у встановленому порядку для потреб господарства наявні на земельній ділянці загальнопоширені корисні копалини, торф, лісові угіддя, водні об'єкти, а також експлуатувати інші корисні властивості землі;
- 5) зводити житлові, виробничі, культурно-побутові та інші будівлі і споруди за погодженням із сільською, селищною, міською Радою народних депутатів. Зведення на орендованій земельній ділянці приміщень виробничого і невиробничого призначення, у тому числі житла, орендарі погоджують з сільською, селищною, міською, районною Радою народних депутатів, іншим орендодавцем;
- 6) власності на посіви і посадки сільськогосподарських культур і насаджень;
- 7) одержати від нового власника землі, землекористувача або місцевої Ради народних депутатів компенсацію за підвищення родючості ґрунтів у разі вилучення або добровільної відмови від земельної ділянки (ст. 39 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р.).

Для урівноваження повноважень до прав додавалися такі обов'язки власників земельних ділянок і землекористувачів:

- 1) забезпечувати використання землі відповідно до цільового призначення та умов її надання;
- 2) ефективно використовувати землю відповідно до проекту внутрігосподарського землеустрою, підвищувати її родючість, застосовувати природоохоронні технології виробництва, не допускати погіршення екологічної обстановки на території в результаті своєї господарської діяльності;
- 3) здійснювати комплекс заходів щодо охорони земель, передбачених ст. 84 цього Кодексу;
- 4) своєчасно вносити земельний податок або орендну плату за землю;
- 5) не порушувати права власників інших земельних ділянок і землекористувачів, у тому числі орендарів;
- 6) зберігати геодезичні знаки, протиерозійні споруди, мережі зрошувальних і осушувальних систем;
- 7) дотримуватися режиму санітарних зон і територій, що особливо охороняються;
- 8) додержуватися правил добросусідства, а саме:
 - дозволяти власникам і користувачам земельних ділянок прохід до доріг загального користування, а також для спорудження або ремонту межових знаків та споруд;
 - не чинити перешкод у проведенні до суміжної земельної ділянки необхідних комунікацій;
 - вживати заходів щодо недопущення можливості стоку дощових і стічних вод, проникнення отрутохімікатів та мінеральних добрив на суміжну земельну ділянку (ст. 40 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р.).

Придбання громадянами у місцевих рад народних депутатів земельних ділянок у власність для ведення селянського (фермерського) господарств понад площу, що передавалися безплатно, провадилося за плату в порядку, передбаченому ст. 17 цього Кодексу. Рішення відповідної Ради народних депутатів з цього питання були підставою для укладання договору купівлі-продажу земельної ділянки з посвідченням у нотаріальному порядку. Договір купівлі-продажу земельної ділянки і документ про оплату вартості землі ставали підставою для відведення земельної ділянки в натурі (на місцевості) та видачі державного акта на право власності (ст. 18 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р., Закону України «Про селянське (фермерське) господарство» від 20.12.1991 р. [11], ст. 42, 44, 47 Цивільного кодексу Української РСР від 18.07.1963 р. [12], ст. 13, 17–22 Закону Української РСР «Про державний нотаріат» від 25.12.1974 р. [13]). Розрахунки, пов'язані з придбанням земельних ділянок, провадилися через відповідні банки.

Разом із розширенням видів власності та прав їх власників почали діяти і обмеження. Так, не могли передаватися у колективну та приватну власність:

- землі з агального користування населених пунктів (майдани, вулиці, проїзди, шляхи, пасовища, сінокоси, набережні, парки, міські ліси, сквери, бульвари, кладовища, місця знешкодження та утилізації відходів), а також землі, надані для розміщення будинків органів державної влади та державної виконавчої влади;
- землі гірничодобувної промисловості, єдиної енер-

гетичної та космічної систем, транспорту, зв'язку, оборони;

– землі природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення;

– землі лісового фонду, за винятком невеликих (до 5 гектарів) ділянок лісів, що входять до складу угідь сільськогосподарських підприємств, селянських (фермерських) господарств;

– землі водного фонду, за винятком невеликих (до 3 гектарів) ділянок водойм і боліт, що входять до складу угідь сільськогосподарських підприємств, селянських (фермерських) господарств;

– землі сільськогосподарських науково-дослідних установ і навчальних закладів та їх дослідних господарств, учбових господарств навчальних закладів, державних сортовипробувальних станцій і сортоділяниць, елітно-насінницьких і насінницьких господарств, племінних заводів, племінних радгоспів і конезаводів, господарств по вирощуванню хмелю, ефіроолійних, лікарських рослин, фруктів і винограду (ч. 3 ст. 4 Земельного кодексу України від 18.12.1990 р.).

Окремим Законом України «Про селянське (фермерське) господарство» від 20.12.1991 р. регулювалися нові правовідносини, що стосувалися економічних, соціальних і правових основ створення та діяльності селянських (фермерських) господарств в Україні. Цим Законом було гарантовано право громадян України на добровільне створення цих господарств, самостійність їх господарювання, рівність з іншими формами господарювання в агропромисловому комплексі, а працюючих у селянських (фермерських) господарствах – із зайнятими в інших сферах народного господарства. Основним напрямом реформування сільського господарства було створення умов для розвитку селянських (фермерських) господарств, виробництва в них товарної сільськогосподарської продукції, забезпечення раціонального використання і збереження переданих і наданих їм земель, соціального та правового захисту цих господарств. До такої діяльності не відносилася сільськогосподарська діяльність громадян, які ведуть особисте підсобне господарство, займаються індивідуальним і колективним садівництвом та городництвом (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про селянське (фермерське) господарство» від 20.12.1991 р.).

У власності осіб, які ведуть селянське (фермерське) господарство, могли бути земля, жилі будинки, квартири, предмети особистого користування, предмети домашнього господарства, продуктивна й робоча худоба, птиця, бджолосім'я, посіви та посадки сільськогосподарських культур і насадження на земельній ділянці, засоби виробництва, вироблена продукція і доходи від її реалізації, транспортні засоби, кошти, акції, інші цінні папери, а також інше майно споживчого і виробничого призначення для ведення селянського (фермерського) господарства і заняття підсобними промислами. Майно цих осіб належало їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не було передбачено угодою між ними. Майно селянського (фермерського) господарства перебувало під захистом держави нарівні з іншими формами власності. Прохід по землях селянського (фермерського) господарства, проїзд на тракторах,

автомобільному і гужовому транспорті, пересування на човнах, купання і рибальство у водоймах господарства, розміщення на цих землях палаток і проживання в них, розведення багаття та інші подібні дії дозволялися лише за згодою власника господарства і за умови збереження природних компонентів в екологічно чистому вигляді (ст. 16 Закону України «Про селянське (фермерське) господарство» від 20.12.1991 р.).

Таким чином, отримання у 1992 р. фізичною особою у приватну власність земельної ділянки загальною площею 50 га було законним. Також проаналізуємо стан законодавства про землю на час отримання фізичною особою державних актів у 2009 р. на окремі частини загальної земельної ділянки.

До 2009 р. в Україні були прийняті Основний Закон (Конституція) України [14], нові Земельний та Цивільний кодекси України [15, 16], що зумовило прийняття низки нових основоутворюючих законів та підзаконних актів, які визначають правила цивільного обороту земель та переважно діючих до цього часу. На кінець 2009 р. у Земельному кодексі України (станом на 15.12.2009 р.) щодо продажу земель селянських (фермерських) господарств містилися такі пункти перехідних положень:

«13. На період до 1 січня 2015 року громадяни і юридичні особи можуть набувати право власності на землі сільськогосподарського призначення загальною площею до 100 гектарів. Ця площа може бути збільшена у разі успадкування земельних ділянок за законом.

15. До набрання чинності законами України про державний земельний кадастр та про ринок земель не допускається:

а) купівля-продаж земельних ділянок сільськогосподарського призначення державної та комунальної власності, крім вилучення (викупу) їх для суспільних потреб;

б) купівля-продаж або іншим способом відчуження земельних ділянок і зміна цільового призначення (використання) земельних ділянок, які перебувають у власності громадян та юридичних осіб для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, земельних ділянок, виділених в натурі (на місцевості) власникам земельних часток (паїв) для ведення особистого селянського господарства, а також земельних часток (паїв), крім передачі їх у спадщину, обміну земельної ділянки на іншу земельну ділянку відповідно до закону та вилучення (викупу) земельних ділянок для суспільних потреб.

Купівля-продаж або іншим способом відчуження земельних ділянок та земельних часток (паїв), визначених пп. «а» та «б» цього пункту, запроваджується за умови набрання чинності законами України про державний земельний кадастр та про ринок земель, визначивши особливості обігу земель державної та комунальної власності і земель товарного сільськогосподарського виробництва.

Угоди (у тому числі довіреності), укладені під час дії заборони на купівлю-продаж або іншим способом відчуження земельних ділянок та земельних часток (паїв), визначених пп. «а» та «б» цього пункту, в частині їх купівлі-продажу та іншим способом відчуження, а так само в частині передачі прав на відчуження цих земельних ділянок та земельних часток (паїв) на май-

бутнє є недійсними з моменту їх укладення (посвідчення)».

Станом на кінець 2012 р. у Земельному кодексі України абз. 2 п. 15 Перехідних положень викладений дещо по-іншому: «Купівля-продаж або іншим способом відчуження земельних ділянок та земельних часток (паїв), визначених підпунктами «а» та «б» цього пункту, запроваджується за умови набрання чинності законом про ринок земель, але не раніше 1 січня 2013 року, в порядку, визначеному цим Законом».

Тобто, до цього часу діє мораторій на відчуження земельних ділянок, які перебувають у власності громадян та юридичних осіб для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, тобто сільськогосподарського призначення.

У Земельному кодексі України (станом на 15 грудня 2009 р.) землями сільськогосподарського призначення визнаються землі, надані для виробництва сільськогосподарської продукції, здійснення сільськогосподарської науково-дослідної та навчальної діяльності, розміщення відповідної виробничої інфраструктури або призначені для цих цілей (ст. 22). До земель сільськогосподарського призначення належать:

а) сільськогосподарські угіддя (рілля, багаторічні насадження, сіножаті, пасовища та перелogi);

б) несільськогосподарські угіддя (господарські шляхи і прогони, полезахисні лісові смуги та інші захисні насадження, крім тих, що віднесені до земель лісгосподарського призначення, землі під господарськими будівлями і дворами, землі тимчасової консервації тощо).

У ст. 1 Закону України «Про фермерське господарство» від 19.06.2003 р. [17] визначається поняття такого господарства, яке є формою підприємницької діяльності громадян із створенням юридичної особи, які виявили бажання виробляти товарну сільськогосподарську продукцію, займатися її переробкою та реалізацією з метою отримання прибутку на земельних ділянках, наданих їм для ведення фермерського господарства відповідно до Закону. Ст. 12 вказаного Закону передбачено, що землі фермерського господарства можуть складатися із: а) земельної ділянки, що належить на праві власності фермерському господарству як юридичній особі; б) земельних ділянок, що належать громадянам – членам фермерського господарства на праві приватної власності; в) земельної ділянки, що використовується фермерським господарством на умовах оренди.

Закон України «Про особисте селянське господарство» від 15.05.2003 р. [18] у ст. 1 визначає поняття такого господарства – це господарська діяльність, яка проводиться без створення юридичної особи фізичною особою індивідуально або особами, які перебувають у сімейних чи родинних відносинах і спільно проживають, з метою задоволення особистих потреб шляхом виробництва, переробки і споживання сільськогосподарської продукції, реалізації її надлишків та надання послуг з використанням майна особистого селянського господарства, у тому числі й у сфері сільського зеленого туризму. А вже ст. 5 цього Закону не дуже чітко визначається склад земельних ділянок особистого селянського господарства. Зокрема, для ведення осо-

бистого селянського господарства використовують земельні ділянки розміром не більше 2,0 гектара, передані фізичним особам у власність або оренду в порядку, встановленому законом. Розмір земельної ділянки особистого селянського господарства може бути збільшений у разі отримання в натурі (на місцевості) земельної частки (паю) та її спадкування членами особистого селянського господарства відповідно до закону. Земельні ділянки особистого селянського господарства можуть бути власністю однієї особи, спільною сумісною власністю подружжя та спільною частковою власністю членів особистого селянського господарства відповідно до закону. Членам особистого селянського господарства земельні частки (паї) можуть виділятися в натурі (на місцевості) єдиним масивом у спільну часткову власність та спільну сумісну власність (подружжя) відповідно до закону. У разі виходу з особистого селянського господарства, кожен його член має право на виділення належної йому земельної ділянки в натурі (на місцевості). Громадяни України, які реалізували своє право на безоплатну приватизацію земельної ділянки для ведення особистого підсобного господарства в розмірі менше 2,0 гектара, мають право на збільшення земельної ділянки в межах норм, установлених ст. 121 Земельного кодексу України для ведення особистого селянського господарства.

Саме тому основним рушієм сільськогосподарських відносин стає цільове призначення земельної ділянки.

Для того, щоб вказати в державному акті цільове призначення земельної ділянки у 2009 р., керувалися Листом Держкомзему України «Про затвердження Українського класифікатора цільового використання землі (УКЦВЗ)» № 14-0-7/1205 від 24.04.1998 р. [19], за яким землі сільськогосподарського призначення поділялися на: 1. Землі для ведення товарного сільськогосподарського виробництва. 2. Землі для ведення особистого підсобного господарства, садівництва, городництва, сінокошення і випасання худоби. 3. Землі для дослідних і навчальних цілей, пропаганди передового досвіду, для ведення сільського господарства. 4. Землі для ведення підсобного сільського господарства. 5. Землі для ведення селянського (фермерського) господарства. 6. Землі для традиційних народних промислів і підприємницької діяльності. 7. Землі для іншого сільськогосподарського призначення.

Таким чином, у державних актах на землю 2009 р. та 2011 р. було вказано, що земельні ділянки призначені для ведення селянського (фермерського) господарства.

Нині діє Наказ Держкомзему «Про затвердження Класифікації видів цільового призначення земель» № 548 від 23.07.2010 р. [20], де з метою забезпечення обліку земель за видами їх цільового призначення у державному земельному кадастрі визначається поділ земель на окремі види, що характеризуються власним правовим режимом, екосистемними функціями, видом господарської діяльності, типами забудови, типами особливо цінних об'єктів.

За вказаним класифікатором землі сільськогосподарського призначення (землі, надані для виробництва сільськогосподарської продукції, здійснення сільськогосподарської науково-дослідної та навчальної діяль-

ності, розміщення відповідної виробничої інфраструктури, у тому числі інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції, або призначені для цих цілей; землі, надані для діяльності у сфері надання послуг у сільському господарстві, та інше) поділяються на такі: 1) для ведення товарного сільськогосподарського виробництва; 2) для ведення фермерського господарства; 3) для ведення особистого селянського господарства; 4) для ведення підсобного сільського господарства; 5) для індивідуального садівництва; 6) для колективного садівництва; 7) для городництва; 8) для сінокосіння і випасання худоби; 9) для дослідних і навчальних цілей; 10) для пропаганди передового досвіду ведення сільського господарства; 11) для надання послуг у сільському господарстві; 12) для розміщення інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції; 13) для іншого сільськогосподарського призначення; 14) для цілей підрозділів 1 – 13 та для збереження і використання земель природно-заповідного фонду.

З вищевикладеного бачимо, що на момент видачі державних актів на землю фізичній особі діяла класифікація, яка об'єднувала землі фермерських та особистих селянських господарств в одну категорію – землі селянських (фермерських) господарств. Оскільки на сьогодні діє зовсім інша класифікація, яка по суті дозволяє на розсуд власника визначити цільове спрямування землі чи для фермерського, чи для особистого селянського господарства, то власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд та у межах закону (ст. 14, 21, 22, 41 Конституції України, ст. 78, 90 Земельного кодексу України, ст. 202–204, 316, 319, 321, 325, 373 Цивільного кодексу України).

Крім того, у ч. 4 ст. 38 «Прикінцеві положення» Закону України «Про фермерське господарство» від 19.06.2003 р. (у редакції від 17.07.2011 р.) зазначено, що до приведення законів України, інших нормативно-правових актів з питань діяльності фермерських господарств у відповідність до цього Закону вони застосовуються у частині, що не суперечить цьому Закону. Отже, фермерське господарство та його члени відповідно до Закону мають право продавати або іншим способом відчужувати земельну ділянку, передавати її в оренду, заставу, спадщину (ст. 14).

Щодо іншої проблеми, визначеної на початку статті, то в юридичній літературі неодноразово зазначається про багатозначність терміна «договір», яким охоплюються такі правові явища як юридичний факт (дво- чи багатосторонній правочин), що є підставою виникнення цивільних прав і обов'язків; як саме договірне зобов'язання (правовідношення), породжуване укладеним договором, а також як документ, в якому закріплюється (фіксується) факт встановлення між контрагентами зобов'язального правовідношення.

Відповідно до ч. 1 ст. 626 ЦК України договір визначається як домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Аналізуючи наведене визначення договору, слід зауважити, що договір не обмежується тільки тим, що він впливає на динаміку цивільних правовідносин (породжує, змінює або припиняє їх), а й відповідно до вимог законодавства,

звичаїв ділового обороту, вимог розумності й справедливості визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірного зобов'язання. У цьому розумінні договір виступає засобом регулювання поведінки сторін у цивільних правовідносинах.

Цивільно-правові договори є різними, і тому класифікуються як правочини і як зобов'язання та їх різновид – договори. Про особливості юридичної природи договорів можна говорити з огляду на саме явище та на властивість: реальні й консенсуальні, оплатні (відплатні) та безоплатні, каузальні і абстрактні, а також фідуціарні та інші договори. Проте властивості договору також беруться до уваги при встановленні його правової природи. Як встановлено ст. 627 Цивільного кодексу України, сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

З огляду на це, проаналізуємо можливість посвідчувати договір відчуження фізичною особою земельних ділянок, що призначені для ведення селянського (фермерського) господарства, в умовах дії мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення.

Як і в переважній більшості інших цивільно-правових договорів, істотною умовою є його предмет. Предметом договору підряду є земельна ділянка, призначена для ведення фермерського господарства або особистого селянського господарства.

Такий договір підлягає державній реєстрації. Державна реєстрація прав на нерухомість і правочинів щодо нерухомості є публічною, здійснюється відповідним органом, який зобов'язаний надавати інформацію про реєстрацію та зареєстровані права в порядку, встановленому законом. Відмова в державній реєстрації права на нерухомість або правочинів щодо нерухомості, ухилення від реєстрації, відмова від надання інформації про реєстрацію можуть бути оскаржені до суду. Порядок проведення державної реєстрації прав на нерухомість та підстави відмови щодо неї встановлюються законом.

Відповідно до ст. 34 Закону України «Про нотаріат» 02.09.1993 р. (у редакції від 13.06.2012 р.) [21] нотаріуси вчиняють такі нотаріальні дії як посвідчення правочинів (договорів, заповітів, довіреностей тощо). Тобто, договір відчуження земельної ділянки, призначеної для ведення фермерського господарства або особистого селянського господарства, має посвідчуватися нотаріусом відповідно до Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [22].

Для цього потрібно виконати цілий ряд дій, у тому числі встановити наявність права власності на землю у відчужувача. За вказаним вище Порядком право власності на земельну ділянку посвідчується державним актом, а на земельну ділянку, набуту у власність із земель приватної власності без змін її меж, цільового призначення, посвідчується цивільно-правовою угодою щодо відчуження земельної ділянки, укладеною в порядку, встановленому законом, у разі набуття права власності на земельну ділянку за такою угодою; свідоцтвом про право на спадщину.

Як доведено вище, в умовах дії мораторію фізична особа має право на земельні ділянки та відповідно до

закону має право продавати або іншим способом відчувати земельну ділянку, передавати її в оренду, заставу, спадщину.

Із зазначеного вище випливає таке:

1. Договір про придбання у приватну власність фізичною особою земельної ділянки загальною площею 50 га, був укладений законно та нині має визнаватися чинним.

2. Державні акти на землю 2009 р. та 2011 р. видані на основі діючого законодавства.

3. В умовах дії мораторію фізична особа відповідно до закону має право продавати або іншим способом відчувати земельну ділянку, передавати її в оренду, заставу, спадщину.

4. При відчуженні земельних ділянок власник має право у межах діючого законодавства визначити цільове призначення земельної ділянки, призначеної для ведення селянського (фермерського) господарства, відповідно до діючої класифікації або для фермерського господарства, або для особистого селянського господарства.

5. Посвідчувати договір відчуження фізичною особою земельних ділянок, що призначені для ведення селянського (фермерського) господарства, в умовах дії мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення є можливим, оскільки законне право фізичною особою відчувати земельну ділянку було встановлено.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Рішення* Великолепетиського районного суду Херсонської області у справі № 2-5/11 від 18.03.2011 року про визнання державного акта на право власності на земельну ділянку недійсним, вилучення та передачу земельної ділянки до державної власності [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14794922>.

2. *Рішення* Магдалинівського районного суду Дніпропетровської області у справі № 2-659/10 від 16.09.2010 року про визнання права власності на спадкове майно по праву спадкування за законом [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11354796>.

3. *Рішення* Долинського районного суду Кіровоградської області у справі № 2-321/2010 від 18.05.2010 року про визнання державного акта дійсним [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9765201>.

4. *Рішення* Веселівського районного суду Запорізької області у справі № 2-12/10 від 16.04.2010 року про скасування розпорядження голови Веселівської районної державної адміністрації № 72 від 18.03.2009 року [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9705817>.

5. *Рішення* Татарбунарського районного суду Одеської області у справі № 2-218/2009 від 10.02.2009 року про визнання спадкового, довічного права користування та володіння земельною ділянкою [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/4978806>.

reyestr.court.gov.ua/Review/ 4978806.

6. *Постанова* Верховної Ради УРСР «Про земельну реформу» від 18.12.1990 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 10. – Ст. 100. – С. 274.

7. *Постанова* Верховної Ради України «Про прискорення земельної реформи та приватизацію землі» від 13.03.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 25. – Ст. 355.

8. *Указ* Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва» від 10.11.1994 р. [Електронний ресурс] // Законодавство України. – <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/666/94>.

9. *Земельний кодекс* України від 18.12.1990 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 10. – Ст. 98. – С. 238.

10. *Закон* України «Про власність» від 07.02.1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 20. – Ст. 249.

11. *Закон* України «Про селянське (фермерське) господарство» від 20.12.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 14. – Ст. 186.

12. *Цивільний кодекс* Української РСР від 18.07.1963 р. [Електронний ресурс] // Законодавство України. – <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1540-06>.

13. *Закон* Української РСР «Про державний нотаріат» від 25.12.1974 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1975. – № 1. – Ст. 4.

14. *Конституція* України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

15. *Земельний кодекс* України від 25.10.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27.

16. *Цивільний кодекс* України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

17. *Закон* України «Про фермерське господарство» від 19.06.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 45. – Ст. 363.

18. *Закон* України «Про особисте селянське господарство» від 15.05.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 29. – Ст. 232.

19. *Лист* Держкомзему України «Про затвердження Українського класифікатора цільового використання землі (УКЦВЗ)» № 14-0-7/1205 від 24.04.1998 р. [Електронний ресурс] // Законодавство України. – <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1011-10>.

20. *Наказ* Держкомзему «Про затвердження Класифікації видів цільового призначення земель» № 548 від 23.07.2010 р. // Офіційний вісник України. – 2010. – № 85. – Ст. 3006. – С. 110.

21. *Закон* України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

22. *Наказ* Мін'юсту України «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» від 22.02.2012 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 17. – Ст. 632. – С. 66.

This article is devoted to individual issues arising in the implementation of the right title to land intended for conducting a country (farmer) economy, in a moratorium on land. Separately paid attention to the rights of life inherited ownership of land, as is often the founders of peasant (farmer's) economy contributed to the authorized capital of their companies land with such ownership.

Статья раскрывает вопросы, возникающие при реализации права собственности на земельный участок, предназначенный для ведения крестьянского (фермерского) хозяйства, в условиях моратория на отчуждение земель.

Особое внимание уделяется вопросу права пожизненного наследуемого владения земельным участком, поскольку многие учредители крестьянского (фермерского) хозяйства вносят в уставный фонд своих предприятий земельные участки именно такой формы собственности.

НАПРЯМКИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО АКЦІОНЕРНІ ТОВАРИСТВА»

Саракун І. Б.,

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

Ковалишин О. Р.,

викладач кафедри судочинства Юридичного інституту ПНУ ім. В. Стефаніка

Статтю присвячено аналізу змісту Закону України «Про акціонерні товариства». Виявлено низку недоліків цього Закону, які на практиці ускладнюють можливість належного здійснення корпоративних прав акціонерів та їх захисту. Задля покращення правового забезпечення у цій сфері відносин автори запропонували низку змін та доповнень до зазначеного нормативного акта.

Ключові слова: здійснення, захист корпоративних прав, акціонерне товариство, акціонер, приватне акціонерне товариство, публічне акціонерне товариство, непрямий позов.

Закон України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. (далі – Закон, ЗУАТ) [1, ст.384] є вкрай важливим спеціальним нормативним актом, що визначає порядок створення, діяльності, припинення, виділу акціонерних товариств, їх правовий статус, права та обов'язки акціонерів і цілу низку інших питань. Внесення подальших змін (останні – станом від 19.06.2012 р.) до Закону свідчить про те, що він все ще потребує свого удосконалення, оскільки практика його застосування викриває недоліки законодавця при викладенні окремих положень статей.

Актуальність теми даного дослідження обумовлена необхідністю внесення змін та доповнень до вказаного Закону з метою подальшого покращення правового забезпечення відносин у сфері здійснення та захисту корпоративних прав акціонерів.

Окремі проблемні питання удосконалення Закону «Про акціонерні товариства» висвітлювалися у працях М. Л. Белкіна, Т. В. Боднар, В. А. Васильєвої, О. М. Вінник, Т. В. Кашаніної, В. М. Кравчука, В. В. Луця, А. В. Смітюха, І. В. Спасибо-Фатєєвої та інших авторів. Однак значна частина положень цього Закону залишається без належної уваги і потребує комплексного підходу до його аналізу.

Зокрема, ч. 4 ст.7 ЗУАТ врегульовано порядок відчуження акцій приватних акціонерних товариств (далі – ПрАТ) і зазначено, що акціонер ПрАТ, який має намір продати свої акції третій особі, зобов'язаний письмово повідомити про це решту акціонерів товариства та саме товариство із зазначенням ціни та інших умов продажу акцій. Повідомлення акціонерів товариства здійснюється через товариство. Після отримання письмового повідомлення від акціонера, який має намір продати свої акції третій особі, товариство зобов'язане протягом двох робочих днів направити копії повідомлення всім іншим акціонерам товариства. Якщо інше не передбачено статутом товариства, повідомлення акціонерів товариства здійснюється за рахунок акціонера, який має намір продати свої акції.

Слід зазначити, що не завжди є сенс у практичному застосуванні цієї норми і вона недоречна для акціонера-міноритарія. Адже надіслання листів із повідомленням про вручення може виявитися витратнішим, ніж ціна самої акції (акцій). Окрім того, вказівка, що товариство може у статуті передбачити положення про те, що за його рахунок буде здійснюватися повідомлення акціонерів, ще не свідчить про реальні можливості такого закріплення для міноритарних акціонерів.

У цій же частині йдеться про таке: «якщо акціонери приватного акціонерного товариства та/або товариство не скористаються переважним правом на придбання всіх акцій, що пропонуються для продажу, протягом строку, встановленого цим законом або статутом, акції можуть бути продані третій особі за ціною та на умовах, що повідомлені акціонерам товариства». Із цього положення не зрозуміло, навіщо акціонеру-відчужувачу чи самому товариству нести витрати спочатку на повідомлення всіх акціонерів, а потім – продавати третій особі акції за ціною та на умовах, що повідомлені товариству та його акціонерам. Відтак виходить, що якщо ніхто із акціонерів цього товариства і саме товариство не придбає акції – відчужувач даремно витратить, а потім ще й не зможе продати свої акції третій особі за встановленою ним ціною, щоб хоч трохи покрити свої витрати. Тому вважаємо за необхідне в абз. 2 ч. 4 ст. 7 Закону виключити слова «за ціною та на умовах, що повідомлені акціонерам товариства».

Крім того, у зв'язку із внесеними змінами до цього Закону від 03.02.2011 р. в частині 9 встановлено доповнення до цієї ж статті щодо того, що переважне право акціонерного товариства на придбання акцій власної емісії, що пропонуються їх власником до відчуження третім особам, не допускається. Така імперативна норма, очевидно, встановлена законодавцем з метою захисту інтересів самого товариства від зловживань акціонерів. Однак зазначимо, що акціонери приватного товариства часто не зацікавлені в участі в товаристві третіх осіб; а більш зручним для них може виявитися викуп

акцій товариством з метою їх подальшого продажу (протягом року) акціонерам цього самого товариства.

Подібне стосується також встановленого у ч. 8 ст. 7 Закону переважного права акціонерів на придбання акцій ПрАТ у зв'язку з їх заставою, де також можна було б встановити таке право й для самого товариства у разі виникнення права звернення стягнення на акції.

При цьому в обох випадках *вкрай важливим є врахування інтересів самого товариства* та встановлених у ст. 67 Закону обмежень на викуп ним акцій (неплатоспроможність товариства внаслідок такого викупу; власний капітал товариства є меншим, ніж сума його статутного капіталу, резервного капіталу та розміру перевищення ліквідаційної вартості привілейованих акцій над їх номінальною вартістю, або стане меншим внаслідок такого викупу тощо); а також порядок реалізації цього права, що міститься у ст. 69 Закону.

Незмінною, на жаль, залишається норма щодо кворуму загальних зборів: «за умови реєстрації для участі у них акціонерів, які разом володіють *не менш як 60 %* голосуючих акцій», що є неприпустимим. Наприклад, у Російській Федерації правомочність загальних зборів визначається більше 50 % голосуючих акцій; у Республіці Казахстан – присутністю 50 % голосуючих акцій; у Чехії – 50 % +1 акція; у Франції – для проведення зборів акціонерів досить присутності акціонерів (або їх представників), що володіють 25 % голосуючих акцій. Аналогічний кворум передбачено й для власників привілейованих акцій, тому його доцільно було б знизити в обох випадках до *більше як 50 %, із відповідною вказівкою про це в абз. 1 ч. 2 ст. 41 та абз. 2 ч. 2 цієї статті*.

Частиною 1 ст. 30 ЗУАТ передбачено: «Товариство виплачує дивіденди виключно грошовими коштами». Поряд із цим не існує й обов'язку товариства виплачувати дивіденди у грошовій формі. Положення цієї статті є дещо категоричними та дискусійними. Адже, незважаючи на те, що грошова форма виплати є найбільш поширеною, світовій практиці відомі також й інші її види, такі як: акції товариства; оплата дивідендів у натуральній формі (майном, товарами, продукцією, послугами тощо). Натомість пропонуємо закріпити більш альтернативне положення такого змісту: *«Дивіденди товариства виплачуються грошовими коштами. За рішенням загальних зборів дивіденди можуть бути виплачені іншим майном у порядку, передбаченому законодавством та статутом товариства»*. Така норма могла б надати можливість товариству, яке довгий час не виплачує дивіденди, розраховатися із власниками акцій майном (продукцією товариства тощо). Особливого значення вона набуває для міноритарних акціонерів, які, втративши надію на отримання дивідендів у грошовій формі, будуть раді отримати хоча б якісь дивіденди.

Не менш дискусійним залишається питання щодо доцільності складення переліку акціонерів, які мають право на участь у загальних зборах, станом на 24 годину *за три робочих дні* до дня проведення таких зборів у порядку, встановленому законодавством про депозитарну систему (ч.1 ст. 34 Закону). На вимогу акціонера товариство зобов'язане надати інформацію про включення до його переліку акціонерів, які мають право на участь у загальних зборах. Завдяки цьому в акціонерів є можливість заздалегідь встановити

наявність свого прізвища у ньому. З іншого боку, згідно з ч. 2 ЗУАТ вносити зміни до переліку акціонерів, які мають право на участь у загальних зборах АТ, після його складення заборонено. Тому при зміні власника акцій може виникнути абсурдна ситуація, коли він не встигає включити себе до переліку акціонерів, хоча час для цього (три робочих дні до загальних зборів) ще залишається. На можливість виникнення у практичній діяльності таких ситуацій вказував О. О. Первомайський. Для уникнення подібних випадків доречним є виключення абз. 1 ч. 2 ст. 34: *«Вносити зміни до переліку акціонерів, які мають право на участь у загальних зборах акціонерного товариства, після його складення заборонено»*. Другий абзац, відповідно, *вважати ч. 2 цієї статті*.

Так само сумніву можна піддати обов'язок для публічних акціонерних товариств пройти процедуру включення акцій до біржового списку хоча б однієї фондової біржі (ст. 24). Адже, наприклад, для публічних акціонерних товариств з невеликою кількістю осіб це взагалі є зайвим і достатньо витратним. Не менш цікавим є те, що у статті перед зазначеним міститься положення про те, що акції публічного акціонерного товариства *можуть* продаватися та купуватися на фондовій біржі. Адже застосування ключового слова «можуть» начебто вказує на вибірковий, а не обов'язковий характер цієї норми, тоді як у наступному реченні цієї статті застосовується слово «зобов'язане». Вважаємо, що лістинг повинен здійснюватись не в обов'язковому порядку, а виходячи з умов економічної доцільності та потреб акціонерного товариства. Тому необхідним є виключення абз. 2 ч. 1 ст. 24 Закону: *«Публічне акціонерне товариство зобов'язане пройти процедуру включення акцій до біржового списку хоча б однієї фондової біржі»*.

Не менш складними є проблеми, пов'язані із захистом корпоративних прав акціонерів. Зокрема, про можливість звернення з позовом до посадових осіб органів товариства згадується в статті 42 ЗУАТ. У ній встановлюється імперативна норма про те, що статутом товариства заборонено встановлювати більшу кількість голосів акціонерів, необхідних для прийняття рішення з даного питання. Не визначеним залишилось коло осіб, які представлятимуть товариство в суді в справі проти його посадових осіб, про що неодноразово зазначалось в літературі [2, с. 217; 3, с. 42].

На нашу думку, доцільно було б абз. 2 ч. 3 ст. 42 ЗУАТ викласти в такій редакції: *«про звернення з позовом до посадових осіб органів товариства стосовно відшкодування збитків, завданих товариству та обрання представника, який має право подати позов від імені товариства»*.

Законом України «Про акціонерні товариства» передбачено спеціальний строк позовної давності для оскарження рішення загальних зборів. Відповідно до ч. 1 ст. 50 Закону він становить три місяці з дати його прийняття.

День проведення загальних зборів можна обрати за точку відліку позовної давності лише в тому випадку, якщо акціонер завчасно був повідомлений про час та місце проведення загальних зборів. У такому випадку він зможе реалізувати своє право брати участь у таких зборах особисто чи через представника. Але часто

буває, що акціонерів взагалі не повідомляють про час та місце проведення загальних зборів.

Тому норму ч. 1 ст. 50 більш логічно викласти так: «У разі, якщо рішення загальних зборів або порядок прийняття такого рішення порушують вимоги цього Закону, інших актів законодавства, статуту чи положення про загальні збори акціонерного товариства, акціонер, права та охоронювані законом інтереси якого порушені таким рішенням, може оскаржити це рішення до суду *протягом трьох місяців з моменту, коли він дізнався чи міг дізнатися про порушення його прав*».

Деяко дискусійним виглядає положення щодо можливості оскарження рішень загальних зборів акціонерів, передбачених ст. 68 ЗУАТ (ч. 2 ст. 50 ЗУАТ), де простежується диференційований підхід законодавця до цього питання. Так, акціонерам – власникам простих акцій надається право на їх оскарження після спливу 30-денного строку для їх примусового викупу товариством або отримання письмової відмови в такому викупі (ч. 1 ст. 68, ч. 2 ст. 50). Щодо рішень, які передбачені ч. 2 ст. 68 Закону, то жодного обмежувального строку не встановлено. Фактично в акціонерного товариства з'являється можливість зловживати своїм правом на відповідь акціонеру і тим самим відтягувати момент, з якого акціонер може подати позов про примусовий викуп акцій. Враховуючи те, що акціонер – власник привілейованих акцій має право подати вимогу до акціонерного товариства про примусовий викуп акцій протягом 30 днів, а акціонерне товариство має можливість затягувати процес з викупом таких акцій більше одного місяця з моменту отримання вимоги, то в акціонера (з тримісячного строку) залишається менше одного місяця для оскарження такого рішення загальних зборів. Вважаємо, необхідно уніфікувати підходи до порядку оскарження вищезазначених рішень та *закріпити можливість оскарження рішень акціонерами – власниками привілейованих акцій (ч. 2 ст. 68 Закону) в порядку ч. 2 ст. 50 ЗУАТ*.

Залишається незрозумілим небажання законодавця легалізації конструкції непрямого (похідного) позову в корпоративних правовідносинах, яка підтримується багатьма вченими [4, с. 27–28; 5, с. 8; 6, с. 216; 7, с. 9; 2 с. 293]. Даний вид позову з успіхом зарекомендував себе як в державах англо-саксонської правової системи, так і в державах континентальної правової системи.

На сьогодні в Україні у випадку завдання збитків товариству його посадовими особами з позовом можливість захисту інтересів товариствами акціонером (групою акціонерів) відсутня.

Раніше ч. 2 ст. 72 ЗУАТ передбачалося, що у разі недотримання особою, заінтересованою у вчиненні товариством правочину, вимог, передбачених статтею 71 цього Закону, та вчинення товариством правочину з юридичною особою, всі акції (частки, паї) якої належать цій особі та/або її афілійованим особам, товариство або будь-хто з його акціонерів має право вимагати визнання цього правочину судом недійсним і відшкодування збитків та/або моральної шкоди.

На жаль, незважаючи на суттєву обмеженість дії правової норми (право вимагати відшкодування виникло тільки тоді, коли весь статутний (складений) капі-

тал контрагента є власністю заінтересованої особи; якщо хоча б одна акція, частка, пай не належать заінтересованій особі, то таке право не виникало), вищезгадана норма втратила чинність відповідно до Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» щодо вдосконалення механізму діяльності акціонерних товариств» від 03.02.2011 року № 2994-VI.

Вважаємо, що на сьогодні є нагальна потреба впровадження вищезгаданого процесуального інституту шляхом внесення відповідних доповнень до ст. 63 «Відповідальність посадових осіб органів акціонерного товариства» частиною 4 такого змісту: «*З позовом про відшкодування збитків, заподіяних товариству членом ради директорів (наглядової ради) товариства, одноосібним виконавчим органом товариства, членом колегіального виконавчого органу товариства, має право звернутися до суду товариство або його акціонер (група акціонерів), що володіє (володіють) в сукупності не менше 10 % простих акцій товариства*». Аналогічно потребують доповнення і ст. 70 «Значний правочин» та ст. 72 «Наслідки недотримання вимог до порядку вчинення правочину, щодо якого є заінтересованість». Ценз у формі мінімального пакету акцій необхідний з метою мінімізувати зловживання зі сторони учасників (акціонерів) товариства. Акціонер (учасник) товариства з достатньо значною часткою не подасть безпідставний позов, бо тим самим опосередковано він впливає на ринкову вартість акцій товариства та вартість своїх акцій. Тому він не буде використовувати корпоративні права з метою задоволення інтересів недобросовісної сторони.

Таким чином, чинний Закон України «Про акціонерні товариства» необхідно вдосконалити в частині захисту прав акціонерів; відчуження ними акцій, а також здійснення акціонерами своїх корпоративних прав з метою найоптимальнішого врахування інтересів усіх учасників корпоративних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. №514-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50–51. – Ст. 384.
2. *Корпоративне управління*. Монографія / [І. В. Спасибо-Фатеева, О. Кібенко, В. Борисова] За ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. – Х.: Право, 2007. – 500 с.
3. *Кравчук В. М.* Відповідальність посадових осіб органів управління юридичних осіб / В. М. Кравчук // Юридичний радник. – 2006. – №3. – С. 39–42.
4. *Луць В. В.* Деякі питання здійснення та захисту корпоративних прав в Україні / В. В. Луць // Наше право. – 2008. – №2. – С. 26–28.
5. *Васильєва В. А.* Теоретичні проблеми захисту корпоративних прав / В. А. Васильєва // Матеріали Всеукраїнського науково-практичного семінару «Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин в сучасних умовах». – Івано-Франківськ, 2011. – С. 4–8.
6. *Вінник О. М.* Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення / О. М. Вінник. — К.: Атіка, 2003. — 352 с.
7. *Кашанина Т. В.* Корпоративное право (Право хозяйственных товариществ и обществ). Учебник для вузов / Т. В. Кашанина. – М.: Норма-Инфра-М., 1999. – 815 с.

The article analyzes the content of the Law of Ukraine "On Joint Stock Companies". There are showed a number of shortcomings of this law, which in practice makes it harder to exercise proper corporate shareholders' rights and to protect them. To improve the legal provisions in this field, the authors proposed a number of changes and amendments to this regulation.

Стаття посвячена аналізу содержания Закона України «Об акционерных обществах». Обнаружено ряд недостатков этого Закона, которые на практике затрудняют возможность надлежащего осуществления корпоративных прав акционеров и их защиты. Для улучшения правового обеспечения в этой сфере отношений авторами предложен ряд изменений и дополнений к указанному нормативному акту.

ЮРИДИЧНА ОСОБА ПУБЛІЧНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ

Первомайський О. О.,

кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник

відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню поняття юридичної особи публічного права, у тому числі наявним доктринальним та законодавчим визначенням цього поняття. Аргументовано потребу в удосконаленні чинного законодавства України.

Ключові слова: учасники цивільних відносин, фізичні особи, юридичні особи, штучні учасники цивільних відносин, юридичні особи публічного права.

Однією з відомих законодавчих новел чинного ЦК України є положення ч. 2 ст. 81, згідно з якою юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичні особи приватного та юридичні особи публічного права.

Містить вказана стаття ЦК України й вказівку на одну з складових частин порядку створення юридичних осіб публічного права. Зокрема, в абз. 3 ч. 2 ст. 81 ЦК України вказується на те, що юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування. У свою чергу, створення юридичної особи приватного права вимагає складення установчих документів цієї особи відповідно до ст. 87 ЦК України.

При цьому в ч. 3 ст. 81 ЦК України прямо зазначається, що в ЦК встановлюється порядок створення юридичних осіб приватного права, в той час як порядок утворення юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією України та законом. Таким чином, системне тлумачення положень ст. 81 ЦК України дозволяє дійти висновку, що юридична особа публічного права не може бути створена в порядку, встановленому ЦК України, зокрема відповідно до вимог ст. 87, 88 ЦК України. Однак істинність цього судження може бути визнана лише у випадку безсумнівності в тлумаченні поняття «юридична особа публічного права». Останнього ж, а саме загальноновизнаного та безспірного розуміння поняття юридична особа публічного права, нині не існує.

Немає однастайності в розумінні поняття юридичної особи публічного права й в сучасній вітчизняній цивілістичній науці. Поняття «юридична особа публічного права» досліджувалося в працях таких сучасних науковців, як: Л. О. Бондаренко [1, с. 33–35], Т. В. Блащук [2, с. 51–56], В. І. Борисова [3, с. 7–8], Л. В. Винар [4, с. 7–9], А. С. Довгерт [7, с. 174–176], В. М. Зубар [5, с. 108–111], С. О. Іванов [6, с. 170–174], Н. С. Кузнецова [7, с. 174–176], І. М. Кучеренко [9, с. 168–214], Р. А. Майданік [10, с. 119–179], О. В. Підхлібна [11, с. 81–85],

В. Д. Примак [12, с. 43–49; 13], Ю. М. Пустова [16], Р. Б. Сабодаш [17, с. 179–204] та ін.

При цьому, звісно, в своїх розмірковуваннях щодо визначення поняття юридичної особи публічного права абсолютна більшість науковців не оминула увагою положення ст. 81 ЦК України, по-перше, щодо порядку створення юридичних осіб як критерій їх розмежування на два види, по-друге, стосовно розпорядчого акта Президента України, органу державної влади, органу влади АР Крим або органу місцевого самоврядування як складової частини порядку створення юридичних осіб публічного права (ч. 2 ст. 81 ЦК України).

Водночас, пошук додаткових аргументів на підтвердження необхідності виокремлення такого різновиду юридичних осіб та (або) достатності легального критерію поділу юридичних осіб на приватні та публічні достатньо швидко привело дослідників до свого роду нігілістичних висновків, відповідно до яких одні вчені ставлять під сумнів достатність або правильність наявного в ст. 81 ЦК України критерію поділу юридичних осіб на приватні та публічні, а інші – взагалі заперечують сенс існування такого поділу.

Слід зазначити, що остання позиція, тобто заперечення факту та (або) потреби виокремлення поняття «юридична особа публічного права», насправді, має своєрідне історичне підґрунтя у радянській і навіть пострадянській юриспруденції. У цьому сенсі доволі вдалими є висловлювання О. О. Ястребова стосовно того, що відмова від поняття юридичної особи публічного права в радянській юриспруденції була обумовлена особливостями формування радянської теорії права, яка була аутоцентричною та мала забезпечити становлення нових та таких, що корінним чином відрізняються від буржуазних, понять соціалістичної держави та соціалістичного права. Тобто, мала на меті створення окремої, не схожої на іншу, теорії радянського права. Невдячливі на завершення радянського періоду розвитку російської юриспруденції, до цього часу мало що змінилося, а тому в Російській Федерації, як і в ряді інших країн колишнього СРСР, поняття юридичної особи

ПУБЛІЧНОГО права не визнається ні на законодавчому рівні, ні в теорії права [19, с. 3–4].

До речі, вважаємо необхідним зазначити, що дискусія стосовно сенсу виокремлення такого поняття як юридична особа публічного права та, звісно, відомого поділу юридичних осіб на два види має кілька аспектів.

Зокрема, згадуваний вище О. О. Ястребов достатньо аргументовано заперечує винятково цивільно-правову природу цього поняття, посилаючись на те, що в багатьох країнах Європи саме поняття юридичної особи публічного права є наріжним каменем сучасного адміністративного права та основою адміністративної організації й крім того, використання цього поняття для персоніфікації суб'єктів публічної влади відповідає потребам розвитку правової держави [19, с. 4–5].

Не є цивілістичними за своїм спрямуванням та висновками й достатньо відомі праці іншого російського вченого В. Є. Чіркина. Зокрема, в анотації до однієї з них «Юридическое лицо публичного права (Москва, 2009 р.)» автор визначає дослідження поняття юридичної особи публічного права з позицій міждисциплінарного підходу [18, с. 4].

Отже, слід визнати те, що дослідження поняття юридичної особи публічного права може бути здійснено з позиції конституційного, адміністративного права чи навіть з використанням згаданого міждисциплінарного підходу. Проте такі методологічні підходи не беруться до уваги цієї статті.

Крім того, з'ясовуючи об'єкт цього наукового дослідження неодмінно слід звернути увагу на ту обставину, що дослідження поняття юридичної особи публічного права перебуває в іманентному зв'язку з дослідженням його родового поняття – поняттям юридичної особи. Стосовно ж останнього складається враження, що дискусія стосовно його суті, визначення, ознак і подібних явищ є перманентною та стає схожою на своєрідний «вічний двигун» цивілістики.

Нарешті, близькою та зрозумілою автору цього дослідження є і такий аспект дискусії, як визнання/невизнання юридичними особами публічного права, окрім певних органів влади, державних та комунальних підприємств тощо, безпосередньо держави Україна, територіальних громад та інших подібних публічно-правових утворень. З огляду на обмеження в обсязі, зазначимо, що дослідження подібної проблематики залишається поза межами цього дослідження.

Повертаючись до питання щодо визнання у сучасній вітчизняній цивілістичній науці сенсу формування поняття «юридична особа публічного права», слід, зокрема, згадати про такі підходи науковців.

Так, В. Д. Примака, досліджуючи відносини з цивільно-правової відповідальності юридичних осіб, цілком обґрунтовано вказує на неоднозначність легального критерію, що застосовується згідно зі ст. 81 ЦК України для виокремлення юридичних осіб публічного права. Більш того, вчений достатньо критично оцінює саму необхідність використання такого поділу юридичних осіб та, що цілком логічно з врахуванням висловленої позиції автора, критерію для здійснення такого поділу [12, с. 44–48].

У свою чергу, Р. Б. Сабодаш, не заперечуючи пот-

реби виокремлення двох видів юридичних осіб – приватних та публічних, вказує на те, що спосіб створення юридичної особи не може бути визнаний достатньою кваліфікуючою ознакою для віднесення юридичної особи до такого різновиду як юридична особа публічного права. Додатковими та необхідними ознаками для зарахування організації до юридичних осіб публічного права, на думку вченого, є, по-перше, ціль створення цієї особи – задоволення інтересів держави в цілому чи інтересів певної територіальної громади, по-друге, інституційна та організаційна залежність цієї особи від держави, відповідної територіальної громади чи їх органів [17, с. 183–185].

Звертає увагу до такої ознаки юридичної особи публічного права, як мета її діяльності, В. І. Борисова. Так, згідно із запропонованим нею визначенням публічною юридичною особою є публічно-правове утворення (органи державної влади, органи місцевого самоврядування, державні, комунальні підприємства, установи тощо), які мають на меті державні інтереси, задоволення яких слугує неодмінною умовою і гарантією їх існування і розвитку [3, с. 7–8].

Н. С. Кузнєцова прямо зазначає на необхідності уточнення та доповнення запропонованого законодавцем критерію поділу юридичних осіб на приватні та публічні та вказує на те, що юридичні особи публічного права – це ті юридичні особи, які не лише створюються безпосередньо законом або адміністративним (владним) актом, а й ті особи, які є носіями певних публічних завдань та виконують відповідні публічні функції [8, с. 215–216].

Таким чином, якщо в законодавстві міститься вказівка лише на одну ознаку юридичної особи публічного права – її створення розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування (абз. 3 ч. 2 ст. 81 ЦК України), то науковці цілком обґрунтовано зазначають про недостатність вказаної законодавчої ознаки та необхідності або її доповнення іншими ознаками, або навіть її заміни. При цьому, слід констатувати, що вагомим підґрунтям для подібних сумнівів у правильності положень ст. 81 ЦК та як наслідок цього – пропозицій щодо доповнення чи зміни легальної ознаки, що мінімально характеризує порядок утворення юридичної особи публічного права, є, по-перше, наведені вище результати наукових досліджень цього поняття, по-друге, сучасна вітчизняна та зарубіжна практика.

Аргументуючи тезу про хибність положень ч. 2 ст. 81 ЦК України, слід зазначити, що легальним критерієм поділу юридичних осіб на приватні та публічні визначено порядок їх створення. При цьому зміст поняття «порядок створення юридичної особи» в тексті ЦК України прямо не розкривається, а тому він може бути визначений лише в результаті системного тлумачення ст. 87, 88 ЦК України та інших норм актів цивільного законодавства.

Однак подібне тлумачення положень актів цивільного законодавства з метою з'ясування змісту поняття «порядок створення юридичної особи» можливий лише стосовно одного виду юридичних осіб – юридичних

осіб приватного права, оскільки в абз. 2 ч. 3 ст. 81 ЦК України вказується на те, що порядок утворення юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією України та законом. При цьому, звісно порядок утворення юридичних осіб публічного права не може бути ототожнений з ухваленням певного розпорядчого акта компетентного органу влади, оскільки останній є лише однією зі складових частин такого порядку.

Таким чином, незважаючи на ту обставину, що в ст. 81 ЦК України згадується про розпорядчий акт певних органів влади, цей акт можна розглядати лише як складову певного публічного-правового поняття – порядку утворення юридичних осіб публічного права, зміст якого з позицій цивільного права залишається повною мірою не з'ясованим.

При цьому видається, що саме посилання в тексті ЦК України на поняття «розпорядчого акта» є доволі дискусійним, оскільки, по-перше, критерієм поділу юридичних осіб є порядок їх створення, а не зазначений акт, з огляду на що є не зрозумілою мета вказівки в тексті ст. 81 ЦК України на існування такого акта, тим більше що порядок утворення цих осіб має бути встановлений у Конституції України та певному публічному законі. По-друге, поняття «розпорядчого акта» не використовується в цивільному праві та законодавстві, для яких більш характерним є згадування про «акти» (ст. 11 ЦК України), «акти цивільного законодавства» (ст. 4–6, 11 ЦК України), «правовий акт» (ст. 21, 648 ЦК України), «рішення» (ст. 16 ЦК України) тощо. По-третє, на підставі відповідних статей гл. 9 ЦК України держава Україна, територіальні громади та Автономна Республіка можуть створювати не лише юридичні особи публічного права, а й підприємницькі товариства, тобто юридичні особи приватного права. При цьому, в порядку створення останніх відповідним органом державної влади чи органом місцевого самоврядування також ухвалюється відповідний правовий акт (розпорядчий акт за термінологією ст. 81 ЦК України), яким може бути Указ Президента України, Постанова КМ України, наказ певного міністерства чи рішення відповідної місцевої ради або іншого органу місцевого самоврядування. А отже, згадуваний в тексті ст. 81 ЦК розпорядчий акт не є винятковою ознакою порядку створення юридичних осіб публічного права, бо в порядку створення державою чи територіальними громадами юридичних осіб приватного права, зокрема відомих вітчизняній практиці національних та державних акціонерних чи холдингових компаній, також має місце ухвалення відповідних розпорядчих актів.

Більш того, оскільки визначення порядку утворення юридичних осіб публічного права перебуває за межами регулятивного впливу актів цивільного законодавства, доречно висловити сумнів щодо сенсу використання (для потреб регулювання цивільних відносин) подібного критерію для поділу юридичних осіб на приватні та публічні. Тим більше, що контекстуальне тлумачення ст. 81 ЦК України дозволяє дійти висновку про існування щонайменше двох самостійних за змістом та джерелами правового регулювання порядків створення юридичних осіб, один з яких являє собою регламентовану чинним законодавством процедуру створення юридич-

них осіб приватного права, а інший – схожу за метою, однак відмінну за змістом та джерелами правового регулювання процедуру утворення юридичних осіб публічного права.

Підсумовуючи наведене вище, можна дійти висновку, що визначений в тексті ст. 81 ЦК України критерій поділу юридичних осіб на приватні та публічні є, щонайменше, не надто вдалим.

Підтвердженням спірності використаного в ст. 81 ЦК критерію поділу юридичних осіб на приватні та публічні є те, що достатньо відомими стали справи, в яких судові органи інших країн та міжнародних організацій, розглядаючи справи за позовами до держави Україна та (або) товариств чи підприємств, які створені та організаційно або корпоративно підпорядковані державі Україна, цілком свідомо ставили під сумнів вітчизняний поділ юридичних осіб на приватні та публічні, що здійснюється на підставі ст. 81 ЦК України, та намагалися поширити статус юридичної особи публічного права на організацію, що на підставі ст. 81 ЦК України мали бути б визнані юридичними особами приватного права. При цьому критерієм зарахування їх до державних юридичних осіб був не стільки порядок їх створення, скільки підпорядкованість державі або її органам влади на момент вчинення певної дії, наприклад, завдання шкоди, спосіб фінансування цієї особи (за рахунок державного бюджету чи ні), зміст виконуваних нею функцій тощо.

Власне, такий своєрідний інституціональний та функціональний підхід кардинально змінюють розуміння критерію поділу юридичних осіб на приватні та публічні, оскільки принципово важливим є не те, актом публічної влади чи актом приватного волевиявлення ініційоване створення юридичної особи, а те, які функції виконує ця особа: приватні або публічні, та для задоволення якого інтересу, знову ж таки приватного чи публічного ці функції виконуються.

Прикметним є те, що в ст. 167–169 ЦК України, що присвячені визначенню правових форм участі держави, територіальних громад та Автономної Республіки Крим, міститься побічна вказівка про зарахування державних і комунальних підприємств до юридичних осіб публічного права, а підприємницьких товариств – до юридичних осіб приватного права.

З таким положенням ЦК України можна погодитися. Однак лише з істотним доповненням в аргументації, оскільки якщо не виникає сумнівів у можливості зарахування до юридичних осіб публічного права, наприклад, Міністерства освіти і науки України, що створено Указом Президента [14], то зарахування до юридичних осіб приватного права так званих комерційних державних і комунальних підприємств пов'язане не стільки з наявністю у порядку створення цих суб'єктів певного розпорядчого акта компетентного органу (а іноді й не одного), скільки з тими обставинами, що зазначені учасники цивільних відносин перебувають в інституціональній, організаційній та навіть у майновій залежності (оскільки не є власниками переданого їм майна) від держави Україна чи відповідної територіальної громади.

Щоправда слід визнати, що діяльність цих підприємств у значній кількості випадків не пов'язана з функ-

ціями державного управління та місцевого самоврядування, а спрямована на більш традиційну для цивільного права мету: одержання прибутку. Тому зарахування цих суб'єктів до юридичних осіб публічного права має ґрунтуватися на тій ключовій ознаці, що ці підприємства залежать від свого засновника (учасника), яким є держава або відповідна територіальна громада, а майно цих підприємств є державною або комунальною власністю, тобто ці юридичні особи не є власниками, що категорично не притаманно сутності юридичної особи приватного права.

Доволі дискусійними виглядають положення ст. 167–169 ЦК України щодо можливості визнання всіх підприємницьких товариств, що створені державою чи територіальними громадами, юридичними особами приватного права. Спірність подібного твердження ґрунтується на тій обставині, що хоча для створення цих осіб і може бути використана, наприклад, організаційно-правова форма акціонерного товариства, інституціональна, організаційна та майнова залежність цих юридичних осіб від держави чи територіальної громади, та, що головніше, виконувани ними функції можуть надати аргументи для визнання їх юридичними особами публічного права.

Так, загально відоме в Україні НАК «Нафтогаз України», хоча й являє собою господарське товариство [15], фактично не є самостійним учасником підприємницьких відносин у зв'язку, по-перше, з вирішальним впливом на його діяльність зі сторони держави, по-друге, з функцією, яку виконує цей суб'єкт та безперечний публічний інтерес, на задоволення якого спрямована його діяльність.

Іншим прикладом свого роду специфічності створення та діяльності певних господарських товариств, створених державою чи територіальною громадою, є те, що вони (господарські товариства) переважно наділяються майном, яке передається їм засновником (державою чи територіальною громадою), на праві повного господарського відання, що є радше характерним для згадуваних вище державних і комунальних підприємств, ніж для звичайних господарських товариств, які мають бути власниками переданого їм засновниками майна, останні ж одержують корпоративні права та (або) право власності на акції щодо цього товариства. А отже, незважаючи на формально існуючу можливість зарахування всіх без винятку господарських товариств до юридичних осіб приватного права, стосовно ряду господарських товариств, створених державою чи певною територіальною громадою, залишаються обґрунтовані сумніви в правильності цієї тези.

Підсумовуючи наведені думки, вважаємо, що закріплений в ст. 81 ЦК України критерій поділу юридичних осіб на приватні та публічні не є достатнім для коректного розмежування цих осіб. Доцільно вести мову про застосування кількох критеріїв для виокремлення юридичних осіб приватного та публічного права.

Первинним критерієм такого розмежування є наявність або, відповідно, відсутність у юридичної особи певних владних чи інших функцій, виконання яких має здійснювати (забезпечити здійснення) держава або територіальна громада як первинний суб'єкт місцевого самоврядування.

Другим критерієм поділу юридичних осіб на приватні та публічні є інтерес, на задоволення якого винятково чи переважно спрямована діяльність юридичної особи. Звісно, йдеться про приватний або публічний інтерес.

Наступним критерієм розмежування юридичних осіб приватного та публічного права є організаційна, майнова чи інша підпорядкованість юридичної особи державі чи територіальній громаді.

І нарешті, останнім явищем, що виконує функцію поділу юридичних осіб на приватні та публічні, є згадуваний у ст. 81 ЦК України порядок створення юридичної особи. Юридична особа публічного права створюється за ініціативою компетентного органу влади шляхом ухвалення необхідних владних рішень (правових актів) та виконання інших процедурних вимог.

Таким чином, до юридичних осіб публічного права мають бути зараховані ті штучні учасники цивільних відносин, що створені відповідно до чинного законодавства та мають метою свого створення задоволення певного публічного інтересу (державного інтересу, інтересу певної територіальної громади або іншого подібного публічного інтересу) шляхом виконання однієї чи кількох публічних функцій, в першу чергу, функцій держави чи територіальної громади як первинного органу місцевого самоврядування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Бондаренко Л.* Цивільно-правовий аналіз юридичних осіб публічного права [Текст] / Л. Бондаренко // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 12. – С. 33–35.
2. *Блащук Т. В.* Особливості участі юридичних осіб публічного права у цивільних правовідносинах [Текст] / Т. В. Блащук // Приватне право і підприємництво. – К., 2009. – № 8. – С. 51–56.
3. *Борисова В. І.* До проблеми участі публічних юридичних осіб у цивільних правовідносинах // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Трансформація відносин власності в Україні: організаційно-правові та економічні проблеми». – Одеса, 2003. – С. 7–8.
4. *Винар Л.* Правовий режим майна юридичних осіб публічного права [Текст] / Л. Винар // Підприємництво, господарство і право. – № 8. – 2007. – С. 7–9.
5. *Зубар В. М.* Юридичні особи публічного права у контексті систематизації цивільного законодавства України [Текст] / В. М. Зубар // Пан'європейська кодифікація приватного права та її вплив на кодифікацію цивільного законодавства України: збірник наукових праць [за результатами науково-практичного круглого столу (м. Хмельницький, 19 листопада 2010 року)]. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. – С. 108–111.
6. *Іванов С. О.* До проблеми поділу юридичних осіб на приватні та публічні [Текст] / С. О. Іванов // Сучасні проблеми адаптації цивільного законодавства до стандартів Європейського Союзу: Матеріали I Міжнародної науково-методичної конференції. – Львів, 2006. – Вип. 1. – С. 170–174.
7. *Кузнецова Н. С., Довгерт А. С.* Інститут юридичного лица в Гражданском кодексе Украины [Текст] / Н. С. Кузнецова, А. С. Довгерт // Альманах цивилистики: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. Р. А. Майданика. – К.: Алерта, 2012. – С. 169–208.
8. *Кузнецова Н. С.* Концептуальні засади інституту

юридичної особи в новому цивільному законодавстві України [Текст] / Н. С. Кузнецова // Матеріали VIII регіональної науково-практичної конференції «Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні». Секція цивілістичних наук. – Львів, 2002. – С. 215–216.

9. *Кучеренко І. М.* Юридичні особи публічного права як суб'єкти цивільних правовідносин [Текст] / І. М. Кучеренко // Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики / Кол. монографія; За ред. Я. М. Шевченко. – К.: Юридична думка, 2007. – С. 168–214.

10. *Майданик Р. А.* Юридические лица публичного права в украинском и международном праве [Текст] / Р. А. Майданик // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 3 / Под ред. Р. А. Майданика – К.: Алерта; К.: Центр учебной литературы, 2010. – С. 119–179.

11. *Підхлібна О. В.* Юридичні особи публічного права: поняття та особливості правового статусу [Текст] / О. В. Підхлібна // Правові та економічні передумови участі суб'єктів публічного права в приватних відносинах: загальнодержавні та регіональні аспекти (м. Кіровоград, 09–10 грудня 2011 року): Збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції / Ред. кол. О. О. Первомайський (голова), Г. Ю. Шаркова (заступник голови) та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – С. 81–85.

12. *Примак В. Д.* До питань про сенс і критерії розмежування юридичних осіб публічного та приватного права [Текст] / В. Д. Примак // Юридична Україна. – № 2. – 2004. – С. 43–49.

13. *Примак В. Д.* Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб: Монографія [Текст]. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 245.

14. *Про деякі заходи з оптимізації системи центральних органів виконавчої влади* – Указ Президента України від 28.02.2013 р. № 96/2013 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Президента України. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/15486.html> – Заголовок з екрану.

15. *Про утворення Національної акціонерної компанії «Нафтогаз України»* – Постанова Кабінету Міністрів України від 25.05.1998 р. № 747 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/747-98-%D0%BF> – Заголовок з екрану.

16. *Пустова Ю. М.* Юридичні особи публічного права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/vkhnvvs/2010_48/48/34.pdf.

17. *Сабодаш Р. Б.* Очерк о юридических лицах публичного права: некоторые теоретико-правовые проблемы [Текст] // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 3 / Под ред. Р. А. Майданика. – К.: Алерта; К.: Центр учебной литературы, 2010. – С. 179–204.

18. *Чиркин В. Е.* Юридическое лицо публичного права [Текст] / В. Е. Чиркин. – М. Норма, 2009. – 352 с.

19. *Ястребов О. А.* Юридическое лицо публичного права: сравнительно-правовое исследование. Автореферат на соискание научной степени д.ю.н. по специальности 12.00.14. [Текст] / О. А. Ястребов. – М., 2010. – 32 с.

The article studies the concept of a legal person of public law, including existing doctrinal and legal definitions of the term. Discusses the need to improve current legislation of Ukraine.

Стаття посвящена изучению понятия юридического лица публичного права, в том числе существующим доктринальным и законодательным определениям этого понятия. Аргументируется необходимость усовершенствования действующего законодательства Украины.

ДОГОВІРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЯК РІЗНОВИД ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СТОРІН У ПІДРЯДНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Гриняк А. Б.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,
учений секретар НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті аналізуються особливості договірної відповідальності учасників підрядних правовідносин, розмежується договірна відповідальність та засоби оперативного впливу (оперативні санкції), досліджуються підстави та умови договірної відповідальності, визначаються складові елементи механізму цивільно-правової відповідальності сторін у підрядних зобов'язаннях.

Ключові слова: договірна відповідальність, цивільно-правова відповідальність, підрядні договори, невиконання, неналежне виконання, засоби оперативного впливу, механізм цивільно-правової відповідальності.

Аналізуючи договірну відповідальність сторін у підрядних зобов'язаннях як різновид цивільно-правової відповідальності, насамперед слід відмітити, що нині цивільно-правова відповідальність має зберігати своє значення вирішального чинника превентивного правового впливу на поведінку його сторін. Оскільки ж цивільна відповідальність покликана забезпечити до тримання встановленого правопорядку, то справедливим буде твердження про те, що саме у захисті суб'єктивних цивільних прав учасників підрядних відносин і полягає призначення цивільно-правової відповідальності.

Ефективність цивільно-правової відповідальності залежить, передусім, від її застосування до конкретних учасників підрядних правовідносин, винних у порушенні умов договору підряду. Керуючись принципом диспозитивності, властивим як цивільному праву в цілому, так і окремим його інститутам, а саме, підрядним договорам, потерпіла сторона самостійно вирішує, застосувати чи не застосувати міри відповідальності до правопорушника. Тобто застосування майнових і немайнових санкцій, у тому числі відповідальності, за чинним законодавством є правом, а не обов'язком суб'єктів цивільних правовідносин [1, с. 68].

Якщо розглядати світовий досвід теоретичного осмислення феномена цивільно-правової відповідальності як явища об'єктивної дійсності, то можна зазначити про існування двох підходів до визначення поняття цивільно-правової відповідальності: моністичного (коли цивільно-правова відповідальність розглядається як єдине ціле і, відповідно, визначається її єдине поняття) і дуалістичного (коли договірна та недоговірна відповідальності розглядаються окремо і, відповідно, маємо два окремих визначення цих понять). Моністичний підхід традиційно застосовується науковцями країн романо-германської правової сім'ї (за окремими винятками), другий – вченими країн англосаксонського права [2, с. 86].

У чинному законодавстві України, як видається, відображено саме моністичний підхід. До такого висновку доходимо зважаючи на те, що, по-перше, договірне і деліктне право є частинами зобов'язального права, яке входить до системи цивільного права, по-друге, серед способів захисту цивільних прав та інтересів виокремлюються заходи відповідальності, на відміну від країн англосаксонської правової сім'ї, де існує єдина система засобів захисту потерпілої сторони.

У спеціальних дослідженнях та навчальній літературі з цивільного права традиційно чимало уваги приділяється висвітленню визначення поняття цивільно-правової відповідальності. Ця проблема була і залишається однією з найдискусійніших проблем науки цивільного права України, яка до цього часу не виробила такого визначення, яке б задовольняло всіх учених.

Наразі в доктрині виокремлюють чотири основні точки зору щодо поняття цивільно-правової відповідальності, а саме: 1) як санкція за правопорушення [3, с. 8; 4, с. 8]; 2) як охоронні правовідносини, елементами яких є відповідні суб'єкти, об'єкти та зміст [5, с. 19; 6, с. 111]; 3) цивільно-правова відповідальність визначається через категорію «обов'язок» [7, с. 47]; 4) як система цивільно-правових засобів [2, с. 100 – 102].

Отже, як бачимо, у вітчизняній юридичній науці висловлено багато точок зору щодо поняття цивільно-правової відповідальності. Разом з тим у літературі також розрізняють договірну і позадоговірну відповідальність. На відміну від позадоговірної, договірна відповідальність учасників підрядних відносин виникає в рамках уже існуючого підрядного зобов'язання, де вже чітко визначені боржник і кредитор, їхні права й обов'язки. Аналізуючи відображені в юридичній літературі визначення договірної відповідальності, до договірної відповідальності учасників підрядних правовідносин пропонуємо відносити відповідальність:

1) що виникатиме у разі невиконання або не належного виконання підрядником чи замовником своїх договірних зобов'язань. Так, зі змісту ст. 891 ЦК України доходимо висновку про бажану необхідність визначення у договорі підряду на проектні та пошукові роботи умов відповідальності підрядника, розміру відшкодуваних збитків, а інакше ці питання вирішуватимуться судом з урахуванням загальних положень про підряд;

2) яка в самому договорі підряду не визначена, але безпосередньо впливає із нормативно-правових актів, що регулюють підрядні відносини між сторонами (ст. 625 ЦК, гл. 61 ЦК, гл. 33 ГК України, Закон України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» тощо). Так, відповідно до ст. 852 ЦК України, якщо підрядник відступив від умов договору підряду, що погіршило роботу, або допустив інші недоліки в роботі, замовник має право за своїм вибором вимагати: а) безоплатного виправлення цих недоліків у розумний

строк; б) виправити їх за свій рахунок з правом на відшкодування понесених у зв'язку із цим витрат чи відповідного зменшення плати за роботу, якщо інше не встановлено договором; в) розірвання договору та відшкодування збитків (за наявності у роботі істотних відступів від умов договору підяду або інших істотних недоліків);

3) яка не може по-іншому, ніж це передбачено у нормативно-правових актах, бути визначена у договорі підяду. Наприклад, у ст. 625 ЦК України передбачено диспозитивне правило про розмір процентів, що підлягають стягненню за порушення грошових зобов'язань. Однак сторонам договору будівельного підяду слід пам'ятати, що дане правило, навіть за умови його передбачення у договірному порядку, не підлягатиме застосуванню у зв'язку із дією норми ч. 4 ст. 3 Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва». Цією статтею передбачено, що нарахування та виплата забудовником штрафних санкцій, передбачених договорами, та стягнення коштів, визначених у ст. 625 ЦК України, на строк дії цієї статті не здійснюється.

Від договірної відповідальності як покладення на правопорушника нового додаткового обов'язку або позбавлення суб'єктивного цивільного права у правовій літературі пропонується відрізнити засоби оперативного впливу (оперативні санкції). Так, засоби оперативного впливу (оперативні санкції), як зазначається в юридичній літературі, не відновлюють початкового майнового стану потерпілої сторони, а спрямовані на запобігання конкретним порушенням у майбутньому, виконують забезпечувальну функцію, мають застережливий характер і можуть застосовуватися в оперативному порядку односторонньо управомоченою стороною без звернення до юрисдикційного органу [8, с. 195].

Прикладом вищенаведеного може слугувати відображений у ч. 2 ст. 849 ЦК України підхід, за яким у випадку несвоечасного початку виконання робіт за договором підрядником або виконання цих робіт настільки повільно, що закінчення їх у строк стає явно неможливим, замовник має право відмовитися від договору підяду та вимагати відшкодування збитків. У цьому випадку визначене законодавцем право замовника на односторонню відмову від договору є нічим іншим як засобом оперативного впливу на несумлінного підрядника, а відшкодування понесених такою затримкою збитків – мірою цивільно-правової відповідальності останнього. Так, покладання на особу цивільно-правової відповідальності здійснюється в усіх випадках винного порушення зобов'язання і означає виникнення у неї обов'язку майнового характеру, якого не було до вчинення правопорушення.

Таким чином, договірна відповідальність проявляється у приєднанні до порушеного обов'язку додаткового обов'язку у такого порушника, за яким він позбавляється майнового блага, не отримуючи взамін іншої компенсації. Тобто відновити порушене право кредитор може завдяки пред'явленню до боржника вимоги про відшкодування збитків у повному обсязі, спричинених порушенням зобов'язання, а якщо встановлювалася неустойка чи передавався завдаток, то, відповідно, вимагати стягнення неустойки чи втрати

завдатку винною за порушення договору стороною [9, с. 213 – 214].

Договірна відповідальність учасників підрядних правовідносин виникає за визначених підстав та умов. У цивільно-правовій доктрині протягом значного періоду панувала думка, відповідно до якої підставою цивільно-правової, в тому числі і договірної, відповідальності виступає склад цивільного правопорушення [10, с. 65; 5, с. 101]. Дана позиція підтримується і нині [11, с. 701]. Однак сьогодні підставу цивільно-правової відповідальності доцільніше сприймати ширше. Так, на думку В. В. Луця, юридичною підставою цивільно-правової відповідальності виступає закон, а фактичною – склад цивільного правопорушення [1, с. 136]. Специфіка договірної відповідальності у підрядних правовідносинах, на нашу думку, проявляється у свідомому врегулюванні обсягу, умов відповідальності замовника та підрядника за порушення своїх обов'язків. Це стосується як підстави, так і обсягу відповідальності. Досліджуючи підстави та умови договірної відповідальності, Б. С. Антимонов наголошував на тому, що договірна відповідальність ніколи не має однієї підстави, їх вимагається як мінімум дві: 1) існування договірного зобов'язання, формально дійсного і за сутністю відповідного закону; 2) порушення такого зобов'язання, тобто невиконання або неналежне його виконання – за кількістю, якістю, строком тощо [12, с. 29].

Сутність договірної відповідальності підрядника і замовника як правового засобу полягає в тому, що специфічний механізм її реалізації надає можливість враховувати одночасно й інтереси кредитора, й інтереси боржника. Це досягається за допомогою низки матеріально-правових і процесуально-правових гарантій. На думку Н. С. Кузнецової, механізм цивільно-правової відповідальності поєднує в собі елементи матеріально-правового та процесуально-правового характеру і проходить у своєму розвитку три рівні існування (законодавчий, правозастосовний і функціональний) [13, с. 32]. До матеріально-правових гарантій відносять, зокрема, ряд передумов виникнення договірної відповідальності (протиправність поведінки, шкода, причинно-наслідковий зв'язок, у деяких випадках – вина тощо), наявність яких має встановити правозастосовний орган для її реалізації. За відсутності однієї або кількох передумов, обов'язкових для даного конкретного випадку, відповідальність не виникає, і правозастосовний орган відмовляє в заявлених вимогах [14, с. 36].

Процесуально-правові гарантії полягають у змагальному характері самого процесу, у праві відповідача на захист, розподілі обов'язку доведення й інших гарантіях, встановлених процесуальним законодавством [15, с. 469, 486 – 491]. Утім, треба додати, що стосовно договірної відповідальності учасників підрядних відносин це не лише інтерес правомочної сторони, а інтереси обох сторін.

Як і структура будь-яких правовідносин, структура договірної відповідальності учасників підрядних відносин складається із суб'єктів, об'єкта й змісту. При цьому об'єктом таких правовідносин є зумовлені порушенням договору законні інтереси кредитора й інтереси боржника, що заслуговують на увагу, а

змістом – суб'єктивне право кредитора на захист і відповідний йому обов'язок боржника.

Отже, існує об'єктивна потреба у нормативному закріпленні такого механізму цивільно-правової відповідальності сторін у підрядних зобов'язаннях, який, з одного боку, передбачав би засоби впливу на боржника, а з іншого – визначав би оптимальний порядок застосування вказаних правових засобів. До складових цього механізму, на нашу думку, можна віднести: а) встановлені законом форми примусового застосування мір цивільно-правової відповідальності до боржника у підрядному зобов'язанні (у судовому порядку або шляхом вчинення виконавчого напису нотаріусом) та можливість добровільного виконання відповідного обов'язку; б) визначення правовими актами або договором підстав та умов такої відповідальності (зокрема, з виключенням у певних встановлених у законі чи передбачених договором підряду випадках вини із складу спеціальних умов відповідальності); в) передбачені у законодавстві особливості видів і конкретних мір цивільно-правової відповідальності (відшкодування збитків, стягнення неустойки, залишення завдатку чи сплата його подвійної суми; компенсація моральної шкоди); 4) закріплення як загального правила у договірній відповідальності учасників підрядних відносин так званої відповідальності за дії третіх осіб (субпідрядників); 5) утвердження принципу повного відшкодування шкоди у підрядних зобов'язаннях як основоположної засади цивільно-правової відповідальності та приведення у відповідність ч. 1 ст. 322 ГК України, яка передбачає, що збитки у договорах підряду на капітальне будівництво відшкодовуються в сумі, не покритій штрафними санкціями.

При цьому єдність всіх елементів правового механізму цивільної відповідальності, на думку А. Я. Риженкова, забезпечує їх у кінцевому підсумку цілковите підпорядкування компенсаційній функції цього правового інституту [18, с. 4, 93 – 94]. Так, згідно з ч. 3 ст. 14 ЦК України виконання цивільних обов'язків забезпечується засобами заохочення та відповідальністю, які встановлені договором або актом цивільного законодавства.

Щодо необхідності узгодження законодавчого підходу до визначення основного виду неустойки у ЦК України і ГК України, то у літературі трапляються різні підходи до цього питання. Так, недоречною видається висловлена в літературі пропозиція В. М. Черешнюка щодо необхідності закріплення в ГК України загального правила про штрафну неустойку, а в ЦК України, натомість, правила про залікову [17, с. 13]. З цього питання слушним та таким, що має сприйматися на законодавчому рівні, видається підхід, запропонований В. С. Щербинюю, за яким в ГК України необхідно встановити загальне правило щодо застосування за порушення господарського зобов'язання штрафної неустойки. Тим самим суб'єкти цивільного і господарського обороту будуть поставлені в рівні умови [18, с. 183].

Разом з тим з метою належного забезпечення виконання зобов'язань за договорами будівельного підряду та виправлення суперечностей у законодавчому підході щодо правового регулювання між ст. 883 і 886 ЦК України та ч. 1 ст. 322 ГК України пропонуємо

внести корективи у ч. 1 ст. 322 ГК України у такій редакції: «За невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором підряду на капітальне будівництво винна сторона сплачує (передає) штрафні санкції, а також відшкодовує іншій стороні збитки (зроблені іншою стороною витрати, втрату або пошкодження її майна, неодержані доходи) в повному обсязі, якщо інший порядок не встановлено законом.

Предметом штрафних санкцій у випадку не виконання або неналежного виконання зобов'язань за договором підряду на капітальне будівництво може бути грошова сума або інше (рухоме і нерухоме) майно».

Розглядаючи питання відповідальності замовників – юридичних осіб, які наділені специфічними ознаками відповідно до ст. 1 Закону України «Про здійснення державних закупівель», доцільно звернути увагу на те, що до них, виходячи із норм ГК України, можливе застосування адміністративно-господарських санкцій (ст. 238 ГК). Так, відповідно до ст. 238 ГК України за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності до суб'єкта господарювання можуть бути застосовані уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування адміністративно-господарські санкції, тобто заходи організаційно-правового або майнового характеру, які спрямовано на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків. Тобто правова конструкція ст. 238 ГК України є практично придатною до застосування щодо державних і комунальних підприємств та інших суб'єктів господарювання, які визначені Законом України «Про здійснення державних закупівель».

Виходячи із цього, відповідальність органів державної виконавчої влади або місцевого самоврядування як замовників виконання різного роду робіт, як правило, передбачається у формі штрафних або оперативних санкцій у договорі підряду. Наразі питання відповідальності таких замовників регулюється на підставі загальних та спеціальних норм ЦК та ГК України із деталізацією умов в укладених договорах відповідно до умов конкурсів. Дані кодифіковані акти не містять і в силу приватноправової спрямованості не допускають, як слушно зазначають Н. С. Кузнєцова та Р. А. Майда-ник, застосування санкцій конфіскаційного характеру, зокрема тих, що передбачалися ст. 2 Закону України «Про майнову відповідальність за порушення умов договору підряду (контракту) про виконання робіт на будівництві об'єктів»¹ від 6 квітня 2000 р., згідно з якою у разі недотримання зобов'язання щодо стягнення неустойки сума неустойки (пені), що не була стягнена в установленому порядку з винної сторони за порушення умов договору підряду, стягувалася за рішенням суду до державного бюджету як зі сторони, що не виконала договірних зобов'язань [8, с. 587].

Таким чином, правове регулювання питань цивільно-правової відповідальності державних замовників регулю-

¹ Втратив чинність відповідно до Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України» від 27 квітня 2007 р. № 997-V // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 33. – Ст. 440.

ється на підставі загальних та спеціальних норм ЦК та ГК України із деталізацією умов в укладених підрядних договорах, чого видається цілком достатньо, оскільки окремі підходи щодо цивільно-правової відповідальності суб'єктів підрядних зобов'язань передбачені в інших різнорівневих нормативно-правових актах. Наприклад, у законах України «Про основи містобудування», «Про планування і забудову територій», «Про Генеральну схему планування території України», «Про архітектурну діяльність», «Про комплексну реконструкцію кварталів (мікрорайонів) застарілого житлового фонду», Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві», Постанові Кабінету Міністрів України «Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів» та інших, які фактично утворили окрему галузь національного законодавства.

Виходячи з цього, недостатньо обгрунтованою видається висловлена в юридичній літературі теза, що з втратою чинності Законом України «Про майнову відповідальність за порушення умов договору підряду (контракту) про виконання робіт на будівництві об'єктів» питання відповідальності зазначених суб'єктів залишається невизначеними та дещо проблематичними [19, с. 140], оскільки ці питання визначаються як у різнорівневих нормативно-правових актах, так і сторонами у договірному порядку. Наприклад, законодавець у ст. 25 Закону України «Про основи містобудування» доволі детально регламентує порядок настання відповідальності за такі порушення містобудівного законодавства, як недотримання державних стандартів, норм і правил при проектуванні й будівництві; проектування об'єктів із порушенням затвердженої у встановленому порядку містобудівної документації; виконання будівельних чи реставраційних робіт без дозволу та затвердженого у встановленому порядку проекту або з відхиленням від нього; самовільна зміна архітектурного вигляду споруди у процесі експлуатації тощо.

Отже, договірну відповідальність сторін у підрядних зобов'язаннях доцільно розглядати як систему приватно-правових заходів впливу на боржника, що проявляється через додаткові майнові обтяження, що покладаються на останнього у зв'язку із невиконанням чи неналежним виконанням ним умов договору, що стягуються на користь кредитора, розмір яких, за загальним правилом, має відповідати розміру понесених кредитором збитків.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: навчальний посібник [Текст] / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 68.
2. Канзафарова І. С. Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні [Текст]: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. / І. С. Канзафарова. – К., 2007. – С. 86, 100–102.
3. Иоффе О. С. Обязательственное право [Текст] / О. С. Иоффе. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 8.
4. Верховець А. А. Цивільно-правова відповідальність за порушення договору [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А. А. Верховець. – К., 2010. – С. 8.

5. Малейн Н. С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях [Текст] / Н. С. Малейн. – М., 1968. – С. 19.

6. Базылев Б. Т. Об институте юридической ответственности // Советское государство и право [Текст] / Б. Т. Базылев. – 1975. – № 1. – С. 111.

7. Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб [Текст]: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. / В. Д. Примак. – К., 2005. – С. 47.

8. Цивільне право України. Особлива частина [Текст]: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-те вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – С. 195, 587.

9. Пучковська І. Й. Основна функція видів забезпечення виконання зобов'язання – захисна [Текст] / І. Й. Пучковська // Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 90-річчю з дня народження док. юрид. наук, проф. В. П. Маслова, 16 березня 2012 р. / [редкол.: В. І. Борисова (відп. ред.) та ін.]; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х.: Право, 2012. – С. 213–214.

10. Матвеев Г. К. Основания гражданско-правовой ответственности [Текст] / Г. К. Матвеев. – М., 1970. – С. 65.

11. Цивільне право України [Текст]: Підручник: У 2-х кн. Кн. 1. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 701.

12. Антимонов Б. С. Основания договорной ответственности социалистических организаций [Текст] / Б. С. Антимонов. – М.: Юрид. лит., 1962. – С. 29.

13. Кузнецова Н. С. Гражданско-правовая ответственность: понятие, условия и механизм применения [Текст] / Н. С. Кузнецова // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 3 / Под ред. Р. А. Майданика. – К.: Алерта; КНТ; Центр учебной литературы, 2010. – С. 32.

14. Ткачук А. Л. Значення вини у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А. Л. Ткачук. – Одеса, 2002. – С. 36.

15. Общая теория государства и права [Текст]: академ. курс в 2-х т. / Под ред. М. Н. Марченко. – Т. 2. – М.: Юридическая литература, 1998. – С. 469, 486–491.

16. Рыженков А. Я. Компенсационная функция советского гражданского права [Текст] / А. Я. Рыженков. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1983. – С. 4, 93–94.

17. Черешнюк В. М. Правове регулювання укладення і виконання господарських договорів [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / В. М. Черешнюк. – К., 2007. – С. 13.

18. Щербина В. С. Деякі питання відповідальності учасників господарських відносин [Текст] / В. С. Щербина // Приватне право і підприємництво. – Вип. 5. – 2006. – С. 183.

19. Гриценко Г. М. Правове регулювання капітального будівництва за державні кошти [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 // Інститут економіко-правових досліджень НАН України / Г. М. Гриценко. – Донецьк, 2011. – С. 140.

The paper analyzes the features of the contractual responsibility of the contractor relationship, delimited contractual liability and facilities operational impact (operational sanctions), examines the reasons for and conditions of contractual liability specified components of the mechanism of civil liability of the parties to the contract obligations.

В статті аналізуються особливості договорної відповідальності учасників подрядних правоотношень, розграничується договорна відповідальність і средства оперативного воздействия (оперативные санкции), досліджуються основи і умови договорної відповідальності, визначаються складові елементи механізму громадянсько-правової відповідальності сторін в подрядних зобов'язаннях.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРОКІВ У ДОГОВОРІ ПРОКАТУ

Міловська Н. Д.,

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

У статті проаналізовано особливості цивільно-правового регулювання строків у договорі прокату як одного із видів договорів про передавання майна у тимчасове користування.

Ключові слова: договір найму (оренди), договір прокату, строк (термін), наймодавець, наймач, здійснення прав, переважні права, виконання обов'язків.

У реальному житті за тих чи інших обставин можуть виникнути різні проблеми, не останнє місце серед яких посідає відсутність коштів, власного приміщення, обладнання, виробничого устаткування, сировини, матеріалів, транспорту тощо. Реальним виходом із такої ситуації є залучення майна на умовах відстрочки платежу або у тимчасове платне чи навіть безоплатне користування. Оформляються такі операції за допомогою договорів найму (оренди) та його різновидів.

Договору найму (оренди) у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) [1] присвячено окрему главу (гл. 58), структура якої побудована за тим самим принципом, що і структура інших глав, які регулюють складні договори, що мають свої окремі види договірних зобов'язань (купівля-продаж, підряд та деякі інші): спочатку закріплюються положення, які є загальними для всіх видів договорів найму, а потім – спеціальні правила, що стосуються тільки відповідного виду договору найму (прокат, найм (оренда) земельної ділянки, найм будівлі або іншої капітальної споруди, найм (оренда) транспортного засобу, лізинг). Загальні положення про найм (оренду) застосовуються до договорів найму (оренди) окремих видів майна субсидіарно, тобто тільки в тому випадку, якщо спеціальними правилами щодо цих договорів не встановлено інше.

У ЦК України під договором найму (оренди) розуміється такий договір, за яким наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк (ч. 1 ст. 759). Передавання майна, яке здійснюється наймачем (орендодавцем), не супроводжується переходом права власності на таке майно до наймача (орендаря), останній отримує майно у володіння і користування або лише у користування.

Наймач (орендар) отримує можливість не лише використовувати корисні властивості орендованого майна, а й бути його титульним володільцем, що надає змогу оптимальним чином вирішити проблему захисту його прав і законних інтересів, пов'язаних з майном, переданим у найм. Мається на увазі надання наймачеві як титульному володільцю речово-правових способів захисту від посягань зі сторони третіх осіб на майно, передане у найм, згідно зі ст. 396 ЦК України.

Окремі види договору найму (оренди) належать до групи договорів про передавання майна у тимчасове користування, які опосередковують відносини з тимчасового володіння та користування майном. Реалізація суб'єктивних прав і виконання обов'язків сторонами таких договорів здійснюється різними способами та засобами, в різному обсязі та послідовності, що обумовлює різну обмеженість такої діяльності часовими межами.

Метою цієї статті є визначення особливостей цивільно-правового регулювання строків у договорі прокату як одного із видів договорів про передавання майна у тимчасове користування.

Термін «прокат» вживався ще у дореволюційному законодавстві, щоправда, лише як одна із назв договору майнового найму. Як зазначав Д. І. Мейер, терміном «прокат» найменувався, зазвичай, найм меблів, загалом рухомого майна [2, с. 260].

У радянський період з'явився особливий вид договору майнового найму – побутовий прокат, під яким розумівся договір найму предметів домашнього вжитку, музичних інструментів, спортивного інвентаря, легкових автомобілів та іншого майна особистого використання, що надавалося у користування громадянам державною, кооперативною чи громадською організацією. За ЦК 1963 р., якщо максимальний строк договору майнового найму становив десять років, а строк найму обладнання та іншого майна – один рік, то строк побутового прокату не повинен був перевищувати строку, визначеного відповідним типовим договором побутового прокату. Договір побутового прокату, укладений без визначення строку, вважався укладеним на строк, встановлений типовим договором побутового прокату [3, с. 335].

У сучасній юридичній літературі нерідко зазначається, що регулювання відносин побутового прокату за допомогою типових договорів у той час було зрозумілим, оскільки як наймодавці за договором прокату виступали лише державні юридичні особи, і тому держава шляхом прийняття типових договорів забезпечувала рівні умови прокату для усіх споживачів [3, с. 336].

Максимальний строк побутового прокату, як правило, обмежувався одним роком. При цьому наймачеві надавалося право відмовитися від договору побутового прокату у будь-який час без пояснення причин і

мотивів відмови від договору. Якщо платежі за прокат були внесені наймачем за весь строк прокату, дострокове розірвання договору тягло за собою обов'язок наймодавця повернути наймачеві суми платежів, що були внесені за період після розірвання договору.

Відповідно до ч. 1 ст. 787 ЦК України за договором прокату наймодавець, який здійснює підприємницьку діяльність з передання речей у найм, передає або зобов'язується передати рухому річ наймачеві у користування за плату на певний строк.

З точки зору загальної характеристики цивільно-правових зобов'язань договір прокату є двостороннім, взаємним, консенсуальним, оплатним [4, с. 203], укладається в усній формі. Організація прокату видає письмовий документ, наприклад, квитанцію.

Договір прокату є консенсуальним, оскільки вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди за всіма істотними умовами. На нашу думку, у визначенні договору прокату посилення на те, що наймодавець «передає» або «зобов'язується передати» вказують не на момент укладення договору, а на випадки, коли відбувається передання речі: або в момент укладення такого договору («передає»), або після укладення договору («зобов'язується передати»). Так, наймодавець зобов'язаний передати річ у користування наймачеві негайно або у строк, встановлений договором (ст. 765 ЦК України).

Договір прокату є оплатним, оскільки наймодавець за виконання своїх обов'язків щодо передання речі у володіння і користування наймачу має отримати від останнього плату. Цією ознакою він відрізняється від договору безоплатного користування майном, за яким майно теж передається у тимчасове користування з умовою його повернення, але безоплатно, зокрема позичка (ст. 827 ЦК України).

Договір прокату є двостороннім, оскільки кожна зі сторін цього договору (наймодавець і наймач) виконує обов'язки на користь іншої сторони і вважається боржником іншої сторони щодо того, що зобов'язана зробити на її користь, і одночасно її кредитором щодо того, що має право від неї вимагати. Більше того, в договорі прокату мають місце два зустрічні зобов'язання: обов'язок наймодавця передати наймачеві річ у володіння і користування та обов'язок наймача вносити плату за користування річчю, які взаємно обумовлюють один одного. Тому договір прокату є договором взаємним.

На відміну від загальних положень про найм (оренду), договір прокату за жодних умов не може носити характер безстрокового зобов'язання. Проте у чинному законодавстві в імперативному порядку не визначено максимальний строк дії такого договору, як, наприклад, це має місце у ЦК РФ (ст. 627) [5], де передбачено максимальний строк дії договору прокату – один рік.

Сторонами договору прокату є наймодавець і наймач. Як наймодавець за договором прокату виступає комерційна організація або індивідуальний підприємець, що здійснює передання речей у найм у формі постійної підприємницької діяльності. У свою чергу, враховуючи мету використання речі, переданої у найм, як наймач за договором прокату частіше за все виступають фізичні особи, які користуються правами

не тільки сторони (наймача), а й правами, наданими споживачам Законом України «Про захист прав споживачів». У зв'язку з тим, що договір прокату є договором приєднання, наймодавець може встановити типові умови договору прокату, які не можуть порушувати прав наймачів, встановлених законом. Умови договору прокату, які погіршують становище наймача порівняно з тим, що встановлено типовими умовами договору, є нікчемними. Крім цього, договір прокату визначений в ЦК України як публічний договір, що означає обов'язок наймодавців надавати річ у найм будь-кому, хто до них звернеться, не роблячи між наймачами відмінностей у ставках плати за користування річчю та в інших умовах найму.

З укладенням договорів прокату, як і будь-якого іншого двостороннього договору, у кожній зі сторін виникають права та обов'язки, які становлять його зміст. Здійснення суб'єктивних прав та виконання цивільних обов'язків відбувається у певних часових межах.

Поряд зі строками здійснення цивільних прав та виконання цивільних обов'язків існують і строки захисту цивільних прав.

Правова природа строків здійснення цивільних прав пов'язана з належним учасникам цивільних правовідносин суб'єктивним правом, тому, звертаючи на це особливу увагу, строками здійснення цивільних прав можна назвати строки, протягом яких особа, що має суб'єктивне право, може реалізувати ті можливості, які закладені саме в суб'єктивному праві.

Строки існування цивільних прав є строками дії суб'єктивних прав у часі. Основне їх призначення полягає у забезпеченні управомоченим особам часу для реалізації їх прав. Зі спливом такого строку суб'єктивне цивільне право припиняється, а можливість його реалізації втрачається.

До зобов'язань, що виникають із договору прокату, не застосовуються передбачені загальними положеннями про найм (оренду) правила про укладення договору найму (оренди) на невизначений строк і про переважне право наймача на укладення договору найму (оренди) на новий строк. Це викликано його публічним характером, наймодавцем в ньому може виступати лише суб'єкт підприємницької діяльності, що у сукупності відіграє роль «бар'єра» для переважних прав. Це варто пов'язувати з тим, що, по-перше, відповідно до положень про публічний договір підприємець не має права надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору (ч. 3 ст. 633 ЦК України), а, по-друге, це викликано необхідністю нормально здійснювати свою професійну діяльність [6, с. 90].

У зв'язку з тим, що передана за договором прокату річ може використовуватися наймачем тільки для споживчих цілей, ЦК України забороняє наймачеві здавати таку річ в піднайм, передавати свої права і обов'язки за договором прокату іншим особам. Більше того, наприклад, ЦК РФ забороняє наймачеві також надавати передане у найм майно у безоплатне використання, вносити свої права як заставу або вклад в установчий фонд господарського товариства (п. 2 ст. 631 ЦК РФ) [5].

Строки виконання цивільних обов'язків тісно пов'язані зі строками здійснення цивільних прав. Оскільки

праву суб'єкта завжди відповідає певний обов'язок, то строк здійснення права однією особою є одночасно строком виконання обов'язку іншою особою. Неухильне дотримання строків виконання цивільних обов'язків має важливе значення, оскільки виконання обов'язку в строк (до певного терміну) є однією з умов принципу належного виконання зобов'язання. Згідно зі ст. 526 ЦК України будь-яке цивільне зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог закону або інших актів цивільного законодавства тощо. І вже ст. 530 ЦК України врегулює строки та терміни виконання зобов'язання, з якої випливає, що належне виконання зобов'язання можливе тільки в установленний строк або за умови його дотримання.

Основними обов'язками наймодавця за договором прокату є:

– передати річ наймачеві у строки і на умовах, визначених у дооворі прокату. У разі порушення цього зобов'язання наймач має право вимагати від наймодавця передавання речі та відшкодування збитків, завданих затриманням передавання, або відмовитись від договору і вимагати відшкодування збитків, завданих йому невиконанням договору.

Предметом договору прокату може бути лише рухома річ, яка використовується для задоволення побутових невиробничих потреб або виробничих потреб, якщо це встановлено договором, тобто річ, призначена для особистого, сімейного, домашнього або іншого використання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю. Надання предметів прокату, наприклад, на пляжах, катках, лижних станціях, у парках та зонах відпочинку може здійснюватися під грошову заставу, розмір якої визначає наймодавець. Відпочиваючим у санаторіях і будинках відпочинку предмети прокату надаються не більше як на строк перебування їх у цих закладах за пред'явленням паспорта і санаторно-курортної книжки. Побутові машини, побутова радіоелектронна апаратура та інші предмети побутової техніки мають бути опломбовані. За збереження пломби відповідає наймач [4, с. 208].

Так, у листопаді 2004 року спільне підприємство торговельна база «Грисан Хамб» (далі – позивач) звернулось до господарського суду Автономної Республіки Крим із позовом до ТОВ «Киномир-Юг» (далі – відповідач) про стягнення 14 145,00 доларів США за невиконання відповідачем зобов'язань за договором прокату кінофільму № 77 від 01.07.2003 р.

Рішенням господарського суду Автономної Республіки Крим у позові відмовлено. Постановою Севастопольського апеляційного господарського суду рішення суду першої інстанції залишено без змін.

Вищий господарський суд України вважає, що касаційна скарга СП ТБ «Грисан Хамб» підлягає частковому задоволенню на підставі того, що, як вбачається з матеріалів справи та встановлено судами попередніх інстанцій, 01 липня 2003 року між позивачем та відповідачем укладено договір № 77 про прокат кінофільму, відповідно до якого позивач набуває право здійснити або дозволити здійснити прем'єрний кінопоказ художніх фільмів – «Молодожены», «Х-2» і «Телефонная будка», право на прокат яких належить відповідачу, в

кінотеатрі «Флакера», м. Кишинів. На виконання умов цього договору позивач перерахував відповідачеві як передплату за авторські права 11 500 дол. США.

17.07.2003 р. сторонами складено акт виконаних робіт, згідно з яким відповідач передав право (авторське), у тому числі і на музичний супровід, на зазначені вище художні фільми.

Суди в основу своїх рішень поклали наведений акт виконаних робіт від 17.07.2003 р., який, на їх думку, підтверджує факт виконання відповідачем взятих на себе за договором зобов'язань. Проте господарські суди попередніх інстанцій не звернули уваги й не надали жодної оцінки тому факту, що за актом виконаних робіт відповідач передав позивачеві авторське право на художні фільми тоді, коли відповідно до умов договору відповідач зобов'язаний був передати позивачеві копії фільмів і рекламні матеріали. З огляду на це Вищий господарський суд України постановою від 17 січня 2006 р. ухвалив справу передати на новий розгляд до господарського суду Автономної Республіки Крим, оскільки не повністю дослідженим судами залишилося питання про те, що все ж таки було предметом виконаних робіт за згаданим актом: передавання права на фільми чи передавання власне самих фільмів [7];

– проводити за власний рахунок як капітальний, так і поточний ремонт речі, якщо він не доведе, що пошкодження речі сталося з вини наймача (ч. 3 ст. 791 ЦК України).

За договором прокату наймач зобов'язаний використовувати річ за цільовим призначенням. У разі відмови від договору прокату, закінчення строку його дії наймач зобов'язаний повернути наймодавцеві річ на умовах, зазначених у договорі. Якщо наймач допустив погіршення стану речі, переданої в користування, або її загибель, він має відшкодувати наймодавцеві збитки, якщо не доведе, що погіршення або загибель речі сталися не з його вини.

Так, наймач має право відмовитися від договору прокату і повернути річ у будь-який час (ст. 790 ЦК України). При цьому плата за прокат, що сплачена наймачем за весь строк договору, зменшується відповідно до тривалості фактичного користування річчю. Тобто при достроковому поверненні наймачем узятого на прокат майна наймодавець зобов'язаний повернути йому відповідну частину отриманої плати за користування річчю, вирахувавши її від дня, наступного за днем фактичного повернення речі. Проте, хоча ЦК України і встановлює право наймача відмовитися від договору прокату і повернути річ у будь-який час, та при цьому не передбачає його обов'язок письмового попередження заздалегідь про це наймодавця. Наприклад, у ЦК РФ договір прокату може бути розірваний за ініціативою орендаря у будь-який час за умови письмового попередження орендодавця не менше ніж за десять днів про свій намір відмовитися від договору.

Орендар також зобов'язаний:

– використовувати та зберігати річ відповідно до умов договору, запобігати її пошкодженню та псуванню;

– вносити плату за користування річчю своєчасно і в повному обсязі. Відповідно до ч. 1 ст. 789 ЦК України плата за прокат речі встановлюється за тарифами наймодавцями. При відмові наймача від договору прокату плата за прокат речі, що сплачена наймачем за весь строк

договору, зменшується відповідно до тривалості фактичного користування річчю.

Договором оренди можуть бути встановлені й інші обов'язки сторін, а також передбачатися санкції за невиконання або неналежне виконання обов'язків як наймачем, так і наймодавцем.

До позовної давності як строку захисту цивільних прав, що поширюється на вимоги, які випливають із договору прокату, застосовуються відповідні загальні положення про найм (оренду), передбачені ст. 786 ЦК України. Так, до вимог про відшкодування збитків у зв'язку з пошкодженням речі, яка була передана у користування наймачеві, а також до вимог про відшкодування витрат на поліпшення речі застосовується позовна давність в один рік. Перебіг позовної давності щодо вимог наймодавця починається з моменту повернення речі наймачем, а щодо вимог наймача – з моменту припинення договору найму.

Висновки. Договір прокату є одним із видів договорів про передачу майна у тимчасове користування, суть яких полягає у тому, що одна сторона (наймодавець) передає або зобов'язується передати іншій стороні (наймачеві) майно у користування за плату на певний строк.

Здійснення цивільних прав у часовому відношенні нерозривно пов'язане зі строками виконання цивільних обов'язків. Насамперед це проявляється при реалізації суб'єктами цивільних правовідносин права вимоги, особливо у тих випадках, коли правомочна особа може вимагати від зобов'язаної особи (суб'єкта права)

виконання певних активних дій в межах конкретних строків або до відповідного терміну.

Поряд зі строками здійснення цивільних прав та виконання цивільних обов'язків існують і строки захисту цивільних прав. З матеріальними строками захисту цивільних прав, у свою чергу, тісно пов'язані саме процесуальні строки, які також слід враховувати при визначенні загальної тривалості процесу захисту порушених прав від моменту порушення цивільного права до моменту захисту.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України*: Прийнятий 16 січня 2003 року. – К.: Істина, 2003. – 368 с.
2. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право: В 2 ч. Ч. 2 / Д. И. Мейер. – М., 1997. – 661 с.
3. *Козырь О. М.* *Аренда* // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. – М., 1996. – 330 с.
4. *Цивільне право*: навчальний посібник / За заг. ред. Р. О. Стефанчука. – К.: Наукова думка, 2004. – 448 с.
5. *Гражданский кодекс* Российской Федерации. Части первая, вторая, третья и четвёртая. Текст с изменениями и дополнениями на 1 марта 2010 года. – М.: «Законы и кодексы», 2010. – 512 с.
6. *Крат В. І.* Переважні права: цивільно-правовий аспект: Дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. І. Крат. – Харків, 2007. – 218 с.
7. *Постанова* Вищого господарського суду України від 17 січня 2006 р. у справі за № 2-18/2226-2005.

Milovska Nadiya in the scientific article analyses the features of the civil legal adjusting of terms in the contract hiring as one of the types of contracts about the transfer of property for temporal using.

В статті проаналізовані особливості громадянсько-правового регулювання строків в договорі прокату як одного з видів договорів о передачі имуществва в краткосрочное использование.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ СТОРІН ДОГОВОРУ НАЙМУ

Вавженчук С. Я.,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільного та трудового права юридичного факультету

Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

У статті звертається увага на права та обов'язки сторін за договором найму, а також на їх особливості. Особливо увага звертається на групи обов'язків сторін договору найму та проблеми змісту договору найму.

Ключові слова: договір, договір найму (оренди), зобов'язання.

Ефективність національної системи договірної права, у першу чергу, залежить від формулювань цивільно-правових норм, які регулюють договірні відносини, засобів, які використовує законодавець для побудови такої системи. Не можна заперечувати тієї тези, що серед низки договорів договір найму виступає провідною рушійною силою майнового обороту. Саме тому ґрунтовне дослідження прав та обов'язків сторін договору найму, законодавства, що регламентує зміст договору найму, є доречним, адже це дає можливість виявити прогалини чинного законодавства та латентні проблеми правозастосування у сфері договірних відно-

син найму. У першу чергу, актуальність наукової розвідки обумовлена тим, що аналіз цивільного законодавства, яке покликане регулювати відносини, що випливають із договору найму в сучасних умовах розбудови в Україні демократичної та правової держави, дасть можливість глибше зрозуміти процес його трансформації та вектори розвитку.

Проблеми змісту договору найму виступали предметом наукових дискусій у різні періоди розвитку договірної права. Серед наукових досліджень, присвячених договору найму та його елементам, важливо виділити праці таких відомих учених як М. І. Брагинський,

В. В. Вітрянський, О. В. Дзера, О. С. Іоффе, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, Д. І. Мейер, Р. А. Майданик, Г. Ф. Шершеневич, Я. М. Шевченко та інші.

Доктринальні здобутки різних періодів розвитку договірних відносин найму, що окреслені у працях провідних науковців [1, с. 193; 2, с. 380; 3, с. 324; 4, с. 614], вказують не лише на популярність вживаності відповідної договірної конструкції, а також на необхідність її правового вдосконалення. Втім, незважаючи на наявність чисельних наукових праць, категорія змісту договору найму потребує подальшого вивчення з огляду на переосмислення вихідних положень приватного законодавства до вимог сьогодення.

Проблема реалізації прав та обов'язків, що впливають із договору найму, удосконалення правової регламентації змісту договору найму вказують на гостру актуальність теми статті та обумовлюють її вибір.

Метою нашого дослідження є теоретичний аналіз особливостей прав та обов'язків сторін договору найму.

На початку наукової розвідки слід підкреслити, що зміст договору належить до конструктивних елементів договору найму. Отже, як наймодавець, так і наймач мають відповідні права та обов'язки на підставі того, що договір найму належить до двосторонніх договорів.

До основного обов'язку наймодавця слід віднести обов'язок передачі майна у користування наймачу негайно або у строк та в якості, що визначені умовами договору найму. Згадавши про обов'язок передачі майна, а отже, і речі, слід зазначити, що така річ, передана наймодавцем наймачу, має відповідати стану та комплектності, що надає змогу здійснювати користування нею за призначенням. Якщо річ має недоліки, особливі властивості, які відомі наймодавцю і можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна наймача, третіх осіб або призвести до пошкодження самої речі під час користування нею, то наймодавець зобов'язаний попередити про них наймача на підставі ч. 2 ст. 767 ЦК України.

Якщо майно не передане наймодавцем наймачу у строк, визначений договором найму, то відповідно до ч. 1 ст. 766 ЦК України наймач набуває речове право вимоги до наймодавця щодо передання майна. Виходячи із аналізу змісту ч. 1 ст. 766 ЦК України, слід констатувати, що законодавець застосував саме речовий елемент у зобов'язальних правовідносинах, що призвело до змішання речових та зобов'язальних правовідносин. Наділення орендаря правом вимоги до наймодавця щодо передання майна не вписується у зобов'язально-правову конструкцію договору найму, але виступає відповідною гарантією захисту прав орендаря. Вказана нормативна позиція у свій час не знайшла підтримки у працях Г. Ф. Шершеневича [5, с. 441], І. М. Трепіцина [6, с. 6-7]. На думку В. В. Вітрянського, наділення орендаря правом вимоги відібрання у судовому порядку в орендодавця переданого у найм майна хоча і дещо погіршує теоретичну конструкцію зобов'язально-правового правовідношення, проте є необхідним, а також слугує цілям оптимального захисту прав орендаря [7, с. 466].

Факт передання речі, обтяженої правами третіх осіб, у найм не тягне за собою наслідок у вигляді припинення або зміни прав на неї третіх осіб. Обтяжен-

ня майна правами третіх осіб може виражатися правом застави, сервітутом та ін. Такі права третіх осіб мають місце під час строку дії договору найму. На підставі ч. 2 ст. 769 ЦК України на наймодавця покладається обов'язок повідомлення наймача про всі права третіх осіб на річ, що передається у найм. Невиконання встановленого обов'язку тягне за собою виникнення у наймача права вимоги зменшення розміру плати за користування річчю або розірвання договору та відшкодування збитків.

На відміну від цивільного законодавства УРСР Цивільний кодекс України містить диспозитивне положення, яке надає можливість наймодавцю брати на себе обов'язок щодо гарантії якості речі, переданої у найм. Якщо у речі, яка була передана наймачеві з гарантією якості, виявляться недоліки, що перешкоджають її використанню відповідно до умов договору, наймач наділений правом за своїм вибором вимагати на підставі ч. 2 ст. 768 ЦК України: 1) заміни речі, якщо це можливо; 2) відповідного зменшення розміру плати за користування річчю; 3) безоплатного усунення недоліків речі або відшкодування витрат на їх усунення; 4) розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому завдані.

Безперечно, особливість договору найму проявляється у правонаступництві, що має місце при зміні власника речі, переданої у найм. правонаступництво у разі зміни власника речі, переданої у найм, має місце тоді, коли під час дії договору найму змінюється власник цієї речі. Така зміна власника можлива на підставі договору купівлі-продажу, дарування тощо. правонаступництво у разі зміни власника речі, переданої у найм, полягає у тому, що права та обов'язки наймодавця переходять до нового власника речі, яка передана у найм, з моменту виникнення права власності на неї у нового власника. Такий висновок логічно впливає з ч. 1 ст. 770 ЦК України і вказує на факт слідування найму за річчю, яка передана у найм. На підставі диспозитивної норми ч. 2 ст. 770 ЦК України сторони мають право визначити, що договір найму буде вважатися припиненим за умови відчуження наймодавцем речі.

Також до особливостей договору найму слід віднести і те, що факт передання у найм застрахованої наймодавцем речі не впливає на чинність договору страхування. Тобто передання речі у найм не тягне своїм наслідком припинення чинності договору страхування цієї речі, укладеного наймодавцем із страховою компанією.

Розглядаючи зміст договору найму, не можна не звернути увагу на обов'язки наймача. Класично виокремлюють три групи обов'язків наймача, що впливають з договору найму (оренди).

До першої групи відносять обов'язки щодо користування майном, переданим у найм. Наймач зобов'язаний використовувати річ, що передана в найм відповідно до її призначення та умов договору найму (ч. 1 ст. 773 ЦК України). Таким чином, користування наймачем річчю має включати два елементи. По-перше, користування річчю, переданою у найм, має здійснюватися виключно до її цільового призначення. По-друге, таке користування річчю наймач зобов'язаний здійснювати на підставі положень договору найму. Положення

договору найму можуть містити ряд обмежень щодо користування річчю. Норми ч. 2 ст. 773 ЦК України передбачають негативні наслідки у вигляді наявності права вимоги у наймодавця щодо розірвання договору та відшкодування збитків через те, що наймач користується річчю, переданою йому у найм, не за її призначенням або з порушенням умов договору найму. У цьому контексті слід обов'язково підкреслити, що у зазначеній нормі відсутні положення щодо негативних наслідків некористування річчю наймачем. І вказана норма стосується лише користування річчю з порушенням.

Саме користування річчю, переданою у найм, за юридичною природою належить до права наймача, а тому не може носити ознаки обов'язку. Користування річчю може бути обмежене законом або договором найму. Зокрема, законом може бути встановлений спеціальний порядок використання речі, переданої у найм.

До другої групи обов'язків наймача відносять обов'язки щодо внесення плати за користування майном. Розмір, строк внесення, форма плати мають бути визначені у договорі найму. Відсутність умови про розмір або строк внесення плати за користування майном не є підставою для визнання такого договору недійсним. Якщо розмір плати не встановлений договором, він визначається з урахуванням споживчої якості речі та інших обставин, які мають істотне значення (п. 2 ч. 1 ст. 762 ЦК України). Якщо строк внесення плати не визначений у договорі найму, плата за користування майном вноситься щомісячно на підставі ч. 5 ст. 762 ЦК України.

До третьої групи обов'язків наймача належать обов'язки щодо повернення майна, яке передане у найм. Обов'язок щодо повернення майна, переданого у найм, виникає з моменту спливу строку найму або припинення договору найму на іншій підставі. На підставі ч. 1 ст. 785 ЦК України у випадку припинення договору найму наймач зобов'язаний повернути річ наймодавцю у стані, в якому вона була одержана, з урахуванням нормального зносу, або у стані, який було обумовлено в договорі. Невиконання обов'язку щодо повернення речі, переданої у найм, тягне своїм наслідком виникнення у наймодавця права вимоги від наймача сплатити неустойку в розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення на підставі ч. 2 ст. 785 ЦК України. Сплата наймачем неустойки наймодавцю не позбавляє обов'язку повернути річ, передану у найм, наймодавцеві. Якщо зазначений обов'язок не виконується наймачем, то наймодавець може витребувати своє майно шляхом подання до суду виндекаційного позову (позову про витребування майна з чужого незаконного володіння).

Наймач має право передати майно у користування іншій особі (піднайм) лише за згодою наймодавця (ч. 1 ст. 774 ЦК України). Такі відносини ще називаються суборендою. Термін «піднайм» на відміну від терміна «суборенда» знайшов своє відображення в Цивільному кодексі України. Однак Господарський кодекс України, навпаки, оперує терміном «суборенда». З огляду на позицію законодавця щодо тотожності термінів «найм» і «оренда» вищезгадані терміни «піднайм» та «суборенда» слід вважати взаємозамінними. Згода наймодавця на передачу майна в піднайм може міститися у змісті

договору найму або окремо від договору. Цивільний кодекс України не містить спеціальних вимог щодо форми, в якій має бути виражена така згода наймодавця. З огляду на це вона може бути виражена у будь-якій формі.

Норми ст. 288 ГК України містять правило, за яким орендар наділений презумпцією здійснення суборенди окремих об'єктів оренди, якщо інше не встановлено договором або законом. У той же час вказана норма забороняє передачу в суборенду цілісних майнових комплексів.

На підставі того, що договір піднайму є похідним від договору найму, строк дії договору піднайму не може перевищувати строк дії договору найму. Припинення договору найму у будь-який спосіб тягне за собою припинення договору піднайму. Таку саму позицію висвітлено у ч. 2 ст. 774 ЦК України та судовій практиці [8]. Однак договір піднайму не є підставою для виникнення договірних правовідносин між наймодавцем та піднаймачем, тобто між наймодавцем та піднаймачем відсутній правовий зв'язок, окреслений договором.

До особливостей піднайму слід віднести те, що за договором прокату наймач позбавлений права укласти договір піднайму на підставі ч. 1 ст. 791 ЦК України. Ще одна особливість має місце у договорі піднайму житла. Відповідно до ч. 1 ст. 823 ЦК України за договором піднайму житла наймач за згодою наймодавця передає на певний строк частину або все найняте ним помешкання у користування піднаймачеві. У цьому випадку у піднаймача не виникає окремого та самостійного права користування житлом.

Орендар має право передати земельну ділянку або її частину у суборенду не змінюючи її цільового призначення за умови, що це має бути передбачено договором оренди або орендодавець надав відповідну письмову згоду. Відповідно до ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оренду землі» якщо протягом одного місяця орендодавець не надішле письмового повідомлення щодо своєї згоди чи заперечення, орендована земельна ділянка або її частина може бути передана в суборенду [9]. У разі укладення договору суборенди земельної ділянки, він в обов'язковому порядку підлягає державній реєстрації. Такий публічний елемент обтяження суборендних відносин землі зумовлений наявністю спеціального предмета договору. До того ж на підставі ч. 7 ст. 21 Закону України «Про оренду землі» сторони договору суборенди землі позбавлені права встановити плату за суборенду земельної ділянки державної і комунальної власності у розмірі, що перевищує плату за договором оренди землі.

Не можна обійти увагою і можливість поліпшення наймачем речі. Поліпшення наймачем речі, переданої у найм, можливе лише за згодою наймодавця на підставі ч. 1 ст. 778 ЦК України. Поліпшення речі поділяються на види. По-перше, це поліпшення, які можуть бути відділені від речі без її пошкодження. Відповідно до ч. 2 ст. 778 ЦК України якщо поліпшення можуть бути відокремлені від речі без її пошкодження, наймач має право на їх вилучення. По-друге, це поліпшення, які не можна відокремити без шкоди для речі. Враховуючи ч. 5 ст. 778 ЦК України, якщо наймач без згоди наймо-

давця зробив поліпшення, які не можна відокремити без шкоди для речі, він не має права на відшкодування їх вартості.

Разом із тим трапляються випадки, коли здійснені наймачем поліпшення за згодою наймодавця можуть призвести до створення нової речі. У цьому разі наймач поряд з наймодавцем буде вважатися співвласником такої речі на підставі ч. 4 ст. 778 ЦК України.

Підсумовуючи, констатуємо, що мету даної праці досягнуто, адже здійснено теоретичний аналіз особливостей прав та обов'язків сторін договору найму. Разом із тим автор дійшов висновків.

По-перше, виходячи зі змісту ч. 1 ст. 766 ЦК України слід констатувати, що законодавець застосував саме речовий елемент у зобов'язальних правовідносинах, що призвело до змішання речових та зобов'язальних правовідносин. Як наслідок слід констатувати, що наділення орендаря правом вимоги до наймодавця щодо передання майна не вписується у зобов'язально-правову конструкцію договору найму, але разом із тим виступає відповідною гарантією захисту прав орендаря.

По-друге, прогалиною є те, що у ст. 773 ЦК України відсутні положення щодо негативних наслідків не користування річчю наймачем. Більше того, вказана норма стосується лише користування річчю з порушенням.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Договірне право*. 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. 1200.

2. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский – М.: «Статут», 2002. – 800 с.

3. *Иоффе О. С.* Избранные труды: в 4-х т. Т. III Обязательственное право / О. С. Иоффе – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 837 с.

4. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право / Д. И. Мейер – М.: СТАТУТ, 2000. – 831 с.

5. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. По изд. 1907 г. / Г. Ф. Шершеневич – М.: 1995. – 650 с.

6. *Трепицын Н. И.* Гражданское право губерний Царства Польского и русское / Н. И. Трепицын. – Варшава. 1917. – 468 с.

7. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. Изд. 4-е, стереотипное / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2002. – 800 с.

8. *Постанова Верховного Суду України від 10 жовтня 2003 р.* // Практика розгляду господарських спорів судами України: довідник на 2005 рік. – К.: 2005, Юридична практика. – 368 с.

9. *Закон України «Про оренду землі» від 06 жовтня 1998 р. № 161-XIV* // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 46–47. – Ст. 280.

The article focuses on the rights and obligations of the parties to the contract of employment and their features. Particular attention is paid to the groups of obligations of the parties and issues of the employment contract contents.

В статтє обрацаеться внимание на права и обязанности сторон договора найма, а также их особенности. Отдельное внимание уделяется группам обязанностей сторон договора найма и проблемам содержания договора найма.

ОСОБЛИВОСТІ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ АГЕНТСЬКОГО ДОГОВОРУ В УКРАЇНІ ТА РЕСПУБЛІЦІ МОЛДОВА: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Проценко В. В.,

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

Статтю присвячено порівняльно-правовому дослідженню комерційного представництва країн-сусідів – України та Республіки Молдова. Проаналізовано сферу застосування названих відносин, питання прямого та непрямого представництва, монопольних та немонопольних агентських відносин та інші не менш важливі аспекти. Запропоновано доповнення до діючого законодавства з урахуванням особливостей національного регулювання.

Ключові слова: комерційне представництво, комерційний агент, контрагент, агентський договір, принципал.

В умовах сучасного оновлення і розвитку нових концептуальних підходів до пострадянської юридичної науки виникає потреба в новому осмисленні місця, ролі та значення порівняльного правознавства в системі юридичних дисциплін наукового та навчального профілів.

Виявлення особливостей правового регулювання того чи іншого правового феномена ґрунтується на застосуванні порівняльного методу при вивченні права як об'єкта інтелектуальної діяльності [11, с. 150]. Беручи до уваги той факт, що право України та Республіки Молдова належить до континентальної системи права, порів-

няння того чи іншого правового інституту на макрорівні має виявляти більшу подібність, ніж розбіжність.

Дійсно, сам факт включення агентського договору до corpus juris національного права України та Республіки Молдова однозначно свідчить про подібність відправних засад, якими керувалися законодавці щодо принципової необхідності врегулювання агентського договору нормами кодифікованих нормативних правових актів.

Виявивши таким чином подібність на макрорівні, в той самий час не можна не звернути увагу на певні розбіжності, що простежуються в стилі кодифікації, у

визначенні ролі й місця агентського договору в законодавстві України і Республіки Молдова.

Дослідженням комерційного посередництва чи схожих договірних конструкцій торговельного представництва та посередництва в зазначених країнах займалися В. А. Васильєва, А. І. Дрішлюк, А. Л. Дядюк, В. П. Ігнат'єв, Р. В. Колосов, О. В. Полтавський, О. В. Трояновський, О. А. Халабуденко та інші [3]. Проте в їх працях порівняльно-правовий аналіз між країнами, що досліджуються, не проводився.

Інститут агентського договору належить до числа відносно нових і, як наслідок, недостатньо повно розроблених приватноправових конструкцій України та Республіки Молдова. Остання обставина порушує питання про відповідність норм, покликаних урегулювати відносини, що виникають при здійсненні агентського договору, характеру та природи цих відносин.

Дійсно, якщо проаналізувати систему договорів, закріплену нормами об'єктивного права в законодавстві України та Республіки Молдова, то можна виявити низку принципів розбіжностей у розумінні агентського договору. Насамперед слід звернути увагу, що на сьогодні ЦК України не містить легального визначення агентського договору «як конструкції, яка має право на самостійне існування» [8, с. 850]. При цьому, однак, норми родового інституту, що обумовлюють саму суть агентського договору, – інституту представництва – закріплені в гл. 17 «Представництво» ЦК України. Зазначена обставина, безумовно, свідчить про порушення предметної єдності генезисно-пов'язаних інститутів представництва й агентського договору, і, мабуть, не може бути обґрунтована ні виходячи з політико-правової концепції регулювання приватноправових відносин, ні, тим більше, із завдань юридичної догматики.

При цьому принципово важливе значення має аналіз ст. 243 ЦК України, що містить загальні положення про комерційне представництво. Комерційне представництво ґрунтується на нормах, з відомими винятками, встановлених для представництва в цілому, й може розглядатися як вид добровільного (заснованого на волі виявленні осіб) представництва з особливим суб'єктивним складом і сферою застосування.

Принциповий підхід українського законодавця, спрямований на неприпустимість змішування понять прямого та непрямого представництва, знайшов відображення, як відомо, і у відповідних нормах ГК України, яким врегульовано агентські відносини в сфері господарювання: не є комерційними агентами підприємці, що діють хоча й у чужих інтересах, але від власного імені (п. 3 ст. 295 ГК України). Нагадаємо, що аналогічні за своїм правовим змістом приписи містить і ЦК РМ, причому ці правила повною мірою поширюються і на дії комерційного агента. У зв'язку з цим виникає важливе, з погляду систематизації правового матеріалу, питання: наскільки виправдане жорстке розмежування дій від чужого імені (пряме представництво) і дій від власного імені, але в чужих інтересах (непряме представництво) стосовно моделі агентського договору?

Слід зауважити, що подібно до договорів доручення й комісії, агентський договір припускає діяльність однієї сторони за рахунок та в інтересах іншої сторони. Здається, що для агентського договору конкретний

спосіб участі агента у відносинах із третіми особами, що є констатуючою ознакою для договорів доручення та комісії (і який лежить в основі розмежування цих договорів), принципового значення не має. Г. Є. Авілов з цього приводу зазначає, що зміст агентського договору полягає саме в тому, що діяльність, що здійснюється агентом за дорученням та в інтересах принципала, породжує для принципала майнові наслідки [1, с. 525]. Згідно з наведеною думкою можна зробити висновок, що визначальне значення тут відіграє економічне підґрунтя дій учасників. Дії від власного імені та дії від чужого імені, якщо їх розглядати з економічної точки зору, є «гілками одного дерева» [11, с. 150].

Отже, агентський договір – це договір виключно підприємницький. Таке уявлення про агентський договір ґрунтується значною мірою на специфіці його правового регулювання, що склалася з урахуванням особливостей і в Україні, і в Республіці Молдова. Дійсно, якщо під підприємницьким договором розуміється такий, «у якому обома сторонами або хоча б однією з них є юридична особа, або фізична особа-підприємець, які здійснюють передачу товарів, виконання робіт або надання послуг з метою здійснення підприємницької діяльності, або з іншою метою, не пов'язаною із особистим (сімейним, домашнім) споживанням» [9, с. 28], то агентський договір, оскільки він урегульований в Україні та Республіці Молдова, слід визнати підприємницьким.

Однак зазначимо, що, на нашу думку, агентський договір може бути застосований до надто широкої сфери відносин. Пояснюється це тим, що предметом агентського договору можуть бути не лише дії, що спричиняють юридичні наслідки, а й інші дії, що таких наслідків не викликають. Предметом агентського договору можуть бути як дії договірного типу (дії страхових, туристичних, торгових, медіа-агентів тощо), так і недоговірні дії, з якими, однак, також пов'язані ті чи інші правові наслідки. Нарешті, предметом агентського договору можуть бути і такі дії, які правових наслідків не викликають взагалі [5, с. 673].

Наприклад, особа, яка діє як агент, приймаючи на себе обов'язок із збуту товарів принципала, не тільки укладає договори на їх продаж, а й проводить рекламні й інші маркетингові заходи. Агентська діяльність досить поширена в культурно-творчій сфері, де агенти – «імпресаріо», «продюсери» та інші здійснюють в інтересах своїх клієнтів (принципалів) як юридично значущі, так і фактичні дії з оформлення відносин з театрами, кіностудіями, видавцями щодо організації та здійснення різних заходів, дозволяючи клієнтам (принципалам) зосередитися винятково на творчій стороні справи.

У таких та аналогічних ситуаціях неможливо обійтися однією із традиційних конструкцій договору доручення, комісії або платного надання послуг. Інститут агентського договору може повною мірою заповнити обмеженість названих договорів і послужити договірною конструкцією [7, с. 110].

У цьому зв'язку Є. О. Суханов справедливо зазначає, що агентський договір може використовуватися як у підприємницькому обігу, так і в інших цивільно-правових відносинах, де, слід пам'ятати, мо-

жуть існувати відомі особливості. Так, у сфері використання результатів творчої діяльності агентський договір може бути пов'язаний з придбанням, передачею або використанням виключних прав (авторів, патентовласників, суб'єктів суміжних прав), що вимагає урахування їх особливої юридичної природи. У зв'язку з цим можлива поява окремих видів агентського договору, особливості режиму яких встановлюються спеціальними законами [10, с. 3].

Як бачимо, істотна відмінна ознака агентського договору полягає в тому, що він поєднує між собою дві протилежні сфери цивільного обороту: комерційну та культурно-творчу. В основі такого об'єднання лежить загальна мета – здійснення підприємцями, що виступають як посередники, як юридичних, так і фактичних дій у чужих інтересах.

Тож, виходячи з функціональної єдності інституту комерційного представництва й агентського договору, доцільно закріпити правило, що надасть можливість комерційному представнику (агенту) діяти як від імені принципала, так і від власного імені, але в інтересах принципала.

Здійснення агентом юридично значущих дій як від імені принципала, так і від власного імені, але в інтересах і за рахунок принципала; і в першому, й у другому випадках агентський договір буде відповідати основним своїм ознакам: «1) спрямованості на надання однією особою сприяння в реалізації суб'єктивних прав та обов'язків і реалізацію цих прав у відносинах із третіми особами; 2) можливості агента реалізувати своє суб'єктивне право щодо здійснення правомірних дій в інтересах іншої особи незалежно від імені кого він виступає, але з юридичними наслідками для цієї особи» [8, с. 852]. У такому випадку, і лише в такому випадку, агентський договір можна розглядати як «одну з основних підстав виникнення відносин із договірною представництва» [8, с. 853].

Оскільки норми, спрямовані на регулювання відносин, що випливають із агентського договору, в Україні містяться як у сфері цивільного законодавства, так й у сфері господарського законодавства, виникає законне питання про галузеву належність агентського договору. У спеціальній літературі неодноразово зазначалось, що на практиці немає, та й не може бути чистих галузей законодавства, що містять норми лише однієї галузі права. Аналіз розглянутого матеріалу свідчить про те, що слід погодитися з думкою тих дослідників, які вважають, що «сукупність комплексних нормативних актів становить комплексне законодавство, за допомогою якого забезпечується консолідація норм, групування їх у самостійні рубрики, скорочення їхньої множинності й усунення між ними протиріч» [12, с. 36].

Слід також погодитися з точкою зору тих учених, які відносять господарське законодавство до комплексних правових утворень, а господарське право вважають комплексною галуззю права. Безумовно, «комплексний характер галузей законодавства в цілому й окремих нормативних актів впливає не тільки на формування прав та їхній зміст, але й на формування їх окремих правових інститутів» [2, с. 291].

Абсолютно нелогічним було б твердження, що в кожній галузі права існує відособлений правовий

інститут, що співіснує поряд з аналогічним інститутом, але в іншій галузі права. Виходячи з цього, не можна визнати науково коректною точку зору, що поряд з інститутом цивільно-правового договору існує інститут господарського договору. Як бачимо, можна погодитися з позицією тих учених, які вважають, що договірне право «повинно бути визнане генеральним інститутом цивільного права комплексного характеру, а окремі види договорів (договірних зобов'язань) – як спеціальні інститути (субінститути), норми яких регулюють відносно самостійні договірні відносини за їхніми предметними ознаками» [2, с. 291].

З огляду на вищезазначене виходить, що агентський договір належить до комплексних правових інститутів договірного права. Причому стрижневою основою норм, що регулюють агентський договір (виходячи із приватноправової природи відносин, що виникають із даного договору), служать норми цивільного права. Незважаючи на те, що основний масив норм, спрямованих на регулювання агентських відносин, міститься безпосередньо в ГК України, норми господарського права стосовно агентського договору можна визначити як допоміжні.

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

Визначивши основні аспекти порівняльно-правового аналізу агентського договору на макрорівні, перейдемо безпосередньо до порівняльно-правового аналізу окремих елементів досліджуваного правового інституту.

Значним недоліком у порівняльно-правовому регулюванні відносин, що припадають на сферу агентського договору, на нашу думку, є відсутність його легального визначення в законодавстві Республіки Молдова. Зазначений вище підхід молдавського законодавця, за яким агентський договір називається, але не визначається у вигляді певної моделі поведінки його сторін, приводить до відірвання його від суміжних договірних конструкцій, зокрема договору доручення й посередництва.

На протипагу підходу, що склався в законодавстві Республіки Молдова, законодавець України легально закріпив визначення агентського договору у п. 1 ст. 297 ГК України, сформулювавши його як консенсуальну договірну модель, причому через призму обов'язків комерційного агента. Погодившись у цілому із запропонованим українським законодавцем визначенням агентського договору, слід зазначити, що й воно не позбавлено деяких недоліків. Зокрема, виходячи з даного визначення, бачимо, що «комерційний агент зобов'язується надати послуги в укладанні угод» [4].

Отже, приймаючи на себе обов'язок у наданні послуг, комерційний агент одержує зустрічне, стосовно названого обов'язку, право на винагороду в усіх

випадках, навіть тоді, коли мети надання послуг – здійснення угоди не буде досягнуто. Зазначене суперечить сформованому в теорії й практиці законодавства положенню, відповідно до якого право на винагороду у комерційного агента, за загальним правилом, виникає «після оплати третьою особою за угодою, укладеною при його участі» (п. 2 ст. 301 ГК України).

По-друге, специфіка агентського договору передбачає, що він може бути укладений як у письмовій формі, так і шляхом наступного схвалення принципалом здійснених комерційним агентом юридичних і фактичних дій (*ratihabito*). Очевидно, дана особливість агентського договору повинна бути врахована в його регальному визначенні.

Порівнюючи наведені приклади, пропонуємо доповнити ст. 1202 ЦК РМ ч. 3 такого змісту: «відповідно до агентського договору комерційний агент зобов'язується здійснювати за дорученням принципала і в його інтересах юридичні і (або) фактичні дії, а принципал зобов'язується виплатити комерційному агенту винагороду по досягненню мети вчинених ним дій. Тобто агентський договір укладається шляхом надання принципалом комерційному агенту повноважень або наступним схваленням дій, здійснених комерційним агентом в інтересах принципала».

Однією з особливостей правового регулювання відносин, що виникають із агентського договору, спрямованих на захист інтересів сторін договору, є положення про монопольні та немонопольні агентські відносини (ст. 299 ГК України), а також положення щодо застереження про конкуренцію (ст. 1210 ЦК РМ). Нагадаємо, що при монопольних агентських відносинах комерційний агент, що представляє суб'єкт господарювання, не має права здійснювати комерційне посередництво для інших суб'єктів господарювання в межах, передбачених договором (п. 2 ст. 299 ГК України).

У такий спосіб монопольні агентські відносини виникають на основі угоди, що обмежує суб'єктивне право комерційного агента на укладання аналогічних угод з іншими контрагентами. Підкреслимо, що в жодному разі не йдеться про обмеження дієздатності комерційного агента. В цьому випадку йдеться про зобов'язання *non facere*, змістом якого є не здійснення певної дії, а утримання від такої (бездіяльність). Для того, щоб утримання від дії набуло характер зобов'язального правовідношення, воно повинно мати належний ступінь визначеності. Отже, агентський договір при включенні до нього застереження про конкуренцію має містити чітку вказівку на характер дії, що становить зміст суб'єктивного права управомоченої сторони, якщо ні, то зобов'язання з негативним змістом, будучи сформульованим у вкрай загальному вигляді, «стає приватним обмеженням дієздатності» [6, с. 676] і тому не підлягає захисту.

Звідси виходить, що суб'єктом господарювання є принципал і для того, щоб його суб'єктивне право на обмеження конкурентної діяльності комерційного агента було захищено, він повинен конкретно визначити характер дій, що складають предмет конкуренції, період дії монопольної угоди і територію дії такої угоди. Проте слід мати на увазі, «що такі обмеження не

можуть суперечити положенням антимонопольного законодавства» [8, с. 855].

Відмінною рисою монопольної угоди від застереження про конкуренцію є те, що монопольна угода, за змістом ст. 299 ГК України, діє в період дії договору (у межах, передбачених договором), тоді як застереження про конкуренцію спрямоване на обмеження дій після припинення договору. Отже, застереження про конкуренцію відповідно до ст. 1210 ЦК РМ являє собою самостійну угоду, що встановлює зобов'язання *non facere*. Причому умовою дійсності такої угоди є укладення її в письмовій формі.

Зазначимо, що чинне законодавство Республіки Молдова не містить положень, аналогічних тим, які передбачені законодавством України щодо монопольних відносин, однак і не виключає можливості встановлення такого роду відносин угодою сторін. Враховуючи, що закони в сфері регулювання підприємницьких (за участю підприємців) відносин виконують не тільки регуляторну функцію, а й функцію стимулювання розвитку підприємництва, на нашу думку, було б важливіше закріпити положення про монопольні відносини в нормах статей ЦК РМ.

З іншого боку, беручи до уваги відсутність положень про застереження від конкуренції в статтях законодавства України, що регулює агентські відносини, пропонуємо закріпити в ньому положення аналогічне тому, що міститься в ст. 1210 ЦК РМ, передбачивши таким чином можливість укладення самостійної угоди, що обмежує діяльність комерційного агента в сфері діяльності принципала після припинення агентського договору.

Враховуючи зазначене, пропонуємо змінити формулювання правила, що встановлює обов'язок комерційного агента із збереження конфіденційної інформації, закріпивши положення про те, що обов'язок по нерозголошенню такої інформації після припинення агентського договору у комерційного агента зберігається за умови, якщо сторони уклали спеціальну угоду про захист конфіденційної інформації, що діє протягом певного строку, ними встановленого.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Авилов Г. Е.* Агентирование // Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 2. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996.

2. *Бервено С. Н., Дзера А. В.* Договорное право в системе права Украины // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 1 / Под ред. Р. А. Майданика. – К.: Правова єдність, 2008.

3. *Васильєва В. А.* Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг: монографія. – Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2006; *Дришлюк А. І.* Агентський договір: цивільно-правовий аспект: дис... на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одеська нац. юрид. академія. – Одеса, 2003; *Дядюк А. Л.* Правове регулювання комерційного посередництва (агентських відносин) у сфері господарювання: дис... на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.04 / Київ. нац. економ. ун-т ім. В. Гетьмана. – К., 2010; *Игнатъев В. П., Проценко В. В.*

Основы правового регулирования предпринимательской деятельности / Под общ. ред. Г. И. Костаки. – Кишинев, 2003; Колосов Р. В. Договір комісії і агентський договір у цивільному праві: дис... на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2004; Полтавський О. В. Договір морського агентування: дис... на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2004; Трояновський О. В. Відповідальність сторін за міжнародним договором комерційного посередництва: дис... на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одеська нац. юрид. академія. – Одеса, 2009; Халабуденко О. А. Традиции и новеллы обязательственного права: опыт Республики Молдова и других государств СНГ // Закон и жизнь. – 2008. – № 6.

4. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.

5. Гражданское право: учебник. В 3-х т. Т. 2. – 4-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. А. П. Сергеев., Ю. К. Тол-

стой. – М., 2004.

6. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2007.

7. Гражданское право. В 2-х т. Т. 2. Полутом 2 / Отв. ред. Е. А. Суханов. – М.: БЕК, 2002.

8. Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2009.

9. Знаменський Г. Л. Про узгодження проєктів Цивільного і Господарського (комерційного) кодексів // Українське право. – 1997. – № 3.

10. Суханов Е. А. Агентский договор // Вестник ВАС РФ. – 1999. – № 12.

11. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. Т. 2. – М.: Международные отношения, 2000.

12. Цивільне право України. Кн. 1 / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К: Юрінком Інтер, 2005.

This article is devoted to comparative legal research of commercial representation of neighbor-countries – Ukraine and Republic of Moldova. Area of the called relations, questions of direct and indirect representation, monopoly and non-monopoly agency relations and other not less important aspects are analyzed. Additions to the current legislation are offered with taking into account features of national regulation.

Статья посвящена сравнительно-правовому исследованию коммерческого представительства стран-соседей – Украины и Республики Молдова. Анализируется сфера применения названных отношений, вопросы прямого и непрямого представительства, монопольных и немонопольных агентских отношений и другие не менее важные аспекты. Предлагаются дополнения к действующему законодательству с учетом особенностей национального регулирования.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРОКІВ І ТЕРМІНІВ У ДОГОВОРІ БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ

Пленюк М. Д.,

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

Статтю присвячено питанням строків і термінів у договорі будівельного підряду. Досліджується питання своєчасного задоволення інтересів сторін за договором будівельного підряду.

Ключові слова: договір, підрядник, замовник, строки, терміни, договір будівельного підряду.

Після проголошення незалежності Україна взяла курс на зміну та реформування свого законодавства. Прийняті в той час положення Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) набули принципово іншого ідеологічного та доктринального змісту. Так, серед величезних здобутків ЦК України варто виокремити із загальних положень про зобов'язання (книга п'ята, 2003 р.) положення про договори (поняття і види договору, свобода та обов'язковість договору, положення про публічний, попередній договори, договори приєднання і на користь третьої особи, про форму, порядок укладення, зміни та розірвання договору тощо), а також положення щодо понять «строки» і «терміни». Зауважимо, що у ЦК УРСР 1963 р. не було надано визначень цих понять (крім строку позовної давності), хоча в окремих статтях даного акта йшлося про строки в конкретних правовідносинах.

У сучасному законодавстві положення про строки і терміни пронизують майже всі підгалузі та інститути цивільного права. Саме тому в юридичній літературі

теперішнього часу приділяється велика увага питанням щодо строків і термінів, які розглядаються при аналізі конкретних правовідносин у складі того чи іншого інституту цивільного права. Серед таких варто назвати праці Т. М. Вахонєвої (2005 р.) [1], О. В. Шовкової (2007р.) [2], Н. В. Хащівської (2011 р.) [3], Н. В. Черногор (2011 р.) [4], Д. О. Маріц (2011 р.) [5] та інші, в яких основою дослідження були, перш за все, строки і терміни.

Звертаючись до сторінок філософії, бачимо, що час є однією із фундаментальних категорій філософії та суспільствознавства, які відображають основні риси матеріального світу. У працях філософів переконливо доведена можливість існування у світі різноманітних просторово-часових форм, які відрізняються від інших форм тим, що є необхідними умовами існування чисельних класів матеріальних об'єктів. До таких форм відносять соціальний простір і соціальний час [6, с. 80]. Говорячи про соціальний час, маємо на увазі, що всякий різновид часу має соціальний характер, оскільки все, що відбувається у суспільстві, є соціальним. Адже,

на думку І. А. Гобозова, час, який вивчається усіма суспільними дисциплінами (історією, правознавством, соціологією тощо), є соціальним часом. Але кожна наука досліджує його під своїм кутом зору [7, с. 51]. Звертаючи увагу на зв'язок правової норми з простором і часом, А. А. Тілле писав, що кожна норма визначає, в якому місці і в який момент приписувана нею поведінка повинна здійснюватися, і, отже, її дія має одночасно просторовий і часовий характер. Навіть якщо час і місце дії норми не обмежені, це не означає, що вона залежна від простору і часу, оскільки явища, до яких застосовується норма, відбуваються завжди у певному місці й у певний час [8, с. 22].

У літературі ряд науковців правові строки відносять до подій, маючи на увазі плин часу. Зокрема, О. О. Красавчиков плин часу виділяв в окрему групу абсолютних юридичних подій, виникнення та дія яких не зумовлені вольовою діяльністю людей [9, с. 166–168].

У сучасних російських наукових дослідженнях підтримується наведена думка О. О. Красавчикова щодо юридичної природи строків. Так, М. Я. Кириллова і П. В. Крашенінніков вважають, що в системі юридичних фактів строк належить до подій, оскільки настає (спливає) так само незалежно від волі людей, як і плин часу взагалі [10, с. 6]. Така сама правова оцінка строків є в підручниках з цивільного права [11, с. 330].

Заперечуючи О. О. Красавчикову, який стверджував, що плинові часу людина не може протиставляти свою діяльність, оскільки вона сама існує у часі, В. П. Грибанов правильно підкреслював, що людина, здійснюючи свою діяльність, активно використовує час. Люди можуть приурочити здійснення тієї чи іншої діяльності до певного моменту в часі або до певного відрізка часу, можуть встановлювати певні строки для тих чи інших дій, а з цього випливає, що строк як юридичний факт у своєму виникненні має вольовий характер. Воля людей, на його думку, істотно впливає не лише на розмір встановленого строку, не лише на початок його перебігу, а й на сам перебіг цього строку, який волею людей можна зупинити, перервати або продовжити. Водночас закінчення певного строку не можна віднести й до юридичних дій, оскільки перебіг його є окремим випадком плину часу, який плине незалежно від волі і діяльності людей. Враховуючи ту роль, яку відіграють строки у виникненні, зміні, здійсненні і захисті цивільних прав, В. П. Грибанов дійшов висновку, що юридичні строки в системі юридичних фактів цивільного права посідають самостійне місце поряд з юридичними подіями і юридичними діями і за своїм характером є чимось середнім між ними [12, с. 8–10].

На думку В. В. Луця, строки не посідають самостійного місця в загальній системі юридичних фактів поряд з юридичними діями та юридичними подіями. Як форма час властивий і першим, і другим. Тому, виступаючи часовою формою, в якій відбуваються події і вчинюються дії (бездіяльність), строки породжують юридичні наслідки лише у зв'язку з діями і подіями. Крім того, строки, що встановлюються в цивільно-правових відносинах як прояв соціального часу, є важливим правовим засобом цілеспрямованого регулювання діяльності громадян і організацій [13, с. 20–21].

Аналізуючи викладене, доходимо висновку, що строки і терміни в цивільних правовідносинах мають важливе значення, адже саме вони упорядковують цивільний оборот, стабілізують цивільні відносини, сприяють своєчасному задоволенню потреб фізичних та юридичних осіб, забезпечуючи своєчасний захист цивільних прав.

З урахуванням цього ЦК України визначив, що строком є певний період у часі, зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення. Терміном є певний момент у часі, з настанням якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення (ст. 251 ЦК України).

У підрядних договірних відносинах, особливо у договорі будівельного підряду, умови про строки виконання сторонами своїх обов'язків за договором належать до числа важливих умов договору. Це обумовлюється консенсуальним характером договору, оскільки виконання підрядником та замовником взятих на себе зобов'язань потребує, як правило, певного часу як на виконання самої роботи, так і на здавання-приймання результатів виконаної роботи, а також на усунення недоліків у роботі тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 631 ЦК України строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати обов'язки згідно з договором. Основним обов'язком підрядника за договором будівельного підряду є обов'язок на власний ризик виконати певну роботу за завданням іншої сторони (замовника) і в обумовлений строк передати йому результат виконаної роботи.

Разом з тим щодо господарських договорів, якими є договори підряду на капітальне будівництво, на проведення проектних та пошукових робіт, на проведення аудиту тощо, як загальне правило (ч. 1, 3 та 7 ст. 180 ГК України), вказується, що зміст господарського договору становлять умови договору, визначені угодою його сторін, спрямованою на встановлення, зміну або припинення господарських зобов'язань як погоджені сторонами, так і ті, що приймаються як обов'язкові умови договору відповідно до законодавства. При укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити умови про предмет, ціну і строк дії договору. Строком дії господарського договору є час, впродовж якого існують господарські зобов'язання сторін, що виникли на основі цього договору. На зобов'язання, що виникли у сторін до укладення ними господарського договору, не поширюються умови укладеного договору, якщо договором не передбачено інше. Закінчення строку господарського договору не звільняє сторони від відповідальності за його порушення, що мало місце під час дії договору.

Звичайно, дотримання підрядником умов договору будівельного підряду стосується не лише своєчасного виконання роботи, а й включає вимоги щодо належної якості виконуваних робіт та наданих ним матеріалів і устаткування, дотримання вимог проектно-кошторисної документації, державних норм та правил ведення конкретних робіт та виконання інших обов'язків за договором.

Так, на нашу думку, доцільно було б зазначити у ч. 2 ст. 848 ЦК України, що підрядник зобов'язаний негайно відмовитись від договору підряду, повідомивши про це замовника, як тільки він з'ясував, що вико-

ристання недоброякісного або непридатного матеріалу чи додержання вказівок замовника загрожує життю, здоров'ю людей чи призводить до порушення екологічних, санітарних правил, правил безпеки людей та інших вимог [14, с. 10].

Крім того, серед головних обов'язків замовника за договором підяду варто назвати обов'язок прийняти від підрядника результат виконаної роботи та обов'язок оплатити його. Ці обов'язки замовник обов'язково має виконувати у строки чи/або терміни, визначені законом або договором.

Крім того, у ст. 849 ЦК України передбачено певні права замовника на період виконання роботи підрядником. Зокрема, замовник має право у *будь-який час* перевіряти хід і якість роботи, не втручаючись при цьому у діяльність підрядника. Якщо підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її у строк стає явно неможливим, замовник має право відмовитись від договору підяду та вимагати відшкодування збитків. Якщо під час виконання роботи стане очевидним, що вона не буде виконана належним чином, то замовник має право призначити підрядникові *строк для усунення недоліків*, а в разі невиконання підрядником цієї вимоги – відмовитися від договору підяду та вимагати відшкодування збитків або доручити виправлення роботи іншій особі за рахунок підрядника. Замовник має право у *будь-який час* до закінчення роботи відмовитися від договору підяду, виплативши підрядникові плату за виконану частину роботи та відшкодувавши йому збитки, завдані розірванням договору.

Невиконання роботи в обумовлений строк, так само як і неприйняття замовником виконаної роботи в строк, є порушенням зобов'язання. Здання виконаної роботи та її прийняття замовником оформляються єдиним актом прийняття. Прийняття означає фактичне передання замовникові предмета договору підяду. Замовник зобов'язаний прийняти роботу (результат роботи) за договором будівельного підяду в строк, зазначений у договорі, а якщо цей строк не встановлений, то *негайно* після одержання повідомлення від підрядника про готовність робіт. Передання робіт підрядником і прийняття їх замовником оформляється актом, підписаним обома сторонами. Адже прийняття речі чи результату робіт, виконаних підрядником за договором будівельного підяду, є не лише правом, а й безпосереднім обов'язком замовника. Адже здавання і приймання робіт здійснюється протягом встановленого договором *строку* після одержання замовником листа від підрядника про готовність об'єкта або його частини до експлуатації. Порядок передання об'єкта підрядником і прийняття замовником робіт, виконаних за договором будівельного підяду, у загальних рисах визначений у ст. 882 ЦК України і конкретизований у Загальних умовах укладення і виконання договорів підяду у капітальному будівництві [15], Порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 року [16] та інших нормативних актах.

Одержавши повідомлення підрядника про готовність до передання робіт (об'єкта будівництва) або

етапу робіт, замовник повинен *негайно* розпочати їх прийняття. Замовник організовує та здійснює прийняття робіт за власний рахунок, якщо інше не встановлено договором. У прийнятті робіт можуть брати участь представники органів держаної влади та органів місцевого самоврядування у випадках, встановлених законом або іншими нормативно-правовими актами. Замовник, який попередньо прийняв окремі етапи робіт, несе ризик їх знищення або пошкодження не з вини підрядника, у тому числі й у випадках, коли договором будівельного підяду передбачено виконання робіт на ризик підрядника. Передання робіт підрядником і прийняття їх замовником оформляється актом, підписаним обома сторонами. У разі відмови однієї зі сторін від підписання акта про це вказується в акті, і він підписується іншою стороною. Акт, підписаний лише однією стороною, може бути визнаний судом недійсним лише у разі, якщо мотиви відмови іншої сторони від підписання акта визнані судом обґрунтованими.

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 в депозит нотаріуса на ім'я замовника, якщо інше не встановлено договором (ч. 5 ст. 853 ЦК України). У даній статті законодавець не уточнює, в якій саме формі має відбуватися попередження – письмово чи усно. У зв'язку з цим слушною є пропозиція А. Б. Гриняка про уточнення ч. 5 ст. 853 ЦК України щодо *дворазового письмового попередження замовника*, якщо він протягом одного місяця ухиляється від прийняття виконаної роботи [17, с. 196]. Дане уточнення допоможе уникнути непорозуміння з доказуванням того, попереджав чи не попереджав підрядник замовника, оскільки попередження про закінчення робіт та необхідність їх прийняття доцільно здійснювати за допомогою таких засобів, які надають можливість зафіксувати факт звернення підрядника до замовника з відповідним проханням – шляхом письмового повідомлення поштою, кур'єром або іншим засобом, в тому числі і тим, що передбачений в договорі [18, с. 348].

Крім того, доцільним, на нашу думку, буде встановлення серед положень договору будівельного підяду санкцій у формі неустойки (штрафу, пені) за кожен день прострочення приймання замовником результату виконаних робіт на той випадок, коли замовник навмисно зволікає із прийняттям результату завершених робіт [19, с. 156].

Договірні відносини з виконання робіт, як зазначає В. В. Луць, складаються за схемою прямого договору між замовником і підрядником або за конструкцією генерального підяду [20, с. 213]. Це свідчить про те, що ці відносини мають довготривалий характер виконання умов договору. Так, на думку В. М. Коссака, однією із особливостей договору підяду на капітальне будівництво є те, що відносини сторін мають тривалий характер, тому виконується він поступово протягом строку його дії. У зв'язку з цим важливе значення має поділ строків виконання договірних зобов'язань залежно від часових меж виконання договору в цілому,

а також за частинами – на загальні та окремі. Загальним є строк уведення в дію об'єкта, а окремими – передбачені в договорі місячні та кварталні строки виконання окремих етапів будівельно-монтажних робіт. До того ж, у договорах підряду на капітальне будівництво чільне місце займає визначення проміжних строків виконання окремих етапів будівельно-монтажних робіт. Окремі строки, тобто проміжні, визначаються залежно від виробничих планів сторін і їм надано право самим їх погоджувати. Правильне визначення таких строків відіграє важливу роль у забезпеченні безперервної роботи учасників будівельного процесу [21, с. 22].

Так, відповідно до ст. 838 ЦК України підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучати до виконання робіт інших осіб (субпідрядників), залишаючись відповідальним перед замовником за результати їх роботи. Щодо договору підряду на капітальне будівництво це питання вирішується дещо по-іншому: відповідно до ст. 319 ГК України та пункту 30 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві залучати до виконання договору як третіх осіб – субпідрядників генпідрядник може лише за згодою замовника. Таке положення, на нашу думку, є не зовсім правильним, оскільки може призвести до затримання виконання будівельних робіт, оскільки підрядник без погодження з замовником не зможе залучити третіх осіб і, відповідно, не зможе виконати роботу у передбачений договором строк. Тому, на нашу думку, потрібно виключити із ч. 2 ст. 319 ГК України та із Загальних умов слова «за згодою замовника», оскільки це усуне колізію із нормами ч. 1 ст. 838 ЦК України і, найголовніше, надасть можливість спростити для підрядника (генерального підрядника) процес залучення субпідрядників, що дозволить останньому виконати умови договору у передбачений строк, залишаючись відповідальним перед замовником за результат роботи.

Викладене надає можливість зробити висновок, що дотримання як підрядником, так і замовником умов договору будівельного підряду потребує належного правового забезпечення з метою своєчасного задоволення інтересів сторін за договором будівельного підряду.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Вахонєва Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Т. М. Вахонєва – К., 2005. – 224 с.
2. Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О. В. Шовкова. – Х., 2007. – 195 с.
3. Хацівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків (термінів) у договорах про передання майна в тимчасове користування: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Н. В. Хацівська. – К., 2011. – 207 с.
4. Черногор Н. В. Строки та терміни у спадковому праві України: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Н. В. Черногор. – К., 2011. – 212 с.

5. Маріц Д. О. Правове регулювання строків у договорах про оплатну реалізацію майна: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Д. О. Маріц. – К., 2011. – 210 с.

6. Луць В. В. Строки і терміни здійснення суб'єктивних цивільних прав та виконання цивільно-правових обов'язків / Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин: Монографія / За заг. ред. академіка НАПрН України В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 320 с. – С. 80.

7. Гобозов И. А. Проблема времени в историческом материализме / И. А. Гобозов. – Вестник Московского ун-та. Серия 7. Философия. – 1986. – № 4. – С. 51.

8. Тилле А. А. Время, пространство, закон. / А. А. Тилле. – М.: 1965. – С. 22.

9. Красавчиков О. О. Юридические факты в советском гражданском праве / О. О. Красавчиков. – М., 1958. – С. 166–168.

10. Кириллова М. М., Крашенинников П. В. Сроки в гражданском праве. Исковая давность / М. Я. Кириллова, П. В. Крашенинников. – М.: Статут, 2006. – С. 6.

11. Цивільне право України: Підручник. У двох частинах: Ч. 1 / За заг. ред. Р. Б. Шишки, В. А. Кройтора. – Харків: 2008. – С. 330.

12. Грибанов В. П. Сроки в гражданском праве / В. П. Грибанов. – М.: 1967. – С. 8–10.

13. Луць В. В. Строки в цивільних правовідносинах / В. В. Луць. – Львів: 1992. – С. 20–21.

14. Пленюк М. Д. Цивільно-правове регулювання строків (термінів) у договорах про виконання робіт: автореф., дис. ... канд. юрид. наук / М. Д. Пленюк. – К.: 2011. – С. 10.

15. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01 серпня 2005 р. № 668 // Офіційний вісник України. – 2005 – № 140.

16. Постанова Кабінету Міністрів України від 13 квітня 2011 р. № 461 «Про порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів» // Офіційний вісник України. – 2011. – № 32. – С. 81. – Ст. 1359. – Код акта 56190/2011.

17. Гриняк А. Б. Особливості правового регулювання відносин за договорами підряду: монографія / Відп. ред. В. В. Луць / А. Б. Гриняк. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 300 с. – С. 196.

18. Зобов'язальне право України: підручник / За ред. Є. О. Харитонов, Н. Ю. Голубевої. – К.: Істина, 2011. – С. 348.

19. Пленюк М. Д. Цивільно-правове регулювання строків (термінів) у договорах про виконання робіт: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / М. Д. Пленюк – К., 2011. – 184 с. – С. 156.

20. Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с. – С. 213.

21. Коссак В. М. Правове регулювання строків у будівництві / В. М. Коссак. – К.: Будівельник, 1991. – С. 22.

The article deals with questions of terms and terminations in the agreement of building contract. The question is researched to satisfy both parties' interests according to the agreement of building contract.

Стаття посвячена вопросам сроков в договоре строительного подряда. Исследуется вопрос своевременного удовлетворения интересов сторон по договору строительного подряда.

ЗМЕНШЕННЯ ЦІНИ ЗА ДОГОВОРОМ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ

Маріц Д. О.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільних
та адміністративно-правових дисциплін Академії муніципального управління

У статті досліджуються питання визначення ціни у договорі купівлі-продажу та його окремих видах, підстави і порядок зменшення ціни у договорі купівлі-продажу, наводиться та аналізується судова практика із окреслених питань.

Ключові слова: договір купівлі-продажу, істотні умови, предмет, ціна, ціноутворення.

Договір купівлі-продажу належить до групи договорів з оплатної реалізації майна. Реалізація майна передбачає відчуження майна лише на оплатній основі. У новому Законі України «Про ціни і ціноутворення» (далі — Закон) від 21.06.2012 року [1] термін «реалізація» у низці статей вживається як синонім терміна «продаж». Зокрема, знижка (знижувальний коефіцієнт) — зменшення ціни товару виробником (постачальником) під час його продажу (реалізації) (ч. 6 ст. 1 Закону), застосування ціни — продаж (реалізація) товару за встановленою ціною (ч. 5 ст. 1 Закону), доплата — збільшення ціни товару виробником (постачальником) під час його продажу (реалізації) (ч. 4 ст. 1 Закону) тощо.

Порядок оплати та визначення ціни у договорі на товар регулюється ст. 632 Цивільного кодексу України [2] (далі — ЦК України) та ст. 691 ЦК України. Зважаючи на оплатний характер договору купівлі-продажу, виникає запитання: чи є ціна істотною умовою цього договору? У науці цивільного права на сьогодні не існує єдиної думки щодо визначення істотних умов договору купівлі-продажу. Деякі правники: О. В. Дзера, О. Єфімов, І. М. Кучеренко, О. І. Сафончик вважають, що ціна — істотна умова договору купівлі-продажу. О. В. Старцев зазначає, що обов'язок сплатити саме грошову суму, розмір якої обумовлений договором, є істотною умовою договору купівлі-продажу, що відрізняє його від суміжного договору міни [3]. З останньою тезою можна посперечатися, адже за договором міни може бути встановлена доплата за товар більшої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості. Крім того, до договору міни застосовуються загальні положення про купівлю-продаж. В. І. Борисова вважає, що такі вимоги до товару, як якість і ціна, хоча і є важливими, але не можуть вважатися істотними умовами цього договору, якщо, безумовно, інше не передбачено самим договором або законом [4, с. 118]. Як істотну умову господарського договору ч. 3 ст. 180 Господарського кодексу України [5] (далі — ГК України) називає ціну. ЦК України по-іншому підходить до ціни і у ст. 632 допускає, що у договорі ціна може бути не встановлена. Крім того, як свідчить судова практика із зазначеного питання, суди неоднаково застосовують норми матеріального права, що призводить до винесення різних за своїм змістом судових рішень. Таким чином, визначення істотних умов договору купівлі-продажу та порядок зменшення ціни за договором купівлі-продажу є предметом дослідження у даній статті.

Відповідно до законодавства істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови,

визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди (абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України). Порядок встановлення та зміни ціни у договорі визначається у ст. 632 ЦК України так: 1) за домовленістю сторін; 2) зміна ціни після укладення договору допускається лише у випадках і на умовах, встановлених договором або законом; 3) зміна ціни в договорі після його виконання не допускається; 4) якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору.

Відповідно до ст. 691 ЦК України умова про ціну договору може визначатися так: 1) ціна може бути встановлена прямо в договорі купівлі-продажу; 2) ціна договору може визначатися, виходячи з умов, а за ціною, що визначається відповідно до ст. 632 ЦК України договору; 3) ціна визначається від ваги товару; 4) ціна підлягає заміні залежно від показників, що зумовлюють ціну товару, але при цьому не визначено способу її перегляду, ціна визначається виходячи із співвідношення цих показників на момент укладення договору і на момент передання товару.

Таким чином, із наведених законодавчих положень можна зробити такий висновок, що ціна не є істотною умовою договору купівлі-продажу, адже закон передбачає відсутність такої умови договору і містить порядок її визначення виходячи зі ст. 632, 691 ЦК України. Виходячи із порядку укладення договору, сторони зобов'язані погодити умови, визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. Загальні положення про купівлю-продаж (§ 1, гл. 54, підроз. 1, роз. III ЦК України) не визначають ціну як істотну умову, і якщо жодна із сторін не наполягає на погодженні цієї умови, договір вважається укладеним. Наприклад, сторони дійшли згоди про те, що ціна товару визначається на дату передання товару, виходячи з офіційно затверджених продавцем цін, що вказуються в каталозі товарів. Підтвердженням офіційного затвердження ціни є каталог товарів продавця з підписом уповноваженої особи і печаткою, який додається до накладної на передання товару. Отже, в такому випадку ціна прямо не встановлена, але може бути визначена із умов договору.

Що слугує підставою для зменшення ціни за договором купівлі-продажу? В першу чергу, потрібно вихо-

дити з тих обов'язків, які покладені на продавця, недотримання яких може призвести до негативних наслідків у майбутньому. Одним із таких наслідків виступає право покупця на зменшення ціни за договором. До обов'язків продавця входить: 1) попередити покупця про всі права третіх осіб на товар, що продається (ст. 659 ЦК України); передати певний набір товару у комплекті (ст. 683 ЦК України); передати покупцеві товар, якість якого відповідає встановленим умовам (ст. 673 ЦК України).

Наведемо такий приклад із судової практики.

У січні 2011 р. ОСОБА_3 звернулась до суду з зустрічним позовом до ОСОБИ_1 про пропорційне зменшення ціни житлового будинку та стягнення моральної шкоди. Позивач зазначала, що між сторонами існувала домовленість на придбання житлового будинку. ОСОБА_4 та ОСОБА_1 уклали договір купівлі-продажу, але усю суму коштів за будинок вона не сплатила та зобов'язувалась решту доплатити до 01.09.2010 р. Разом з сім'єю вона вселилася в цей будинок і під час проживання та користування помешканням у ньому було виявлено низку прихованих недоліків, які при укладенні договору купівлі-продажу будинку були непомітні. ОСОБА_3 зазначає, що було виявлено неправильне підключення до будинку електрики та газу, самовільне перепланування житлових кімнат та інше, а тому і просить суд зменшити ціну житлового будинку та стягнути з ОСОБИ_1 на її користь 1700 грн. моральної шкоди [6]. Також мають місце й інші справи щодо зменшення ціни за договором купівлі-продажу нерухомості [7; 8].

Аналізуючи наведену справу, зазначимо, що недолік – це невідповідність проданого товару вимогам до його якості, передбаченим договором, чи іншим вимогам. Недоліки залежно від їхнього характеру поділяються на явні і приховані. Явні недоліки можуть бути виявлені при огляді товару чи спеціальними методами, наприклад, шляхом підключення до електромережі. Приховані недоліки виявляються лише в процесі використання чи збереження товару. Продавець зобов'язаний попередити покупця як про явні недоліки, так і про приховані, якщо вони йому відомі. У деяких випадках таке застереження є зрозумілим з характеру продажу (продаж товарів, що були у використанні, продаж знижених у ціні товарів у зв'язку з сезонними факторами та інші), тому, вирішуючи спір по суті, слід виходити з того, чи дійсно такі недоліки не були помітними під час огляду будинку до укладення договору, а їх виявлення було можливим лише в процесі користування житлом.

Договір купівлі-продажу має певні види, розглянемо деякі з них. Так, договір роздрібною купівлі-продажу є публічним (ч. 2 ст. 698 ЦК України), а публічною офертою відповідно до ч. 2 ст. 699 ЦК України є виставлення товару, демонстрація його зразків або надання відомостей про товар у місцях його продажу, незалежно від того, чи вказана ціна та інші істотні умови договору купівлі-продажу, крім випадків, коли продавець явно визначив, що відповідний товар не призначений для продажу. Таким чином, роздрібна торгівля також передбачає відсутність ціни як істотної

умови договору. У договорі роздрібною купівлі-продажу покупець має право на зменшення ціни за товар лише у разі передання йому товару неналежної якості. Правові наслідки, передбачені ч. 1 ст. 708 ЦК України, настають тоді, коли покупець знайшов у придбаному товарі недоліки, про які він не був попереджений продавцем. У разі знаходження в товарі недоліків, незастережених продавцем, покупець має право на власний вибір пред'явити одну з вимог, передбачених ч. 1 ст. 708 ЦК України. Скористатися своїм правом покупець може протягом гарантійного або інших строків, встановлених обов'язковими для сторін правилами чи договором.

Договором купівлі-продажу може бути передбачений продаж товару в кредит з відстроченням або з розстроченням платежу (ч. 1 ст. 694 ЦК України). Істотними умовами договору про продаж товару в кредит з умовою про розстрочення платежу є ціна товару, порядок, строки і розмір платежів (абз. 2 ч. 1 ст. 695 ЦК України). Отже, ціна є істотною умовою договору для окремих видів договору купівлі-продажу. Як свідчить судова практика [9], непопередження продавця про права третіх осіб на майно є підставою для розірвання договору або зниження ціни. Згідно з ч. 2 ст. 651 ЦК України договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору іншою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди інша сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору.

Оціночна категорія «істотність», що міститься у ч. 2 ст. 651 ЦК України, має на меті отримання таких оціночних результатів як «істотність порушення» або «неістотність порушення». Через розміщення у ч. 2 ст. 651 ЦК України оціночної категорії «істотність порушення договору» суб'єкту правозастосування надається можливість у спосіб оцінки визначитися з наявністю або відсутністю оціночного факту — факту порушення договору, наявність якого і є підставою для розірвання договору. Суб'єкт правозастосування має визначити «міру позбавлення того, на що розраховувала сторона договору при його укладенні». Першою об'єктивною ознакою, яка має бути встановлена у спосіб оцінки і яка свідчить про «істотність порушення договору», є «значна міра позбавлення того, на що особа розраховувала при укладенні договору».

У результаті дослідження даної проблеми доходимо таких основних висновків: ціна в договорі купівлі-продажу може бути і не встановлена, а тому і не може вважатися істотною умовою договору, за винятком окремих видів договору купівлі-продажу, у яких ціна визначається істотною умовою законом; у публічній оферті ціна може бути і не вказана, як і інші істотні умови, за умови виставлення товару або надання відомостей про товар у місцях його продажу; ціна на товар може бути зменшена на вимогу покупця, якщо відбулося порушення умов договірної зобов'язання з боку продавця щодо якості, комплектності, непопередження про всі права третіх осіб на товар або інших умов, встановлених законом або договором.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про ціни і ціноутворення» від 21.06.2012 № 5007-VI // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5007-17/>.
2. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–4. – Ст. 356.
3. Старцев О. В. Підприємницьке право. / О. В. Старцев. – К. – 2006. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://wwwwebk.net.ua/Book/PP/07-htm>.
4. Цивільне право України : підручник. У 2-х т. / [Борисова В. І., Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.] ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2. – 552 с.
5. Господарський кодекс України // Відомості Вер-

ховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

6. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 22ц-93/12 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21486249>.

7. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 2-355/11 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16680391>.

8. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 22ц-24810/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21021477>.

9. Постанова Верховного Суду України від 6 червня 2012 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://document.ua/pro-rozrivannja-dogovoriv-kupivli-prodazhu-doc112076.html>.

The paper is devoted to the issues of price validation with reference to sale contract and its various forms, as well as reasons and procedure of price reduction in sale contract. Also legal proceedings are analyzed concerning certain issues.

В статті досліджується питання визначення ціни в договорі куплі-продажу і його окремих видах, оснований і порядок зменшення ціни в договорі куплі-продажу, приводиться і аналізується судові практика по даному питанню.

ПРИТРИМАННЯ ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ТИМЧАСОВЕ КОРИСТУВАННЯ

Наріжний С. Ю.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті проаналізовано особливості притримання як одного із способів забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування.

Ключові слова: договір найму (оренди), притримання, забезпечення виконання зобов'язань, наймодавець, наймач, здійснення прав, виконання обов'язків.

Зобов'язання із передання майна у тимчасове користування юридично оформлюють особливу, самостійну групу економічних відносин, у рамках яких потреби їхніх учасників задовольняються за рахунок тимчасового переходу до них відповідних матеріальних благ. Предметом таких відносин, насамперед, стає майно, що у даний момент не потрібне самому власнику, але може знадобитися йому в майбутньому. Віддаючи таке майно у тимчасове користування іншій особі, власник зберігає його в економічному обороті, одержуючи відповідну вигоду (дохід). Зобов'язання з передання майна у тимчасове користування виникають за згодою сторін, тобто мають договірний характер і оформляються за допомогою договорів найму (оренди) та його різновидів, за допомогою яких опосередковуються відносини з тимчасового володіння і користування майном [1, с. 19]. Так, відповідно до ч. 1 ст. 759 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [2] за договором найму (оренди) наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк.

Відповідно до принципів виконання зобов'язань будується правове регулювання реалізації суб'єктивних прав і обов'язків у даних правовідносинах.

Зобов'язання сторін, що сформульовані в тому чи іншому договорі найму (оренди), передбачають належне і реальне їх виконання в установленій строк. Проте практика свідчить, що укладення договору ще не гарантує його виконання. Під виконанням зобов'язань розуміють здійснення кредитором і боржником дій по вчи-

ненню прав та обов'язків, що випливають із зобов'язання. Так, виконанням договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування слід розглядати одночасно як передання майна наймодавцем у користування наймачеві і прийняття цього майна наймачем, а також виплату ним обумовленої договором плати за користування майном і прийняття цієї плати наймодавцем.

Особа, яка бере участь в договірних відносинах, зацікавлена у зменшенні ризику невиконання зобов'язання контрагентом або зведенні його до мінімуму. При вступі в цивільно-правові відносини їх учасники намагаються не допустити будь-яких порушень. Однак реалії цивільного обороту, а також судової практики свідчать про те, що юридичні обов'язки не завжди виконуються належним чином.

У договірних зобов'язаннях із передання майна у тимчасове користування існує досить багато випадків, коли наймачі (орендарі) зловживають своїми правами, а наймодавці (орендодавці) перестають одержувати плату за користування майном, витрачаючи велику кількість часу для стягнення неустойки. Окрім цього, договірні зобов'язання часто порушуються й з боку наймодавців (орендодавців), які намагаються до закінчення строку оренди позбутися наймачів (орендарів) без належних на те підстав.

Серед правових засобів впливу на суб'єктів цивільно-правових відносин особливе місце посідають

види забезпечення виконання зобов'язання. Способи забезпечення договірних зобов'язань можуть виступати у різних формах: неустойки, завдатку, застави, поруки, гарантії, притримання, страхування, відшкодування збитків та моральної шкоди, застосування інших видів відповідальності тощо. Чітке усвідомлення сутності і принципів застосування конкретних заходів забезпечення виконання зобов'язань, у тому числі щодо передання майна у тимчасове користування, набуває сьогодні особливої актуальності.

Метою цієї статті є визначення особливостей притримання як одного із способів забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування.

Будь-яке зобов'язання саме по собі ще не гарантує виконання боржником необхідних дій на користь кредитора. Навіть при використанні кредитором заходів відповідальності щодо боржника в останнього може не знайтися необхідного для задоволення вимог майна. Для попереднього забезпечення майнових інтересів кредитора, отримання ним гарантії належного виконання зобов'язання, а також з метою запобігання або зменшення розміру негативних наслідків, що можуть настати у випадку його порушення, використовуються спеціальні заходи забезпечувального характеру, передбачені законом або договором.

Згідно зі ст. 546 ЦК України виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком. Виконання зобов'язання (основного зобов'язання) забезпечується, якщо це встановлено договором або законом. Правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі. Відповідно до ст. 547 ЦК України правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним.

Частина 1 ст. 594 ЦК України передбачає, що кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у випадку невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредитором пов'язаних з нею витратів та інших збитків має право притримати її в себе до виконання боржником зобов'язання.

Право притримання передбачається ст. 594–597 ЦК України. Водночас слід зазначити, що відсутність спеціальної норми, що передбачає право притримання речі, зокрема у договорах найму (оренди), не означає неможливості для кредитора використати цей вид забезпечення виконання зобов'язання. Умовою, за наявності якої кредитор має право притримати річ, є наявність невиконаного боржником зобов'язання. Для виникнення відносин притримання речі, таким чином, вимагається наявність боргу, строк платежу за яким вже настав. При цьому такий вид забезпечення виконання зобов'язання як притримання використовується незалежно від того, чи був він передбачений договором між сторонами, чи ні.

Особливість притримання як виду забезпечення виконання зобов'язання полягає в тому, що кредитором надане право притримувати річ боржника до виконання

останнім зобов'язання, і для реалізації цього права кредитор не потрібно, щоб можливість притримання речі була передбачена договором. Норми щодо притримання речі є диспозитивними, оскільки сторони в договорі можуть передбачити незастосування такого виду забезпечення зобов'язання [3, с. 897].

Притримання – універсальний, речово-правовий спосіб забезпечення виконання зобов'язань. яке не є складовою частиною основного зобов'язання, виконання якого забезпечує. Притримання – додаткове, забезпечувальне зобов'язання, що підлягає відмежуванню від інших цивільно-правових інститутів, зокрема: застави, самозахисту, права продажу чужої речі, зупинення зустрічного виконання зобов'язань, зарахування зустрічних однорідних вимог.

Як зазначає Т. М. Карнаух, притримання за своєю правовою природою є одностороннім правочином та різновидом речових прав на чуже майно – правом володіння [4, с. 6].

Як самостійний спосіб забезпечення виконання зобов'язань притримання характеризується такими специфічними ознаками: передбачена законом можливість застосування, виникнення права на застосування за наявності невиконаного основного зобов'язання, вірогідна несподіваність застосування, незамінність об'єкта притримання, обмежене право слідування [4, с. 8].

Незважаючи на те, що предметом договору найму (оренди) є індивідуально-визначені, неспоживчі речі, які не знищуються повністю або не перетворюються на іншу річ у процесі їх використання, а також майнові права, наприклад, право на земельні паї, та підприємство як єдиний майновий комплекс (ст. 191 ЦК України), об'єктом притримання, як зазначає Т. М. Карнаух, можуть бути тільки речі, причому речі, не вилучені з цивільного обороту, та обмежено оборотоздатні (за умови відповідності ретентора критеріям, що висуваються законом до володільця подібної речі); рухомі і нерухомі (за умови обов'язкової державної реєстрації правочину притримання нерухомих речей); лише індивідуально-визначені: як з унікальними ознаками, так і будь-яким чином індивідуалізовані; індивідуалізовані готівкові гроші в іноземній валюті, а також індивідуалізовані готівкові гроші в національній валюті України, які мають цінність, відмінну від їх номінальної вартості; цінні папери в документарній формі [4, с. 7].

Отже, цінні папери, зокрема, можуть бути об'єктом притримання, якщо вони мають документарну форму. Бездокументарні цінні папери не можуть становити об'єкт притримання, оскільки вони не мають матеріальної форми, а отже, не є речами. Те саме слід зазначити й про гроші у будь-якій формі (готівкові та безготівкові). Гроші не можуть бути об'єктом притримання, оскільки на випадок неповернення кредитором чужих грошових коштів, якими він володіє, цивільне законодавство містить спеціальні правила про зарахування зустрічних вимог (ст. 601 ЦК України). Не можна віднести до об'єктів притримання також майнові права, роботи, послуги, інформацію, нематеріальні блага, права на результати інтелектуальної діяльності, цілісні майнові комплекси підприємств. Труднощі виникають у зв'язку із неврегульованістю у ЦК України питання

про належність нерухомих речей до об'єктів права притримання.

Забезпечувальне зобов'язання притримання характеризується визначеністю суб'єктного складу та його збігом із суб'єктивним складом основного (забезпечуваного) зобов'язання.

Право на застосування притримання виникає з моменту настання передбаченої законом чи договором підстави. При цьому кредитор може розпочати здійснювати притримання речі в будь-який час після виникнення такої підстави.

Нормативною передумовою виникнення права притримання є правові норми, що визначають життєві обставини, з якими пов'язується можливість застосування цього права; фактичною підставою – складний юридичний факт, елементами якого є: існування зобов'язання, яке забезпечується; невиконання (чи неналежне виконання) боржником такого зобов'язання у визначений строк; знаходження речі, яка підлягає передачі боржнику чи вказаній ним особі, у законному володінні кредитора; настання строку повернення речі боржнику; крім цього, необхідна воля кредитора, спрямована на притримання речі боржника.

Так, якщо у кредитора перебуває річ, яку належить передати боржнику або особі, зазначеній боржником на підставі укладеного договору найму (оренди), але боржник не виконує в строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або компенсації кредитором пов'язаних із зберіганням речі витрат чи інших збитків або інших зобов'язань, то кредитор має право притримувати цю річ, поки зобов'язання не буде виконане. Це право зберігається у кредитора і в тому випадку, якщо права на цю річ виникли у третьої особи.

У випадку коли наймач не вносить плату за користування майном, переданим у найм, наймодавець може звернутися з вимогою про погашення боргу або надіслати рекомендованого листа з відмовою від договору найму (оренди), якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд (ч. 1 ст. 782 ЦК України). У разі відмови наймодавця від договору найму (оренди) договір вважається розірваним з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору.

Однак як бути у тому випадку, коли наймач не вносить плату за користування житлом, переданим у найм, та не звільняє приміщення? Звісно, у цьому разі необхідно звертатися до суду з вимогою розірвання договору, стягнення коштів за орендну плату, а також можна ставити вимогу про стягнення неустойки у розмірі подвійної плати за користування житлом за час прострочення, якщо наймач був належним чином повідомлений про відмову від договору та строк договору закінчився, а приміщення останній не звільняє.

Так, згідно з ч. 2 ст. 785 ЦК України, якщо наймач не виконує обов'язку щодо повернення речі, переданої у користування, наймодавець має право вимагати від наймача сплати неустойки у розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення. Таким чином, перед зверненням до суду необхідно здійснити вимогу сплати неустойки, і лише після невиконання цієї вимоги можна вважати, що право наймодавця порушується наймачем, відтак, він може приступити до його захисту в суді.

Однак суди не завжди задовольняють повністю позовні вимоги, насамперед в частині стягнення неустойки. Звісно, в кожному судовому процесі є свої ризики, особливо коли однією зі сторін є державна установа. На сьогодні судова практика неоднозначна, так що можна більш детально знаходити вихід із ситуації в кожному окремому випадку.

Виходячи з наведеного, слід зазначити, що захистити права наймодавця можна, застосувавши таку новелу чинного ЦК України як притримання. Існує невелика практика внесення до договорів оренди положень про забезпечення виконання зобов'язання, а саме, притримання – § 7 гл. 49 розд. I кн. 5 ЦК України.

Наймодавець, який правомірно володіє річчю, у разі невиконання наймачем у строк зобов'язання щодо оплати речі чи відшкодування пов'язаних із нею витрат, іншого збитку має право притримати її у себе до виконання наймачем зобов'язання.

Йдеться про те, що наймодавець, наприклад, може припинити доступ наймача до орендованого приміщення, здійснювати охорону притриманого майна наймача, звільнити орендовані приміщення від майна наймача. При цьому наймодавець, що притримав у себе майно, передане у користування, зобов'язаний негайно повідомити про це наймача.

За договором найму (оренди) земельної ділянки, зокрема, може бути застосовано притримання до майна боржника-наймача, який по закінченню строку договору зникає, але залишає на земельній ділянці наймодавця своє авто чи сільськогосподарську техніку. Задовольнити власні вимоги наймодавець може за рахунок такого майна наймача. При цьому такі дії завдадуть наймодавцю мінімум збитків зі сторони наймача та унеможливають виникнення збитків у вигляді упущеної вигоди.

Однак все-таки для застосування притримання необхідно включити до договору найму (оренди) відповідні умови про забезпечення виконання зобов'язань. Притримання майна, передбачене в договорі найму (оренди), надасть можливість припинити доступ наймача до відповідного майна, що є предметом договору найму (оренди), та зведе до мінімуму збитки, понесені наймодавцем, зокрема, у вигляді упущеної вигоди.

Підставами припинення притримання можуть бути: виконання забезпечувального зобов'язання чи визнання його недійсним; розірвання договору, на якому ґрунтувалася забезпечена вимога; вибуття з володіння ретентора притриманої речі або її загибель; задоволення вимог кредитора за рахунок притриманої речі; інші підстави припинення зобов'язань, перелічені у гл. 50 ЦК України.

Висновки. У своїх правовідносинах сторони договору найму (оренди) сподіваються на належне, відповідно до договору виконання зобов'язання від іншої сторони. Але є низка випадків неналежного виконання зобов'язань за договором найму (оренди), а саме, зі сторони наймача. Насамперед йдеться про неналежне поведіння з предметом договору найму (оренди) та несвоєчасність чи взагалі не внесення плати за користування майном.

Забезпеченням виконання договірних зобов'язань з передання майна у тимчасове користування є сукупність заходів, за допомогою яких кожна зі сторін дого-

вору найму (оренди) впливає одна на одну з метою належного виконання передбаченого договором зобов'язання під загрозою вчинення певних дій, які обумовлюють настання негативних наслідків майнового характеру для боржника.

Право притримання у договорах найму (оренди) – це особливий спосіб забезпечення виконання зобов'язань, яке підлягає застосуванню за умови, якщо наймач (орендар) не виконує або неналежно виконує обов'язки щодо внесення плати за користування майном за договором найму (оренди), і полягає у притриманні наймодавцем передання наймачеві предмета договору найму (оренди).

Для застосування притримання необхідно включити до договору найму (оренди) відповідні умови щодо забезпечення виконання зобов'язань. Притримання майна, передбачене в договорі найму (оренди),

The article analyses the features of the keeping property as one way of ensuring performance of contractual obligations on the transfer of property for temporal using.

В статтє проанализированы особенности притримания как одного из способов обеспечения исполнения договорных обязательств по передаче имущества во временное пользование.

ДОГОВІР ПРОКАТУ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Калаур І. Р.,

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

У статті розглянуто питання виокремлення особливостей предмета договору прокату в контексті сучасного правового регулювання та сфери застосування цієї договірної конструкції.

Ключові слова: договір прокату, предмет договору прокату, комерційний прокат, засоби виміральної техніки, предмети культурно-побутового призначення та господарського вжитку.

З поступальним розвитком цивільного законодавства в цілому та інституту приватної власності зокрема у цивільному обороті значне поширення віднайшли відносини прокату як особливого виду майнового найму. Це пов'язано, зокрема, з тим, що останнім часом у нашій державі велика увага приділяється побутовому обслуговуванню населення як одній з форм задоволення матеріальних і духовних потреб громадян.

Сьогодні Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) використовує поняття «договір прокату», а не «договір побутового прокату», яке значно відрізняється від попереднього за своїм змістом. Зокрема, законодавець відмовився від переліку майна, яке може бути предметом правочину; відбулась зміна підходу до визначення правового статусу сторін вказаного договору, мети його укладення, сфери застосування та низки інших ключових аспектів. Така ситуація досить часто стає причиною неоднозначного тлумачення та застосування норм законодавства, а також виникнення низки непорозумінь у правозастосовній практиці.

У доктрині цивільного права практично відсутні концептуальні розробки вітчизняних науковців у сфері сучасного правового регулювання договору прокату. Лише окремі питання з порушеної проблематики става-

надасть змогу припинити доступ наймача до відповідного майна, що є предметом договору найму (оренди), та зведе до мінімуму збитки, завдані наймачем.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Хащівська Н. В.* Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передання майна у тимчасове користування: дис. ... канд. юрид. наук / Н. В. Хащівська. – К., 2011. – 207 с.

2. *Цивільний кодекс* України. Прийнятий 16 січня 2003 року. – К.: Істина, 2003. – 368 с.

3. *Ніколаєв А. Н., Дзера О. В.* Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. Станом на 13.07.2010 року: – 1-е вид. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – Т. I. – 1327 с.

4. *Карнаух Т. М.* Притримання як спосіб забезпечення виконання зобов'язань: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т. М. Карнаух. – К., 2008. – 19 с.

ли предметом дослідження українських правознавців у рамках вирішення дотичних завдань наукового пошуку. Разом з тим, здебільшого, досягнення сучасного вчення щодо договору прокату обмежується викладом основних положень законодавства в підручниках з цивільного права України.

Сучасне цивільне регулювання договору прокату включає низку нормативно-правових актів. Особливу увагу привертає той факт, що в ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ [1] законодавець при визначенні поняття «опублікування твору, фонограми, відеограми» оперує такими категоріями як побутовий та комерційний прокат, тобто фактично передбачає поділ договору прокату на види. Крім того, поняття «комерційний прокат» використовується як далі по тексту вказаного Закону, так і в інших нормативних актах, що діють в сфері регулювання авторських та суміжних прав. Таке законодавче рішення, на нашу думку, видається безпідставним. Так, по-перше, оскільки наймодавцем за договором прокату у будь-якому випадку виступає суб'єкт підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 787 ЦК України), то його діяльність, пов'язана з переданням речей у прокат, завжди є комерційною. По-друге, не-

зрозумілою залишається підстава проведення класифікації прокату, оскільки побутовий прокат водночас є комерційним, а комерційний – може бути побутовим. По-третє, ЦК України оперує саме категоріями «прокат» та «договір прокату» і не містить визначення чи посилання на поняття «комерційний прокат» або «договір комерційного прокату».

У зв'язку з вищенаведеним вважається за необхідне внести такі зміни до Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ:

1) у ст. 1 вказаного Закону вилучити з визначення терміна «опублікування твору, фонограми, відеограми» словосполучення «побутового чи комерційного прокату», замінивши їх словосполученням «передання в прокат»;

2) замінити в тексті вищезазначеного Закону словосполучення «комерційний прокат» в усіх відмінках на термін «прокат» у відповідних відмінках.

Договір прокату є єдиним із правочинів, який на рівні ЦК України визнаний договором приєднання. Вказана договірна конструкція є новою для цивільного законодавства України, хоча практично такий порядок укладення правочинів широко застосовувався ще до його нормативного визначення.

Віднесення договору прокату до договорів приєднання шляхом закріплення цього положення в імперативній нормі цивільного законодавства є дискусійним у наукових колах. Зокрема, вказується, що така ситуація суттєво обмежує принцип свободи договору, оскільки сторони вправі самостійно обирати спосіб досягнення домовленості [2, с. 53–54].

На нашу думку, підхід законодавця є виправданим, оскільки договір прокату належить також до публічних договорів, а останні передбачають, зокрема, встановлення однакових умов для всіх споживачів. Забезпечення такої вимоги досягається саме шляхом використання конструкції договору приєднання. В цьому випадку звуження принципу свободи договору відбувається з метою забезпечення рівних умов укладення правочину для всіх наймачів, а також підвищених гарантій їх правового захисту.

Щодо форми договору прокату, то у ЦК України в § 2 гл. 58 не встановлено окремих вимог. Виходячи із загальних правил, що містяться у ст. 639 ЦК, можна дійти висновку, що такий договір можна укладати у будь-якій формі, в тому числі усній, якщо інше не передбачено спеціальними нормативно-правовими актами або типовими умовами договору прокату. Наприклад, в п. 2.2 Порядку надання у тимчасове користування громадянам предметів культурно-побутового призначення та господарського вжитку, затвердженого наказом Укрсоюзсервісу від 16.12.1999 р. № 46, вказується, що надання у тимчасове користування громадянам відповідних предметів прокату оформляється договором (замовленням-зобов'язанням) за формою ПО-П1, яка передбачена наказом Укрсоюзсервісу «Про затвердження форм документів суворой звітності та Інструкції щодо їх використання» від 29.09.1995 р. № 8 [3].

З детального аналізу чинного законодавства слідує, що укладення договору прокату в усній формі є неможливим з огляду на його приналежність до договорів приєднання. Як відомо, останні передбачають

обов'язкове встановлення однією зі сторін умов такого договору у формулярах або інших стандартних формах (ч. 1 ст. 634 ЦК України). Таким чином, акцепт договору приєднання здійснюється шляхом підпису формуляра (іншої стандартної форми). Однак на практиці така вимога досить часто ігнорується, а на підтвердження укладення договору прокату в усній формі видається, наприклад, квитанція. Так, у місцях масового відпочинку предмети прокату видаються в погодинне користування після пред'явлення громадянином-наймачем паспорта (іншого документа) або під грошову заставу тощо. У зв'язку з цим пропонується передбачити в § 2 гл. 58 ЦК України норму, яка б передбачала обов'язок сторін щодо укладення договору прокату в письмовій формі.

Цивільне законодавство передбачає низку особливих вимог щодо предмета договору прокату. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 788 ЦК України ним може бути рухома річ, яка використовується для задоволення побутових невиробничих потреб. Тобто вирішального значення набуває саме мета використання предмета договору. З огляду на те, що законодавство не дає визначення поняття «побутові невиробничі потреби», коло речей, які можуть виступати предметом договору прокату, є доволі великим.

Аналізуючи чинні нормативно-правові акти, доктрину цивільного права та здобутки економічної науки, можна стверджувати, що задоволення побутових невиробничих потреб передбачає відносини, пов'язані із забезпеченням звичайних, буденних потреб, задоволенням споживчих, особистих матеріальних, духовних, культурних та інших потреб.

Новелою чинного законодавства є те, що предмет договору прокату у передбачених правочинних випадках може використовуватись також для виробничих потреб, тобто потреб в засобах виробництва. При цьому в науковій літературі містяться суперечливі висновки щодо можливості використання речі, переданої у найм з метою отримання прибутку. Наприклад, В. В. Вітрианський стверджує, що така можливість виключається [4, с. 149], однак такої заборони ЦК України не містить. Крім того, використання предмета договору прокату для виробничих потреб найчастіше пов'язане із здійсненням підприємницької діяльності, а отже, передбачає отримання прибутку.

Крім вказаних особливостей, до предмета договору прокату ставляться й інші вимоги, які іманентно притаманні цьому виду договорів. Так, за вказаним правочинним у строкове платне користування можуть передаватися лише індивідуально-визначені, незамінні, неспоживні речі, які багаторазово використовуються різними наймачами, і після спливу строку договору підлягають поверненню власнику. Нагадаємо, що відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 184 ЦК України річ є визначеною індивідуальними ознаками, якщо вона наділена тільки їй властивими ознаками, що вирізняють її з-поміж інших однорідних речей, індивідуалізуючи її. Речі, визначені індивідуальними ознаками, є незамінними. В свою чергу, неспоживною є річ, призначена для неодноразового використання, яка зберігає при цьому свій первісний вигляд протягом тривалого часу (ч. 2 ст. 185 ЦК України).

Особливі вимоги щодо предмета договору прокату можуть встановлюватись окремими нормативно-правовими актами. Так, відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону України «Про метрологію та метрологічну діяльність» засоби вимірювальної техніки, на які поширюється державний метрологічний нагляд, дозволяється видавати напрокат лише за умови, якщо вони пройшли перевірку або державну метрологічну атестацію. Іншим прикладом є ст. 3 Закону України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних», відповідно до якої прокат на території України примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм та баз даних дозволяється лише за умови їх маркування контрольними марками. Відповідно до п. 21 постанови КМ України «Про затвердження положень з питань розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» від 13.10.2000 р. № 1555 [5] контрольні марки наклеюються на всі примірники аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних перед їх розповсюдженням, прокатом, крім випадків, передбачених ч. 5 ст. 8 Закону України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» [6].

Окрім цього, вказівку на конкретні види речей, які можуть виступати предметом договору прокату, можна знайти в п. 2.8, 2.10, 2.11 Порядку надання у тимчасове користування громадянам предметів культурно-побутового призначення та господарського вжитку [7]. Відповідно до вказаної норми ними є: радіоелектронна апаратура, холодильники, пральні машини та інші предмети побутової техніки, транзисторні приймачі, магнітофони, програвачі, електронно-обчислювальні машини та інша апаратура; м'який інвентар, одяг; постільна і столова білизна тощо.

Оскільки наймодавцем виступають суб'єкти підприємницької діяльності, то приблизний перелік речей, які можуть бути предметом договору прокату, можна знайти в Класифікації видів економічної діяльності ДК 009:2005, затвердженої наказом Держкомстату від 26.12.2005 № 375 [8]. Так, підклас КВЕД 71.40.0, який передбачає прокат побутових виробів та предметів особистого вжитку, включає прокат виробів для домашніх господарств, підприємств та організацій: текстильних виробів, одягу, взуття; меблів, виробів зі скла та кераміки, кухонного та столового посуду, побутових електроприладів, ручних інструментів тощо; прогулянкових човнів та суден, велосипедів, спортивного інвентарю; ювелірних виробів, музичних інструментів, театральних декорацій та костюмів, аудіо- та відеопродукції, квітів та інших рослин тощо. Крім вказаних, КВЕД ДК 009:2005 передбачає також надання в прокат таких речей:

особисті автомобілі та легкові автофургони вагою до 3,5 т без водія (підклас 71.10.0); системні пакети програм, службові та ігрові програми (підклас 72.21.0); пересувні туалети (підклас 90.03.0); білизна, робочий одяг та інші подібні вироби (підклас 93.01.1).

Підсумовуючи вищесказане, пропонуємо внести зміни до Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ, якими передбачити: 1) вилучення з визначення терміна «опублікування твору, фонограми, відеограми», яке наводиться в ст. 1 вказаного Закону, словосполучення «побутового чи комерційного прокату», замінивши їх словосполученням «передання в прокат»; 2) заміну в тексті вищезазначеного Закону словосполучення «комерційний прокат» в усіх відмінках на термін «прокат» у відповідних відмінках та передбачити в § 2 гл. 58 ЦК України норму, яка б передбачала обов'язок сторін щодо укладення договору прокату в письмовій формі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Про авторське право і суміжні права*: Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ; в ред. Закону України від 11.07.2001 р. № 2627-III // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64; Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 43. – Ст. 214.

2. *Євдокимов Д.* Свобода договору та її обмеження в цивільному праві / Д. Євдокимов // Юридичний журнал. – 2008. – № 5. – С. 52–55.

3. *Про затвердження форм документів суворої звітності та Інструкції щодо їх використання*: наказ Укрсоюзсервісу від 29.09.1995 р. № 8 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Законодавство України. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0389-95>.

4. *Витрянский В. В.* Договор аренды и его виды: прокат, фрахтование на время, аренда зданий, сооружений и предприятий, лизинг / В. В. Витрянский. – М., 1999. – 299 с.

5. *Про затвердження положень з питань розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних*: Постанови КМ України від 13.10.2000 р. № 1555 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 42. – Ст. 1792.

6. *Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних*: Закон України від 23.03.2000 р. № 1587-III; в ред. Закону України від 10.07.2003 р. № 1098-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 7. – Ст. 46.

7. *Про затвердження Порядку надання у тимчасове користування громадянам предметів культурно-побутового призначення та господарського вжитку*: наказ Укрсоюзсервісу від 16.12.1999 р. № 46 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 3. – Ст. 103.

8. *Класифікація видів економічної діяльності ДК 009:2005*: наказ Держкомстату від 26.12.2005 № 375 // Українська інвестиційна газета. – 2006. – № 30.

The article deals with the question distinguishing features of the subject contract of hire in the context of contemporary legal regulation and the scope of the contractual structure

В статтє рассмотрены вопросы выделения особенностей предмета договора проката в контексте современного правового регулирования и сферы применения этой договорной конструкции

ПРАВОВИЙ СТАТУС ЖИТЛОВО-БУДІВЕЛЬНОГО КООПЕРАТИВУ ЯК НЕПІДПРИЄМНИЦЬКОГО ТОВАРИСТВА

Галянтич М. К.,

доктор юридичних наук, професор,

заступник директора з наукової роботи НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті визначено, що особливою формою утримання житла є житлові та житлово-будівельні кооперативи, які на відміну від інших організаційно-правових форм, що передбачають спільне утримання багатоквартирних жилих будинків, задовольняють житлові потреби членів кооперативу. Зазначено, що житлові кооперативи належать до підприємницьких товариств.

Ключові слова: житло, житлові кооперативи, підприємницькі товариства.

Цивільне законодавство України не містить загального визначення підприємницьких товариств. Так, відповідно до ст. 85 ЦК підприємницькими товариствами є юридичні особи приватного права, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Згідно з п. 2 цієї статті особливості правового статусу окремих видів підприємницьких товариств встановлюються законом. Правовий статус житлово-будівельного кооперативу окремим законом не визначений, натомість визначений ЦК, ЖК України та підзаконними нормативними актами (постанови Ради Міністрів Української РСР і Української республіканської ради професійних спілок від 5 червня 1985 р. № 228 «Про затвердження Правил обліку громадян, які бажають вступити до житлово-будівельного кооперативу», Ради Міністрів Української РСР від 30 квітня 1985 р. № 186 «Про затвердження примірної статуту Житлово-будівельного кооперативу»).

Метою даної статті є необхідність наукового обґрунтування новітніх тенденцій розвитку житлових кооперативів, удосконалення правового регулювання їх діяльності як підприємницьких товариств приватного права, визначення їх взаємовідносин з державними органами, що впливають з їх правового статусу.

Дослідження останніх років інколи вміщували ґрунтовні розробки юридичних особливостей функціонування окремих видів недержавних неприбуткових організацій, проте не торкалися теоретичних проблем і не були комплексним науковим дослідженням правового статусу житлових кооперативів. Тим часом назріла нагальна потреба всебічно проаналізувати юридичні аспекти становища житлових кооперативів з метою розробки нових підходів у вивченні їх правового статусу.

Можна стверджувати, що житлові та житлово-будівельні кооперативи є особливою формою самоорганізації членів кооперативу на відміну від інших організаційно-правових форм, що передбачають приватне утримання багатоквартирних жилих будинків. Основною метою ЖБК є забезпечення членів кооперативу житлом, яке вони потребують, а після завершення будівництва – обслуговування і управління жилим будинком і прилеглої території.

Швидкий розвиток житлово-будівельної кооперації за часів СРСР визначався системою пільг та преференцій, які існували на той час, зокрема: 1) безперешкодне надання земельних ділянок в районах, що мали дороги, водогін, каналізацію, електропостачання відповідно до

генерального плану розвитку і забудови міста; 2) звільнення ЖБК від відшкодування вартості шкоди зеленим насадженням та майна; 3) звільнення від сплати земельної ренти, а користування земельною ділянкою було постійним і безстроковим; 4) довгострокове кредитування, ЖБК на будівництво жилих будинків держава надавала кредит у розмірі до 60 % кошторисної вартості на строк до 10–15 років з його погашенням рівними частками під 0,5 % річних. Кредити були цільові і будівництво починалося з стовідсоткового забезпечення фінансуванням; 5) часткове погашення кредитів для певних категорій осіб [1, с. 68–80].

Нині житлово-будівельні кооперативи функціонують на застарілій правовій основі, що визначається нормативними актами, які були прийняті ще у 80-х роках минулого століття, зокрема, це Примірний статут ЖБК [2], Правила обліку громадян, які бажають вступити до ЖБК [3].

Проте загальні вимоги щодо створення споживчих кооперативів, змісту установчих документів, їх правота дієздатності тощо визначаються ст. 80–112 ЦК України з урахуванням особливостей, що визначаються спеціальним, але застарілим законодавством.

Мешканці кооперативів мають незалежне право власності на свої квартири, на відміну від інших форм утримання житла багатоквартирного жилого будинку утримують будинок спільно. Так, відповідно до ст. 384 ЦК України будинок, споруджений або придбаний житлово-будівельним (житловим) кооперативом, є його власністю. При цьому член житлово-будівельного (житлового) кооперативу, якщо він ще не купив квартиру, має право лише володіння і користування нею, а розпорядження квартирою, яку він займає в будинку кооперативу – лише за згодою кооперативу. ЦК України повністю сприйняв положення ст. 15, 20, 21 Закону України «Про власність», згідно з яким у разі викупу квартири член житлово-будівельного (житлового) кооперативу стає її власником. Констатуємо, що всі мешканці кооперативів, завдяки інфляційним процесам 90-х років минулого століття, сплатили свої паї в повному обсязі, хоча не всі отримали свідоцтва про право власності на житло. Саме з цього моменту визначається відмінність житлово-будівельного кооперативу від житлового. Тому згідно з ч. 1 ст. 384 ЦК України будинок, споруджений або придбаний житлово-будівельним кооперативом, є його власністю. Член кооперативу набуває право власності на квартиру тільки

після викупу квартири (ч. 3 ст. 381 ЦК України). Спільним у вказаних підставах набуття права власності на квартиру членом кооперативу є те, що право власності належить спочатку кооперативу, а член кооперативу набуває на неї право власності тільки після повної сплати членських внесків.

Разом з тим, виходячи із положень ЦК України, кооператив набуває право власності на будинок, а окремі квартири знаходяться у приватній власності. При цьому виникає спільна часткова власність на будинок кооперативу. В житловому, житлово-будівельному кооперативі виникають комплексні цивільні правовідносини під час членства в житлово-будівельній кооперації: це майнові відносини при створенні, будівництві багатоквартирного будинку, грошові внески, придбання матеріалів тощо; правовідносини, що виникають із права спільної власності на об'єкт нерухомості, спільне користування загальними місцями; управлінські відносини в середині кооперативу: участь у загальних зборах, в керівних органах.

Зазначаємо, що в Україні слід розробити нове законодавство в сфері житлової кооперації, яке має спрямовуватися на розкриття її потенціальних можливостей.

Разом з тим у науковій літературі неодноразово висловлювалися думки, що така юридична особа як ЖБК не повинна існувати, а кооперативи мають перетворитися у товариства співвласників багатоквартирного жилого будинку [4, с. 62–64]. Саме такий шлях обрало цивільне законодавство Російської Федерації, Грузії, Республіки Білорусь, Болгарії тощо. Зокрема, ст. 1512 Цивільного кодексу Грузії визначено: «Житлово-будівельні кооперативи як юридичні особи вважаються ліквідованими з 25 листопада 1997 року» [5, с. 735]. Хоча і тут законодавець залишив застереження, згідно з яким зобов'язання держави перед раніше створеними житлово-будівельними кооперативами зберігаються. В Російській Федерації відповідно до ст. 14 Закону «Про введення в дію Житлового кодексу Російської Федерації» характерними ознаками житлової кооперації є гарантування громадянам права добровільного вступу до кооперативу, участі в управлінні всіма справами кооперативу; незалежність кооперативу в прийнятті рішень щодо виконання його статутних завдань.

Створення та діяльність житлових кооперативів ґрунтується на таких основних засадничих принципах: добровільності вступу та безперешкодного виходу з кооперативної організації; соціальної справедливості, взаємодопомоги та співробітництва; рівного права голосу під час прийняття рішень (один член кооперативу – один голос); вільного вибору напрямів і видів діяльності; контролю за діяльністю кооперативної організації та їх посадових осіб; безпосередньої участі членів кооперативної організації у її діяльності. Зазначені принципи надають можливість і в майбутньому забезпечувати ефективне управління багатоквартирним житловим будинком.

Кооперативи поділяються залежно від мети. Відповідно до ЦК України функціонують кооперативи двох основних типів: виробничі і споживчі. Поняття споживчого кооперативу у ЦК України не наводиться, хоча

міститься положення, що їх правовий статус визначається спеціальним законом. Відповідно до ст. 85, 86 ЦК України споживчі кооперативи віднесено до непідприємницьких товариств, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками, що повністю відповідає меті створення житлово-будівельних та житлових кооперативів. Хоча споживчі кооперативи можуть поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність для задоволення житлово-побутових потреб, якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню. Тобто поряд із зазначеними функціями житлово-будівельні кооперативи можуть також розвивати й іншу різноманітну діяльність. Основною метою споживчих кооперативів є не будівництво житла, а задоволення потреб членів кооперативів у житлі і подальше його утримання. Відповідно до законодавства України *громадяни* (курсив наш – М. Г.) можуть на добровільних засадах створювати житлово-будівельні, житлові, товариства індивідуальних забудовників, інші кооперативи для задоволення власних житлово-побутових потреб. Основним напрямом діяльності цих кооперативів і товариств є участь коштами в спорудженні і наступній експлуатації жилих будинків, нежилих приміщень, прибудинкової території, а в передбачених статутами випадках і об'єктів приватної власності членів кооперативу (товариства), а також надання членам кооперативу (товариства) послуг, які відповідають цілям його створення.

Завдяки виокремленню типових рис можна стверджувати, що житлово-будівельні кооперативи є особливою формою непідприємницьких товариств на відміну від інших організаційно-правових форм, що передбачають спільне утримання житла. При цьому метою непідприємницьких товариств у житловій сфері є задоволення не лише житлових, а й економічних, соціальних та інших потреб членів кооперативу на основі поєднання їх особистих та колективних інтересів, поділу між ними ризиків, витрат і доходів на основі самоорганізації, самоуправління та самоконтролю за використанням житлового фонду. Як зазначає С. Г. Бабенко, розвиток житлово-будівельних кооперативів і кооперативів власників квартир пов'язаний, з одного боку, з необхідністю об'єднатися власникам квартир у кооперативи з метою їх обслуговування, а з іншого – можливістю забезпечення сім'ї квартирою через житлове кооперативне будівництво у зв'язку із зменшенням державного житлового будівництва в умовах економічної кризи [6, с. 68].

В. Й. Кісель та О. В. Томкевич визначають: «житлово-будівельний кооператив – це статутна громадська організація, яка створюється з метою забезпечення житлом членів кооперативу та членів їх сімей шляхом будівництва жилих будинків з надвірними спорудами за власні кошти кооперативу з допомогою банківського кредиту, а також для подальшої експлуатації та управління цим будинком» [7, с. 136].

Під житловим та житлово-будівельним кооперативом визнається добровільне об'єднання громадян та (або) юридичних осіб на підставі членства з метою

задоволення потреби громадян у житлі, а також управління жилими і нежилими приміщеннями в кооперативному будинку [8, с. 107].

За визначенням П. І. Седугіна, «житлово-будівельний кооператив – добровільне об'єднання громадян для будівництва за власні кошти жилого будинку та наступної експлуатації і управління цим будинком. Статусу ЖБК можуть також набувати жилі приміщення, що підлягають капітальному ремонту і реконструкції» [9, с. 283–284].

Відповідно до ст. 2 Закону Російської Федерації «Про житлові накопичувальні кооперативи» житловий накопичувальний кооператив – це споживчий кооператив, створений як добровільне об'єднання на основі членства з метою забезпечення потреби членів кооперативу у жилих приміщеннях» [10, с. 23].

Слід зазначити, що садівницькі товариства хоча і стають, особливо останнім часом, частиною системи забезпечення громадян житлом, але вони створюються для відпочинку, а не проживання, і тому за правовим змістом не належать до житлово-будівельних та житлових кооперативів.

Як уже зазначалось вище, житловий та житлово-будівельний кооператив створюється його засновниками на добровільних засадах. Засновниками кооперативу можуть бути фізичні та юридичні особи, проте щодо можливості юридичних осіб бути членами житлово-будівельних кооперативів, то слід виходити з того, що житло, яке належить юридичним особам, має використовуватися з метою проживання в ньому фізичних осіб. Вважаємо, що використання житла юридичними особами, як колективними членами ЖБК, з метою здійснення підприємницької діяльності суперечить суті їх діяльності. Багато юридичних осіб стали власниками житла, що розташоване в будинках ЖБК. На нашу думку, у цьому випадку йдеться не про право юридичної особи бути членом кооперативу, а про використання об'єкта права власності для проживання у ньому інших осіб на умовах найму. Юридичні особи можуть брати участь у діяльності кооперативів через своїх представників, але рішення про створення кооперативу приймається його установчими зборами, де члени кооперативу мають лише один голос, тобто юридичні особи переваги перед фізичними не мають.

Водночас нормативні акти встановлюють особливий порядок створення житлово-будівельних кооперативів, які обов'язково організовуються при виконавчих органах місцевих рад. Тому волевиявлення громадян має отримувати державну підтримку, оскільки задовольнилися потреби не всіх бажаючих, а лише тих, хто потребує поліпшення житлових умов. При цьому перевага надавалася відповідно до черговості певним категоріям громадян. Можна не погодитись із позицією І. М. Кучеренко, яка, зокрема, зазначала: «ЖБК створювалися не в добровільному порядку громадянами, а в адміністративному дозвільному порядку» [11, с. 165]. Йшлося про гарантування державою задоволення потреб громадян, які мали можливість за власні кошти задовольнити власні житлові потреби, шляхом його реєстрації та надання державної підтримки з метою розвитку житлово-будівельної кооперації. В основі добро-

вольного волевиявлення громадян була заява про поліпшення житлових умов. Така реєстрація є необхідним елементом створення житлово-будівельного кооперативу, оскільки для його будівництва потрібна ділянка землі, згода на її надання, відповідна проектно-кошторисна документація. Тому ЖБК не можуть бути зареєстровані без рішення відповідних місцевих рад, хоча в юридичній літературі така позиція прямо заперечувалась [11, с. 165].

Статут кооперативу є основним правовим документом, що регулює його поточну діяльність. Статут житлового та житлово-будівельного кооперативу має містити такі відомості: його тип – житлово-будівельний чи житловий, вичерпний перелік видів його діяльності; склад його засновників; умови і порядок вступу до кооперативу та виходу чи виключення з нього; права і обов'язки членів кооперативу; порядок встановлення розмірів і сплати внесків та паїв членами кооперативу та відповідальність за порушення зобов'язань щодо їх сплати; порядок формування, використання та розпорядження майном кооперативу; порядок розподілу його доходу та покриття збитків; порядок реорганізації і ліквідації кооперативу та вирішення пов'язаних з цим майнових питань; умови і порядок повернення паю тощо.

Тому при створенні житлово-будівельних кооперативів слід керуватися загальними вимогами, які висуваються до створення споживчих кооперативів (до змісту установчих документів, їх право- та дієздатності тощо), що визначається ст. 80–112 ЦК України з урахуванням їх особливостей. Але сучасна нормативна база в цій сфері не розроблена.

Не слід відмовлятися від житлової кооперації, яка має отримати новий зміст. На підтримку житлово-будівельної кооперації висловлювалися вчені-юристи. Зокрема, І. М. Кучеренко зазначає: «То чому б і сьогодні не надати можливість нашим громадянам самим обирати організаційно-правову форму юридичної особи, яка дасть змогу їм залежно від місцевих традицій, побажань осіб, які проживають у будинку, обрати ту організаційну форму юридичної особи, яка найбільше відбиває інтереси осіб, які проживають у жилих будинках. ...слід надавати право співвласникам приватизованого державного чи громадського житла створювати не тільки об'єднання співвласників квартир, а й житлові кооперативи» [11, с. 168–169].

На відміну від безпосереднього управління багатоквартирним будинком управління житловим (житлово-будівним) кооперативом виконується опосередковано через органи управління цих некомерційних організацій. Усі питання управління будинком вирішуються організаціями управління кооперативу. Вищим органом управління таких організацій є загальні збори членів кооперативу. Поточна діяльність щодо управління будинком частіше за все виконується не загальними зборами, а обраними органами: правлінням і головою правління.

Слід зазначити, що мають бути встановлені вимоги щодо кількості членів кооперативу. Так, відповідно до ч. 1 ст. 112 ЖК РФ кількість членів житлового кооперативу не може бути менше п'яти, але й не перевищувати кількість житлових приміщень у багатоквартирному будинку, що будується або купується

кооперативом. Тобто ЖБК (ЖК) може діяти в межах лише одного будинку. На розвиток житлової кооперації в Російській Федерації прийнято Закон «Про житлові накопичувальні кооперативи» [12], який визначає правові, економічні, організаційні засади діяльності житлових накопичувальних кооперативів по залученню і використанню грошових коштів громадян – своїх членів на придбання або будівництво жилих приміщень.

На підтримку діяльності житлово-будівельних кооперативів слід зазначити, що у цивільному законодавстві Ізраїлю, інших країн кооперативне будівництво і утримання житла отримали свій розвиток не тільки у формі юридичної особи. Так, існують не тільки кооперативні будинки, а й інші будинки «не зареєстровані як кооперативні» [13, с. 169].

Законодавство України відстоює концепцію безпосередньої участі членів ЖБК у справах діяльності ЖБК. Членами кооперативу можуть бути тільки фізичні особи. Так, членом кооперативу може бути фізична особа, яка досягла 16-річного віку і виявила бажання брати участь у його діяльності. Не мають права ставати членами ЖБК юридичні особи відповідно до п. 7 Примірного статуту житлово-будівельних кооперативів, проте за змістом ЦК України юридичні особи, що діють через своїх представників, які внесли вступний внесок та пай у розмірах, визначених статутом кооперативу, додержуються вимог статуту.

Членство в кооперативі припиняється у разі: добровільного виходу з нього; несплати внесків у порядку, визначеному статутом кооперативу; смерті члена кооперативу – фізичної особи; ліквідації члена кооперативу – юридичної особи; припинення діяльності кооперативу.

У свою чергу, кооператив, як юридична особа, є власником будівель, споруд, грошових та майнових внесків його членів, а також іншого майна, придбаного на підставах, не заборонених законом. Слід сприйняти таку правову конструкцію. Володіння, користування та розпорядження майном кооперативу здійснюють органи управління кооперативу відповідно до їх компетенції, визначеної статутом кооперативу.

Право власності членів кооперативу – фізичних осіб незалежно від права власності кооперативу. Кооператив відповідає за своїми зобов'язаннями тільки належним йому майном, а не майном його членів. Порядок покриття завданих кооперативом збитків визначається його статутом. Житловий кооператив не несе відповідальності за зобов'язаннями своїх членів, а члени за зобов'язаннями кооперативу.

Припинення діяльності житлового кооперативу здійснюється шляхом ліквідації та реорганізації. У разі реорганізації права та обов'язки кооперативу переходять до його правонаступників. Стаття 5 Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» не визначає підстав для реорганізації, а тільки встановлює, що реорганізація кооперативу проводиться за рішенням загальних зборів ЖБК. В Російській Федерації визначено, що кооператив створюється за ініціативою не менше ніж 50 людей і не більше 5000 тисяч чоловік. У випадку, якщо число членів кооперативу перевищує межу, то кооператив належить до примусової реорганізації в судовому порядку у формі поділу або виділу [14, с. 171].

Законодавством України не передбачено підстав для ліквідації житлово-будівельного кооперативу. Порядок ліквідації передбачено лише за рішенням загальних зборів членів кооперативу або зборів уповноважених; за рішенням суду, тоді ліквідаційна комісія проводить ліквідацію кооперативу у порядку, встановленому ст. 110–112 ЦК України.

Відповідно до ст. 14 Закону Російської Федерації від 29 серпня 2004 р. «Про введення в дію Житлового кодексу Російської Федерації» житлові і житлово-будівельні кооперативи, члени яких повністю сплатили пайові внески, мають перетворитися у товариства співвласників житла. Не перетворені кооперативи підлягають ліквідації у судовому порядку [15, с. 106]. При цьому в Росії прийнято Закон «Про житлові накопичувальні кооперативи», який вступив в силу одночасно з Житловим кодексом Російської Федерації.

Проте власність житлово-будівельних і житлових кооперативів є недоторканною, охороняється законом, а тому забороняється використання житла кооперативних організацій на цілі, не пов'язані з їх статутною діяльністю. Тому примусовий порядок ліквідації кооперативів прямо суперечить приватноправовим засадам управління приватним житловим фондом багатоквартирних будинків.

Таким чином, у багатоквартирному жилому будинку житло виступає не лише як об'єкт права власності, володіння та користування, а й як об'єкт управління та експлуатації. В останньому випадку власнику належить не тільки квартира, а й інші об'єкти спільної власності: фундамент, дах, сходи та інші частини будинку, які обслуговують квартиру, вони можуть складати спільну власність. При спільному користуванні житлом набувають значення рішення загальних зборів членів кооперативів багатоквартирного будинку з метою його утримання.

Особливою формою утримання житла є житлові та житлово-будівельні кооперативи, які на відміну від інших організаційно-правових форм, що передбачають спільне утримання багатоквартирних жилих будинків, спрямовані на задоволення житлових потреб членів кооперативу на основі поєднання особистих і колективних інтересів, поділу між ними ризиків, витрат і доходів, на основі самоорганізації, самоуправління та самоконтролю за використанням житлового фонду. Житлово-будівельні кооперативи за радянських часів були основною формою забезпечення житлом населення приватноправовим шляхом.

Право власності на житло виникає у ЖБК і триває до моменту повної сплати пайових внесків. Хоча в ЖБК мешканці мають незалежне право власності на свої квартири, але утримання квартир можливе на засадах в межах одного будинку. Чинне законодавство щодо житлових кооперативів не відповідає приватноправовим засадам, визначеним ЦК, оскільки передбачає об'єднання співвласників тільки у формі юридичної особи в межах одного будинку. Але пропонується, щоб тільки загальні збори мали право приймати рішення про вибір способу управління багатоквартирним будинком на добровільних засадах, і статут житлового кооперативу має відповідати положенням ЦК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Будзилевич І. С., Голодний М. А., Сиволобова Г. С. Типовой устав жилищно-строительного кооператива. 2-е изд. – К.: Будівельник. – 1979. – 216 с.

2. *Постанова* Ради Міністрів УРСР від 30.04.1985 р. № 186 «Про затвердження Примірною статути житлово-будівельного кооперативу» // ЗП УРСР. – 1985. – № 5. – Ст. 41.

3. *Постанова* Ради Міністрів УРСР від 05.06.1985 р. № 228 «Про затвердження Правил обліку громадян, які бажають вступити до житлово-будівельного кооперативу» // ЗП УРСР. – 1985. – № 6. – Ст. 46.

4. *Макашов Л.* Правовий статус співвласників багатоквартирного будинку // *Право України*. – 1996. – № 11.

5. *Гражданский кодекс Грузии*. – СПб., 2002. – С. 735.

6. *Кооперативне право*. Підручник / За ред. В. І. Семчика. – К.: Ін Юре. – 1998. – 336 с.

7. *Кісель В. Й., Томкевич О. В.* Житлове право: Навчальний посібник. – Хмельницький: Вид-во НАДПСУ. – 2003. – 244 с.

8. *Жилищное право*: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности 02.11.00. «Юриспру-

денция» / П. В. Алексий, Н. Д. Эриашвили, И. А. Еремичев и др. – М.: ЮНИТИ-ДАНА. – 2006. – 319 с.

9. *Седугин П. И.* Жилищное право. Учебник для вузов. – 3-е изд. – М.: НОРМА. – 2004. – 384 с.

10. *Жилищное право*: Сб. нормативных документов. – М.: Гросс Медиа. – 2005. – 272 с.

11. *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права. – К., 2004. – С. 165.

12. *Федеральный закон «О жилищных накопительных кооперативах»*. – М.: Гросс-Медиа. – 2005. – 48 с.

13. *Гражданское законодательство Израиля*. – Санкт-Петербург. Юридический центр Пресс. – 2003. – С. 169.

14. *Жилищное право*: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности 02.11.00 «Юриспруденция» / П. В. Алексий, Н. Д. Эриашвили, И. А. Еремичев и др. – М.: ЮНИТИ-ДАНА. – 2006. – 319 с.

15. *Герасимова Л. П.* Жилищное право. Краткий курс. – СПб.: Питер. – 2005. – 256 с.

The article notes that the content of a particular form of housing are living and building societies, which in contrast to other legal forms involving the mixing of multi-family housing, meet housing needs of the members. Indicated that housing cooperatives refer to the non-entrepreneurial partnerships.

В статье отмечается, что особой формой содержания жилья являются жилищные и жилищно-строительные кооперативы, которые в отличие от других организационно-правовых форм, предусматривающих совместное содержание многоквартирных жилых домов, удовлетворяют жилые потребности членов кооператива. Указано, что жилищные кооперативы относятся к непредпринимательским товариществам.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ДИТИНИ В ДОГОВОРАХ ІПОТЕКИ ЖИТЛА

Корнієнко Ю. І.,

науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню особливостей правового регулювання окремих питань іпотеки житла, право власності або право користування на яке мають діти.

Ключові слова: іпотека житлової нерухомості, майнові права дітей, місце проживання дитини.

Перехід України до ринкової економіки зумовив необхідність посилення договірної дисципліни шляхом забезпечення учасникам цивільних правовідносин дієвих гарантій виконання зобов'язань. У свою чергу, це змусило звернути більше уваги на засоби забезпечення виконання зобов'язань, в тому числі й на ті засоби, які за часів соціалістичної економіки використовувались вкрай обмежено (застава) або не визнавались цивільним законодавством взагалі (іпотека), а тому не використовувались. Перспектива розвитку іпотеки в Україні багато в чому залежить від удосконалення фінансово-кредитної системи і ринку нерухомості. Основними бар'єрами, які необхідно подолати, є високі процентні ставки, труднощі впровадження кредитних продуктів. Загалом сьогодні може йтися не стільки про подальший розвиток іпотечного кредитування, скільки про можливість виходу на рівень його розвитку в докризовий період [1, с. 318].

Законодавство про іпотеку становить складний комплекс нормативних положень, що включені до різних законодавчих та інших нормативно-правових актів. Співвідношення цих законодавчих та інших

нормативних положень створює істотні труднощі при їх тлумаченні і застосуванні [2, с. 82].

Метою даної статті є дослідження окремих питань правового регулювання іпотеки житла, право власності або право користування на яке мають діти.

Питанням правового регулювання іпотеки присвячено чимало досліджень вчених-цивілістів, серед яких: Б. М. Гонгало, О. В. Дзера, І. М. Кучеренко, І. І. Пучковська, О. С. Кізлова, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, Р. А. Майданик та багато інших.

Особливу увагу привертає питання передачі в іпотеку житла, право власності або право користування на яке мають діти, оскільки за наявності у дитини такого права закон вимагає отримання дозволу органу опіки і піклування на укладення іпотечного договору.

Зокрема, зрозуміла позиція банківських установ, які при аналізі документів щодо можливості оформлення в іпотеку житлової нерухомості (квартир / житлових будинків), що належать фізичним особам, вимагають з'ясування факту наявності / відсутності неповнолітніх дітей у іпотекодавців.

У випадку їх наявності (незалежно від того, чи зареєстровані такі діти в запропонованій в іпотеку нерухомості) необхідно вимагати отримання згоди органів опіки та піклування на укладання договору іпотеки.

Вказана позиція обумовлена вимогами чинного законодавства України, а саме:

У ч. 4 ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей» передбачено, що для здійснення будь-яких правочинів стосовно нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти, потрібна попередня згода органів опіки та піклування.

Частина 2 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» зазначає: «діти – члени сім'ї наймача або власника жилого приміщення мають право користуватися займаним приміщенням нарівні з власником або наймачем». Аналогічну норму містять ст. 405 Цивільного Кодексу України (далі – ЦК України), ст. 64 Житлового Кодексу України (далі – ЖК України).

Статтею 177 Сімейного Кодексу України (далі – СК України) передбачено: «Батьки малолітньої дитини не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти такі правочини щодо її майнових прав: укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири; видавати письмові зобов'язання від імені дитини; відмовлятися від майнових прав дитини».

Стаття 317 «Зміст права власності» ЦК України зазначає: «власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном. На зміст права власності не впливають місце проживання власника та місцезнаходження майна».

Частина 3 ст. 29 ЦК України визначає, що місцем проживання фізичної особи у віці до чотирнадцяти років є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з яким вона проживає.

Частиною 1 ст. 224 ЦК України передбачено: «правочин, вчинений без дозволу органу опіки та піклування, є нікчемним».

Відповідно до ч. 6 ст. 203 ЦК України правочин, що вчинюється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх дітей.

Таким чином, вищенаведені норми надають можливість дійти висновку, що за наявності у фізичної особи – іпотекодавця неповнолітньої дитини, незалежно від факту реєстрації місця проживання дитини за адресою нерухомості, що передається в іпотеку, отримання згоди органу опіки і піклування на укладання договору іпотеки є обов'язковим. Тобто факт реєстрації дитини за адресою предмета іпотеки не впливає на її майнові права користування житлом своїх батьків, а примусова реалізація такого житла може розглядатись як порушення майнових прав дітей.

Аналіз положень Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей», СК України та Закону України «Про охорону дитинства» дає можливість стверджувати, що законодавчі акти вимагають здійснення контролю за збереженням житлових та майнових прав дітей саме на

етапі вчинення правочинів з нерухомим майном, право власності на яке або право користування яким мають діти, шляхом надання органами опіки та піклування згоди на вчинення зазначених правочинів.

З метою встановлення випадків обов'язкового отримання дозволів органу опіки і піклування на укладання іпотечних договорів щодо нерухомості, право користування якою мають діти, слід взяти до уваги, що зазначене право користування може ґрунтуватися на: 1) документальній підставі; 2) законі. Так, аналізуючи вищевказані підстави виникнення права користування, варто зауважити, що: перша підстава впливає з наявних щодо дитини документів, зокрема: а) правовстановлюючого документа, в якому дитина записана власником (співвласником) нерухомості, що підтверджує наявність у неї також і права користування житлом, незалежно від того, чи проживає вона в цьому приміщенні (ч. 1 ст. 317 ЦК України); б) довідки про наявність зареєстрованих осіб на житловій площі, серед яких вказана й дитина (порядок такої реєстрації встановлений Законом України «Про реєстрацію місця проживання особи»); в) іншого документа, що підтверджує право користування нерухомістю (договір найму (оренди), укладений батьками дитини, рішення суду або органу опіки та піклування щодо встановлення місця проживання дитини за певною адресою, заповіт тощо); друга підстава свідчить про те, що право користування житлом виникає у дитини на підставі закону, зокрема, право сервітуту відповідно до ст. 405 ЦК України, ч. 2 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» [3, с. 150].

Аналізуючи вимоги ст. 405 ЦК України та ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства», відповідно до яких дитина як член сім'ї власника житла або наймача, що проживає разом з ним, має право на користування такою нерухомістю, слід враховувати, що: 1) дитина може бути членом сім'ї не лише своїх батьків, а й інших осіб, з якими вона спільно проживає, веде спільне господарство та має спільні права і обов'язки (ст. 3 СК України), наприклад, вона може бути членом сім'ї дідуся й бабусі, тітки тощо (тобто бути пов'язаною родинними, кровними чи іншими стосунками із зазначеними особами). Члени сім'ї визначені також ч. 2 ст. 64 ЖК України; 2) обов'язковою умовою існування такого сервітуту в дитини є її проживання разом із власником житла, які ведуть спільне господарство та мають спільні права і обов'язки; 3) даний сервітут є особистим, що встановлюється фактом визнання певних осіб членами сім'ї, які мають право визначити питання щодо застосування даного сервітуту щодо себе (чи не застосування). Дитина як член сім'ї своїх батьків має право у встановлених законом випадках викласти свою думку щодо визначення її місця проживання (а отже, й права користування житлом), що здійснюватиметься відповідно до вимог закону, зокрема ст. 29 ЦК України. Так, враховуючи зазначену правову норму, дитина віком від 10 до 14 років може домовитися з батьками або одним із них, з ким вона проживає, про інше місце проживання, аніж житло, в якому проживають її батьки та яке пропонується в іпотеку; а дитина віком від 14 до 18

років вже має право самостійно обирати своє місце проживання, за винятком обмежень, які встановлюються законом (тобто самостійність дитини залежатиме від певних обставин, обумовлених законом, наприклад, якщо дитина в межах даного віку має психічний розлад здоров'я (ст. 39 ЦК України). Отже, оскільки ч. 1 ст. 405 передбачає наявність у члена сім'ї власника житла, зокрема дитини, права (а не обов'язку) на користування вказаною нерухомістю, дитина у віці від 14 років має право у встановленому законом порядку обрати собі відповідне місце проживання, тобто користуватися житлом своїх батьків або іншим, яке не пропонується в іпотеку. Враховуючи вищевказані випадки застосування сервітуту в договірному порядку, варто зауважити, що закон обмежує право дитини віком до 10 років обирати місце проживання, оскільки відповідно до ч. 4 ст. 29 ЦК України її місцем проживання вважається місце проживання її батьків або усиновлювачів, або одного із них, з ким вона проживає [3, с. 150].

Якщо дитина користувалася житлом своїх батьків (що, за загальним правилом, вимагатиме отримання дозволу органу опіки і піклування на передачу такого житла в іпотеку), однак при цьому може виявитися, що з відповідних підстав таке право користування припинилося (з огляду на ч. 2 ст. 405 та ст. 406 ЦК України), то іпотекодержатель може не вимагати від іпотекодавця отримання дозволу вказаного органу, якщо є документ підтвердження факту припинення такого права (наприклад, визнання недійсним договору найму (оренди)).

Отже, якщо іпотекодержатель у відповідному випадку встановить, що у дитини відсутнє право користування майбутнім предметом іпотеки на момент укладення іпотечного договору, в зв'язку з чим не вимагатиме від іпотекодавця отримання дозволу органу опіки і піклування на укладення такого договору, для захисту іпотекодержателем своїх прав від ризику визнання такого договору недійсним необхідним є: а) отримання від іпотекодавця відповідних документальних підстав, які підтверджуватимуть, що дитина не наділена правом користування житлом, яке пропонується в іпотеку, на вказаний момент часу, зокрема, факт реєстрації її на іншій жилій площі, ніж предмет іпотеки; проживання дитини віком від 10 до 18 років на іншій жилій площі за домовленістю з батьками відповідно до ст. 29 ЦК України (така домовленість має бути виражена письмово); інші документи, які встановлюватимуть відмінне від предмета іпотеки місце проживання (наприклад, рішення суду тощо); б) в іпотечному договорі має бути зазначено про наявність чи відсутність у дитини права користування предметом іпотеки, а також інші умови, що можуть мати суттєве значення (наприклад, що іпотекодавець забезпечив дитину іншим жилим приміщенням і даний договір не порушує житлових прав дитини; у разі звернення стягнення на предмет іпотеки іпотекодавець зобов'язується вжити необхідних заходів з приводу забезпечення житлових прав дитини тощо) [3, с. 151].

Проте, як зазначає Б. М. Гонгало, заставодержателі позбавлені можливості контролювати вселення нових членів сім'ї, особливо тоді, коли йдеться про вселення неповнолітніх громадян в період кредитного та заставного зобов'язання, в цьому випадку заставодержатель

стає беззахисним. У більшості випадків було б неправильним надання заставодержателю можливості перешкодити вселенню неповнолітніх громадян [4, с. 176].

Саме на підставі вказаних норм чинного законодавства останнім часом було поширено практику з прийняття судових рішень про визнання договорів іпотеки недійсними у зв'язку з порушенням прав дітей та відмову в задоволенні позову щодо їх примусового виселення. Суди також мотивують свої рішення тим, що під час укладання договорів іпотеки в разі неотримання згоди органів опіки та піклування іпотекодавець обмежений розпоряджатися нерухомим майном відповідно до ст. 6 Закону України «Про іпотеку», оскільки у разі відчуження заставленої квартири чи будинку порушувалися б права та законні інтереси дітей.

У переважній більшості суди дотримуються вимог Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей». Разом з тим рішенням Рожнятівського районного суду від 9 грудня 2009 року задоволено позов банку до ОСОБИ та в рахунок погашення заборгованості за кредитним договором у сумі 101080 грн. 13 коп. звернено стягнення на жилий будинок. Одночасно відповідачку виселено з цього житлового приміщення із зняттям з реєстраційного обліку. Проте в порушення ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей» суд не звернув уваги, що у спірному будинку позивачки проживають її троє неповнолітніх дітей, які мають право на користування цим житлом. Крім цього, у зв'язку з цим суд не притягнув до участі у розгляді справи орган опіки і піклування та не з'ясував їх попередньої згоди щодо виселення з житлового приміщення неповнолітніх дітей. Також в матеріалах справи відсутня письмова вимога про добровільне звільнення жилого будинку, а в ході судового розгляду не обговорювалось питання щодо дотримання процедури виселення відповідачів [5].

Досить поширеною умовою договору іпотеки є заборона реєстрації дитини в заставленому будинку чи квартирі. Слід зазначити, що така умова є такою, що суперечить ст. 2, 6, 8 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», ст. 203 ЦК України та використовується в судах як контраргумент на заперечення банків щодо такої реєстрації дитини під час проживання сім'ї вже в обтяженій іпотекою квартирі (будинку).

При цьому згідно з положеннями ч. 3, 4 ст. 29 ЦК України місцем проживання фізичної особи, яка не досягла десяти років, є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я, в якому вона проживає. Тому у судовій практиці приділяється значна увага саме фактичному місцю проживання дитини ніж місцю, де вона була прописана на час отримання кредиту. З метою визначення обставин, які б підтверджували проживання дитини у приміщенні, переданому в іпотеку без дозволу органу опіки та піклування, судами використовуються покази свідків, довідки з медичних, дошкільних та шкільних установ, матеріали анкети позичальника, де б зазначалось про склад членів родини, а також копії паспортів, що містяться у мате-

ріалах кредитної справи з відмітками про наявність дітей. Як свідчить судова практика, саме ці докази приймаються судами до уваги при винесенні рішень щодо недійсності договорів іпотеки, укладених без згоди органів опіки та піклування [6]. На жаль, в цілому це не вирішує проблеми погашення заборгованості, що виникла, однак дієво запобігає погіршенню житлових умов дітей та позбавлення їх житла.

Слід зазначити, що існує зовсім протилежна судова практика задоволення вимог банку та виселення боржників, незважаючи на вищевказані норми законів. Цьому сприяє деяка правова колізія. Відповідно до ч. 1 ст. 40 Закону України «Про іпотеку» звернення стягнення на передані в іпотеку житловий будинок чи житлове приміщення є підставою для виселення всіх мешканців, за винятком наймачів та членів їх сімей. Ця сама норма закріплена і в ст. 109 ЖК України лише з застереженням, що виселення громадян з заставленої квартири (будинку) є підставою для надання цим громадянам жилих приміщень з фондів житла для тимчасового проживання. В цій самій статті передбачено, що відсутність такого тимчасового житла не тягне за собою припинення виселення громадян [7].

Існує також точка зору, що дозвіл органів опіки та піклування слід отримувати не лише перед укладанням договору іпотеки, й перед проведенням прилюдних торгів відповідно до Закону України «Про іпотеку», оскільки в ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей» йдеться саме про отримання згоди відповідних органів для здійснення будь-яких правочинів стосовно нерухомого майна, право власності або право користування яким мають діти [7].

Підбиваючи підсумок, слід зазначити, що норми законодавства та судова практика з питань виселення ма-

лолітніх або неповнолітніх дітей є досить суперечливою та залежить від конкретних обставин справи. У випадку наявності будь-якої правової колізії, неповноти, нечіткості або суперечливості законодавства, що регулює спірні правові відносини, що стосуються інтересів дитини, відповідно до вимог ст. 8 ЦПК України та ст. 3 Конвенції «Про права дитини» необхідно якнайкраще забезпечувати інтереси неповнолітніх та малолітніх дітей.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Кізова О. С. Застава в цивільному праві (питання теорії): монографія / О. С. Козлова. – Одеса: Фенікс, 2011. – 352 с.
2. Зобов'язальне право: підручник / За ред. С. О. Харитоновна, Н. Ю. Голубевої. – К.: Істина, 2011. – 848 с.
3. Цивільне право України. Особлива частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – 3-те вид., перероб і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с.
4. Гонгалло Б. М. Учение об обеспечении обязательств / Б. М. Гонгалло. – М.: Статут, 2004. – 222 с.
5. Фединак В. Д. Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ у 2010 році про виселення з житлового приміщення у зв'язку із зверненням стягнення на предмет іпотеки. 31.03.2011 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.court.gov.ua/sud0990/prosud/analiz/BHGFDBFFDSFSDIJFASLKJFJDA/>.
6. Судова практика захисту прав дітей у кредитних правовідносинах. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://news.ligazakon.ua>.
7. Сердюк Т. М. Реалізація предмета іпотеки за умови проживання малолітніх дітей. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://formula-zacshity.com/aktualno/28-kreditni-vidnosini/107-realizatsiya-predmeta-ipoteki-za-umo-vi-prozhivannya-malolitnikh-ditej.html>.

The article is devoted to researches of legal regulation of certain mortgages on housing, ownership or right of use to which children have.

Статья посвящена исследованию особенностей правового регулирования отдельных вопросов ипотеки жилья, право собственности или право пользования на которое имеют дети.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ЖИТЛОВЕ ПРАВО» ТА «ПРАВО НА ЖИТЛО» У ФОРМУВАННІ ОБ'ЄКТА СПАДКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Солтис Н. Б.,

кандидат юридичних наук, завідувач сектору проблем цивільного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті досліджується положення про те, як співвідносяться між собою поняття «житлове право» та «право на житло», а також, що слід розуміти під житловими правами як об'єктом спадкових правовідносин.

Ключові слова: житлове право, право на житло, спадкування, об'єкт спадкового правовідношення.

Однією із необхідних умов для життєдіяльності людини є житло, завдяки якому вона може забезпечити своє матеріальне та моральне існування. У загальному сенсі під житловими правами слід розуміти сукупність суспільних відносин, врегульованих правовими нормами, що виникають у процесі задоволення фізичною

особою своїх житлових потреб: у разі забезпечення житловими приміщеннями, користування житловими приміщеннями у будинках державного, соціального, громадського, приватного житлового фонду; обміну жилими приміщеннями; приватизації житлового фонду; користування житлом спеціального призначення; утри-

мання житлового фонду; користування прибудинковою територією; виселення громадян із житлових приміщень. За життя особа може задовольнити свою житлову потребу через надані їй житлові права, але у разі смерті не всі житлові права можуть перейти до спадкоємців. Серед окреслених житлових прав слід виокремити саме ті житлові права, які сформують об'єкт спадкових правовідносин. Це зумовлює з'ясування як в загальному, так і в спеціальному значенні поняття «житлові права», що можуть переходити у спадщину.

Як свідчить аналіз теорії житлового права та вітчизняного законодавства, на сьогодні існує певна невизначеність у застосуванні понять «житлове право» та «право на житло». Зазвичай, у теорії житлового права поняття «житлові права» і «право на житло» ототожнюють як поняття-синоніми, що зумовлює необхідність з'ясувати, яким чином співвідносяться ці поняття та що слід розуміти під «житловими правами» як об'єктом спадкових правовідносин.

На неоднозначне тлумачення поняття «житлове право» наголошував і В. Ф. Маслов, яке можна розуміти, вважав він, як окремий правовий інститут або житлове право в об'єктивному розумінні, а також як правомочність конкретної особи – громадянина на конкретне житлове приміщення (коли згадують, наприклад, про недоторканність житла), тобто у значенні суб'єктивного права на особливий майновий об'єкт [1, с. 3]. Автор не вбачав потреби вдаватися до подробиць спорів з цього питання, оскільки кожне з цих понять, на його думку, регулює право на задоволення житлової потреби, яку він відносить до категорії абсолютних суб'єктивних прав [1, с. 6]. Тоді як В. А. Баранов та В. В. Гуцїн вважають, що між цими термінами є суттєва правова різниця: «право на житло» – це суб'єктивне право особи на набуття і користування житловим приміщенням; «житлове право» – це об'єктивне право, тобто сукупність правових норм, які регламентують житлові відносини [2, с. 14].

За радянських часів у житловому праві поняття «право на житло» і «житлове право» розглядалися як конституційне право на житло або як суб'єктивне право особи для задоволення потреби у житлі. У сучасному розумінні право на житло відповідно до ст. 47 Конституції України розглядають у розрізі конституційного права на житло як особисте житлове право. Особисті права – це категорія абсолютних прав, які є невідчужуваними, оскільки в більшості своїй вони невід'ємні від людини, виникають з моменту її народження і припиняються зі смертю. Міжнародні конвенції щодо захисту прав людини, які ратифіковані Верховною Радою України, передбачають право осіб на достатній життєвий рівень, а тому природне конституційне право на житло може бути реалізоване у разі забезпечення осіб відповідними житловими умовами.

Є. О. Харитонов вважає, що більш правильним є визначення конституційного права на житло не як суб'єктивного права, а як одного з найважливіших елементів правоздатності громадян, що розуміється як загальна можливість (здатність) мати права та обов'язки, передумова для набуття конкретних суб'єктивних прав і обов'язків. Що стосується суб'єктивних житлових прав учасників відповідних відносин, вважає автор, то

вони виникають у ході реалізації конституційного права на житло, і їхня наявність або відсутність у певної людини не впливає на сталість змісту належного йому конституційного права [3, с. 109].

На сучасному етапі розвитку житлового права правовідносини, які виникають у фізичних осіб відповідно до ст. 47 Конституції України та надають право на житло, регулюються не тільки конституційними нормами, а й нормами цивільного права. Предметом цивільного права, крім майнових відносин, є також і особисті немайнові відносини, що включають в себе право на житло, зокрема, за ст. 310 ЦК України фізична особа має право на вільний вибір місця проживання, а ст. 311 ЦК надає фізичній особі вільно, на власний розсуд визначити свою поведінку у певному житловому приміщенні – це право на недоторканність житла. Потреба у житлі є тією обставиною, з якою закон пов'язує трансформацію конституційного права на житло у конкретне галузеве право, загального правовідношення у конкретне. Правовідношення, що виникає між громадянином і уповноваженим органом з приводу надання йому житлового приміщення, є цивільно-правовим, а отримання жилого приміщення в будинках державного і комунального житлового фонду – суб'єктивним цивільним правом [4, с. 37]. Слід погодитися з авторами, що, дійсно, конституційне право на житло лише надає можливість особі скористатися гарантованим Конституцією України правом на житло (приватизувати, побудувати на відведеній органами місцевого самоврядування території, укласти договір іпотечного кредитування та набути іншим способом у власність житло), і саме через застосування норм галузевого права (цивільного) особа реалізує суб'єктивне право на житло.

Житлове право як частину цивільного права розглядають С. О. Сліпченко та Є. О. Мічурін, під яким розуміють житлове право як право, що регулює відносини, в яких задовольняється потреба в житлі, відносини, що виникають у процесі задоволення громадянами своїх житлових потреб, відносини щодо задоволення потреб громадян у житлі [5, с. 15]. Але таке розуміння авторами поняття «житлове право» за своїм змістом нічим не відрізняється від конституційного, в основі якого лежить система задоволення житлових потреб громадян.

Існує й інша позиція, згідно з якою житлові права розглядаються як «особисті житлові цивільні права» [6, с. 4]. Такий симбіоз тільки підтверджує, що житлові права, як суб'єктивні права фізичної особи, які закріплені в конституції, є як особистими, так і майновими правами, що є предметом регулювання як конституційних, так і цивільних відносин. Юридично житлові відносини можуть бути оформлені за допомогою речових і зобов'язальних прав.

Право на житло в цивільному праві може бути віднесено, як вважає М. К. Галаянтіч, до такої трилогії: речових (майнових), зобов'язальних та особистих немайнових прав фізичної особи [4, с. 25]. З такою трилогією можна погодитися, адже речові права на житло регулюються нормами, що надають можливість фізичній особі набути право власності на житло (гл. 28 ЦК України «Право власності на житло»), воно також

виникає із речових прав на чуже майно (ст. 405 ЦК України встановлює право членів сім'ї власника житла на користування цим житлом). Право на житло в цивільних правовідносинах також виникає із зобов'язальних відносин при укладенні деяких договорів, предметом яких є житло: договір купівлі-продажу, дарування, ренти, довічного утримання, спадкового договору, а також відносини, пов'язанні з правом користування житловим приміщенням (договір оренди, найму житла, сервітут, спадкування за заповідальним відказом).

Досить детальний аналіз цих понять, які надаються у працях радянських та сучасних вчених, здійснив Л. Г. Лічман та дійшов висновку, що конституційне право на житло є елементом правоздатності, про що також зазначав і Є. О. Харитонов. Крім того, саме конституційне право на житло є правом складним, комплексним, яке включає державно-правові, адміністративно-правові, цивільно-правові аспекти. Автор робить висновок про поліаспектність права на житло та наявність у ньому, принаймні, кількох юридичних можливостей: реалізувати своє природне право на житло; стабільно користуватися займаним легально приміщенням; постійно покращувати свої житлові умови різними способами; використовувати житлове приміщення не тільки для особистого проживання, а й для проживання інших осіб чи використання з комерційною метою; претендувати на здорове та безпечне для проживання середовище [7, с. 26–27]. Таким чином, автор також виходить із конституційного розуміння поняття «право на житло». Щодо поняття «житлове право», то автор вважає, що предметом житлового права є житлові правовідносини, спрямовані на задоволення потреби кожного у житлі, на реалізацію конституційного права на житло, хоча в подальшому визначає їх як особливий вид цивільних правових відносин, які можуть бути зобов'язальними або речовими [7, с. 30–35].

Зміст права на житло становить гарантована законом можливість побудувати або придбати житло у власність, отримати в користування житло, що є об'єктом права державної, комунальної власності, або взяти в найм (оренду) об'єкт, що перебуває в приватній власності, набути право користування житлом як членів сім'ї власника жилого приміщення, так і осіб, які постійно проживають із наймачем житла, та стабільно користуватися житлом в умовах свободи вибору місця проживання і цивілізованого (безпечного) середовища існування, яке забезпечується державними гарантіями недоторканності житла і недопущення свавільного його позбавлення [8, с. 9].

Зокрема, ЦК України визначає, що одним із видів здійснення права на житло – отримання його у спадщину. У разі смерті фізичної особи, якій житло належало на праві приватної власності, право власності у цієї особи припиняється (п. 10 ч. 1 ст. 346 ЦК) і на майно померлої особи відкривається спадщина. Таким чином, відбувається перехід права на житло від однієї особи (спадкодавця) до іншої особи (спадкоємця). Таке правонаступництво надає можливість спадкоємцям набути конституційне право на житло, яким органи державної влади, органи місцевого самоврядування зобов'язані забезпечувати відповідно до ст. 273 ЦК України, або стати власником ще однієї нерухомості, оскільки на законодавчому рівні скасовано обмеження щодо

кількості та видів нерухомості, які можуть перебувати у власності фізичних осіб та переходити у спадщину. Як зазначає К. І. Скловський, зі смертю особи припиняється і право власності. У той час, коли, як ми віримо, визначається майбутнє душі людини, її майно перебуває у невідомому стані спадкової маси, яку повною мірою можна порівняти з аристотелівською закладкою та бесформною бездуховною матерією. Виникнення права власності у правонаступників пов'язане спочатку із вкладенням у майно волі нових власників, яка виражена в акті вступу у спадщину [9, с. 204–205]. Спадкування тісно пов'язане з правом власності і в цьому аспекті може розглядатися як: 1) реалізація фізичною особою однієї із правомочностей власника (можливості розпорядження своїм майном); 2) одна із похідних підстав виникнення права власності, тобто як організаційне правовідношення [10, с. 220].

Отже, незважаючи на різне тлумачення поняття «житлового права», його зміст зводиться до одного – це сукупність загальноправових (конституційних) та конкретно визначених (галузевих) норм, що регулюють відносини щодо задоволення особою житлової потреби, а отже, є об'єктивним правом.

Особа стає учасником житлових правовідносин, що включають як майнові, так і особисті немайнові права, що є предметом регулювання цивільних правовідносин. І лише у разі смерті фізичної особи житлові права та обов'язки переходять у порядку спадкового правонаступництва до спадкоємців, що, в свою чергу, дає їм можливість реалізувати своє суб'єктивне право на житло.

Суб'єктивне житлове право складається із юридичних можливостей, які надаються суб'єкту, що включають такі правомочності: правомочності вимоги, правомочності на власні дії, правомочності на захист. Таким чином, як вважають В. А. Баранов і В. В. Гуцін, вже у самому змісті суб'єктивних житлових прав передбачена можливість «запуску» механізму функціонування житлового права [2, с. 33]. Відповідно до Конституції України фізичні особи можуть реалізувати своє суб'єктивне право на житло шляхом будівництва, набуття житла у власність чи отримання в оренду. Саме у процесі задоволення власних потреб особа реалізує своє право на житло.

С. С. Алексєєв, досліджуючи поняття «здійснення суб'єктивного права», вказував на те, що це не тільки правова можливість здійснення певних дій самою управомоченою особою, а й правова можливість управомоченої особи вимагати від іншого вчинити певні дії або утримуватись від них [11, с. 124].

Для спадкоємців отримання житла у спадщину є способом набуття права власності на житло, що надає їм можливість реалізувати своє суб'єктивне право на житло, у разі прийняття спадщини. У результаті такої активної поведінки спадкоємця у інших осіб (відказоодержувачів, сервітуаріїв) може виникнути право на користування житлом. Таким суб'єктивним правом відказоодержувача на житло є право вимоги до спадкоємця, який прийняв спадщину, виконати відказ. Спадкування житла за заповідальним відказом складається із двох основних різновидів суб'єктивних прав, на яких наголошував С. С. Алексєєв: суб'єктивні права, зміст яких містить лише право вимоги, та суб'єктивні права, які надають самому суб'єкту можливість на власну активну

поведінку («право на власні дії, які мають юридичне значення») [12, с. 45]. Результатом таких дій спадкоємця є виникнення суб'єктивних житлових прав у спадкових правовідносинах: права власності на житло у спадкоємця і права користування у відказоодержувача. Крім того, у членів сім'ї спадкоємця може виникнути право на проживання в успадкованому житлі. У такому випадку можна говорити про житлові права як про множинність суб'єктивних прав на житло, що виникають у суб'єктів в результаті здійснення права на спадкування.

Але в спадкових правовідносинах доцільно застосувати поняття «житлові права». До складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. Внаслідок цього до складу спадщини переходить житло, яке належало спадкодавцю на праві власності. Але у спадщину може переходити не тільки житло як майно, а й деякі права та обов'язки, які можуть задовольнити житлову потребу спадкоємців та інших осіб. Розглянемо деякі з них.

Так, об'єкт незавершеного будівництва або самочинно збудоване житло не є об'єктом спадкування, тоді як права і обов'язки за договором будівельного під'яду, іпотечного договору – переходять у спадщину. Це дає можливість спадкоємцям здійснити суб'єктивне житлове право у разі добудови житла чи виплати кредиту та отримання правостановлюючих документів, що підтверджують право власності на житло. До спадкоємців за договором довічного утримання переходить, крім права власності на житло, ще й обов'язки спадкодавця як набувача за договором забезпечити відчужувача житлом (ст. 750 ЦК України), що включає в себе житлове право на проживання та користування житлом.

До спадкоємців може перейти у спадщину і правомочність володіння житлом за набувальною давністю. Відповідно до ч. 2 ст. 344 ЦК особа, яка заявляє про давність володіння, може приєднати до часу свого володіння увесь час, протягом якого цим майном володів спадкодавець (спадкодавці). Таким чином, спадкоємці шляхом спадкування реалізують як окреме майнове право на житло, так і сукупність прав та обов'язків, що складають родові його поняття «житлові права». Виходячи з вищевикладеного, доцільно у подальшому використовувати визначення поняття «житлові права», яке є тотожним поняттю «право на житло» та позначає сукупність суб'єктивних прав на житло.

Отже, слід констатувати, що в правовій науці існує певна невизначеність у застосуванні поняття «житлове право» та «право на житло», які, зазвичай, отожднюють.

We study the situation of how to relate to the concept of «right to housing» and «right to housing» and what constitutes a housing rights as a subject of genetic relationships.

В статье исследуется положение о том, как соотносятся между собой понятия «жилищное право» и «право на жилье», а также, что следует понимать под жилищными правами как объектом наследственных правоотношений.

ПОНЯТТЯ ЖИТЛОВОГО ФОНДУ ТА ПРОБЛЕМА ЙОГО КЛАСИФІКАЦІЇ

Бернацький М. В.,

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

Проте існують погляди на те, що ці поняття співвідносяться як родові і видові, і навпаки. Вважається, що у спадкових правовідносинах поняття «житлові права» означає сукупність суб'єктивних прав на житло, що виникають у суб'єктів у результаті здійснення права на спадкування: права власності на житло у спадкоємця і права користування у відказоодержувача та сервітуарія. Тоді як в об'єктивному розумінні «житлові права» – це сукупність загальноправових (конституційних) та конкретно визначених (галузевих) норм, що регулюють відносини з приводу задоволення особою потреби у житлі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Маслов В. Ф.* Защита жилищных прав граждан [текст] / В. Ф. Маслов. – Х.: Изд-во Харьковского у-та, 1970. – С. 3.
2. *Баранов В. А., Гуцин В. В., Курганова Л. С.* Жилищное право Российской Федерации [текст]: Учебник для вузов / В. А. Баранов, В. В. Гуцин и др. – М.: Норма, 2006. – С. 14.
3. *Право на житло в Україні: реалізація та захист* [текст]: Навчально-довідкове видання / За заг. ред. Є. О. Харитоновна. – Х.: ТОВ «Одіссея», 2008. – С. 109.
4. *Галянтич М. К.* Теоретико-правові засади реалізації житлових прав громадян в умовах ринкових перетворень [текст] / М. К. Галянтич. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2006. – С. 37.
5. *Сліпченко С. О., Мічурін Є. О., Соболев О. В.* Житлове право України [текст]: Науково-практичний посібник / С. О. Сліпченко, Є. О. Мічурін., О. В. Соболев. – Х.: Еспада, 2003. – С. 15.
6. *Житлове право України* [текст]: Навч. посіб. / За ред. В. С. Гопанчука, Ю. О. Заїки. – К.: Істина, 2003. – С. 4.
7. *Галянтич М. К., Дрішлюк А. І., Лічман Л. Г.* Здійснення та судовий захист суб'єктивних житлових прав [текст]: Монографія / М. К. Галянтич, А. І. Дрішлюк, Л. Г. Лічман. – Київ–Тернопіль: Підручники і посібники, 2009. – С. 26–27.
8. *Лічман Л. Г.* Судовий захист прав і інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення [текст]: автореф. дис. на здобут. наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Л. Г. Лічман. – Х., 2005. – С. 9.
9. *Скловский К. И.* Собственность в гражданском праве [текст] / К. И. Скловский. – М.: Статут, 2008. – С. 204–205.
10. *Харитонов Є. О., Харитонova О. І.* Цивільні правовідносини: Навчальний посібник [текст] / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. – К.: Істина, 2008. – С. 220.
11. *Алексеев С. С.* Теория права [текст] / С. С. Алексеев. – М.: Издательство БЕК, 1994. – С. 124.
12. *Гражданское право* [текст]: учеб. / С. С. Алексеев, Б. М. Гонгалo, Д. В. Мурзин [и др.]; под общ. ред. С. С. Алексеева. – М.: ТК Велби; Екатеринбург: Институт частного права, 2007. – С. 45.

У статті проводиться аналіз чинного, перспективного та зарубіжного законодавства, що регулює відносини у сфері класифікації видів житлового фонду, досліджуються критерії поділу житлового фонду на види, проблеми його класифікації.

Ключові слова: житловий фонд, державний житловий фонд, громадський житловий фонд, приватний житловий фонд, житловий фонд соціального призначення, фонд житла для тимчасового проживання.

Поняття житлового фонду є одним з найпоширеніших в законодавстві України. Визначення як самого поняття «житловий фонд», так і його класифікації на сьогодні є актуальним, оскільки: по-перше, на даний час діють застарілі норми Житлового кодексу УРСР, суперечать як положенням Конституції, так і сучасному законодавству в цілому, а по-друге, – різні законодавчі акти не мають єдності у підходах до визначення як поняття «житловий фонд», так і його класифікації.

Найбільш значущим серед сучасних наукових розробок поняття і класифікації житлового фонду є праці вітчизняних та зарубіжних вчених-цивілістів: С. Алексєєва, М. Гальянтича, О. Дзери, П. Крашеніннікова, І. Кучеренко, В. Луця, Є. Мічуріна, О. Михайлюк, П. Седугіна.

Метою цієї статті є визначення поняття житлового фонду з метою класифікації його на види.

За часів Радянського Союзу політика щодо права власності на житло неодноразово змінювалася, але, однозначно, більша частина житла, що знаходилася на території Радянського Союзу, належала державі. Ще в 1917 році держава відмовилася від приватноправових засад регулювання вирішення житлової проблеми. Держава, після націоналізації житлових приміщень та зведення до мінімуму кількості житлових приміщень, що належать особам на праві приватної або особистої власності, в адміністративному порядку задовольняє житлові потреби громадян за рахунок державного житлового фонду. Обіг житла, що знаходилось у власності громадян, було максимально обмежено. Обмежувалось також спадкування такого житла. Загалом до середини 80-х років ХХ ст. задоволення потреби громадян в житлі здійснювалось виключно в адміністративному порядку і за рахунок державного житлового фонду шляхом надання житла громадянам у користування. Після набуття Україною незалежності концепція задоволення житлової потреби громадян змінюється. Конституція України закріплює загальні засади житлової політики держави. В ст. 47 закріплюється, що держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду. Громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону. Після закріплення даної норми держава залишає за собою обов'язок задоволення житлової потреби виключно громадян, що потребують соціального захисту, а для інших громадян держава лише створює умови для самостійного задоволення потреби у житлі.

В основі класифікації житлового фонду лежить критерій однорідності правового режиму житла. Це визначає також однорідність правового регулювання суспільних відносин, які залежать від певного засобу, за допомогою якого кожен громадянин реалізує право на житло. Відповідно до цього відбувається отримання житлового помешкання в тому чи іншому будинку та встановлюється відповідний режим володіння, користування і розпорядження ним [1, с. 28].

П. І. Седугін зазначає, що сучасний житловий фонд – складний інженерний комплекс, оснащений різно-

манітними теплоенергетичними приладами, автоматичними засобами управління та експлуатації, широкою мережею комунікацій, ліфтовим, сантехнічним, протипожежним та іншим інженерним устаткуванням [2, с. 70]. Насправді так і є, але все інженерне устаткування, що міститься у житлі, є невід'ємним, і без нього житло не може відповідати одній із таких своїх характеристик як придатність для проживання за санітарних або інших технічних умов. Тому окремий розгляд будь-яких інженерних оснащень житлового фонду доцільний виключно при розгляді питань, безпосередньо пов'язаних з цими оснащеннями (договори про надання житлово-комунальних послуг тощо). Для характеристики житлового фонду інженерне устаткування житлового фонду, в більшості випадків, має другорядне значення.

Відповідно до ст. 4 ЖК УРСР жилі будинки, а також жилі приміщення в інших будівлях, що знаходяться на території України, утворюють житловий фонд. Тобто житловим фондом є сукупність всіх жилих приміщень, що знаходяться на території України. Кодекс поділяє житловий фонд на такі види:

- державний житловий фонд;
- громадський житловий фонд;
- фонд житлово-будівельних кооперативів;
- приватний житловий фонд;
- житловий фонд соціального призначення.

Слід зазначити, що в основі класифікації покладено не один, а кілька критеріїв класифікації. Наприклад, державний житловий фонд виділено як житло, що належить державі, тобто за суб'єктом права власності, тоді як житловий фонд соціального призначення виділено за критерієм призначення житла, що підтверджується назвою даного виду житлового фонду.

Виходячи з положень чинного законодавства, Конституції України, ЦК України, слід констатувати, що громадський житловий фонд та фонд житлово-будівельних кооперативів належать до приватного житлового фонду. Таке положення відповідатиме нормам законодавства про державну, комунальну та приватну форму власності. Застарілі положення законодавства щодо приватного житлового фонду, до якого віднесено жилі приміщення або їх частини, що належать громадянам на праві приватної власності, мають бути переглянуті, адже житлово-будівельні кооперативи, а отже, й кооперативні, громадські організації, є юридичними особами приватного права, і зазначені приміщення належать їм на праві приватної власності. Крім того, житлово-будівельні кооперативи, громадські організації та інші юридичні особи, яким належать жилі приміщення, мають також визнаватися суб'єктами житлових відносин [3, с. 20].

Слід зазначити, що визначення державного житлового фонду міститься також в ст. 1 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду». Відповідно до зазначеної статті державний житловий фонд – це житловий фонд місцевих рад та житловий фонд, який знаходиться у господарському віданні чи оперативному управлінні державних підприємств, організацій, установ. Дане визначення дещо

конкретизує поняття державного житлового фонду, а саме, визначає суб'єктів, через яких держава здійснює право власності на житло та спосіб володіння цими приміщеннями.

Перелік видів житлових фондів, що закріплено в ЖК, не є вичерпним. Так, відповідно до Закону України «Про ипотеку» перелік видів житлових фондів доповнюється таким видом, як фонд житла для тимчасового проживання. Відповідно до ст. 132-1 зазначеного Закону до жилих приміщень з фондів житла для тимчасового проживання належать жилі приміщення, пристосовані для тимчасового проживання громадян, які не мають або втратили постійне місце проживання. Даний вид житлового фонду за своїм призначенням схожий на житловий фонд соціального призначення, оскільки в ньому проживають особи, що потребують соціального захисту. Відмінність полягає в тому, що житло фонду тимчасового проживання не призначене для постійного проживання в ньому.

У правовій літературі виділяється інший поділ житлового фонду:

– житловий фонд загального призначення, що охоплює сукупність житла всіх форм власності, призначеного для проживання всіх категорій громадян і використовується на загальних приватноправових засадах (житло всіх форм власності, призначене для проживання громадян, за винятком житлового фонду спеціального призначення);

– житловий фонд соціального призначення – це житло, призначене для проживання громадян, які потребують соціального захисту або поліпшення умов проживання: інвалідів, ветеранів, самотніх громадян похилого віку – їм надається житло в будинках-інтернатах, та інших громадян, які не можуть задовольнити житлову потребу через брак коштів;

– житловий фонд спеціального призначення – це житло, що надається в користування працівникам підприємств, установ і організацій на підставі відповідного договору, у складі якого виділяються фонд професійного і надзвичайного призначення (службове житло, гуртожитки, будинки маневреного житлового фонду, жилі будинки іншого особливого призначення) [4, с. 113–114].

П. В. Крашенінников при класифікації житлових фондів пропонує виходити із двох ознак: форми власності та напрямку використання. Саме класифікація за зазначеними ознаками вбачається як найбільш доцільна.

За формою власності житловий фонд поділяється на приватний (до якого відноситься громадський житловий фонд і житловий фонд житлових і житлово-будівельних кооперативів); державний; муніципальний. За напрямком використання він поділяється на: соціальний, індивідуальний, комерційний і спеціалізований [5, с. 20–22].

Саме запропонованим вище шляхом пішли розробники Житлового Кодексу РФ, який було прийнято у 2004 р. Відповідно до ст. 19 ЖК РФ житловий фонд – сукупність всіх житлових приміщень, що знаходяться на території Російської Федерації. Як бачимо, ЖК РФ використовує поняття «житловий фонд» та дає його визначення аналогічно тому, яке закріплене в ЖК УРСР. Відповідно до ЖК РФ залежно від форми власності житловий фонд поділяється на:

1) приватний житловий фонд – сукупність житлових приміщень, що перебувають у власності громадян і у власності юридичних осіб;

2) державний житловий фонд – сукупність житлових приміщень, що належать на праві власності Російській Феде-

рації (житловий фонд Російської Федерації), і житлових приміщень, що належать на праві власності суб'єктам Російської Федерації (житловий фонд суб'єктів Російської Федерації);

3) муніципальний житловий фонд – сукупність житлових приміщень, що належать на праві власності муніципальним утворенням.

В той же час залежно від цілей використання за ЖК РФ житловий фонд поділяється на:

1) житловий фонд соціального використання – сукупність житлових приміщень, що надаються громадянам за договорами соціального найму державного і муніципального житлових фондів;

2) спеціалізований житловий фонд – сукупність призначених для проживання окремих категорій громадян і таких, що надаються за правилами розділу IV ЖК РФ житлових приміщень державного і муніципального житлових фондів;

3) індивідуальний житловий фонд – сукупність житлових приміщень приватного житлового фонду, які використовуються громадянами – власниками таких приміщень для свого проживання, проживання членів своєї сім'ї та (або) проживання інших громадян на умовах безоплатного користування, а також юридичними особами – власниками таких приміщень для проживання громадян на зазначених умовах користування;

4) житловий фонд комерційного використання – сукупність житлових приміщень, які використовуються власниками таких приміщень для проживання громадян на умовах оплатного користування, наданих громадянам за іншими договорами, наданих власниками таких приміщень особам у володіння і (або) користування [6].

Слід зазначити, що кодекс використовує два критерії, які чітко визначені та відповідають сучасній концепції права власності. Але все ж таки деякі положення заслуговують на критику. Наприклад, існування житлового фонду комерційного використання не є обґрунтованим і, більше того, незрозумілим, оскільки будь-хто має право розпоряджатися своїм майном на власний розсуд і без обмежень. У випадку, якщо житло належить на праві власності фізичній особі, яка використовувала його для власного проживання, а потім це житло буде передане власником за договором оренди для проживання інших осіб – це не повинно змінювати правовий статус такого житла і переведення його до іншого виду житлового фонду.

З урахуванням положень ст. 47 Конституції України та положень чинного житлового законодавства за призначенням житловий фонд може бути:

– житловим фондом загального призначення, що охоплює сукупність житла всіх форм власності, призначеного для проживання всіх категорій громадян, і використовується на загальних приватноправових засадах;

– житловим фондом соціального призначення – це житло всіх форм власності, призначене для проживання громадян, які потребують соціального захисту (інваліди, ветерани, самотні громадяни похилого віку) [7, с. 135].

Також в юридичній літературі пропонуються й інші підходи до визначення видів житлових фондів. Так, Ю. Толстой пропонує класифікувати житлові приміщення не за формами власності, а залежно від підстав їх надання: житло, що надається за договором соціального найму; житлові приміщення, що надаються за договором комер-

ційного найму; житлові приміщення у будинках житлово-будівельних і житлових кооперативів; житло, що знаходиться у власності громадян; службові та спеціалізовані житлові приміщення; житлові приміщення, що надаються в користування громадянам за інших підстав. Дана класифікація вбачається недоцільною, оскільки буде виникати проблема, коли в межах одного виду житлового фонду регулювання відносин буде суттєво відрізнятись.

Відповідно до ст. 1 Проекту ЖК України житловий фонд – сукупність усіх форм житла (житлових будинків, гуртожитків, житлових комплексів, квартир, кімнат, інших житлових приміщень), призначених та придатних для постійного проживання людей. Проект ЖК відмовився від територіальної ознаки житлового фонду і це зрозуміло, оскільки дія даного нормативного акта поширюється тільки на територію України, а тому додаткової конкретизації щодо місцезнаходження житлових приміщень дане визначення не потребує. В той же час не можна залишити поза увагою закріплення такої ознаки житла як призначеність та придатність для проживання людей. Дана ознака в цьому випадку зайва, оскільки вона є ознакою житла, а поняття житла включене до поняття житлового фонду.

За проектом ЖК житловий фонд поділяється за двома критеріями: за формою власності та функціональним призначенням.

За формою власності відповідно до проекту ЖК України житловий фонд поділяється на:

1) приватний житловий фонд, який належить на праві приватної власності (співвласності) юридичним чи фізичним особам;

2) державний житловий фонд, який складається з об'єктів житлового фонду, що належать державі, державним підприємствам, установам та організаціям на праві господарського відання або оперативного управління, підприємствам, установам та організаціям Автономної Республіки Крим;

3) комунальний житловий фонд, який належить на праві власності територіальним громадам сіл, селищ і міст.

У свою чергу, за функціональним призначенням житловий фонд поділяється на:

1) житловий фонд загального призначення, до якого належить житло всіх форм власності, що використовується громадянами на загальних підставах;

2) житловий фонд соціального призначення, до якого належить житло державного та комунального житлових фондів, що надається на певний строк органами державної влади, органами місцевого самоврядування громадянам України, які відповідно до закону потребують соціального захисту і не мають житла;

3) житловий фонд спеціального призначення, до якого належить житло всіх форм власності, що надається

працівникам підприємств, установ та організацій на підставі відповідного договору, а також окремим категоріям громадян України.

Слід зазначити, що проект ЖК визначає в ст. 100 ще один вид житлового фонду – маневровий житловий фонд, хоч у загальному переліку видів він не наводиться, а входить до житлового фонду спеціального призначення [8]. Як бачимо, ці два різновиди житлових фондів співвідносяться як загальне до особливого, хоча в обох випадках використовується термін «житловий фонд».

З урахуванням викладеного вище можна дійти висновку про те, що в чинному законодавстві відсутня єдина класифікація видів жилого фонду, що спричинено як застарілістю ЖК УРСР, так і розрізненістю нормативних актів, що регулюють відповідні правовідносини. Тому можна виділити таку класифікацію видів житлового фонду. За формою власності: приватний, державний та комунальний жилий фонд, а за призначенням: житловий фонд загального призначення, житловий фонд соціального призначення, житловий фонд спеціального призначення. Дана класифікація на сьогодні є найбільш вдалою та такою, що відповідає чинному законодавству. На даний момент відповідна класифікація міститься в проекті Житлового Кодексу України, але на час написання даного матеріалу проект досі не затверджений. Можливо додаткове виділення підвидів житлового фонду буде викликано практикою, але дане питання потребує додаткової практичної апробації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Мічурін Є. О., Сліпченко С. О., Соболев О. В. Житлове право України / Науково-практичний посібник. – Харків: Еспада, 2001. – 318 с.

2. Седугин П. И. Жилищное право: учебник для вузов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА М), 2002. – 384 с.

3. Житловий кодекс України: науково-практичний коментар / За загальною редакцією Є. О. Харитоновна, Н. Ю. Голубевої. – Х: «Одіссей». – 2009. – 480 с.

4. Галантич М. К. Житлове право України: навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 528 с.

5. Крашенинников П. В. Жилищное право. – М.: Статут, 2000. – 198 с.

6. Жилищный кодекс Российской Федерации [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=131975>.

7. Галантич М. К. Теоретико-правові засади реалізації житлових прав громадян в умовах ринкових перетворень. – К., 2006. – 512 с.

8. Проект Житлового кодексу України 05.11.2010. [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://search.liga-zakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ed_2009_09_04/JF1S30DB.html#.

The article analyzes the current, perspective and foreign laws regulating relations in the classification of housing, explores the criteria for classification of housing types, the problem of their classification.

В статті проводиться аналіз діючого, перспективного і зарубіжного законодавства, регулюючого отношения в сфері класифікації видів жилищного фонду, досліджуються критерії розділення жилищного фонду на види, проблеми їх класифікації.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Поєдинок В. В.,

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

У статті здійснено загальну характеристику міжнародно-правового регулювання інвестиційної діяльності, виявлено сучасні тенденції його розвитку та концептуальні зв'язки з внутрішнім господарсько-правовим регулюванням.

Ключові слова: інвестиції, міжнародні інвестиційні угоди, міжнародний інвестиційний арбітраж.

Сучасний стан правового регулювання інвестиційної діяльності значною мірою обумовлений глобалізацією світової економічної системи, основу якої становить взаємопроникнення окремих національних економік через створення і діяльність транснаціональних корпорацій, спільних підприємств, придбання цінних паперів іноземних емітентів, трансфер технологій тощо. За таких умов правовий простір, в межах якого відбувається регулювання інвестиційної діяльності, характеризується складною взаємодією і взаємопроникненням двох шарів (рівнів) регулювання – національно- та міжнародно-правового.

Аналіз спеціальної літератури з інвестиційно-правової проблематики спонукає до висновку про недостатність спроб системного осмислення сучасного стану правового регулювання інвестиційної діяльності. Автори відповідних досліджень зосереджуються або на національно-правовому, або на міжнародно-правовому рівнях регулювання. Відносно нечисельні праці, у яких досліджуються як національно-, так і міжнародно-правові засоби регулювання, переслідують компаративістські цілі і присвячені тільки іноземним інвестиціям. На нашу думку, недостатність такого підходу обумовлена трьома головними чинниками:

1) глобалізація (передусім економічна) як загальний формуючий чинник сучасної правової системи. Висловлено таку точку зору: глобалізація багато у чому стирає межі між внутрішньою і зовнішньою сферами економічної діяльності, перетворюючи зовнішні фактори у внутрішні [1, с. 66–67]. Міжнародні детермінанти правового режиму інвестиційної діяльності з необхідністю взаємопов'язані, взаємозалежні і взаємодіючі з національними детермінантами, а їх виокремлення з сукупної реальності доречно тільки для аналітичних цілей [2, с. 15].

Наприклад, на першій погляд міжнародне право може регулювати тільки іноземне інвестування. Насправді, вплив міжнародно-правового регулювання виходить далеко за межі власне відносин, пов'язаних з вкладенням іноземного капіталу. По-перше, в глобальному економічному просторі межа між іноземними та національними інвестиціями стає дедалі більше умовною: їх розмежування провадиться за формальним критерієм – державною належністю інвестора, але капітал може частково або повністю походити з приймаючої країни. По-друге, міжнародно-правові приписи, які обмежують регуляторну свободу держав щодо вжиття протекціоністських заходів, впливають на економічне і правове становище, передусім, не іноземних, а національних суб'єктів господарювання. По-третє, вищі стандарти захисту іноземних інвестицій, закріплені в

міжнародному праві, а також доступ до спеціальних механізмів вирішення інвестиційних спорів означають дискримінацію вітчизняних інвесторів порівняно з іноземними;

2) історичні особливості формування інвестиційного права. Саме науці міжнародного права належить першість у теоретичному обґрунтуванні виокремлення інвестиційного права як специфічного явища правової дійсності («міжнародне інвестиційне право» як підгалузь міжнародного економічного права). Значна кількість інвестиційно-правових понять, концепцій і підходів, які наразі використовуються національними законодавцями, мають міжнародно-правове походження, а в деяких аспектах (регулювання транскордонного руху інвестицій, захист іноземних інвестицій) міжнародно-правове регулювання зберігає пріоритет.

Як зазначають з цього приводу французькі правознавці Д. Карро та П. Жюйар, в багатьох галузях формування норми внутрішнього права передують формуванню міжнародно-правової норми. Нічого подібного не відбувається в галузі інвестиційного права: навпаки, у цьому випадку формування норм міжнародного права передують формуванню норм внутрішнього права, коли йдеться, принаймні, про правила щодо ліквідації перешкод на шляху вільного руху інвестицій. Причина проста: жодна держава не піде на ліквідацію таких перешкод відносно будь-якої іншої держави або багатьох держав, якщо така акція не буде взаємною. Однак взаємність не проголошується в односторонньому порядку, вона забезпечується міжнародно-правовими засобами [3, с. 349];

3) недостатність розуміння міжнародного інвестиційного права як «взірця» для національного. Таке розуміння може бути проілюстрованим міркуваннями І. З. Фархутдінова: «В умовах наростаючого вільного руху капіталів внутрішнє право усе більшою мірою взаємодіє з міжнародним інвестиційним правом. Останнє виступає як гарант і як загальний «правовий стандарт» для національних інвестиційних законодавств. При цьому важливо, що імплементація міжнародних інвестиційних норм в національному праві можлива лише в тих випадках, коли інвестиційне законодавство тієї чи іншої держави відповідає міжнародному інвестиційному праву» [4, с. 83].

Разом з тим міжнародні дисципліни здатні виступати не тільки джерелом цивілізованих стандартів і найкращої практики інвестиційно-правового регулювання, а й суттєвою загрозою регуляторній свободі держави, перешкодою для реалізації легітимних цілей державної політики. В умовах глобалізації світової

економічної системи норми міжнародного права справляють дедалі глибший і не завжди конструктивний вплив на правовий господарський порядок окремо взятої країни, причому інвестиційної сфери це стосується якнайбільшою мірою. Як зазначає німецький вчений С. Шілл, міжнародне інвестиційне право є не тільки чи не найшвидше зростаючою сферою міжнародного регулювання і вирішення спорів, а й галуззю, яка стикається з суттєвими викликами і критикою з боку держав, інвесторів, громадянського суспільства, неурядових організацій і науковців-юристів [5, с. 3].

Завданнями цієї статті є здійснення найбільш загальної характеристики міжнародно-правового регулювання інвестиційної діяльності, виявлення сучасних тенденцій його розвитку та концептуальних зв'язків з внутрішнім господарсько-правовим регулюванням.

Поточний стан системи міжнародних інвестиційних угод (МІУ) як основного джерела міжнародного інвестиційного права (під МІУ ми маємо на увазі двох- та багатосторонні міжнародні угоди, предметом яких є регулювання руху інвестицій та/або захист інвестицій, а також угоди про економічне партнерство (угоди про вільну торгівлю, про регіональну економічну інтеграцію тощо), які містять розділи (положення), присвячені інвестиціям) вказує на такі характерні риси міжнародно-правового регулювання інвестиційної діяльності у сучасний період: 1) глобальний характер; 2) децентралізований характер; 3) динамічний розвиток; 4) поширення міжнародного інвестиційного арбітражу.

Про глобальний характер міжнародно-правового регулювання інвестиційної діяльності можна говорити з огляду на те, що процесом укладання МІУ охоплені усі регіони світу. Наразі загальна кількість МІУ в світі становить близько 6000 [6, с. хііі]. Майже усі країни є сторонами хоча б однієї МІУ, а більшість з них є сторонами кількох, а то й багатьох МІУ.

На противагу 70-м та 80-м рокам ХХ ст., коли країни-експортери та імпортери капіталу займали непримиренні позиції у питанні стандартів захисту іноземних інвестицій, у сучасний період фундаментальні ідеологічні розбіжності між ними значною мірою зникли. Нині МІУ покривають значні обсяги потоків інвестицій не лише між розвиненими країнами та країнами, що розвиваються, а й усередині обох зазначених груп країн. Міжнародно-правовий захист інвестицій, таким чином, став справді глобальним феноменом; меншою мірою це стосується міжнародно-правового регулювання руху інвестицій, хоч і в цьому випадку, зважаючи на зростаюче поширення угод про економічну інтеграцію, які переслідують комплексні цілі, можна говорити про досягнення певного рівня глобалізації.

Децентралізований характер міжнародно-правового регулювання інвестиційної діяльності виявляє себе в низці особливостей. По-перше, мережа МІУ атомізована: вона складається з тисяч окремих угод, між якими практично відсутня системна координація (власне, тому про систему МІУ можна говорити лише зі значною умовністю). По-друге, система МІУ багатопланова: вона складається з міжнародних угод, укладених на різних рівнях: двосторонньому (угоди про взаємне сприяння та захист інвестицій або, коротше, двосторонні інвести-

ційні угоди (ДІУ)), субрегіональному, регіональному, міжрегіональному, секторальному, кілька- і багатосторонньому, предмети регулювання яких частково збігаються. По-третє, система МІУ багатоаспектна: вона регулює питання не тільки власне інвестицій, а й торгівлі товарами і послугами, правового режиму інтелектуальної власності, використання робочої сили, екологічні питання тощо [7, с. 5].

Система МІУ перебуває у динамічному розвитку. Протягом останніх кількох років щотижня укладалися в середньому більш як три угоди. Крім того, триває тенденція переукладання «старих» ДІУ та заміни їх більш сучасними та складними угодами. Так, зростає кількість ДІУ, що містять положення, спрямовані на конкретизацію змісту спірних концепцій міжнародного інвестиційного права («непряма експропріація» та відмежування її від регуляторних заходів держави, що не підлягають компенсації; «справедливе та рівне ставлення» тощо). Іншим новим явищем є врахування деякими ДІУ міркувань публічної політики приймаючих держав шляхом застосування виключних застережень, які стосуються, наприклад, національної безпеки і громадського порядку, охорони здоров'я і довкілля, дотримання прав на працю, культурного різноманіття та пруденційних заходів на ринках фінансових послуг. Нові угоди приділяють увагу також питанням міжнародного інвестиційного арбітражу, включаючи можливість осіб, що не є сторонами у спорі, брати участь в арбітражному процесі [7, с. 3–6].

Поширення міжнародного інвестиційного арбітражу як способу вирішення спорів між іноземними інвесторами та приймаючими державами є одним з ключових чинників зростання кількості МІУ та їх якісних змін. Тривалий час ці угоди розглядалися як щось подібне до «мертвої букви». Попри те, що положення про арбітраж включалися до МІУ починаючи з 1968 р., до 1990 р. арбітражний розгляд інвестиційних спорів не був відомий. Першою відомою справою, розглянутою у порядку інвестиційного арбітражу, стала справа *Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka* (1990 р.) за позовом на підставі шрі-ланкійсько-британської ДІУ з приводу зруйнування креветкової ферми шрі-ланкійськими силами безпеки. Арбітраж присудив інвесторові 460 тис. дол. США як відшкодування збитків [8, с. 58–59]. На кінець 2010 р. загальна кількість відомих спорів, що виникли з МІУ, досягла 390, з них більше половини були ініційовані починаючи з 2005 р. Оскільки єдиним арбітражним форумом, який веде публічний реєстр позовів, є Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів, що діє на підставі Вашингтонської конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18 травня 1965 р., загальна кількість спорів насправді може бути більшою. Крім того, зазначена кількість не включає спори, що виникли виключно з інвестиційних договорів між іноземними особами та державами, а також спори, у яких сторона лише заявила про свій намір подати позов, але ще не зробила цього [9, с. 1–2].

Водночас, зростання кількості МІУ та міжнародних інвестиційних спорів, широта інтерпретацій прав інвесторів деякими інвестиційними арбітражами та ряд

значних рішень, винесених проти приймаючих держав, викликали критичну увагу різних держав, груп захисту суспільних інтересів та вчених з огляду на такі чинники: по-перше, невизначеність, або навіть дозначеність положень МІУ, які на основі широко сформульованих принципів захисту інвестицій обмежують державний суверенітет; по-друге, зростаюче число нерослидкових, конфліктуючих інтерпретацій арбітражами стандартів захисту інвестицій не тільки згідно з різними угодами, а й у практично ідентичних справах, заснованих на одній і тій самій угоді; по-третє, фрагментація міжнародного інвестиційного права та, відповідно, брак стабільності й передбачуваності у прийнятті рішень арбітражами; по-четверте, презумпція упередження на користь іноземних інвесторів проти легітимних неінвестиційних публічних інтересів, наприклад, щодо охорони здоров'я, культурної спадщини, праці або довкілля; і по-п'яте, процесуальні максими арбітражу, особливо конфіденційність процедур, та ідея того, що процес вирішення спорів на підставі інвестиційних угод належить сторонам, і особи, які не є сторонами, навіть якщо їхні інтереси зачіпаються, позбавлені права участі у ньому [5, с. 7]. На цьому тлі висловлюється точка зору про те, що міжнародне інвестиційне право перебуває у справжній «кризі легітимності».

Пропозиції щодо реформи міжнародного інвестиційного права є різноманітними. Передусім, вони стосуються інституційної реформи міжнародного інвестиційного арбітражу як найбільш проблемної ланки міжнародно-правового режиму інвестицій. Пропонуються різні шляхи такої реформи: відмова від міжнародно-правового захисту інвестицій взагалі (найбільш радикальний підхід), повернення до міждержавного арбітражу, заснування єдиного апеляційного органу для перегляду рішень інвестиційних арбітражів і, нарешті, створення постійно діючого міжнародного інвестиційного суду [10, с. 1582–1625]. Безвідносно до переваг таких альтернатив з точки зору послідовності, передбачуваності і легітимності вирішення міжнародних інвестиційних спорів, фундаментальна інституційна реформа не є ймовірною у близькому майбутньому.

Інший напрям реформування міжнародного інвестиційного права полягає в удосконаленні самих МІУ, передусім і головним чином двосторонніх угод про взаємне сприяння і захист інвестицій. Очевидним шляхом, за допомогою якого держави можуть забезпечити належний рівень захисту інвестицій і водночас усунути неоднозначні положення, прогалини та інші недоліки власних ДІУ, є їх переукладення або заміна економічними угодами ширшої дії. Це передбачає здійснення ретроспективної оцінки впливу ДІУ для визначення міри захищеності основних публічних інтересів в умовах дії цих угод. Зразком альтернативного підходу до моделювання МІУ, вихідною ідеєю якого є необхідність збалансування приватних інтересів іноземних інвесторів та публічних інтересів приймаючих держав, є Модельна міжнародна угода про інвестиції для сталого розвитку, розроблена Міжнародним інститутом сталого розвитку [11].

Окремим напрямом удосконалення міжнародно-правового регулювання інвестиційної діяльності є тео-

ретичне обґрунтування міжнародного інвестиційного права, яке наразі значно відстає від фактичного розвитку міжнародних економічних відносин. Як зазначає І. І. Лукашук, на жаль, правознавці не виявили відповідного інтересу до вивчення впливу глобалізаційних процесів на розвиток держави і права [12, с. 117–118]. У свою чергу, І. З. Фархутдінов звертає увагу на те, що проблеми співвідношення міжнародного і внутрішнього права вже давно залишаються предметом досліджень практично тільки юристів-міжнародників. Разом з тим засмучує майже повна відсутність даної проблематики у працях з теорії держави і права, рівно як і уваги до неї галузевих юридичних наук [4, с. 20].

Недостатність наукового опрацювання проблематики міжнародного інвестиційного права відзначається і в авторитетних зарубіжних дослідженнях. Так, С. Шілл вказує на відсутність всеохоплюючої методологічної основи для сучасного розуміння міжнародного інвестиційного права як цілого, так само як і для переконливої оцінки його складових. Особливо ускладнює ситуацію зіткнення між приватним комерційним арбітражем та публічно-правовими підходами до міжнародного інвестиційного права та арбітражу. Саме напруга між цими двома моделями є джерелом значної частки критики і непорозумінь з приводу структури, функціонування та напрямів подальшого розвитку сучасної системи міжнародно-правового захисту інвестицій. У зв'язку з цим пропонується підхід, згідно з яким замість того, щоб опікуватися виключно захистом приватних інтересів інвесторів, міжнародне інвестиційне право повинно виконувати ширшу функцію забезпечення правової основи для публічного міжнародного економічного порядку, в межах якого складаються інвестиційні відносини. Міжнародному інвестиційному арбітражу, у свою чергу, відводиться роль механізму не тільки вирішення індивідуальних спорів між іноземними інвесторами та приймаючими державами, а й впровадження шляхом перевірки законності поведінки держави, верховенства права у ставленні до іноземних інвесторів. Міжнародний інвестиційний арбітраж, відтак, розглядається як феномен, більш подібний до адміністративного або конституційного судового розгляду, ніж до комерційного арбітражу, хоч міжнародне інвестиційне право і використовує арбітражний процес для вирішення спорів [5, с. 1–2].

Досягнення необхідного балансу між захистом інвестицій та іншими публічними інтересами, так само як і задоволення вимог прозорості й відкритості в інвестиційному арбітражі можливе за умови розуміння суттєвих публічно-правових імплікацій міжнародного інвестиційного права та концептуалізації його як публічно-правової дисципліни в межах міжнародного права. Публічно-правові виміри міжнародного інвестиційного права не обмежуються аспектом обмеження дій держави на користь індивідуальних прав. Вони виявляють себе також у зв'язку з іншою центральною функцією публічного права, а саме: функцією забезпечення легітимності і підзвітності публічної влади. У цьому вимірі вплив міжнародного інвестиційного арбітражу виходить за межі вирішення конкретних спорів між інвесторами і державами, а сам він розглядається як механізм глобального управління [5, с. 16–17].

З вищесказаного випливає функціональна подібність міжнародного інвестиційного права та внутрішньодержавного господарського права, метою якого є забезпечення правового господарського порядку на засадах збалансування приватних інтересів суб'єктів господарювання та публічних інтересів. Нескладно помітити значну подібність проблематики міжнародного інвестиційного та господарського права: забезпечення економічного зростання з одночасним дотриманням інших умов (складових) сталого розвитку; запобігання неправомірному державному втручанню у здійснення господарської/інвестиційної діяльності; захист прав на майно; створення умов для державно-приватного партнерства; недопущення дискримінації; сприяння міжнародним економічним, у тому числі інтеграційним, зв'язкам тощо. Можна виділити і проблеми процесуального характеру, які є спільними для міжнародного інвестиційного та господарського процесу, як от: співвідношення судового та арбітражного вирішення спорів; розмежування компетенції національних судів та міжнародних юрисдикційних органів; правове значення рішень і окремих правових позицій міжнародних інвестиційних арбітражів та характер і межі впливу цих рішень і правових позицій на суб'єктів господарських/інвестиційних правовідносин, у тому числі тих, що не були сторонами спору або міжнародного договору, на підставі якого він розглядався; співвідношення державного регулювання господарської/інвестиційної діяльності як прояву державного суверенітету та судового/арбітражного розсуду; забезпечення прозорості та відкритості процесу. Слід звернути увагу і на те, що абсолютна більшість гарантій захисту інвестицій, закріплених в МІУ, вимагають внутрішньоправового механізму їх реалізації: так, гарантія виплати компенсації у разі примусових вилучень інвестицій потребує визначення джерел коштів у внутрішньому бюджетному законодавстві; гарантія вільного переказу капіталів у зв'язку з інвестиційною діяльністю потребує визначення процедури купівлі і переказу іноземної валюти у валютному законодавстві та ін. «Криза легітимності» міжнародного інвестиційного права вказує на хибність поширеної позиції, згідно з якою міжнародне право є взірцем для внутрішньодержавного, а зусилля національного законодавця повинні спрямовуватися, передусім, на запозичення міжнародно-правових підходів. Натомість, саме міжнародне інвестиційне право стикається з необхідністю запозичувати результати тих внутрішньоправових наук, які вже послуговуються розвинутою методологією публічно-приватного регулювання з метою вироблення рішень, одночасно прийнятних для інвесторів, приймаючих держав та громадянського суспільства. У зв'язку з цим заслуговує на увагу запропонований С. Шіллом метод порівняльного публічно-правового аналізу (*comparative public law analysis*), який передбачає концептуалізацію і застосування стандартів міжнародного інвестиційного права, як-от: національний режим, захист легітимних очікувань, заборона прямої і непрямой експропріації та повний захист і безпека шляхом проведення паралелей з публічно-правовими концепціями, що застосовуються у внутрішньому

праві, а також іншими міжнародно-правовими режимами, як от право СОТ або право в галузі прав людини. На думку зазначеного автора, порівняльний публічно-правовий аналіз слугує кільком цілям: 1) конкретизації і проясненню часто невизначених стандартів захисту інвестицій і визначення обсягу відповідальності держави у конкретних випадках; 2) збалансуванню захисту інвестицій та інтересів, не пов'язаних з інвестиціями; 3) забезпеченню послідовності у тлумаченні і застосуванні МІУ; 4) забезпеченню міжрежимної єдності і подолання негативних наслідків фрагментації завдяки наголосу на спільних рисах і відкритості міжнародного інвестиційного права відносно інших міжнародно-правових режимів; 5) легітимізації існуючої арбітражної практики через демонстрацію того, що рішення міжнародних інвестиційних арбітражів аналогічні тим, що приймаються національними судами або іншими міжнародними арбітражами чи судами; 6) визначенню напрямів реформування практики укладання МІУ та арбітражної практики у світлі відмінних або більш точних рішень, прийнятих в інших системах публічного права [5, с. 24].

У рамках вищеописаного підходу, сформованого на основі досвіду кількох зарубіжних юрисдикцій, для цілей порівняльного аналізу пропонується використовувати внутрішнє адміністративне та конституційне право як публічно-правові галузі права, що впливає з уявлення про саме міжнародне інвестиційне право як «чисто» публічно-правову галузь. Водночас, абсолютизація публічно-правового компоненту у регулюванні міжнародних економічних відносин, так само як і нехтування ним, спотворюватиме картину цього регулювання. Цілком очевидно, що інвестиційне право існує для того, щоб сприяти надходженню інвестицій, а не перешкоджати цьому. Тому теоретично можна говорити про необхідність забезпечення паритету, балансу інтересів інвесторів та публічних інтересів, але не про підпорядкування інтересів інвесторів будь-яким іншим інтересам. Відтак, спроби представити інвестиційне право як чисто публічно-правову або приватноправову галузь є однаковою мірою упередженими.

У правовій системі України галуззю права, якій властива методологія, орієнтована на гармонізацію інтересів інвесторів та потреб сучасної регуляторної держави з наголосом на економічній ефективності регулювання, є господарське право як публічно-приватна галузь, складовою якого є інвестиційне право. У зв'язку з цим можна дійти висновку, що міжнародно-правові та внутрішньоправові елементи інвестиційно-правового регулювання повинні розглядатися комплексно як детермінанти єдиного правового господарського порядку в його «інвестиційному сегменті» на спільній господарсько-правовій методологічній основі. Це відповідає також інституціональній економічній перспективі, де будь-які норми, незалежно від їх походження, є інституціями, які формують поведінку економічних агентів.

У вітчизняній юридичній науці подібний підхід був запропонований ще на початку 20-х років ХХ ст. видатним правознавцем, на той час професором Харківського інституту народного господарства В. М. Корецьким. Він обґрунтував концепцію міжнародного господарського права, яке об'єднує міжнародно-правові

та національно-правові норми, що регулюють міжнародні економічні відносини [13, с. 120–136]. Разом з тим, якщо для В. М. Корецького об'єктом першочергової уваги було міжнародне право, у господарсько-правовій перспективі точкою відліку виступає внутрішнє господарське/інвестиційне право, напрацювання якого повинні використовуватися при вирішенні проблем, що виникають з МІУ. З іншого боку, очевидно, що вітчизняне інвестиційне право може бути джерелом удосконалення міжнародно-правового регулювання інвестиційної діяльності тільки за умови власної доктринальної і концептуальної зрілості, ґрунтовної розробленості основних правових питань, що становить перспективу подальших наукових досліджень в царині інвестиційного права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Куликов В. В. Нынешняя модель глобализации и Россия / В. В. Куликов // Российский экономический журнал. – 2002. – № 10. – С. 65–71.
2. Steyt, J.-Y. Comparative Foreign Direct Investment Law: Determinants of the Legal Framework and the Level of Openness and Attractiveness of Host Economies [Electronic resource] / J.-Y. Steyt; LL.M. Graduate Research Papers: Paper 1, 2006. – Mode of access: http://scholarship.law.cornell.edu/lps_LLMGRP/1. – 144 p.
3. Карро Д. Международное экономическое право: Учебник / Д. Карро, П. Жюйар. – М, 2001. – 608 с.
4. Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право. Теория и практика применения / И. З. Фархутдинов. – М.: Волтерс-Клувер, 2005. – 432 с.
5. Schill S. International Investment Law and Comparative Public Law: Ways out of the Legitimacy Crisis? [Electronic resource] / S. Schill. – Mode of access: [http://www.iilj.org/...](http://www.iilj.org/)

IF2010-11.Schill.pdf. – 36 p.

6. World Investment Report 2010. Investing in a Low-carbon Economy [Electronic resource]. – United Nations; New York and Geneva, 2010. – Mode of access: http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf.

7. Zhan J. Recent Trends and Characteristics of International Investment Rulemaking [Electronic resource] / J. Zhan // UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, Geneva, 28-29 June 2007. – Mode of access: http://archive.unctad.org/.../c2em21p02_en.pdf. – 8 p.

8. Newcombe A. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment / A. Newcombe, L. Paradell. – Kluwer Law International, 2009. – 614 p.

9. Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement [Electronic resource] / UNCTAD // IIA issues note. – 2011. - №1. – Mode of access: http://www.unctad.org/.../webdiaeia20113_en.pdf. – 16 p.

10. Franck S. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions / S. Franck // Fordham Law Review. – 2005. – Volume 73. – Issue 4. – P.1521–1625.

11. Mann H. IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development – Negotiators' Handbook / H. Mann, K. von Moltke, A. Cosbey, E.L. Peterson. – IISD, 2005. – 102 p.

12. Лукашук И. И. Взаимодействие международно-го и внутригосударственного права в условиях глобализации / И. И. Лукашук // Журнал российского права. – 2002. – № 3. – С. 115–128.

13. Корецький В. М. Избранные труды: Т.1 / В. М. Корецький. – К., 1989. – 340 с.

In the article the general features of the international investment law are described, the present tendencies of its development as well as conceptual nexus with the domestic commercial law regulation are revealed.

В статтє осуцествлена обцая характеристика международно-правового регулювання инвестиційної діяльності, выявленны современные тенденции его развития и концептуальные связи с внутренним хозяйственно-правовым регулированием.

ПРО ПРАВО УЧАСНИКА НА УЧАСТЬ В УПРАВЛІННІ ТОВАРИСТВОМ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

Беляневич О. А.,

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

В статті досліджено особливості виникнення в учасника товариства з обмеженою відповідальністю права на управління товариством та обсягу цього права у зв'язку із виконанням учасником (засновником) товариства корпоративного обов'язку по внесенню частки до статутного капіталу товариства, а також питання механізму забезпечення та захисту прав та інтересів товариства від недобросовісності його учасників (зловживання правом).

Ключові слова: корпоративні права, корпоративні обов'язки, частка у статутному капіталі, право на управління товариством, корпоративне правопорушення, добросовісність, зловживання правом.

Товариство з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ) є найпоширенішою організаційно-правовою формою ведення малого та середнього бізнесу і формою корпоративного інвестування. Ефективний захист прав і законних інтересів учасників товариства з обмеженою

відповідальністю, пов'язаних зі створенням, діяльністю, управлінням і припиненням ТОВ, залежить, насамперед, від повноти та несуперечливості законодавчого регулювання корпоративних відносин. Господарський кодекс України (далі – ГК України) визначає лише

загальні засади правового становища господарських товариств (ст. 79–92) [2], в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) закріплено основні положення про ТОВ (ст. 140–150) [3], детальніше регулювання здійснюється спеціальними нормами Закону України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 р. (із наступними змінами) (далі – Закон) [4], втім на цей час вони не забезпечують достатню, принаймні, з точки зору господарських судів, повноту правового регулювання корпоративних відносин, що складаються в ТОВ. Певною мірою це наклало відбиток і на правові дослідження: попри те, що сучасному українському правознавству загалом не бракує ґрунтовних робіт з корпоративного права, саме «буква закону» як основний об'єкт докладання інтелектуальних зусиль юриста стає перешкодою на шляху теоретичного розв'язання нагальних практичних проблем, що супроводжують діяльність ТОВ. Не в останню чергу регулювання корпоративних відносин, що складаються в ТОВ, може сприйматися сьогодні як недостатнє і через недобросовісність та зловживання своїми права учасниками ТОВ, що стали масовим явищем в Україні в умовах кризи правосвідомості та правової культури¹.

Наявні прогалини у законодавчому регулюванні корпоративних відносин, що складаються у ТОВ, зумовили, серед іншого, різне застосування місцевими та апеляційними господарськими судами, Вищим господарським судом України та Верховним Судом України норм ст. 58 «Вищий орган товариства з обмеженою відповідальністю» та ст. 64 «Виключення з товариства з обмеженою відповідальністю» Закону. Наявна неоднаковість судової практики [5], яка поки що не усунена вищими судовими інстанціями на рівні постанов пленумів, полягає у такому:

– як слід визначати кількість голосів учасників товариства з обмеженою відповідальністю: пропорційно розміру їх часток, фактично внесених до статутного капіталу товариства, або пропорційно розміру їх часток, зазначених у статутних документах товариств;

– якщо учасниками фактично не було внесено частку до статутного капіталу, чи впливає це на визначення правомочності загальних зборів учасників та результати голосування з прийняття рішень;

– чи можуть учасники, що володіють у сукупності більш як 50 відсотками загальної кількості голосів учасників товариства, реалізувати своє право на виключення недобросовісного учасника шляхом звернення з відповідною вимогою до суду, у випадку систематичної його неучасті у загальних зборах товариства і через це неможливості проведення правомочних зборів та вирішення питання про його виключення.

Мета цієї статті – виявлення та обґрунтування правових механізмів реалізації права учасників ТОВ на управління товариством, в тому числі захисту такого права без звернення до суду.

Наведене вище свідчить про наявність ситуації, яку можна назвати правовою невизначеністю і яка передбачає:

1) при доктринальному (науковому) тлумаченні зазначених норм – застосування сукупності способів тлумачення: граматичного, логічного та системного (для цього норми ст. 58, 64 Закону мають бути розглянуті у контексті за-

гальних положень про господарські товариства та інших норм Закону, якими визначається правове становище товариств з обмеженою відповідальністю), а також *телеологічного та функціонального*. Особливого значення при цьому набуває, на нашу думку, функціональний спосіб тлумачення, за допомогою якого «норма закону інтерпретується крізь призму умов, в яких вона реалізується і які впливають на її зміст» [6, с. 167];

2) в правозастосовній діяльності при вирішенні корпоративних спорів судами застосування аналогії права як способу подолання прогалин у праві, адже саме за наявності прогалин у праві виявляється безпосереднє регулятивне значення правових принципів [7, с. 349].

Для цілей тлумачення норм ст. 58, 64 Закону необхідним є виявлення сутності корпоративних обов'язків в їх взаємозв'язку із корпоративними правами, умовами та моментом виникнення останніх, сутності корпоративного правопорушення та корпоративної відповідальності.

Корпорацією вважається така юридична особа, яка заснована на засадах участі (членства), статутний капітал якої поділений на частки, що належать певним учасникам, які у відповідності з ними управляють цією юридичною особою. Ознака участі (членства) становить серцевину корпоративного ладу і є визначальною [8, с. 93].

Товариства з обмеженою відповідальністю традиційно визнаються *об'єднанням капіталів*² (у протиставленні об'єднанням осіб), хоча цей термін не є, як зазначається в літературі, точним, адже при створенні декількох особами юридичної особи має місце *виділення кожним із засновників майна з переданням* в подальшому його створюваній корпорації [9, с. 28].

В товаристві з обмеженою відповідальністю як різновиді корпорації участь майном (капіталом) відіграє першорядне значення, тоді як особиста участь в ТОВ його учасників (трудова участь безпосередньо своєю працею або підприємницька діяльність) з точки зору закону не впливає на особливості цієї організаційно-правової форми³. Другорядність особистісного зв'язку учасника ТОВ із товариством впливає, зокрема, з норми ч. 3 ст. 58 Закону про право учасника передати свої повноваження на зборах іншому учаснику або представникові іншого учасника товариства, а також відсутність законодавчо встановленого обов'язку про особисту участь учасника в діяльності ТОВ в тій чи іншій формі.

Однією із кваліфікуючих ознак ТОВ, як і інших господарських товариств, є *наявність у них титулу права власності на належне їм майно*. Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 115 ЦК України господарське товариство є власником майна, *переданого* йому учасниками товариства у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу. Ця норма дублюється в ч. 1 ст. 12 Закону. Схожа за змістовним навантаженням норма закріплена в ч. 1 ст. 85 ГК, згідно з якою господарське товариство є власником майна, переданого йому у власність засновниками і

² Те, що законодавець на сьогодні не визначає мінімального розміру статутного капіталу, в принципі не змінює сутності цього виду господарських товариств.

³ Як у виробничих кооперативах, повних товариствах, командитних товариствах стосовно учасника/учасників, які здійснюють від імені товариства підприємницьку діяльність і несуть відповідальність за зобов'язаннями товариства всім своїм майном (учасники з повною відповідальністю).

¹ Як відомо, закони розраховані на добросовісних адресатів, і навіть найдосконаліший з них не може запобігти порушенню правового порядку.

учасниками як внески. Відповідно, засновники (учасники) господарського товариства не є власниками майна товариства.

З цього випливає, що право засновника на частку в капіталі товариства зумовлюється *не уявною (номінальною), а фактичною (такою, що реально відбулася) майновою участю* в капіталі товариства (адже майно передається засновником товариству у власність).

Саме необхідністю реальної майнової участі в статутному капіталі ТОВ пояснюється і норма ч. 4 ст. 50 Закону про те, що учасники товариства, які не повністю внесли вклади, несуть *солідарну відповідальність за його зобов'язаннями у межах вартості невнесеної частини вкладу кожного з учасників*.

З легального визначення товариства з обмеженою відповідальністю як товариства, що має статутний капітал, розділений на частки, розмір яких визначається установчими документами (ст. 140 ЦК, ст. 50 Закону), та зазначених вище норм випливає, що частка (в точному сенсі) є складовою цілого, що належить самому товариству як власнику. З огляду на це *право засновника (учасника) на частку в капіталі товариства* слід розглядати як *елемент* корпоративних правовідносин. Корпоративні відносини відрізняються від інших вольових відносин, зокрема, тим, що підставою їх виникнення є акт узгодження волі їх учасників, і за згодою останніх встановлюється особливий порядок реалізації фактичної можливості володіння, реалізації та розпорядження майном [10, с. 265].

В Цивільному кодексі України визначення корпоративних прав відсутнє. Відповідно до ст. 167 ГК України корпоративними є права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Отже, конструкція права власності до корпоративних прав в господарському законодавстві України не застосовується.

Корпоративні відносини методологічно неправильно кваліфікувати лише як речові або як зобов'язальні, оскільки вони становлять нову якість, не просто поєднуючи в собі риси абсолютних і відносних правовідносин, а й тому, що втілюються в зв'язках за типом «кожен з (учасників, акціонерів) – до одного (товариства)» [9, с. 213].

У корпоративних відносинах реалізуються корпоративні права учасника, які не можуть бути ототожені з правами власника, тому норми ч. 4 ст. 58 та ч. 1 ст. 64 Закону не перебувають в логічному зв'язку із нормою ч. 3 ст. 13 Конституції України «Власність зобов'язує. Власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству» [1].

Корпоративні права засновника (учасника) ТОВ (як це випливає із ст. 10 Закону) виникають щодо конкретної юридичної особи і включають дві групи прав:

– *майнові* права, в тому числі право на отримання частини прибутку від діяльності товариства, право на отримання частини його активів у разі ліквідації;

– *організаційні (або немайнові) права*, в тому числі право брати участь в управлінні, право голосу, право на отримання інформації про діяльність¹.

Законодавець не визначає момент набуття корпоративних прав учасником ТОВ, що, власне, і зумовлює наявність протилежних позицій, які займають суди при вирішенні корпоративних спорів щодо права учасника на участь в управлінні справами товариства.

Разом з тим логіка корпоративних відносин і норм гл. 2 Закону, на нашу думку, є такою, що виникнення корпоративних прав у засновника не може визначатися формально, тобто лише по факту державної реєстрації товариства і на основі відповідного положення статуту товариства.

Право участі у справах товариства (кількість належних учаснику голосів) має залежати від того, чи виконав засновник свій обов'язок по оплаті вкладу в межах визначеної статутном частки.

В літературі справедливо зверталася увага на те, що поняття корпоративних прав нерозривно пов'язане із невіддільними від них корпоративними обов'язками², і що ці поняття є неподільними. Відповідно, корпоративне право як комплексне за змістом визначається через сукупність усіх прав та обов'язків, які має особа (засновник, учасник) щодо конкретної юридичної особи [11, с. 259–262]. Такий підхід, попри певну неточність власне терміна «корпоративні права», на нашу думку, надає можливість виявити особливості реалізації корпоративних прав у зв'язку із виконанням корпоративних обов'язків, під якими можна розуміти забезпечену корпоративним законодавством чи внутрішньокорпоративними (локальними) нормами міру належної поведінки суб'єкта відповідних правовідносин при набутті чи реалізації ним корпоративних прав, встановлених цими актами [12, с. 107].

Деякі дослідники характеризують майнові обов'язки як «антиподи майнових прав, тобто обов'язки сплатити кошти, передати річ тощо» [9, с. 189].

Оскільки ТОВ є *об'єднанням капіталів*, учасник товариства повинен виконувати *свої зобов'язання перед товариством, пов'язані з майновою участю, а також вносити вклади у розмірі, порядку та засобами, передбаченими установчими документами* (п. «б» ч. 1 ст. 11 Закону). Виконання таких обов'язків (внесення вкладів при створенні товариства та внесків при збільшенні статутного капіталу) спрямоване на формування статутного (складеного) капіталу, внаслідок чого забезпечується, зокрема, реалізація принципу самостійної відповідальності товариства за своїми зобов'язаннями.

Участь у створенні товариства шляхом здійснення внеску до статутного капіталу товариства (тобто виконання передбаченого законом обов'язку) є одним з первинних способів набуття корпоративних прав³.

¹ В деяких дослідженнях немайнові та організаційні права виділяються як окремі складові корпоративних прав (див., наприклад, [9, с. 217]), але в даному випадку це не має принципового значення.

² Термін «корпоративні обов'язки» в законодавстві як такий не використовується: ст. 117 ЦК та ст. 11 Закону містять перелік обов'язків учасників господарського товариства.

³ Похідними способами є відступлення часток, спадкування частки, але з огляду на цілі статті вони не розглядаються.

Ми приєднуємося до висловленої в літературі думки про те, що при первинних способах набуття корпоративних прав вони виникають з моменту їх повної оплати¹. У разі часткової оплати корпоративні права виникають в оплаченій частині. Саме так слід розуміти норму ч. 3 ст. 147 ЦК, ч. 3 ст. 54 Закону про те, що частка учасника товариства з обмеженою відповідальністю може бути відчужена до повної її сплати лише у тій частині, в якій її уже сплачено [11, с. 265].

Таким чином, *корпоративне право засновника виникає з моменту фактичного виконання свого обов'язку по внесенню вкладу до статутного капіталу, а право голосу засновника товариства має визначатися залежно від сплаченої частини належної йому частки (фактично внесеної)*.

В частині 2 ст. 144 ЦК України міститься імперативна норма про те, що *не допускається звільнення учасника товариства з обмеженою відповідальністю від обов'язку внесення вкладу до статутного капіталу товариства, у тому числі шляхом зарахування вимог до товариства*.

Встановлюючи обов'язок учасника товариства з обмеженою відповідальністю внести вклад до статутного капіталу у розмірі та порядку, передбаченими установчими документами, законодавець:

а) надає можливість учасникам товариства сплатити статутний капітал товариства до закінчення першого року з дня державної реєстрації товариства (ч. 1 ст. 52 Закону), тобто річний строк надається для виконання обов'язку кожним з учасників по внесенню вкладу у відповідному розмірі;

б) імперативно визначає негативні наслідки невиконання (неповного внесення) учасниками до закінчення першого року з дня державної реєстрації товариства своїх вкладів за невиконання цього обов'язку по закінченню річного терміну (ч. 2 ст. 52 Закону) у вигляді:

- або виключення із складу товариства тих учасників, які не внесли (не повністю внесли) свої вклади;
- або зменшення статутного капіталу та перерозподілу часток у статутному капіталі;
- або ліквідації товариства.

У перших двох випадках має відбутися приведення у відповідність номінального розміру часток учасників з фактичним розміром їх внесків до статутного капіталу.

Встановлений законом механізм реалізації санкцій за невиконання учасником обов'язку по внесенню вкладу до статутного капіталу передбачає *обов'язкове проведення загальних зборів* товариства для прийняття одного із зазначених вище рішень (ч. 2 ст. 52 Закону). Оскільки законодавець не встановлює будь-яких правил (умов), за якими здійснюється вибір тієї чи іншої санкції, загальні збори мають право обрати її залежно від конкретних обставин.

Можна стверджувати, що виключення із складу товариства тих учасників, які не внесли (не повністю внесли) свої вклади, є конфліктною ситуацією, тому

законодавець передбачає, що такий учасник ТОВ (його представник) у *голосуванні участі не бере* (ч. 1 ст. 64 Закону). Разом з тим чисельна суперечлива правозастосовна практика свідчить про те, що загалом такий механізм виявився неефективним, а тому *de lege ferenda* він має бути замінений іншим – у вигляді норм, які б імперативно встановлювали правові наслідки невиконання обов'язку по оплаті учасником частки без необхідності прийняття по цьому питанню рішення загальних зборів ТОВ². Тим самим забезпечуватиметься не лише правоохоронна, а й виховна та превентивна функції корпоративної відповідальності.

Таким чином, імперативно встановлюючи загальне правило про те, що:

1) виключення учасника зі складу товариства відноситься лише до компетенції загальних зборів ТОВ;

2) такий учасник не голосує з питання про виключення його зі складу ТОВ незалежно від визначеної статутом ТОВ розміру його частки,

законодавець в принципі не допускає ситуації неможливості виключення учасника з ТОВ через відсутність кворуму на загальних зборах ТОВ чи інших обставин.

В сучасних дослідженнях звертається увага на те, що відповідно до принципів корпоративного управління:

1) законодавство має встановлювати справедливі правові норми, які суб'єкти корпоративних правовідносин вважатимуть розумними і добровільно виконуватимуть;

2) норми закону повинні бути не тільки чітко і ясно сформульованими, а й достатньою мірою простими з тим, щоб суб'єкти корпоративних відносин могли користуватися ними, а суди – забезпечити їх виконання [9, с. 454].

Тому, розглядаючи питання про виникнення та реалізацію корпоративних прав крізь призму розумності, справедливості та добросовісності як загальних засад цивільного законодавства, слід керуватися філософсько-правовою аксіомою «De nihilo nihil» («з нічого – ніщо»).

Не лише в тлумаченні законодавчих норм, а й у правозастосовній практиці слід виходити з передбаченого ч. 2 ст. 8 ЦК України³ правила про аналогію права: у разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства.

Як зазначається в рішенні Конституційного Суду України 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

² Для порівняння, ч. 3 ст. 15 Закону РФ «Про товариства з обмеженою відповідальністю» встановлено, що у випадку неповної оплати частки у статутному капіталі товариства протягом строку, визначеного відповідно до п. 1 цієї статті (строк встановлюється в договорі про заснування товариства і не може перевищувати одного року з моменту реєстрації товариства), частка в несплаченій частині переходить до товариства. Ця частина частки повинна бути реалізована товариством в порядку та строки, визначені ст. 24 цього Закону [13].

³ Визначаючи в Законі про ГТ особливості правового становища господарських товариств (розділ 2 «Окремі види товариств»), законодавець тим самим встановив спеціальні норми для кожного з видів товариств, що виключає їх застосування по аналогії для різних видів товариств. В тих випадках, коли законодавець вважав доцільним, він передбачив таку можливість шляхом прямої вказівки, як, зокрема, в ст. 65 Закону України «Поняття товариства з додатковою відповідальністю».

¹ Коректною уявляється аналогія із корпоративними правами акціонера – власника акцій товариства, які впливають з права власності на акції, зокрема, право участі у загальних зборах акціонерів мають особи, які є власниками акцій на день проведення загальних зборів (крім установчих зборів).

покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 [14], верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті, передусім, ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема, норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

Таке розуміння права не дає підстав для його отожднення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай, справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, *в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню*.

Частиною 4 ст. 58 Закону встановлюється, що учасники мають кількість голосів, пропорційну розміру їх часток у статутному капіталі. Враховуючи сутність ТОВ як об'єднання капіталів, було б нерозумним і несправедливим стосовно добросовісних у виконанні своїх обов'язків учасників ТОВ визнавати за недобросовісними учасниками, які не внесли своєї частки до статутного капіталу, або внесли її не в повному обсязі, корпоративні права в такому самому обсязі, в якому вони б існували за умови повної оплати частки¹. *Це порушувало б і рівний юридичний масштаб поведінки усіх учасників ТОВ*.

В такому ракурсі, крізь призму добросовісності, розумності та справедливості, мають застосовуватися і норми ст. 54, 64 Закону про виключення учасника з ТОВ.

За буквальним тлумаченням норми ст. 64 Закону прийняття рішення про виключення залежатиме лише від того, якою кількістю голосів володіють ті учасники, що голосують (у сукупності більш як 50 відсотками загальної кількості голосів учасників товариства). В тих випадках, коли учасники, що голосують за виключення іншого учасника із складу товариства, володіють в сукупності менш, ніж 50 відсотків загальної кількості голосів, вони, виходячи з буквального тлумачення окремої норми Закону, не зможуть (за недостатністю голосів) прийняти таке рішення. *Але такий висновок не відповідав би вимогам розумності, добросовісності та справедливості*.

Правило про те, що учасник, якого виключають, участі в голосуванні про його виключення не бере, слід розуміти так, що для визначення кворуму кількість голосів, яка мала б належати такому учаснику, не повинна враховуватися.

Слід звернути увагу на те, що виключення учасника ТОВ, як санкція (міра *корпоративної відповідаль-*

*ності*²), передбачена Законом про ГТ за такі *корпоративні правопорушення*³:

– невиконання обов'язку по внесенню частки до статутного капіталу (ч. 2 ст. 52 Закону);

– систематичне невиконання учасником або виконання неналежним чином обов'язків, або перешкоджання своїми діями досягненню цілей товариства (ч. 1 ст. 64 Закону).

В аспекті розглянутої проблеми слід визначитися із тим, чи може ухилення учасника від участі в загальних зборах ТОВ слугувати підставою для його виключення за рішенням загальних зборів без звернення до суду.

Вищі судові інстанції свого часу висловили свою позицію щодо особливостей вирішення справ у корпоративних спорах про визнання недійсними рішень загальних зборів про виключення учасників з ТОВ.

Так, в п. 3.10 Рекомендацій Президії ВГС України від 28.12.2007 № 04-5/14 «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» [15] зазначено таке: «У рішенні про виключення учасника з господарського товариства повинно бути обґрунтовано причини такого виключення і зазначено, які саме факти невиконання статутних обов'язків стали підставою виключення учасника з товариства, в чому полягає систематичність невиконання учасником товариства його обов'язків, якими саме діями (бездіяльністю) учасник перешкоджає досягненню цілей товариства. Відсутність відповідних відомостей у рішенні про виключення учасника з товариства може бути підставою визнання такого рішення недійсним за позовом даного учасника».

В п. 29 Постанови Пленуму ВС України від 24.10.2008 № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» [16] зазначено, що «при вирішенні спорів, пов'язаних з виключенням учасника з товариства, господарські суди, як впливає зі змісту ст. 64 Закону, повинні дослідити всі обставини, пов'язані з виключенням учасника з товариства, дати оцінку його поведінці, встановити наявність негативних для товариства наслідків у зв'язку з діями (бездіяльністю) учасника. Якщо негативні наслідки ще не настали, потрібно правильно визначити вірогідність їх настання. Необхідно встановити причинний зв'язок між діями (бездіяльністю) учасника товариства та негативними наслідками для товариства, а також дослідити мотиви поведінки учасника, форму вини тощо. Вирішуючи питання про наявність факту перешкоджання учасником своїми діями досягненню цілей товариства, необхідно встановити, що поведінка учасника суттєво ускладнює діяльність товариства чи робить її практично неможливою».

Особливо слід підкреслити, що вищі судові інстанції дотримуються єдиного погляду на те, що прийняття рішення про виключення учасника з господарського

¹ *Зуважимо*, що відповідно до ч. 3 ст. 15 Закону РФ «Про товариства з обмеженою відповідальністю» частка засновника товариства, якщо інше не передбачено статутом товариства, надає йому право голосу лише в межах сплаченої частини належної йому частки.

² *Корпоративна відповідальність* є санкцією, що застосовується в межах корпоративних відносин юридичною особою до її учасників або учасниками до юридичної особи за порушення корпоративних обов'язків, яка має наслідком позбавлення правопорушника певного права або покладення на нього певного обов'язку [11, с. 317].

³ *Оскільки законодавець не використовує і не визначає термін «корпоративне правопорушення»*, в найбільш загальному вигляді під ним можна розуміти невиконання чи недобросовісне виконання учасником господарського товариства обов'язків, передбачених законом та локальними актами товариства.

товариства законом віднесено до компетенції учасників цих товариств, а не суду.

Застосування норми ч. 1 ст. 64 Закону виявило різні підходи судів до розуміння того, чи є систематична неучасть в загальних зборах ТОВ, внаслідок чого відсутній кворум і товариство позбавлено можливості вирішувати важливі питання своєї діяльності, зловживанням правом (на участь в управлінні справами товариства) або правопорушенням.

Неучасть в управлінні справами товариства (як недія, як пасивна поведінка, як нереалізація права) не охоплюється *традиційним* розумінням правопорушення (як невиконання обов'язків, тобто встановлених імперативними нормами заборон чи позитивних зобов'язань). В ч. 1 ст. 12 ЦК України закріплено принцип новелу (порівняно із радянським законодавством) про те, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. Відповідно, здійснення права не є одночасно його обов'язком перед будь-ким. Згідно із ст. 14 ЦК *особа не може бути примушена до дій, вчинення яких не є обов'язком для неї*.

В принципі правильно уявляється позиція ВГС України відносно того, що участь у загальних зборах та голосування на них є правом, а не обов'язком учасника товариства. Відповідно до ст. 19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. У зв'язку з цим суди не вправі зобов'язати учасника товариства взяти участь чи зареєструватися для участі у загальних зборах (п. 24 Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 28.12.2007 № 04-5/14 «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» [15]).

Разом з тим, враховуючи особливий характер корпоративних правовідносин та їх змісту, можна стверджувати, що систематичне ухилення учасника без поважних причин від участі в загальних зборах є правопорушенням особливого виду (корпоративним правопорушенням). Така поведінка учасника позбавляє товариство можливості приймати рішення з питань, віднесених до компетенції загальних зборів, і які потребують визначеної законом кількості голосів, що створює загрозу істотного порушення прав та інтересів товариства як суб'єкта підприємницької діяльності. Стаття 13 ЦК України містить загальну заборону: не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Формою зловживання правом, за буквальним тлумаченням ст. 13 ЦК, слід вважати використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісну конкуренцію. Отже, за змістом ст. 13 ЦК, зловживання правом може мати місце при реалізації, здійсненні права¹.

Враховуючи, що в науковій літературі проблема зловживання правом традиційно належить до дискусійних, відсутні загально визнані визначення як самого зловживання правом, так і його форм, для цілей забезпечення стабільності корпоративних відносин та ефективного захисту прав та законних інтересів товариства, в принципі можна прийняти розуміння зловживання суб'єктивним корпоративним правом як особливого типу цивільного правопорушення, як по-

ведінки учасника корпоративних відносин, наслідком якої є завдання шкоди іншим суб'єктам (суб'єкту) цих відносин. Зловживання завжди пов'язане із здійсненням корпоративного права, хоча права суб'єктів корпоративних відносин можуть порушуватися і внаслідок бездіяльності учасника [12, с.103].

З практичної точки зору кваліфікація поведінки учасника, який ухиляється від участі в загальних зборах корпоративним правопорушенням або зловживанням правом, має однаковий практичний результат – відмова в позові про захист права такого учасника.

Отже:

- встановивши, що виключення учасника з товариства є виключною компетенцією загальних зборів ТОВ,
- встановивши, що участь в управлінні справами товариства є правом учасника ТОВ, а не його обов'язком,
- допускаючи можливість виключення учасника ТОВ за рішенням загальних зборів у випадках, визначених ч. 1 ст. 64 Закону,
- встановивши, що учасник не бере участі в голосуванні з питання виключення його з товариства,
- передбачивши в ч. 2 ст. 64 Закону правові наслідки виключення учасника з товариства,
- законодавець тим самим визначив механізм забезпечення та захисту прав та інтересів товариства від недобросовісної поведінки його учасників, який має діяти, тобто *застосовуватися самим товариством без втручання держави в особі судових органів*. Разом з тим учасник, якого виключили з ТОВ, може захистити своє право шляхом позову про визнання недійсним рішення загальних зборів про виключення цього учасника.

Підсумовуючи викладене, зазначимо:

1. Учасники товариства з обмеженою відповідальністю мають кількість голосів, пропорційну розміру їх часток, фактично (реально) внесених до статутного капіталу товариства.
2. Голоси учасників підлягають врахуванню пропорційно розміру їх часток, які фактично були внесені до статутного капіталу, при визначенні правомочності загальних зборів учасників та результатів голосування за прийняття рішень.
3. Норму ч. 1 ст. 64 Закону слід вважати імперативною і такою, що надає можливість виключити учасника товариства з обмеженою відповідальністю, який систематично не виконує або неналежним чином виконує обов'язки, на основі рішення загальних зборів учасників, за яке проголосували учасники, що володіють у сукупності більш як 50 відсотками загальної кількості голосів учасників товариства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Конституція України від 28.06.1996 р.
2. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р.
4. Закон України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 р. (із наступними змінами).
5. Постанова Вищого господарського суду України у справі № 37/144-07 від 10.04.2008 р.// <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1868631>; постанова Вищого господарського суду України у справі № 1/170-13/41 від 16.01.2001 р.// <http://reyestr.court.gov.ua/Review/369482>; постанова Донецького апеляційного господарського суду у справі № 12/277пн від 27.08.2008 р.// <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24221291868631>; рішення господар-

¹ В цивільному законодавстві розрізняються дії та бездіяльність, а також здійснення та нездійснення права, зокрема, в нормах ч. 1, 2 ст. 12 ЦК України.

ського суду Вінницької області у справі № 7/237-07 від 13.05.2008 р. // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1671946>; постанова Харківського апеляційного господарського суду у справі № 13/265-09 від 20.04.2010 р. // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9261345>; постанова Київського апеляційного господарського суду у справі № 13/75 від 22.07.2010 р. // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12016223>; постанова Вищого господарського суду України у справі № 2-802/2006 від 29.05.2007 р. // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/709096>; постанова Вищого господарського суду України у справі № 2-5992/06 від 04.04.2008 р. // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12331775>; постанова Вищого господарського суду України № 48/334 від 06.03.2008 р. // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1516520>; постанова Вищого господарського суду України у справі № 38/469 від 19.04.2011 р. // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/15009445>.

6. *Тодыка Ю. Н.* Толкование Конституции и законов Украины: теория и практика. – Х.: Факт, 2001. – 328 с.

7. *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2-х т. Т. II – М.: Юрид. лит., 1982. – 360 с.

8. *Кузнцова Н. С.* Корпоративні правовідносини: поняття, сутність, правова природа // Проблеми охорони прав суб'єктів корпоративних правовідносин: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, посвяченої 10-й річниці створення Лабораторії з вивчення проблем корпоративного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України. – Івано-Франківськ: Прикарпатський університет імені Василя Стефаника, 2012. – С. 91–93.

9. *Корпоративне управління: Монографія/ І. Спасибо-Фатєєва, О. Кібенко, В. Борисова.* За ред. проф. І. Спасибо-Фатєєвої. – Х.: Право, 2007. – 500 с.

10. *Борисова В. И.* Корпорация – организационно-правовая форма корпоративных отношений // Альманах цивилистики: Сборник статей. Вып. 1 / Под ред. Р. А. Майданика. – К.: Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. – С. 249–269.

11. *Кравчук В. М.* Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. – К.: Істина, 2005. – 720 с.

12. *Саракун І. Б.* Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) (цивільно-правовий аспект): Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – 156 с.

13. *Федеральный Закон РФ «Об обществах с ограниченной ответственностью»* от 08.12.1998 г. // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=122944>.

14. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004* // <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>.

15. *Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 28.12.2007 р. № 04-5/14 «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин»* // http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v5_14600-07.

16. *Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів»* // <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>.

The peculiarities of origin of limited liability company participant's right to govern the company and the measure of the right in connection with participant's (founder's) execution of corporate duty to contribute the share to the charter capital of the company, and the question of the mechanism of company's rights and interest security and protection from its participants' bad faith (abuse of right) are examined in the article.

В статтє исследованы особенности возникновения в участника общества с ограниченной ответственностью права на управление обществом и объема этого права в связи с исполнением участником (учредителем) общества корпоративной обязанности по внесению вклада в уставный капитал общества, а также механизм обеспечения и защиты прав и законных интересов общества от недобросовестности его участников (злоупотребления правом).

ВИДИ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Бурило Ю. П.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного та адміністративного права ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»

У статті розглядаються види господарської діяльності в інформаційній сфері та їх особливості, на підставі чого розробляється їх розгорнута класифікація.

Ключові слова: господарська діяльність в інформаційній сфері, правове регулювання господарської діяльності, суб'єкти господарювання, інформаційна діяльність.

У сучасній економічній системі більшості країн світу, в тому числі й України, дедалі більшої ваги набуває інформаційний сектор. Саме інформаційна сфера господарювання виступає локомотивом соціально-економічного розвитку, справляючи суттєвий вплив на всі інші сектори та галузі

економіки та соціальної сфери. Як сукупність цілої низки галузей суспільного інформаційного виробництва ця сфера включає в себе досить розгалужену і складну систему видів господарської інформаційної діяльності. У зв'язку з цим вивчення інформаційної сфери господарювання з позицій як

економічної, так і юридичної науки об'єктивно вимагає дослідження видів господарської діяльності, які її утворюють.

В цілому різні види господарської діяльності та їх основні особливості достатньо ґрунтовно досліджені господарсько-правовою наукою, про що свідчать праці таких науковців як О. М. Вінник [1, с. 8–11], В. М. Гайворонський [2, с. 52–60], В. К. Мамотов, Г. Л. Знаменський [3, с. 9–18], О. П. Подцерковний [4, с. 19–30], Н. О. Саніахметова [5, с. 6–8], В. С. Щербина [6, с. 13–19] та ін. Окремі види господарської діяльності в інформаційній сфері, насамперед, такі як електронна комерція, рекламна та видавнича діяльність також досліджені більш-менш детально у працях О. С. Матвієнко [7, с. 219–230], В. М. Брижка, А. Новицького, В. Цимбалюка, М. Швеця [8], А. В. Чучковської [9], Л. Д. Тимченко [10], А. І. Черемної [11], О. Г. Курчина [12], Г. В. Овсієнко-Миронової [13] та ін.

Водночас питання видової класифікації господарської діяльності в інформаційній сфері, попри те, що є дискусійним, залишається мало вивченим. У зв'язку з цим метою даної статті є системне дослідження видів господарської діяльності в зазначеній сфері, необхідність якого викликана потребами як науково-теоретичних досліджень в галузі господарського права, так і потребами вдосконалення законодавства, що регулює відповідні види господарської діяльності та має враховувати їх особливості.

Розгляд видів господарської діяльності в інформаційній сфері слід розпочати в річці загальновідомого та законодавчо закріпленого поділу господарської діяльності на підприємницьку (комерційну) та некомерційну. Господарським кодексом України (далі – ГК України) зазначені види господарської діяльності розмежовуються з критерієм мети їх здійснення. Як випливає з положень ст. 3, 42, 52 ГК України, комерційна господарська діяльність (підприємництво) здійснюється з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку, а некомерційна господарська діяльність – без мети одержання прибутку [14].

В інформаційній сфері господарська діяльність здійснюється здебільшого на комерційних засадах, тобто у формі підприємництва. Тим не менше, на інформаційному ринку України присутні також деякі суб'єкти некомерційного господарювання. Відповідно до ч. 2 ст. 52 ГК України некомерційна господарська діяльність здійснюється суб'єктами господарювання державного або комунального секторів економіки у галузях (видах діяльності), в яких забороняється підприємництво, на основі рішення відповідного органу державної влади та/чи органу місцевого самоврядування. Крім того, некомерційна господарська діяльність може здійснюватися також іншими суб'єктами господарювання, яким здійснення господарської діяльності у формі підприємництва забороняється законом [14].

Хоча чинним законодавством не визначено конкретні галузі суспільного інформаційного виробництва, в яких підприємництво повністю забороняється, в ньому містяться заборони на підприємницьку діяльність для деяких категорій суб'єктів господарювання. Наприклад, згідно зі ст. 18 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» громадські телерадіоорганізації, до яких належать телерадіоорганізації, створені фізичними та/або юридичними особами з метою задоволення інформаційних потреб терито-

ріальних громад, мають статус неприбуткових організацій та не мають права займатися підприємницькою діяльністю і здійснюють лише некомерційну господарську діяльність [15]. Крім цього, статус неприбуткової системи масової комунікації закріплений за суспільним телерадіомовленням відповідно до ст. 1 Закону України «Про систему Суспільного телебачення і радіомовлення України» від 18.07.1997 р., хоча зазначена система до цього часу ще не створена [16].

Характер некомерційної також носить господарська діяльність більшості бібліотек. В цілому, як випливає з аналізу положень ст. 29 Закону України «Про бібліотеки і бібліотечну справу», господарська діяльність бібліотек може здійснюватися як у формі підприємництва, так і у формі некомерційної господарської діяльності, адже цією статтею за бібліотеками закріплюється загальне право на здійснення господарської діяльності без будь-яких вказівок на конкретний вид цієї діяльності. Втім необхідно врахувати ту обставину, що переважна більшість бібліотек належить до державної та комунальної власності. Відповідно до ч. 3 ст. 28 вказаного закону бібліотечний фонд, будівлі, споруди, приміщення, обладнання та інше майно, що є державною або комунальною власністю та передане засновником бібліотекам державної і комунальної форм власності, належать їм на праві оперативного управління [17]. Водночас відповідно до ст. 137 ГК України правом оперативного управління визнається речове право суб'єкта господарювання, який володіє, користується і розпоряджається майном, закріпленим за ним власником (уповноваженим ним органом) для здійснення некомерційної господарської діяльності... [14] Таким чином, державні та комунальні бібліотеки здійснюють саме некомерційну господарську діяльність.

Для подальшого аналізу видів господарської діяльності в інформаційній сфері необхідно звернутися до ч. 1 ст. 259 ГК України, якою встановлено, що вид господарської діяльності має місце в разі об'єднання ресурсів (устаткування, технологічних засобів, сировини та матеріалів, робочої сили) для створення виробництва певної продукції або надання послуг. Як роз'яснюється в науково-практичному коментарі до зазначеної статті, вид діяльності – це процес поєднання дій, які приводять до отримання відповідного набору продукції чи послуг, що характеризується використанням відповідної комбінації ресурсів, специфікою виробничого процесу та випуском певного виду продукції чи наданням певного виду послуг. При цьому орієнтуючим показником виду діяльності є продукт окремого виробничого процесу, яким завершується комплексний процес [18, с. 469].

Враховуючи зазначене, має сенс визначити види господарської діяльності в інформаційній сфері залежно від виду інформаційного товару, на виробництво якого спрямована відповідна діяльність. Для цього необхідно дослідити «Класифікацію видів економічної діяльності ДК 009:2010» (КВЕД), чинний від 01.01.2012 р. Перш за все, звертає на себе увагу той факт, що на відміну від попередньої редакції чинний КВЕД містить окрему секцію під назвою «Інформація та телекомунікації», повністю присвячену господарюванню в інформаційній сфері. До неї увійшло 26 видів господарської діяльності, зокрема такі як: видання книг, періодичних видань та інша видавнича діяльність,

видання комп'ютерних ігор та іншого програмного забезпечення, виробництво кіно- та відеофільмів, телевізійних програм, видання звукозаписів, діяльність у сфері телебачення і радіомовлення, діяльність у сфері проводового, безпроводового, супутникового електрозв'язку, комп'ютерне програмування, консультування з питань інформатизації, оброблення даних, розміщення інформації на веб-вузлах тощо.

Разом з тим вказана секція Національного класифікатора включає далеко не всі види господарської діяльності в інформаційній сфері. Натомість вони включені до інших секцій. Так, секція «Переробна промисловість» включає в себе друкування газет, тиражування звуко-, відеозаписів і програмного забезпечення, виробництво комп'ютерів і периферійного устаткування, виробництво обладнання зв'язку, магнітних і оптичних носіїв даних тощо. Секція «Оптова та роздрібна торгівля; ремонт автотранспортних засобів і мотоциклів» охоплює види діяльності у сфері торгівлі комп'ютерами, периферійним устаткуванням і програмним забезпеченням, торгівлі книгами, газетами, аудіо- та відеозаписами та ін. Поштова діяльність включена в одну секцію із транспортом та сільським господарством. Функціонування бібліотек, архівів віднесено до секції «Мистецтво, спорт, розваги та відпочинок», а ремонт комп'ютерів – до секції «Надання інших видів послуг» [19].

Загалом різні секції КВЕД включають в себе 55 видів діяльності, пов'язаних з інформаційною сферою господарювання. Разом із тим включення цих видів діяльності до різних секцій КВЕД свідчить про відсутність достатньо глибокого системно-структурного бачення інформаційної сфери господарювання.

Для вдосконалення систематизації видів господарської діяльності в інформаційній сфері необхідно класифікувати результати цієї діяльності – інформаційний товар. Попри всю різноманітність конкретних видів інформаційного товару, їх можна умовно розмежувати на чотири категорії: інформаційна продукція та інформаційні послуги, а також інформаційно-інфраструктурна продукція та інформаційно-інфраструктурні послуги.

Враховуючи зазначене, до видів господарської діяльності, пов'язаних з виробництвом інформаційної продукції, або так званого контенту належать: кінематографія, телерадіомовлення (створення теле- і радіопередач, програм), звукозапис, діяльність друкованих ЗМІ, інформаційних агентств, видавнича діяльність, науково-технічна діяльність та ін. Види господарської діяльності, які спрямовані на надання інформаційних послуг, безпосередньо пов'язані з господарською діяльністю щодо виробництва інформаційної продукції, адже сама суть інформаційної послуги відповідно до ст. 23 Закону України «Про інформацію» полягає у наданні споживачу необхідної йому інформаційної продукції [20]. До таких видів господарської діяльності належать: розповсюдження кіно-, відео- та аудіопродукції, зокрема, їх оптовий та роздрібний продаж, прокат, публічне демонстрування, книготоргівля, бібліотечна та архівна діяльність, діяльність депозитаріїв електронних документів тощо.

До видів господарської діяльності, спрямованих на виробництво інформаційно-інфраструктурної продукції, належить: виробництво апаратних засобів інформатизації та телекомунікацій (комп'ютерів, телекомунікацій-

ного обладнання, засобів організаційної техніки, електронних носіїв інформації та ін.), а також виробництво програмного забезпечення. До видів господарської діяльності, пов'язаних із наданням інформаційно-інфраструктурних послуг, належать надання телекомунікаційних послуг, послуг поштового зв'язку, послуг з експлуатації та технічного обслуговування телекомунікаційних мереж, послуг щодо їх проектування, монтажу та консалтингу у сфері ІКТ тощо.

Зазначена видова диференціація господарської діяльності в інформаційній сфері є результатом суспільного поділу праці в цій сфері, постійне поглиблення якого є об'єктивним процесом, зумовленим, насамперед, розвитком науково-технічного прогресу у сфері інформаційно-комунікаційних технологій. В подальшому цей процес буде лише посилюватися, що неминуче призведе до появи нових видів господарської діяльності в цій сфері.

Ще одним наслідком суспільного поділу праці є концентрація суб'єктів господарювання, що беруть участь у здійсненні однорідної господарської діяльності, у відповідній галузі господарювання [18, с. 471]. Відповідно до ст. 260 ГК України під галуззю економіки розуміється сукупність усіх виробничих одиниць, які здійснюють переважно однакові або подібні види виробничої діяльності [14]. Разом з тим чимало суб'єктів господарювання, в тому числі в інформаційній сфері, здійснюють не один, а відразу кілька видів господарської діяльності, тобто є багатопрофільними (наприклад, компанія Sony є не тільки виробником побутової електроніки, а й програмного забезпечення, фільмів, іншої аудіо- та відеопродукції). Це, звісно, ускладнює питання віднесення таких суб'єктів до тієї чи іншої галузі господарювання. У зв'язку з цим згідно з ч. 3 ст. 259 ГК України для віднесення суб'єкта господарювання до відповідної категорії обліку визначаються основні, другорядні та допоміжні види господарської діяльності.

Основний вид діяльності може визначатися за кількома критеріями (питома вага у загальному обсязі виробництва, кількість зайнятих працівників, питома вага в отриманому загальному прибутку) виходячи з максимального відсоткового значення, що здійснюється даним суб'єктом господарювання. Другорядним видом господарської діяльності визнається будь-яка інша діяльність суб'єкта господарювання, частка якої, згідно з обраним критерієм, є меншою від частки основного виду діяльності. Наприклад, суб'єкт господарювання, для якого основним видом діяльності є оптова і роздрібна торгівля книжковою продукцією, може одночасно здійснювати торгівлю програмним забезпеченням, кіно-, відеопродукцією. Допоміжний вид діяльності – це діяльність, спрямована виключно на сприяння здійсненню основного, а також другорядних видів діяльності [18, с. 470]. В інформаційній сфері такою діяльністю може виступати, наприклад, діяльність будь-якого суб'єкта господарювання щодо рекламування власної продукції, робіт чи послуг. Сам по собі даний вид діяльності для рекламодавця доходу не приносить, втім сприяє просуванню товару на ринку. Іншим прикладом такої діяльності може бути, наприклад, забезпечення функціонування локальної комп'ютерної мережі фірми або забезпечення її внутрішнім зв'язком.

Як відомо, сфера суспільного виробництва включає в себе як матеріальне, так і нематеріальне виробництво. Відповідно до ст. 261 ГК України до сфери матеріального виробництва належать галузі, які визначаються видами діяльності, що створюють, відновлюють або знаходять матеріальні блага (продукцію, енергію, матеріальні ресурси), а також продовжують виробництво у сфері обігу (реалізації) шляхом переміщення, зберігання, сортування, пакування продукції чи інших видів діяльності. Усі інші види діяльності у своїй сукупності становлять сферу нематеріального виробництва.

Особливістю інформаційної сфери господарювання є те, що вона охоплює собою види діяльності як у сфері матеріального, так і нематеріального виробництва. Так, суб'єкт господарювання може виробляти та/або торгувати книжковою чи іншою друкованою продукцією, тиражувати і реалізовувати програмне забезпечення на відповідних матеріальних носіях, тобто здійснювати матеріальне виробництво, а може продавати майнові права на відповідні об'єкти авторських прав, наприклад, ліцензії на їх комерційне використання, що можна вважати господарською діяльністю у сфері нематеріального виробництва.

Загалом види господарської діяльності розмежовуються і за іншими критеріями, закріпленими в ГК України. Так, зокрема, з аналізу ст. 258, 262 ГК України випливає можливість розмежування видів господарської діяльності у сфері матеріального виробництва за ознакою економічної форми результату цієї діяльності на такі, що спрямовані на виробництво продукції виробничо-технічного призначення та виробів народного споживання.

Оскільки інформаційна сфера включає в себе поряд із матеріальним ще й нематеріальне виробництво механічно застосовувати даний критерій не варто, втім можливо застосувати подібний до нього, але більш універсальний критерій – цільове призначення інформаційного товару. За цією ознакою види господарської інформаційної діяльності можемо умовно поділити на ті, що спрямовані на виробництво та просування на ринку інформаційного товару: виробничо-технічного призначення (науково-технічна інформація, мікросхеми та інші компоненти для комп'ютерної техніки, телекомунікаційне обладнання, за винятком кінцевого обладнання тощо); народного споживання (газети, журнали, теле-, радіопроекти, телевізори, радіоприймачі тощо); подвійного призначення, що можуть використовуватися і як засоби виробництва, і для особистого споживання (комп'ютери, програмне забезпечення, за винятком ігрового, телекомунікаційні та поштові послуги тощо).

Можливе також розмежування видів господарської діяльності в інформаційній сфері за критерієм простору її здійснення, що закріплений ст. 258 ГК України. За цим критерієм відповідна господарська діяльність поділяється на таку, що здійснюється на внутрішньому ринку, і таку, що спрямована на зовнішній ринок. У цьому зв'язку варто зазначити, що саме зовнішньоекономічна господарська діяльність вітчизняних підприємств в окремих сегментах інформаційної сфери сьогодні найбільш активно розвивається. Так, за словами С. Тигипки, в 2011 році обсяг експорту ІТ-послуг склав близько 1 млрд. дол., а Україна зайняла п'яте місце у

світі за експортом програмного забезпечення [21]. При цьому аналітики оцінюють щорічний приріст цього сегмента інформаційного ринку на 30–40 % [22].

Важливим критерієм видової класифікації господарської діяльності в інформаційній сфері виступає наявність або відсутність спеціально-дозвільного порядку здійснення того чи іншого виду цієї діяльності. Переважна більшість видів господарської інформаційної діяльності здійснюється на загально-дозвільних засадах, коли для провадження відповідної діяльності не потрібно спеціальних дозволів. Водночас в окремих випадках, як правило, в інтересах забезпечення публічних інтересів, наприклад, захисту суспільної моралі, забезпечення ефективного використання обмежених ресурсів або інформаційної безпеки особи чи держави, законом може встановлюватися спеціальна дозвільна процедура, здебільшого ліцензійна, додержання якої необхідне для здійснення певного виду діяльності.

Так, ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» до видів ліцензованої діяльності в інформаційній сфері віднесено: розроблення, виготовлення спеціальних технічних засобів для зняття інформації з каналів зв'язку, інших засобів негласного отримання інформації, торгівля цими засобами; надання послуг у галузі криптографічного захисту інформації (крім послуг електронного цифрового підпису), торгівля криптосистемами і засобами криптографічного захисту інформації; надання послуг у галузі технічного захисту інформації; виробництво, експорт та імпорт дисків для лазерних систем зчитування, матриць та ін. [23].

Дозвільно-ліцензійні процедури щодо діяльності у сфері телебачення і радіомовлення передбачені також Законом України «Про телебачення і радіомовлення» [15], щодо надання окремих видів послуг у сфері телекомунікацій – Законом України «Про телекомунікації» [24]. Крім того, як слідує з положень ст. 20 Закону України «Про державну таємницю», підприємства та інші організації мають право провадити діяльність, зокрема й господарську, пов'язану з державною таємницею, лише після надання їм Службою безпеки України спеціального дозволу на провадження діяльності, пов'язаної з державною таємницею [25].

Узагальнюючи сказане, можемо зробити висновок, що види господарської діяльності в інформаційній сфері, що охоплюють як підприємницьку, так і некомерційну господарську діяльність у сфері матеріального і нематеріального виробництва на внутрішньому і зовнішньому ринках, спрямовану на випуск та реалізацію інформаційної та інформаційно-інфраструктурної продукції, надання інформаційних та інформаційно-інфраструктурних послуг виробничо-технічного, подвійного призначення та для особистого споживання, можуть виступати основними, другорядними та допоміжними видами діяльності для конкретного суб'єкта господарювання та здійснюватися на загальнодозвільних засадах або в спеціально-дозвільному порядку.

Щодо перспектив подальших наукових досліджень з окресленої тематики, то їх необхідно зосередити на вивченні інформаційної специфіки організаційних та виробничих процесів в ході господарської діяльності в інформаційній сфері, а також на правових аспектах електронної комерції як одного з найбільш перспективних видів діяльності в цій сфері.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Вінник О. М.* Господарське право. Навчальний посібник. – 2-ге вид., змін. та доп. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 766 с.
2. *Господарське право України.* Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти / В. М. Гайворонський, В. П. Жушман, Н. В. Погорецька та ін.; за ред. В. М. Гайворонського та В. П. Жушмана. – Х.: Право, 2005. – 384 с.
3. *Хозяйственное право.* учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; Под. ред. Мамутова В. К. – К.: Юринком Интер, 2002. – 912 с.
4. *Господарське право.* Підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітох та ін.; за ред. О. П. Подцерковного. – 2-ге вид., доп. і перероб. – Х.: Одиссей, 2012. – 640 с.
5. *Господарське право України: навчальний посібник /* За заг. ред. проф. Н. О. Санахметової. – Х.: «Одиссей», 2005. – 608 с.
6. *Щербина В. С.* Господарське право: підручник / В. С. Щербина. – 5-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 600 с.
7. *Матвієнко О. С.* Електронна комерція: поняття та законодавче закріплення в Україні / Правове регулювання економіки: збірник наукових праць. – 2008. – № 8 – С. 219–230.
8. *Брижко В., Новицький А., Цимбалюк В., Швець М.* Електронна комерція: правові засади та заходи удосконалення: монографія; за ред. члена-кореспондента АПрН України М. Швеця (заг. ред.), А. Москаленко, О. Гладківської. – К.: НДЦП АПрН України, 2008. – 149 с.
9. *Чучковська А. В.* Правове регулювання електронної комерції в Україні: [господарські договори, що вчиняються через мережі електров'язку: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.] / А. В. Чучковська; М-во освіти і науки України, Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К.: Центр учб. л-ри, 2007. — 223 с.
10. *Правове регулювання електронної комерції /* [Л. Д. Тимченко та ін.]; за ред. Л. Д. Тимченка; Держ. податк. адмін. України, Нац. ун-т держ. податк. служби України, НДІ фін. права. — Ірпінь, 2008. — 235 с.
11. *Черемнова А. І.* Правове регулювання комерційної реклами в Україні: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук. 12.00.04 / А. І. Черемнова; Київ.: нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2000. — 17 с.
12. *Курчин О. Г.* Господарсько-правове регулювання розміщення зовнішньої реклами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Курчин Олег Геннадійович; НАН України, Ін-т екон.-прав. досліджень. — Донецьк, 2012. — 18 с.
13. *Організаційно-правові засади управління видавничою справою в Україні: автореф. дис... канд. юрид. наук.: 12.00.07 /* Г. В. Овсієнко-Миронова; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2006. – 20 с.
14. *Господарський кодекс України* від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22 – Ст.144.
15. *Закон України «Про телебачення і радіомовлення»* від 21.12.1993 р. № 3759-XII в редакції Закону від 12.01.2006 р. № 3317-IV // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 10. – Ст. 43.
16. *Закон України «Про систему Суспільного телебачення і радіомовлення України»* від 18.07.1997 р. № 485/97 – ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 45. – Ст. 284.
17. *Закон України «Про бібліотеки і бібліотечну справу»* від 27.01.1995 р. № 32/95 – ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 7. – Ст. 45.
18. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України /* О. А. Белянич, О. М. Вінник, В. С. Щербина [та ін.]; / За заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. – 3-тє вид., переробл. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 776 с.
19. *Національний класифікатор України «Класифікація видів економічної діяльності ДК 009:2010», затверджений* Наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11.10. 2010 р. № 457 / Консультант частного предпринимателя: всеукраинская газета для частных предпринимателей // kchp.com.ua/novoe/1.html.
20. *Закон України «Про інформацію»* від 02.10.1992 р. № 2657-XII в редакції Закону № 2938-VI від 13.01.2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 32. – Ст. 313.
21. *Тигипко: Украина может удвоить экспорт IT-услуг* // http://economics.lb.ua/telecom/2012/05/25/153071_tigipko_ukraina_udvoit.html.
22. *Украина увеличила экспорт IT-услуг на 47,4 % /* NEWS.imena.ua // <http://news.imena.ua/?p=70>.
23. *Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»* від 01.06.2000 р. № 1775-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 299.
24. *Закон України «Про телекомунікації»* від 18.11.2003 № 1280-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 12. – Ст. 155.
25. *Закон України «Про державну таємницю»* від 21.01.1994 р. № 3855-XII в редакції Закону від 21.09.1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 49. – Ст. 428.

The article deals with kinds and special features of business activity in the sphere of information providing basis for their expanded classification.

В статтє рассматриваются виды хозяйственной деятельности в информационной сфере, а также их особенности, на основании чего разрабатывается их расширенная классификация.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДЕПОЗИТАРНОЇ ТА КЛІРИНГОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ФОНДОВОМУ РИНКУ УКРАЇНИ

Полюхович В. І.,

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

В статті розглядаються питання правового регулювання депозитарної та клірингової діяльності на фондовому ринку України. Визначено особливості існуючої депозитарної системи України, клірингу, визначено авторську позицію щодо новітнього законодавства в цій сфері.

Ключові слова: депозитарна діяльність, клірингова діяльність, Центральний депозитарій, депозитарна установа, Розрахунковий центр з обслуговування угод на фінансових ринках.

Депозитарна діяльність – діяльність професійних учасників депозитарної системи України та Національного банку України щодо надання послуг із зберігання та обліку цінних паперів, обліку і обслуговування набуття, припинення та переходу прав на цінні папери і прав за цінними паперами та обмежень прав на цінні папери на рахунках у цінних паперах депозитарних установ, емітентів, депозитаріїв-кореспондентів, осіб, які провадять клірингову діяльність, Розрахункового центру з обслуговування договорів на фінансових ринках, депонентів, а також надання інших послуг, які мають право надавати професійні учасники депозитарної системи України.

Депозитарна система України слугує статичною складовою інфраструктури, діяльність якої забезпечує функціонування сучасного фондового ринку в Україні, засобом фіксації прав власності та захисту прав інвесторів і являє собою сукупність учасників депозитарної системи та правовідносин між ними щодо ведення обліку цінних паперів, прав на цінні папери і прав за цінними паперами та їх обмежень, що встановлюються в системі депозитарного обліку цінних паперів, в тому числі внаслідок проведення розрахунків за правочинами щодо цінних паперів.

Запровадження системи депозитарного обліку цінних паперів у світовій практиці зумовлено тим, що це значно спрощує виконання угод щодо цінних паперів і водночас надає можливість уникнути великих переміщень останніх. При виконанні угоди з цінними паперами у документарній формі необхідно лише перекласти відповідні цінні папери з одного сейфа депозитарію, де вони зберігаються, в інший, а не доставляти їх до місця виконання угоди і передавати іншому власнику. А з бездокументарною формою цінних паперів виконання угоди в системі обліку зводиться лише до внесення змін до облікового запису. Однак це можливо лише за умови, що обидві сторони угоди є учасниками одного і того ж депозитарію.

В Україні запроваджено вимоги щодо обов'язковості виключно бездокументарної форми цінних паперів з прийняттям Закону України «Про акціонерні товариства», де в ст. 20 визначено, що акції товариств існують виключно в бездокументарній формі. Проте на практиці говорити про повноцінну реалізацію цих норм можливо лише за умов існування централізованої системи депозитарного обліку, єдиної електронної мережі обліку [1].

Країни з розвинутою економікою відрізняються існуванням центрального депозитарію, клієнтами якого є практично всі учасники біржових операцій цих країн і в яких постійно зберігається основна частина цінних паперів, що допущені до біржового обігу. За рахунок цього підвищується надійність зберігання та обліку прав власності на цінні папери індивідуальних та колективних інвесторів: акції, облігації і сертифікати інвестиційних, пенсійних фондів і трастових компаній тощо.

Рекомендації Базельського комітету, ISSA, Групи тридцяти передбачають, що в кожній країні має бути створений

ефективно діючий єдиний центральний депозитарій, умови діяльності та управління яким мають заохочувати широке коло учасників і пропонувати якомога широкій спектр послуг. У США, наприклад, центральні депозитарії штатів існують з кінця 60-х р., у Японії — з початку 70-х, у Великій Британії — з кінця 70-х.

В Україні питання створення центрального депозитарію довгий час залишалось невирішеним. До прийняття Закону України «Про депозитарну систему України» в Україні існувала децентралізована депозитарна система. Основними операторами вітчизняного ринку були ПрАТ «Всеукраїнський депозитарій цінних паперів» (ВДЦП) і ПубАТ «Національний депозитарій України» (НДУ), які обслуговували корпоративні папери та папери місцевих позик, а Депозитарій Нацбанку, що є структурним підрозділом НБУ, здійснював обслуговування розміщення та обігу державних цінних паперів. Структура обслуговування клієнтів українського ринку депозитарних послуг виглядала так: ВДЦП — 86,2 %, а НДУ — 13,8 % [2].

Створення єдиного центрального депозитарію стало актуальним та необхідним з позиції встановлення кореспондентських відносин з іноземними депозитаріями. Централізована схема кореспондентських зв'язків передбачає, що депозитарії відкривають одне одному взаємні міждепозитарні рахунки. При такій схемі депозитарні установи нижнього рівня – зберігачі, маючи рахунок у своєму центральному депозитарії, отримують доступ до цінних паперів іншої країни і можуть надавати відповідні депозитарні послуги своїм клієнтам. Ця схема є простішою і менш витратною, адже не потрібно створювати закордонні філії, дочірні фірми. Відомо, що більше ніж півсотні українських емітентів здійснили випуск та розміщення депозитарних розписок на провідних фондових біржах світу. Іноземні банки, які заснували в Україні банки-резиденти, придбавають на власний рахунок цінні папери українських емітентів, випускають депозитарні розписки (як свідоцтво про право володіння акціями іноземних компаній, що перебувають в управлінні даного банку), які поступають в обіг на іноземній біржі. Таким чином, ігнорується законодавство України, яким не передбачено такий вид цінних паперів, як депозитарні розписки, а цінні папери українських емітентів де-факто потрапляють в обіг за кордоном без здійснення там IPO.

Реалізація пріоритетної програми встановлення кореспондентських відносин між українськими депозитаріями та іноземними також можлива за умов використання так званої глобал-кастодіальної (глобал-депозитарної) системи. Ця система сформувалася внаслідок необхідності обслуговувати індивідуального інвестора, який прагне самостійно відкривати рахунки за кордоном. Треба зауважити, що закордонна практика свідчить, що найбільш прозоро та безпечно надають такі послуги центральні депозитарії [3].

Глобальні кастодіани спеціалізуються на тому, що мають міждепозитарні зв'язки з обліковими інститу-

тами багатьох країн світу і надають своїм клієнтам можливість, не вступаючи у взаємодію з іноземними депозитарними установами, володіти цінними паперами, випущеними в різних країнах. Право власності на ці цінні папери засвідчене записами на рахунку в одного глобального кастодіана. Останній захищає інтереси клієнта на іноземних ринках, оскільки, як правило, в кожній країні має філію чи дочірню компанію або укладає договір про представництво з однією з місцевих депозитарних установ чи національним депозитарієм.

Окрім централізованої та глобал-кастодіальної схем міждепозитарних відносин діє відома схема забезпечення транскордонної взаємодії. Національний депозитарій або інший депозитарій відкриває рахунок в одній з міжнародних депозитарно-клірингових організацій (наприклад, Euroclear, що базується в Брюсселі, або Clearstream зі штаб-квартирою у Люксембурзі). Ці організації мають рахунки практично в усіх національних депозитаріях світу. Тому за мінімальних організаційно-правових заходів депозитарій отримує доступ до цінних паперів, випущених в будь-якій країні. Такі міжнародні депозитарно-клірингові організації фактично є глобальними депозитаріями не тільки для інвесторів, а й для депозитаріїв [4].

Наведене свідчить, що створення в Україні з прийняттям Закону України «Про депозитарну систему України» єдиного центрального депозитарію на базі існуючих депозитаріїв має стати заходом, що стимулює розвиток кореспондентських відносин з іноземними депозитаріями, створить умови для менш ускладненого та більш комфортного залучення іноземних інвесторів на український фондовий ринок.

Закон України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні», який визначав правові засади депозитарної діяльності до набрання чинності Законом України «Про депозитарну систему України» (прийнято Верховною Радою України 6 липня 2012 р. № 9824), передбачав існування двох рівнів Національної депозитарної системи:

- верхній рівень – це Національний депозитарій України і депозитарії;
- нижній рівень – це зберігачі та реєстратори власників іменних цінних паперів.

Особливості Національної депозитарної системи були такі.

1. В Україні існувала дворівнева депозитарна система, в якій клієнтами (учасниками) верхнього рівня депозитарної системи (мали рахунки в депозитарії) були професійні учасники – зберігачі (торговці цінними паперами, реєстратори, що отримали ліцензію зберігача), емітенти, інші депозитарії (ч. 15 п. 1 Положення про депозитарну діяльність [5]).

2. Безпосередньо рахунки клієнтів – власників цінних паперів велись суб'єктами нижнього рівня системи, який поряд із зберігачами був доповнений, на відміну від континентальної Європи, ще одним суб'єктом – реєстраторами власників іменних цінних паперів. Це було зумовлено приватизаційними процесами в Україні. Для реєстрації прав власності на випущені у документарній формі акції приватизованих суб'єктів господарювання було запроваджено систему незалежних реєстраторів, яка для держав ЄС не характерна. Модель інфраструктури фондового ринку, яка вибудовувалась в

Україні, спиралась на американський досвід і передбачала створення одночасно двох інститутів нижнього рівня депозитарної діяльності – реєстраторів та зберігачів [6]. Тому в Україні до прийняття Закону України «Про депозитарну систему України» паралельно існували дві автономні облікові системи — система реєстраторів, що обслуговувала, в основному, документарні іменні цінні папери, і система зберігачів та депозитаріїв, що спрямована на обслуговування бездокументарних та знерухомлених цінних паперів.

3. Основним обліковим інститутом були зберігачі. Будь-які учасники відносин на фондовому ринку мали доступ до депозитарію верхнього рівня лише через відкриття рахунку в цінних паперах у зберігача. Таким чином, в Україні була реалізована французька модель інфраструктури, в той час як у США брокер фондової біржі є прямим учасником депозитарію, який обслуговує дану біржу, і не зобов'язаний відкривати рахунки у зберігача, хоча останні (так звані банки-кастодіани) теж є учасниками депозитарію. Умовно кажучи, «брокерська» і «кастодіальна» [7] мережі торгівлі, обліку та розрахунків не конкурують, а доповнюють одна одну, будучи поєднанням оптової і роздрібною моделі ринків [8].

4. Основним кліринговим інститутом в Україні були депозитарії. Це теж узгоджується з французькою моделлю, згідно з якою центральний депозитарій здійснює кліринг «паперовий» (тобто на рахунках у цінних паперах), який, в свою чергу, є правовою підставою для провадження грошового клірингу та розрахунків. Така система теж відмінна від північноамериканської («поставка проти оплати», а не «оплата проти поставки» або «за умов поставки»). Так, відповідно до п. 2.2.1 розділу VI Положення про розрахунково-клірингову діяльність за договорами щодо цінних паперів [9] «операція переказу цінних паперів з рахунку в цінних паперах клієнта-постачальника на рахунок у цінних паперах клієнта-одержувача здійснюється за розпорядженням депозитарію ... за умови переказу клієнтом-одержувачем (депонентом-одержувачем) на рахунок депозитарію у розрахунковому банку грошових коштів». Український депозитарій верхнього рівня, з одного боку, мав право щодо отримання ліцензії від регулятора з провадження розрахунково-клірингової діяльності, а з іншого – не міг бути розрахунковим банком, тобто здійснювати функції грошового клірингу, переказу грошей тощо. А тому звичайна структура реалізації угоди купівлі-продажу цінних паперів була такою:

- а) організатор торгівлі (лістинг, укладення угод, котирування тощо);
- б) депозитарій (ведення рахунків зберігачів, здійснення клірингу);
- в) розрахунковий банк (ведення грошових рахунків торговців-членів організатора торгівлі, здійснення розрахунків).

Отже, діюча модель була реалізацією принципу, за яким функції кожного інституту формально-юридично чітко розмежовуються, а тому розподіл повноважень та відповідальності покликаний знизити ризики інфраструктури. Як правильно зазначав В.Л. Яроцький, весь механізм функціонування Національної депозитарної системи України ґрунтується на спеціально законодавчо сконструйованих типових модельних схемах побудови прав, обов'язків і відповідальності професійних і непрофесійних учасників ринку цінних паперів. У цьому

механізмі кожний із учасників Національної депозитарної системи України (як прямі її учасники — депозитарії, зберігачі, реєстратори власників іменних цінних паперів, так і опосередковані — організатори торгівлі цінними паперами, банки, торговці цінними паперами та емітенти) набуває типового комплексу прав і обов'язків, що мають характер модельної схеми [10].

Проте об'єктивно нарізали зміни, впровадження яких стало необхідним з огляду не тільки на актуальний стан справ, а й завдяки вимогам міжнародних організацій, зокрема МВФ, Світового банку і USAID. З прийняттям Закону України «Про депозитарну систему України» організація депозитарної діяльності зазнала докорінних змін. Визначимо основні характеристики депозитарної системи України.

1. У центрі депозитарної системи України відтепер знаходиться єдиний Центральний депозитарій. Таким чином, частково подолано роздробленість депозитарного обліку. Функції щодо здійснення депозитарного обліку державних цінних паперів та облігацій місцевих позик належать до виключної компетенції Національного банку України.

2. Фактично збережено дворівневу депозитарну систему, в якій відтепер верхній рівень займає Центральний депозитарій, нижній — депозитарні установи. При цьому визначено, що Центральний депозитарій не може провадити діяльність депозитарної установи. Разом ці суб'єкти визначені в якості професійних учасників депозитарної системи, що, на нашу думку, є юридично некоректним, адже де-факто професійну депозитарну діяльність на визначеному сегменті ринку виконує також НБУ. Безумовно, за переліком функцій та повноважень НБУ можна визначити як професійного учасника верхнього рівня депозитарної системи.

3. Визначено п'ять видів депозитарної діяльності:

- депозитарна діяльність Центрального депозитарію;
- депозитарна діяльність Національного банку України;
- депозитарна діяльність депозитарної установи;
- діяльність із зберігання активів інститутів спільного інвестування;

- діяльність із зберігання активів пенсійних фондів.

Таким чином, клірингова діяльність тепер стала самостійним видом професійної діяльності на фондовому ринку, а не підвидом депозитарної, і її правове регулювання здійснюється окремо від регулювання депозитарної діяльності. А тому звичайна структура реалізації угоди купівлі-продажу цінних паперів відтепер набуває такого вигляду:

а) організатор торгівлі (лістинг, укладення угод, котирування тощо);

б) Центральний депозитарій (ведення рахунків емітентів, НБУ, депозитарних установ, депозитаріїв-кореспондентів, клірингових установ та Розрахункового центру);

в) клірингова установа (здійснення клірингу);

г) розрахунковий банк (ведення грошових рахунків торговців, здійснення розрахунків).

Отже, як слідує з наведеного, клірингова діяльність де-юре стала незалежною від депозитарної.

4. Визначено перелік учасників депозитарної системи України, який, окрім професійних учасників та НБУ, включає депозитаріїв-кореспондентів, фондові біржі, клірингові установи, Розрахунковий центр, емітентів, торговців цінними паперами, компанії з управління активами, депонентів.

5. Визначено, що депозитарна діяльність як Центрального депозитарію, так і НБУ може поєднуватись із кліринговою діяльністю. Депозитарна установа може поєднувати виконання всіх видів депозитарної діяльності нижнього рівня: депозитарної діяльності депозитарної установи, діяльності із зберігання активів інститутів спільного інвестування, діяльності із зберігання активів пенсійних фондів. НБУ також може провадити зазначені види депозитарної діяльності нижнього рівня у встановлених законодавством випадках.

Крім того, зазначено, що депозитарна діяльність депозитарної установи може поєднуватись із діяльністю з торгівлі цінними паперами та/або банківською діяльністю. В зв'язку з цим вважаємо за доцільне викласти свою думку з цього приводу.

Вважаємо необхідним запровадження базової засади щодо поєднання видів професійної діяльності на фондовому ринку. Повинен діяти принцип заборони поєднання діяльності інфраструктурних учасників та діяльності інвестиційних посередників. На нашу думку, це зумовлюється загальними підходами до регулювання будь-якої діяльності, які полягають у тому, що гравці — активні учасники ринку (на фондовому ринку — це торговці цінними паперами, КУА), які є безпосередньо зацікавленими особами, та особи, які забезпечують правила гри, їх однакове застосування до всіх гравців (фондові біржі, депозитарні та клірингові установи) не мають збігатися в одній особі, і їх інтереси не повинні перетинатись чи збігатися. Використовуючи мову спорту, скажемо так: гравці не мають бути судьями, вести рахунок гри тощо. Це є однією з гарантій неупередженості та однакового ставлення до непрофесійних учасників фондового ринку — емітентів та інвесторів, захисту їх прав та інтересів. Водночас в межах визначених угруповань інфраструктурних учасників та інвестиційних посередників поєднання окремих видів професійної діяльності можливе. Тому пропонуємо скасування норми щодо можливості поєднання професійної діяльності депозитарної установи з діяльністю з торгівлі цінними паперами.

Визначені основні характеристики депозитарної системи України є лише попереднім, загальним поглядом на оновлений стан правового регулювання в цій сфері, адже на сьогодні лише окремі частини Закону України «Про депозитарну систему України» набули чинності, а сама депозитарна система знаходиться на початку реформування. Лише з часом досвід практики правозастосування надасть можливості для більш глибокого та детального аналізу правового регулювання в цій сфері.

В межах дослідження коротко зосередимося на деяких особливостях правового регулювання клірингової діяльності. Клірингова діяльність в Україні довгий час юридично вважалась складовою депозитарної діяльності і не виділялася в окремий самостійний вид професійної діяльності на фондовому ринку. З прийняттям Закону України «Про депозитарну систему України» кліринг став самостійним видом професійної діяльності на фондовому ринку. На сьогодні базові норми з правового регулювання клірингової діяльності містяться також в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок».

Клірингова діяльність — діяльність з визначення зобов'язань, що підлягають виконанню за правочинами

щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів, підготовка документів (інформації) для проведення розрахунків, а також створення системи гарантій з виконання зобов'язань за правочинами щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів.

Суб'єктами провадження клірингової діяльності в Україні визначено клірингові установи та Розрахунковий центр з обслуговування угод на фінансових ринках, Центральний депозитарій цінних паперів та Національний банк України, які можуть провадити клірингову діяльність з урахуванням вимог, встановлених законодавством. Водночас Центральний депозитарій, клірингова установа, Розрахунковий центр можуть здійснювати окремі види банківських послуг на підставі ліцензії Національного банку України. Тобто має місце поєднання клірингової діяльності з банківською в частині надання кліринговою установою окремих видів банківських послуг.

Особливий правовий статус має Розрахунковий центр, виключною компетенцією якого є проведення грошових розрахунків за правочинами щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів, вчинених на фондовій біржі та поза фондовою біржею, якщо проводяться розрахунки за принципом «поставка цінних паперів проти оплати». На сьогодні в законодавстві відсутні норми, якими б визначались особливості правовідносин між Розрахунковим центром та кліринговими установами.

Суперечливим є, на нашу думку, запровадження інституту «центрального контрагента». Визначено, що центральним контрагентом є юридична особа, яка провадить клірингову діяльність, набуває взаємні права та обов'язки сторін правочинів щодо цінних паперів, зобов'язання за якими допущені до клірингу, та стає покупцем для кожного продавця і продавцем для кожного покупця. Також визначено, що для забезпечення виконання зобов'язань, допущених до клірингу, центральний контрагент має право виступати учасником біржових торгів без ліцензії на провадження діяльності на фондовому ринку – діяльності з торгівлі цінними паперами.

Таким чином, запроваджено ще одну обов'язкову ланку в ланцюгу продавець – покупець цінних паперів. На нашу думку, обов'язок здійснення клірингу правочинів повинен бути зумовлений не включенням клірингової установи як сторони правочину, а обов'язковими вимогами щодо здійснення сторонами правочину клірингу та умовами фіксації правочинів, їх результатів фондовою біржею, депозитарними установами. Тим більше, що відповідно до п. 3 ст. 24 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» фондова біржа до моменту укладення договору про кліринг та розрахунки за правочинами щодо цінних паперів з особою, що провадить клірингову діяльність, не має права провадити діяльність з організації торгівлі цінними паперами на фондовому ринку, а також зобов'язана укласти такий договір до подання правил фондової біржі на реєстрацію до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку.

Також необхідно зазначити, що з прийняттям змін до законодавства, а саме, виділення клірингової діяльності як окремого виду депозитарної діяльності, є актуальним питання створення спеціалізованої саморегу-

льової організації з цього виду професійної діяльності або розширення компетенції Професійної асоціації реєстраторів та депозитаріїв (ПАРД).

Отже, за аналогією з вищевказаним щодо реформування депозитарної системи України зазначимо, що для ґрунтовної оцінки існуючого правового регулювання клірингової діяльності є необхідною перевірка практикою, адже прийняті на сьогодні норми законів України потребують свого реального впровадження, результати якого нададуть можливості для більш глибокого та детального аналізу правового регулювання відносин у цій сфері.

В якості узагальнення результатів дослідження правового регулювання депозитарної та клірингової діяльності зазначимо, що процеси розвитку депозитарної системи, клірингу зумовлені необхідністю вирішення завдань системного забезпечення та гарантування дотримання законних прав власників цінних паперів – інвесторів, реалізації інтересів учасників фондового ринку. Чітке визначення та розподіл прав та обов'язків професійних учасників, обґрунтоване господарською доцільністю та інтересами ринку поєднання видів професійної діяльності, уніфікаційні процеси на фондовому ринку як у сфері професійної діяльності, так і в формах випуску цінних паперів, технологіях обліку прав власності на них мають вирішити завдання консолідації торгівлі цінними паперами на організованому ринку, розбудови депозитарної системи, а в результаті — якісного зростання фондового ринку України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Ковальова В. Жовтневий переворот для акцій / Урядовий кур'єр. — 14 квітня 2010 р. — № 68. — С. 7.
2. Особо ценные бумаги // Известия в Украине. — 2011. — № 67. — С. 7.
3. Посполітак В. В. Концептуальні підходи до реформування національної депозитарної системи України // Україна фінансова [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ufin.com.ua/arhiv.htm>.
4. Головка А. Т. Депозитарна інфраструктура як механізм залучення інвестиційних ресурсів // Україна фінансова [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ufin.com.ua/arhiv.htm>.
5. Про затвердження Положення про депозитарну діяльність: рішення ДКЦПФР від 17 жовтня 2006 р. № 999 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z1238-06>.
6. Полохович В. І. Окремі питання правового регулювання здійснення діяльності зберігачів та реєстраторів на фондовому ринку України // Вісник Запорізького національного університету. Запоріжжя. — 2011. — № 4. — Ч. 1. — С. 139–142.
7. Словник фондового ринку / Автори–укладачі: Головка А.Т., Кобзар В.Ф., Науменко О.О. та інші. — К., 1999. — С. 112.
8. Головка А. Т. Інфраструктура ринку: прогноз вітчизняної моделі та факторів, що її визначають // Україна фінансова [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ufin.com.ua/arhiv.htm>.
9. Про затвердження Положення про розрахунково-клірингову діяльність за договорами щодо цінних паперів: рішення ДКЦПФР від 17 жовтня 2006 р. № 1001 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z1198-06>.

10. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної

концепції): Монографія / В. Л. Яроцький. — Х.: Право, 2006. — С. 167.

The article examines the legal regulation of depository and clearing activities in the Ukrainian stock market. The features of the existing system of Ukraine depository, clearing, defined by the author's position in respect of new legislation in this area.

В статті розглядаються питання правового регулювання депозитарної та клірингової діяльності на фондовому ринку України. Визначено особливості існуючої депозитарної системи України, кліринга, визначено авторську позицію в отношении новітнього законодавства в цій сфері.

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ФОНДОВИЙ РИНОК» ТА ЙОГО МІСЦЯ У ФІНАНСОВО-ЕКОНОМІЧНІЙ СИСТЕМІ ДЕРЖАВИ

Кологойда О. В.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права
Київського Національного університету ім. Тараса Шевченка

У статті висвітлено основні підходи до визначення поняття «фондовий ринок», його місця у фінансово-економічній системі держави, проаналізовано співвідношення понять ринок цінних паперів, фондовий ринок, фінансовий ринок.

Ключові слова: фондовий ринок, фінансовий ринок, цінні папери.

Питання про роль та місце фондового ринку в економіці країни є одним з найбільш важливих, що обумовлює потребу в його науковому дослідженні.

Дослідженню правового регулювання відносин на фондовому ринку України, його місця у складі фінансового ринку приділяли увагу такі вчені-правознавці як С. О. Віхров., О. В. Габов, Р. Є. Демчак, В. В. Клименко, І. В. Кривов'язюк, О. М. Мозговий, І. Р. Назарчук, О. І. Онуфрієнко, В. І. Павлов, Л. В. Панова, І. І. Пилипенко, В. І. Полухович, В. Посполітак, А. О. Приступко, В. Л. Яроцький та інші.

Метою даної статті є висвітлення основних підходів до визначення поняття фондовий ринок, його місця у фінансово-економічній системі держави, аналіз співвідношення понять ринок цінних паперів, фондовий ринок, фінансовий ринок та надання авторського визначення категорії фондовий ринок на підставі проведеного дослідження.

Ринок та ринкові відносини виникають у процесі становлення товарного виробництва. Природа товарного виробництва і ринкових відносин зумовлює необхідність ряду економічних, організаційних і правових умов для розвитку ринку. В економічній науці існує величезна кількість визначень поняття «ринок», що обумовлено складністю визначення сутності ринку.

У більшості визначень ринку виходять з того, що ринок – це сфера товарного обороту, органічно пов'язаного з обміном, тобто ринок – це сукупність економічних відносин щодо купівлі-продажу товару; сукупність наявних і потенційних покупців товару; місце зосередження попиту і пропозиції на товар; механізм, який зводить до купи продавців та покупців певного виду товарів та послуг [1, с. 5]. Однак згадані визначення не містять особливостей механізму як найголовнішої сутності ринку, а також того, що ринок не просто сфера обміну. Обмін може відбуватись і в багатьох випадках відбувається неринковим шляхом (наприклад, бартерні операції).

Якщо розкрити у визначенні ринку його сутність та найбільш важливі елементи ринкового механізму, тобто те, що, власне, і відрізняє ринкову економіку від адміністративно-командної, то ринок – це сукупність економічних відносин у сфері обміну товарів за цінами, які встановлюються на основі взаємодії попиту і пропозиції в ході конкуренції, в результаті чого здійснюється суспільна оцінка товарів і послуг [2, с. 13].

Сучасний стан економіки України називають перехідним від адміністративної до ринкової, що потребує належного правового забезпечення. Правове регулювання ринку в сучасних умовах господарювання має відповідати таким критеріям: визначати склад учасників ринкових відносин, їх правосуб'єктність, забезпечувати їх рівне правове становище, захист прав та охоронюваних законом інтересів.

З переходом економіки України до розвитку на ринкових засадах в державі більшого поширення набули цінні папери, почав формуватися і дедалі активніше функціонувати і розвиватися фондовий ринок. Термін «фондовий ринок» походить від англійських термінів fund, що в перекладі означає фонд, капітал, цінний папір [3, с. 223].

Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 29 квітня 1994 р. № 277 «Про Концепцію функціонування і розвитку фондового ринку в Україні» **ринок цінних паперів** – це багатофункціональна система, яка сприяє акумулюванню капіталу для інвестицій у виробничу і соціальну сфери, структурній перебудові економіки, позитивній динаміці соціальної структури суспільства, підвищенню достатку громадян за рахунок володіння і вільного розпорядження цінними паперами, підготовленості населення до ринкових відносин. Перевагою даного визначення є визнання фондового ринку системою відносин та зазначення основної функції фондового ринку – накопичення (акумулювання) капіталу з метою наступного інвестування. Однак воно не відображає об'єкт та суб'єктів (учасників) фондо-

вого ринку, зміст (характер) правовідносин, в які вступають його учасники.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р. **фондовий ринок (ринок цінних паперів)** – сукупність учасників фондового ринку та правовідносин між ними щодо розміщення, обігу та обліку цінних паперів і похідних (деривативів). Таким чином, законодавець вживає терміни «фондовий ринок» та «ринок цінних паперів» як синоніми. Аналогічну точку зору обстоює і більшість сучасних вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема, М. Алексєєв, Б. Алехін, С. Анєсянц, В. Бархатов, І. Бархатов, О. Василик, А. Габов, М. Гончар, С. Глущенко, В. Загорський, М. Колісник, Н. Костіна, В. Лінніков, В. Ляшенко, А. Калина, О. Мендрул, Я. Міркін, В. Оскольський, Б. Рубцов та інші, визначаючи фондовий ринок як ринок, на якому обертаються (продаються і купуються) цінні папери [4, с. 104].

В економічній літературі існує і більш вузький підхід до визначення об'єктів фондового ринку – фондовий ринок охоплює лише корпоративні цінні папери, які прийнято відносити до фондovих (капітальних) цінностей. Оскільки далеко не всі цінні папери походять від грошових капіталів, то ринок цінних паперів не може бути в повному обсязі віднесений до фінансового ринку. В тій частині, де ринок цінних паперів заснований на грошах як на капіталі, він називається фондовим ринком, і в цій своїй якості є складовою частиною ринку цінних паперів. Частина ринку цінних паперів, що залишилась, через порівняно невеликий розмір не одержала спеціальної назви, саме тому ринок цінних паперів та фондовий ринок ототожнюють і вважають синонімами [5, с. 192–193]. Іншої точки зору дотримуються О. М. Мозговий [6, с. 8], В. В. Клименко [7, с. 15], які визначають фондовий ринок сегментом фінансового ринку, а відтак, ринку капіталів та ринку цінних паперів у частині операцій з довгостроковими цінними паперами.

Фондовий ринок відрізняється від інших ринків специфічним видом товару – цінним папером, який, не маючи власної вартості, може бути проданий за високою ринковою ціною, забезпечує формування грошового капіталу, що згодом може використовуватись для інвестування виробництва реального товару чи для нарощування початкового капіталу [1, с. 9] та незбіганням реального та «фіктивного» капіталу, поняття якого було сформульовано вперше К. Марксом [8, с. 6]. У публікаціях О. Анікіна, Т. Владигерова, Р. Гільфердинга, Л. Красавіної, В. Мусатова, І. Трахтенберга, В. Федоренка, виданих за часів СРСР, наслідуючи марксистську теорію позикового капіталу, ототожнюється ринок цінних паперів та фондовий ринок, який розглядається як частина ринку позикових капіталів, на якому утворюється попит та пропозиція на особливий вид позикового капіталу – «фіктивний» капітал, що втілений у цінних паперах [8, с. 6].

Під фондовим ринком розуміють ринок, на якому:

– за незначний проміжок часу створюються необхідні умови та відбуваються швидка мобілізація, ефективний перерозподіл і раціональне розміщення фінансових ресурсів у соціально-економічному просторі держави з урахуванням інтересів суспільства шляхом здійснення емісій цінних паперів різними емітентами;

– виникають відносини з приводу купівлі-продажу спеціальних документів (цінних паперів), що мають власну вартість, вільно обертаються та свідчать про відносини співвласності, позики [6, с. 10] та похідних від них відносин між емітентами та інвесторами, як правило, за участю спеціальних суб'єктів – фінансових посередників [7, с. 7];

– відбувається взаємодія між його суб'єктами з приводу випущених цінних паперів [8, с. 13]. Механізм функціонування фондового ринку охоплює такі елементи: попит, пропозицію на цінні папери, фінансових посередників, систему регулювання та саморегулювання [6, с. 10].

У теорії та практиці фондовий ринок найчастіше розглядається в двох основних значеннях:

– частина фінансової системи, до складу якої входять також банківська система, ощадні установи, страхові компанії та пенсійні фонди, державний фінансовий сектор. У цьому значенні фондовий ринок, на думку вчених ОЕСР, включає довгострокові вкладення та фінансові операції, а також систему фінансових установ, що їх здійснюють. Як частина фінансової системи він представлений лише тими цінними паперами, які розміщені серед громадян та підприємств, виключаючи цінні папери, придбані фінансовими посередниками, та державні цінні папери;

– частина фінансового ринку, де фондовий ринок є механізмом, що забезпечує переміщення потоків грошових фондів від домогосподарств, які мають заощадження, до фірм, які потребують інвестицій, і складається з «каналів» прямого та непрямого фінансування [9, с. 6; 7, с. 13].

В економіці кожної країни постійно відбувається кругообіг фінансових ресурсів. Ринок цінних паперів тісно пов'язаний та є сегментом фінансового ринку, що забезпечує мобілізацію, розподіл і перерозподіл фінансових активів між її галузями, ринками та суб'єктами.

Американські вчені, професори Вашингтонського університету Т. Кемпбелл, Р. Ауербах та П. Роуз визначають фондовий ринок як місце або механізм, за допомогою якого здійснюється встановлення цін та обмін фінансовими активами – вимогами на певний дохід у майбутньому (акціями та борговими зобов'язаннями). Місце та значення фондового ринку у системі економічних відносин на фінансовому ринку визначається функціями, що виконуються: фінансовою та економічною, що полягають у забезпеченні передачі фінансових активів та економічних ресурсів від кредиторів до позичальників. [10, с. 11–12]; забезпеченні власників цінних паперів ліквідними активами та зниженні вартості операційних витрат [11, с. 2–3]; перерозподілі ресурсів у найприбутковіші галузі виробництва [12, с. 38].

Вітчизняні науковці ринок цінних паперів визначають як *систему* економічних (товарно-грошових та фінансово-кредитних) відносин [13, с. 18] між учасниками ринку щодо випуску, організації обігу та погашення цінних паперів, на основі якої функціонує економіка держави, формується ціна на цінні папери, урівноважуються попит і пропозиція [14, с. 73].

Система – це сукупність компонентів, взаємодія яких викликає появу нових, інтегративних якостей, не притаманних окремо взятим утворюючим компонентам [15, с. 99].

Переважає значення в будь-якій системі мають ті внутрішні зв'язки між компонентами (системоутворюючі елементи), які роблять той чи інший об'єкт системою і виявляються тому лише на системному рівні його розгляду. Завдяки наявності таких зв'язків соціально-економічна система набуває ознаки цілісності, яка характеризує головне поняття системи: наявність нових, інтегративних якостей, які відсутні у окремих компонентах, але виникають в результаті їх взаємодії в певній системі [16, с. 103].

Фондовий ринок є важливою складовою фінансово-економічної системи держави, що являє собою сукупність урегульованих правовими нормами окремих ланок фінансових відносин і фінансових установ, за допомогою яких держава формує, розподіляє і використовує централізовані та децентралізовані грошові фонди. Фінансову систему України складають: загальнодержавні централізовані фонди (державний бюджет), фінанси підприємницьких структур, централізовані фонди цільового призначення, державний кредит, резервні і страхові фонди, фінансовий ринок.

В економічній літературі фондовий ринок визначають як: ринок, на якому обертаються (продаються та купуються) цінні папери [6, с. 8]; сукупність економічних відносин його учасників з приводу випуску та обігу (купівлі-продажу) цінних паперів [17, с. 191 та інші]; елемент механізму (системи) перерозподілу суспільного капіталу (в поєднанні з бюджетом та банківською системою); частину ринку позикових капіталів, де здійснюється емісія, купівля-продаж цінних паперів і через який акумулюються грошові нагромадження юридичних осіб і громадян та спрямовуються на виробничий і невиробничий вкладання капіталів [18, с. 135]; економічну категорію, що виражає економічні відносини, які виникають під впливом попиту та пропозиції на позиковий капітал, виражений в цінних паперах [19, с. 16], частину ринку позичкових капіталів, де здійснюються емісія і купівля-продаж цінних паперів [20, с. 100].

Найбільш повним визначенням категорії «ринок цінних паперів» можна вважати розуміння його як багатоаспектного соціального явища, що знаходиться у постійному русі, тобто як феноменологічну систему, що інтегрує у собі підсистеми економічних, правових, інформаційних, психологічних, соціологічних, моральних та інших уявлень [21, с. 3].

С. О. Віхров визначає, що категорія «ринок цінних паперів» (фондовий ринок) – економічна за змістом, і у цій своїй якості відображає економічні відносини, що виникають під впливом попиту і пропозиції на позичковий капітал, який знайшов своє вираження у формі цінних паперів, що обумовлює висновок дослідника про її господарсько-правовий характер за правовою формою [22, с. 183].

Р. Є. Демчак визначає, що ринок цінних паперів як об'єкт державного регулювання являє собою специфічний ринок, на якому держава через свої органи, саморегулювальні організації, враховуючи його закономірності, вирішує завдання щодо залучення, розподілу інвестиційних коштів між надлишковими та дефіцитними секторами, окремими галузями й секторами економіки та їх розміщення; перерозподіляє доходи і власність, формує нові відносини власності, розпорядження та використання; а також цивілізованого інвестора та вирішує інші соціально-економічні завдання. Призначенням ринку цінних паперів є формування інституційно-інвести-

ційної складової фінансового ринку, залучення саморегулювальних організацій і широкої громадськості до здійснення структурних змін в економіці країни [23, с. 5, 6].

У цивільно-правовій літературі ринок цінних паперів визначається як сукупність відносин цивільно-правового характеру, що опосередковують рух капіталів у формі цінних паперів [24, с. 8].

Визнаючи право на існування вищезазначених наукових концепцій, приєднуємося до точки зору В. В. Клименко [7, с. 17], А. В. Габова [25, с. 15], які вважають, що вищезазначені визначення відображають звужений підхід до поняття «фондовий ринок» і не відображають повного комплексу відносин та операцій з цінними паперами, що відбуваються на ринку: погашення, застава, зберігання, кліринг і розрахунки; регулювання усіх видів діяльності з ними, виконання зобов'язань за цінними паперами, інституційне середовище ринку.

В основі правового регулювання завжди перебувають певні відносини між суб'єктами, яким відповідна правова система надає визначений правовий статус. Фондовий ринок як предмет правового регулювання є сукупністю різноманітних відносин, об'єднаних спільним предметом правового регулювання, які зазнають регулюючого впливу норм права.

Аналіз вищезазначених точок зору дає змогу визначити **фондовий ринок** як частину фінансово-економічної системи держави, що охоплює правові, економічні, інформаційні, соціальні та інші відносини, що виникають між суб'єктами та іншими учасниками фондового ринку щодо випуску, обігу цінних паперів та їх похідних, захисту прав та законних інтересів учасників фондового ринку, здійснення державного регулювання та саморегулювання професійної діяльності на фондовому ринку.

Подальші дослідження з проблематики обраної теми спрямовані на визначення поняття, юридичної природи та здійснення класифікації правовідносин на фондовому ринку.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Колтынюк Б. А.* Рынок ценных бумаг. – СПб: издательство Михайлова В. А., 2004. – 336 с.
2. *Царенко О. М., Бей Н. О., Мартиненко О. Д., Сало І. В.* Корпоративне управління і фондовий ринок. – Суми: ВТД «Університетська книга», 2005. – 334 с.
3. *Англо-русский словарь / Под ред. О. С. Ахмановой.* – 21-е изд., стер. – М.: Сов. энцикл. М.: Гос. изд. иностр. и нац. слов, 1961. – 590 с.
4. *Колісник М. К., Маслак О. О., Романів Є. М.* Фінансовий ринок: навч. посібник. – Львів: Видавництво Національного університету «Львівська політехніка», 2004. – 192 с.
5. *Рынок ценных бумаг: учебник / Под ред. В. А. Галанова, А. И. Басова.* – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Финансы и статистика, 2002. – 448 с.
6. *Мозговий О. М.* Фондовий ринок: навчальний посібник. – К.: КНЕУ, 1999. – 316 с.
7. *Клименко В. В.* Фондовий ринок України у контексті фінансової безпеки держави. – К., КНУТД, 2003. – 188 с.
8. *Козаченко А. В., Осыка А. Н., Титова Т. Н.* Рынок ценных бумаг. – Луганськ: Издательство Восточноукраинского государственного университета, 1997. – 164 с.
9. *Алехин Б. И.* Рынок ценных бумаг. Введение в фондовые операции. Таганрог: Сфинкс., 1991. – 168 с.

10. Henning C.N. et al. Financial markets and the economy. – 3-d ed. – Englewood Clsff (N.J.), Prentice – Hall corp., 1981. – 602 p.
11. Campbell T. S. Money and Capital markets. – Gleimien (III) ets.: Scott, Foresmen. 1988. – P. 2–3;
12. Auerbach R. D. Financial markets and institutions. N.Y., L.: Macmillan, 83.– 286 p.
13. Приступко А. О. Фінансово-правове регулювання фондового ринку України. Дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук. – К. – 2006. – 216 с.
14. Ходаківська В. П., Данілов О. Д. Ринок фінансових послуг: навчальний посібник. – Ірпінь: Академія ДПС України, 2001. – 501 с.
15. Афанасьев В. Г. О системном подходе в социалистическом познании // Вопросы философии. – 1973. – № 6. – С. 98 – 111.
16. Полохович В. І. Господарсько-правовий механізм державного регулювання фондового ринку України. – Монографія. – К., 2012. – 337 с.
17. Рынок ценных бумаг: Учебник / Под. ред. В. А. Галанова, А. И. Басова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Финансы и статистика, 2002. – 448 с.
18. Загородній А. Г., Вознюк Г. Л. Фінансово-економічний словник. К.: Знання, 2007. – 1072 с.
19. Калина А. В., Корнеев В. В., Коцеев А. А. Рынок ценных бумаг. Теория и практика – К.: МАУП – 1999. – 256 с.
20. Лисенков Ю. М., Фетюхина Н. В. Ринок цінних паперів: основні поняття і терміни. – К.: Київський інститут банкірів банку «Україна», 1996. – 168 с.
21. Колесник В. В. Введение в рынок ценных бумаг. – К.: А.Л.Д., 1995. – 176 с.
22. Віхров С. О. Ринок цінних паперів як господарсько-правова категорія // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 4. – С. 181 – 186.
23. Демчак Р. С. Державне регулювання розвитку фондового ринку в Україні. Автореферат дис. канд. юрид. наук за спеціальністю: 25.00.02. – К.: – 2005. – 20 с.
24. Кузнєцова Н. С., Назарчук І. Р. Ринок цінних паперів в Україні: правові основи формування та функціонування. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 526 с.
25. Габов А. В. Ценные бумаги: вопросы теории и правового регулирования рынка. – М.: Статут, 2011. – 1104 с.

The article is devoted to the research of basic determinations of the fund market's concept, his places in the financial and economic system of the state; the correlation of concepts securities market, fund market, financial market has analysed.

Статья посвящена исследованию основных подходов к определению понятия «фондовый рынок», его места в финансово-экономической системе государства; проанализировано соотношение понятий рынок ценных бумаг, фондовый рынок, финансовый рынок.

ДІАЛЕКТИЧНА ВЗАЄМОДІЯ КОНКУРЕНЦІЇ І МОНОПОЛІЇ У ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИНАХ

Безух О. В.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник

відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті досліджується діалектика та взаємодія інститутів економічної конкуренції і монополії.

Ключові слова: економічна конкуренція, господарські відносини, монополія.

Конкуренція є багатозначним явищем, яке проявляється в різноманітних рисах. Насамперед, економічна конкуренція передбачає суперництво між кількома різними суб'єктами господарювання за отримання найбільшого прибутку та частки ринку. Абсолютна перемога в конкурентній боротьбі передбачає повне витіснення інших конкурентів та встановлення монополії. Вільна конкуренція – це фундамент, на якому виник капіталістичний спосіб виробництва та сучасна ринкова економіка.

Поняття «монополія» при перекладі з грецької мови означає єдиний продавець. Таким чином, монополістом згідно з таким висновком є будь-хто, хто продає відповідний товар, який має певні ознаки або властивості (або їх сукупність), які відрізняються від таких самих показників, які має товар, що продають інші.

Чинне законодавство України, фахівці розглядають монополію як явище, що несумісне з економічною конкуренцією. Традиційне уявлення про монополію полягає у визначенні продавця на ринку, який захищений

від появи нових конкурентів на ринку та спроможний визначати умови обороту товарів на ринку.

Формулюючи поняття монополії, фахівці у сфері економіки підкреслюють незалежність монополіста від інших учасників ринку та умов обороту товарів на ринку.

Історично в період первинного накопичення капіталу економічна конкуренція формально була вільною, тобто позбавлена будь-яких обмежень та виключень. З часом повна свобода підприємницької діяльності стала на заводі деяким підприємцям у досягненні перемоги. Вони почали застосовувати жорсткі прийоми з метою обмежити чи не дозволити діяльність інших підприємців, що суперечило принципам конкуренції та чесної боротьби. Така практика стала вважатися недобросовісною. Таким чином, виникла необхідність регулювання методів та заходів конкурентної боротьби, що знайшло своє відображення у припиненні недобросовісної конкуренції.

Економічна конкуренція періоду промислового капіталізму породила концентрацію та централізацію капіталу, що призвело до виникнення монополій та в деяких випад-

ках їх повному домінуванні не тільки на ринку, а й у політичному житті. Як визначено в «Економічній історії капіталістичних країн» трести стали визначеною формою централізації капіталу, яка надавала можливість проводити єдину технічну і економічну політику, концентрувати фінанси на найбільш важливих та перспективних напрямках економіки [1]. Як справедливо зазначив К. Маркс, світ по сьогодні був би без залізниць, якщо необхідно було б дочекатися, поки накопичення не приведе окремі капітали до таких розмірів, щоб вони могли впоратися з будівництвом залізниці. Проте централізація за допомогою акціонерних товариств здійснила це в одну мить [2].

Великі прибутки корпорацій перетворили їх в економічний центр суспільства, який має вирішальний вплив та визначає рівень і курс промислового розвитку. Конкуренції став погрожувати новий супротивник – монополії, перемога яких призвела б до усунення ринку як способу організації економічних суспільних відносин.

Перетинання монополії і конкуренції охопило світове господарство та виявило всі його суперечності, насамперед, виникнення конфлікту між принципом свободи економічної конкуренції і принципом свободи договору.

Унаслідок цього конфлікту виникло антимонопольне законодавство як реакція на спроби повністю витіснити економічну конкуренцію. Боротьба із надмірною монополізацією ринку здійснювалася шляхом правової регламентації ринкових економічних відносин та прийняття емпірично встановлених заборон на здійснення певних дій в господарських відносинах.

Як зазначають З. Питцкер та Ш. Бретхауер, антимонопольне право переслідує як економіко-політичні, так і суспільно-політичні завдання. По-перше, вільній конкуренції надається державний захист. По-друге, створюється вільний суспільний устрій для всіх суб'єктів ринку. Це обумовлює необхідність державного втручання у господарські відносини у випадках, коли економічна могутність порушує ефективність конкуренції і позбавляє підприємство мотивації поліпшувати своє становище [3].

Конкуренція, за визначенням Ф. Енгельса, є найбільш повним виразом пануючої в сучасному громадянському суспільстві війни всіх проти всіх. Це війна за життя, за існування, за все, а, таким чином, у випадку необхідності війна за життя і на смерть [4].

Монополія виростає із вільної конкуренції, не усуває її, а існує поряд з нею та над нею, породжуючи цим ряд особливо гострих суперечностей, тертя, конфлікти [5].

Деякі фахівці з економічної теорії визначають монополію як крайню форму недосконалої конкуренції [6]. Разом із тим загально визнано, що досконалої конкуренції або абсолютної монополії ніколи не існувало, «чиста» конкуренція і «чиста» монополія корисні з точки зору концептуальних точок відліку, але вони самі по собі не описують жодного реального ринку [7].

За визначенням І. Кірцнера, найневдаліше використання терміна «конкуренція» є в тому, що стан рівноваги, який вважається притаманним для економічної конкуренції, не враховує дії в конкурентному ринковому процесі щодо отримання перемоги в боротьбі та набуває змісту, протилежного роду діяльності, який визначає цей процес. Будь-яке відхилення реального світу від умов рівноваги стало вважатися як протилеж-

не «конкурентному», а отже, методом простого виключення, як «монополістичне» [8].

Теоретичні уявлення про те, як можуть співіснувати монополістичний і конкурентний елементи на ринку при здійсненні господарської діяльності залежить від підтримки та обґрунтування конкретного поняття монополії.

Чинне законодавство України надає визначення монополії тільки в одному випадку. Зокрема, Закон України «Про природні монополії» визначає лише один вид монополії — природну монополію. Це стан товарного ринку, за якого задоволення попиту на цьому ринку є більш ефективним за умови відсутності конкуренції внаслідок технологічних особливостей виробництва (у зв'язку з істотним зменшенням витрат виробництва на одиницю товару в міру збільшення обсягів виробництва), а товари (послуги), що виробляються суб'єктами природних монополій, не можуть бути замінені у споживанні іншими товарами (послугами), у зв'язку з чим попит на цьому товарному ринку менше залежить від зміни цін на ці товари (послуги), ніж попит на інші товари (послуги).

Тобто метою такої монополії є ефективне задоволення потреб споживачів та економічна ефективність виробництва. Таким чином, ця мета збігається з метою конкуренції.

При цьому необхідно зазначити, що ст. 2 згаданого Закону поширює його дію не лише на регулювання відносин на товарних ринках, які перебувають у стані природної монополії, а й на суміжних ринках за участю природних монополій, тобто на ринках, де є конкуренція й конкуренти. Але відносини, що там виникають, вже не стосуються окремого ринку, а набувають більш складного характеру.

Окрім природних монополій існують й інші ситуації, які можна трактувати як наявність монополії. Наприклад, коли ви є винахідником нового запатентованого продукту, що надає вам можливість заборонити іншим виробникам виробництво тотожних продуктів, і ваше підприємство унаслідок цього є єдиним на даному ринку. Ви не порушуєте закон, хоча у вас немає конкурентів та, відповідно, конкуренції.

Імператив конкуренції — отримання завдяки власним досягненням переваги над іншими суб'єктами господарювання змушує підприємства винаходити нові продукти, процеси, засоби виробництва, методи організації, які за умов їх високої якості та ефективності й належності тільки цьому підприємству можуть принести йому монополію владу. У справі *United States v. Aluminum Co of America (1945)*, що відома як *Справа проти Alcoa*, суд попередив, що «один єдиний виробник може стати єдиним переможцем з групи діючих в одній сфері компаній тільки завдяки власним здібностям, що значно переважають здібності суперників, умінню, прозорливості й заповзятливості. Не можна змінювати відношення до переможця в конкуренції, який вимушений до цього брати участь у ній, тільки з тієї причини, що він переміг» [9].

Аналіз як монопольного, конкурентного, «змішаного» ринків концентрується на «теорії фірми», яка надає уявлення про стан конкуренції або монополії через ступінь контролю фірмою відповідного товару. Саме таке співвідношення є головним в побудові правових

норм Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, затвердженої розпорядженням Антимонопольного комітету України № 49-р від 05.03.2002.

Вважається, що, перебуваючи у стані монополії, суб'єкт господарювання має вільні можливості у встановленні ціни та, відповідно, має можливість впливати на умови продажу товарів. Таким чином, вважається, що монополіст може встановлювати найвищу ціну. У зв'язку з цим саме ціна товару монополістів є предметом правового регулювання згідно з законами України «Про ціни і ціноутворення», «Про природні монополії».

Насправді, дії монополіста також підпорядковані закону попиту, оскільки максималізація прибутку передбачає надання споживачу можливості купувати якнайбільше товарів. Яскравим прикладом цього є взаємовідносини ПАТ «Нафтогаз України» та АТ «Газпром» (Росія). В цьому випадку занадто висока ціна, що встановлюється російським газовим монополістом, штовхає Україну (ПАТ «Нафтогаз України») на зниження кількості купівлі товару (газу) та пошук альтернативних джерел газопостачання і джерел енергії.

Вважається, що монополіст отримує найбільші прибутки. В дійсності попит на товар монополіста може бути слабким, або ефективність роботи монополіста може бути низькою, що призведе до того, що рівень прибутковості буде не вищим середньої або монополіст взагалі буде збитковим. Прикладом такої ситуації є діяльність ПАТ «Нафтогаз України», яка є збитковою. Ринковий попит на продукцію монополіста може бути настільки малим, що не оправдає витрати монополіста. Загальним результатом діяльності монополії порівняно із конкуренцією може бути:

- 1) вища ціна на монопольному ринку, ніж на конкурентному;
- 2) менші зусилля та відповідні їм обсяги виробництва на монопольному ринку порівняно із конкурентним;
- 3) низька ефективність використання ресурсів;
- 4) можливість встановлювати споживачам ціни і обсяги виробництва, тобто диктувати умови обороту товарів на ринку.

Незважаючи на вищезгадану можливість, поведінка монополіста зазнає впливу з боку чинників економічної конкуренції.

По-перше, використання ринкової влади та монопольного становища обмежено страхом застосування заходів державного регулювання та засобів державного впливу за такими фактами.

По-друге, монопольні високі прибутки будуть сигналізувати про привабливість ринку та передбачати можливість, що суб'єкти господарювання, які мають фінансові, технічні й організаційні можливості для подолання монопольних бар'єрів, увійдуть на зазначений ринок та створять пряму конкуренцію монополісту як з точки зору традиційного товару, так і створенням нового товару, який буде задовольняти потреби споживачів монопольного ринку. Вплив нових технологій на існуючі галузеві структури перешкоджає обмеженню виробництва, максимізації прибутку та збереженню домінуючих позицій.

По-третє, споживачі, які залежать від продукції монополіста, намагатимуться або відмовитися від продукції монополіста на користь інших суб'єктів господарювання та їх товарів, або апелювати до держави з метою захисту своїх інтересів.

Як слушно зазначив Й. Шумпетер, в умовах чистого капіталізму можливість експлуатувати незмінний рівень попиту або рівень, зміна якого не залежить від дій монополіста і від реакції, яку вони викликають, не може діяти достатньо тривало, щоб не вплинути на загальний обсяг виробництва, за винятком тих випадків, коли за монополією стоїть державна влада (наприклад, фіскальні монополії). Бути єдиним продавцем протягом десятиліть можна тільки тоді, коли продавець не буде вести себе як монополіст [10]. Таким чином, монопольне становище суб'єкта господарювання штовхає інших суб'єктів господарювання на спроби зайняти місце монополіста на ринку, а сам суб'єкт монополії готовий до дій, що створюють штучну конкуренцію.

Розглядаючи економічну конкуренцію як процес, І. Кірцнер визначив, що основне питання монополії полягає в площині свободи виходу на ринок. Монополія на ринку, вільному від створених державою перешкод, при вході на ринок означає таке положення виробника, коли виключний контроль суб'єкта господарювання над необхідними для виробництва ресурсами блокує проникнення інших суб'єктів господарювання на цей ринок. Монополія, таким чином, не належить до становища виробника, який, не маючи контролю над ресурсами, є єдиним виробником певної продукції. Такий виробник відкрив можливість продажу певного товару до того, як це зробили інші, та сприймає свою криву попиту як повний ринок окремого продукту [11].

В Україні бар'єрами вступу на ринок визначаються обставини, що перешкоджають новим суб'єктам господарювання почати конкурувати на рівних із суб'єктами господарювання, що вже діють на визначеному товарному ринку. При цьому переліку обставин, що є дійсними бар'єрами вступу на ринок, у нормативних актах не наводиться, створюючи умови, за яких відсутність підприємницького ризику, волі на пошук фінансових і технічних ресурсів для входу на відповідний ринок може сприйматися як обставини, що перешкоджають новим суб'єктам господарювання почати конкурувати на рівних із суб'єктами господарювання, що вже діють на певному товарному ринку.

Таким чином, доцільно вважати бар'єрами вступу на ринок суб'єктів господарювання ті обставини, які не залежать від волі суб'єктів господарювання та унеможливають їх вільний вхід на ринок, зокрема:

1. Бар'єри, що створені державою у вигляді ліцензій, дозволів тощо, отримання яких необхідно для входу на відповідний ринок (адміністративні бар'єри).
2. Отримання певним суб'єктом господарювання виключного контролю над лімітованими виробничими ресурсами, що виключає можливість користування подібними ресурсами інших суб'єктів господарювання та, таким чином, знищує конкуренцію.

Стосовно інших перешкод, то їх доцільно визначати як обмеження можливостей доступу інших суб'єктів господарювання на ринок унаслідок економічної, фінансової або мотиваційної слабкості.

Міцні суб'єкти господарювання в процесі конкурентної боротьби отримують відповідні ресурси та контролюють їх. На думку С. Г. Кирдиної, об'єктивними підставами появи стійкої конкуренції у господарській сфері є: по-перше, можливість відокремлення та закріплення за конкуруючими суб'єктами в постійне чи достатньо тривале користування частини ресурсного матеріально-технічного середовища.

По-друге, ефективність використання ресурсу має бути достатньою для індивідуального відтворення соціального суб'єкта, що ним володіє. Інакше немає сенсу у конкурентній боротьбі домагатися власності на те чи інше благо [12].

За визначенням К. Маркса, в практичному житті ми знаходимо не тільки конкуренцію, монополію і їх антагонізм, а також і їх синтез, яким є не формула, а рух. Монополія створює конкуренцію, конкуренція створює монополію. Монополісти конкурують між собою, конкуренти стають монополістами. Синтез полягає в тому, що монополія може триматися тільки тому, що вона постійно вступає в конкурентну боротьбу [13].

Це є актуальним в теперішній час змін у світовій системі господарювання, які обумовлені, насамперед, глобалізацією та інтернаціоналізацією виробництва, в основі яких знаходяться транснаціональні компанії. Як зазначає В. В. Костицький, особистий інтерес в економіці спрямований на розширення виробництва, його концентрацію аж до монополії [14].

Окрім недоліків у вигляді високих цін, невідповідності попиту і пропозиції, гальмування розвитку технологій, монополія може надавати суттєві переваги, зокрема: можливість провадити великомасштабне виробництво, підвищувати ефективність виробництва, планувати розвиток суб'єкта господарювання і виробництва, здійснювати диверсифікацію і фінансування науково-дослідних і конструкторських робіт за рахунок забезпечення постійної норми прибутку.

Економічна конкуренція надає можливість досягати максимального економічного результату, оскільки примушує суб'єктів господарювання вирішувати поставлені завдання при мінімальних витратах з найкращими результатами. Конкуренція надає змогу виявити та просунути на ринку ті суб'єкти господарювання, які завдяки власним досягненням отримали ліпші результати порівняно з іншими.

Механізм ринку з точки зору конкуренції – це, насамперед, механізм оцінки результатів діяльності суб'єктів господарювання за допомогою споживачів, які надають перевагу продукції тих чи інших суб'єктів господарювання, та розподілу результатів такої діяльності між переможцями у конкурентній боротьбі у вигляді переважної частки суб'єкта на ринку та його високої стабільної норми прибутку. Завдяки дії цього механізму частка на ринку та рівень прибутків переможця у конкуренції зростає, що призводить до створення монополії. В цьому і проявляється суспільний корисний ефект конкуренції, коли егоїстичні дії суб'єкта господарювання щодо отримання монополії на ринку призводять до того, що всі інші суб'єкти господарювання, щоб залишитися на ринку, вимушені модернізувати виробництво для задоволення вимог споживачів.

Як зазначив Е. Чемберлен, економічна конкуренція збільшує ефективність малих і середніх підприємств порівняно з великими, диверсифікацію виробництва великих фірм, кількість суб'єктів господарювання на ринку, що конкурують між собою в умовах економічного зростання, лібералізацію міжнародної торгівлі та економічну інтеграцію, появу нових світових центрів розвитку.

У свою чергу, це призводить до посилення монополістичних тенденцій унаслідок концентрації капіталу в умовах росту транснаціональних корпорацій, диференціації продукції на підставі збільшення доходів, прискорення науково-технічного прогресу та збільшення витрат на науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи, диференціації та ускладнення структури виробництва [15].

Таким чином, функціонування інститутів конкуренції і монополії здійснюється на основі принципу взаємодії. Як зазначає С. Г. Кирдина, саме в базових економічних інститутах господарська практика закріплює ті способи взаємодії економічних суб'єктів з конкретним матеріально-технічним середовищем, які надають можливість отримувати найліпший соціально-економічний результат. При цьому найкращий результат не для окремих груп, а для основної маси населення, оскільки тільки тоді зберігається цілісність та безперервність діяльності всього суспільства [16].

Отже, діалектична взаємодія вільної конкуренції і монополії, як наслідку її розвитку, у господарських відносинах створює мотив (інтерес) здійснення підприємницької діяльності задля отримання суб'єктами господарювання певних економічних благ (прибутку, частки на ринку). Створення певної монополії унаслідок розвитку господарських відносин та отримання перемог у конкурентній боротьбі призводить до зворотної реакції щодо посилення конкурентної боротьби та намагання отримати становище монополіста. Завданням правового регулювання в цьому діалектичному процесі є забезпечення рівності умов для суб'єктів господарювання, недопущення порушень унаслідок недобросовісних дій чи зловживання економічним становищем та забезпечення реалізації приватної ініціативи суб'єктів господарювання завдяки свободі доступу на ринок та свободі економічної діяльності задля більш ефективного задоволення інтересів споживачів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Экономическая история капиталистических стран* / Под ред. Полянского Ф. Я. и Жамина В. А. – М.: изд-во МГУ, 1986. – С. 176.
2. *Маркс К. Капитал* / Маркс К., Энгельс Ф. – Соч. Т. 23. – С. 642.
3. *Основы германского и международного экономического права. Учебное пособие* / Х. Й. Шмидт-Тренц, Ю. Плате, М. Пашке и др. – СПб.: Издательский дом С.-Петербург. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2007. – С. 615.
4. *Энгельс Ф. Положение рабочего класса в Англии. Конкуренция*. – Соч 2-е изд. – Т. 2. – С. 311 – 312.
5. *Ленин В. И. Империализм как высшая стадия капитализма*. Полн. собр. соч. – Т. 27. – С. 385 – 386.
6. *Фишер С., Дорнбуш Р., Шмалензи Р. Экономика*. – М.: Дело, 1997. – С. 211.
7. *Massel M. S. Competition and Monopoly. Legal and Economic Issues*. – Washington: The Brookings Institution,

1962. – Р. 187.

8. *Кирцнер И.* Конкуренция и предпринимательство / Пер. с англ. Под ред. проф. А. Н. Романова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2001. – С. 36.

9. *Эрнест Г., Вильям Е. Ковачич.* Антитрестовское законодательство и экономика // Вашингтон: Международный институт права. – 1995. – С. 71.

10. *Шумпетер Й.* Капитализм, социализм и демократия. Пер. с англ. – М.: Экономика, 1995. – С. 144–145.

11. *Кирцнер И.* Конкуренция и предпринимательство / Пер. с англ. Под ред. проф. А. Н. Романова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2001. – С. 106 – 107.

12. *Кирдина С. Г.* X – и У – экономики: Институ-

туциональный анализ. – М.: Наука, 2004. – С. 128.

13. *Маркс К.* Нищета философии. – Соч. 2-е изд. – Т. 4. – С. 166.

14. *Костицкий В. В.* Закон перманентной концентрации капитала: экономическая история та українські реалії. – К.: Ін-т законодавчих передбачень і правових експертиз, 2003. – С. 5.

15. *Чемберлен Э.* Теория монополистической конкуренции. Реориентация теории стоимости. – М.: Экономика, 1996. – С. 15.

16. *Кирдина С. Г.* Экономические институты России: материально-технологические предпосылки развития // Общественные науки и современность. – 1999. – № 6. – С. 36.

In article the dialectics and interaction of institutes of the economic competition and monopoly is investigated.

В статье исследуется диалектика и взаимодействие институтов экономической конкуренции и монополии.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА ДЕРЖАВНИХ КОМЕРЦІЙНИХ ПІДПРИЄМСТВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Черненко О. А.,

кандидат юридичних наук, науковий співробітник

НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглянуто особливості правового становища державних комерційних підприємств в Україні та надано пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, яке регулює діяльність державних комерційних підприємств.

Ключові слова: правове становище, державне підприємство, правовий режим майна, види державних підприємств.

Відповідно до ч. 1 ст. 73 Господарського кодексу України (далі – ГК України) державне унітарне підприємство утворюється компетентним органом державної влади в розпорядчому порядку на базі відокремленої частини державної власності, як правило, без поділу її на частки, і входить до сфери його управління. Відповідно до положень гл. 8 ГК в Україні існують державні унітарні підприємства двох видів: 1) державні комерційні підприємства (ст. 74–75 ГК); 2) казенні підприємства (ст. 76–77 ГК).

Особливості правового становища державних унітарних, в тому числі державних комерційних підприємств, має регулювати Закон України «Про державні підприємства» (відповідно до ч. 9 ст. 77 ГК), який наразі Верховною Радою України ще не прийнято. Відповідно, відсутність належного законодавчого регулювання правового становища державних комерційних підприємств обумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Окремі аспекти, пов'язані з правовим становищем державних унітарних підприємств, розглядалися у працях таких вчених як О. М. Вінник, І. В. Єршова, М. Г. Ісаков, І. М. Любімов, В. К. Мамутов, Г. В. Пронська, В. С. Щербина та інших.

Запропоновану публікацію присвячено дослідженню змін у правовому положенні державних комерційних підприємств, які відбулися з набранням чинності ГК України. Метою дослідження у межах даної статті є аналіз особливостей правового становища державних комерційних підприємств в сучасних умовах в Україні та внесення пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства України в досліджуваній сфері.

Оскільки державне комерційне підприємство є державним підприємством, йому властиві усі ознаки, притаманні державним підприємствам загалом, а саме: функціонування на основі державної власності; перебування під контролем держави; спеціальна господарська правосуб'єктність; обов'язок приймати та виконувати державні замовлення, а також застосовувати процедури державних закупівель; обов'язок складання та виконання фінансового плану; обов'язок перерахування частини прибутку до державного бюджету; особливості відповідальності за зобов'язаннями.

Окрім того, існують і спеціальні ознаки державних унітарних підприємств, що впливають саме з їх унітарного типу:

1. Створення в розпорядчому порядку органом державної виконавчої влади.

Державне унітарне підприємство створюється в розпорядчому порядку, що означає наявність процедури видання наказу керівника державного органу щодо створення нового суб'єкта господарювання. Виданню розпорядчого документа має передувати аналіз ситуації на ринку виробництва товарів або надання послуг у певному сегменті економіки країни, в якому передбачається здійснення діяльності створюваного підприємства. За результатами аналізу готується обґрунтування необхідності створення підприємства державним органом з викладенням усіх аспектів, що підлягають вирішенню. Діяльність державного унітарного підприємства контролюється державним органом, у сфері управління якого воно перебуває [1, с. 130].

2. *Неподільність майна підприємства.* В перекладі з французької мови «унітарність» значить «єдність». Таким чином, майно унітарного підприємства не може бути поділено на частини, паї, внески [2, с. 228]. Поняття «унітарність» відносно державного підприємства означає, перш за все, те, що майно підприємства є неподільним і перебуває у єдиного власника – держави. Крім того, «унітарність» державних підприємств проявляється і відносно управління ними, оскільки воно здійснюється керівником, який призначається власником [3, с. 151–152].

Формулювання ч. 1 ст. 73 ГК України, згідно з якою «державне унітарне підприємство утворюється... на базі відокремленої частини державної власності, як правило, без поділу її на частки», є неточним (недоречним є словосполучення «як правило», що вказує на можливу подільність майна такого підприємства).

3. *Закріплення майна за підприємством на похідному правовому титулі.* Майно державного унітарного підприємства перебуває у державній власності і закріплюється за таким підприємством на праві господарського відання чи оперативного управління (ч. 3 ст. 73 ГК). Здійснюючи право господарського відання, державне підприємство володіє, користується та розпоряджається зазначеним майном на власний розсуд, вчиняючи щодо нього будь-які дії, які не суперечать чинному законодавству та статуту підприємства. Державні підприємства, наділені правом господарського відання, отримують певну сукупність прав та обов'язків, яка дає їм змогу здійснювати їх статутні завдання. Але при цьому власником майна державних підприємств, установ залишається держава, адже ще за часів римського права утвердився постулат: у одній речі може бути лише один власник [4, с. 102–111]. Обсяг повноважень державного підприємства щодо державного майна у будь-якому разі має бути тією чи іншою мірою меншим ніж у держави-власника, адже встановлення державному підприємству обсягу повноважень, адекватному обсягу повноважень, належних державі як власнику, фактично означало б втрату державою контролю за своєю власністю, а можливо і втрату самого права власності на ввірене підприємству майно.

Але в той же час таке підприємство має можливість захищати свої права не лише від посягань інших осіб, а й від посягань самого власника. Так, ч. 2 ст. 136 ГК України встановлює, що власник майна, закріпленого на праві господарського відання за суб'єктом підприємництва, здійснює контроль за використанням та збереженням належного йому майна безпосередньо або через уповноважений ним орган, не втручаючись в оперативно-господарську діяльність підприємства. А ч. 3 ст. 136 ГК України передбачає можливість суб'єкта підприємництва, який здійснює господарську діяльність на основі права господарського відання, на захист своїх майнових прав також від власника. Цими правовими нормами держава забезпечує підприємствам незалежно від форм власності рівні правові та економічні умови господарювання.

4. *Обмеження господарської правосуб'єктності.* Оскільки державне унітарне підприємство є підприємством-невласником, це зумовлює суттєві обмеження його

господарської правосуб'єктності. В основі управління фінансовою діяльністю унітарного підприємства лежить принцип збереження майна, переданого власником майна в господарське відання або оперативне управління, а також використання майна відповідно до мети даного підприємства [5, с. 42].

5. *Здійснення управління підприємством одноособовим керівником.* Органом управління державного унітарного підприємства відповідно до ч. 6 ст. 73 ГК України є керівник підприємства, який призначається органом, до сфери управління якого входить підприємство, і є підзвітним цьому органу.

При призначенні керівника (директора, генерального директора тощо) з ним укладається договір (контракт), у якому визначаються строк повноважень керівника, права та обов'язки як керівника, так і державного органу, умови оплати праці, іншого матеріального забезпечення, умови звільнення, соціальні гарантії, інші умови [1, с. 130].

Традиційними державними унітарними підприємствами є державні комерційні підприємства. Відповідно до ч. 1 ст. 74 ГК України *державне комерційне підприємство* є суб'єктом підприємницької діяльності, діє на основі статуту або модельного статуту і несе відповідальність за наслідки своєї діяльності усім належним йому на праві господарського відання майном згідно з цим Кодексом та іншими законами, прийнятими відповідно до цього Кодексу.

У науково-правовій літературі неоднозначне ставлення до існування державних комерційних підприємств. Автори, що оцінюють державне комерційне підприємство як обґрунтовану і перспективну організаційно-правову форму суб'єктів підприємництва, роблять спроби адаптувати концепцію підприємництва до реалій функціонування таких підприємств. Так, Д. В. Петров відзначає другорядне значення ознаки прибутковості для діяльності, що здійснюється суб'єктами права господарського відання в рамках спеціальної правосуб'єктності і права оперативного управління, і підкреслює, що дійсною метою унітарного підприємства є не тільки й не стільки одержання прибутку за будь-яку ціну, скільки здійснення конкретної суспільно корисної функції, визначеної публічним власником [6, с. 85–86, 92].

Вважаємо за необхідне систематизувати *недоліки організаційно-правової форми державного комерційного підприємства:*

1) *відсутність субсидіарної відповідальності держави за зобов'язаннями підприємства.* Публічний власник, що обмежив відповідальність створеної ним юридичної особи, тим не менше не надав їй самостійності й незалежності, оскільки зберіг за собою низку повноважень, у тому числі щодо створення, реорганізації та ліквідації підприємства, визначення предмета і цілей його діяльності.

У господарсько-правовій літературі робляться спроби вирішити цю очевидну проблему. Так, І. М. Любімов пропонує закріпити обов'язок держави в особі органу, до сфери якого входить підприємство, нести субсидіарну відповідальність при недостатності майна державного комерційного підприємства у випадках, коли неплатоспроможність (банкрутство) такого під-

приємства викликана діями (бездіяльністю) суб'єктів управління об'єктами державної власності, що підтверджено рішенням суду, з обов'язковим плануванням у державному бюджеті відповідної статті витрат та покладенням на Державне казначейство України обов'язку здійснювати відповідні виплати [7, с. 14]. Простим, здавалося б, шляхом вирішення проблеми, про яку йдеться, було б встановлення субсидіарної відповідальності держави за боргами державного комерційного підприємства в усіх випадках, однак це є цілком несумісним з підприємницьким характером діяльності такого підприємства, крім того, заохочуватиме недбале управління ним;

2) *безконтрольність використання майна (коштів) підприємства*. Ця проблема описана, зокрема, в Концепції управління державним майном і приватизації в Російській Федерації, затвердженій постановою Уряду Російської Федерації від 9 вересня 1999 р. № 1024. Юридична конструкція права господарського відання надає суб'єктові такого права широке коло повноважень з володіння, користування, розпорядження майном власника. Реально ці повноваження здійснюються одноосібно керівником унітарного підприємства, взаємини якого із власником регулюються законодавством про працю. На протигагу цьому, коло повноважень власника відносно майна, що перебуває в господарському віданні, визначене вичерпним чином. Втручання державних органів у діяльність унітарних підприємств (їх керівників) поза встановленим колом повноважень є неправомірним. Зокрема, керівники унітарних підприємств безконтрольно управляють фінансовими потоками цих підприємств, у тому числі самостійно ухвалюють рішення щодо напрямів використання прибутку (за винятком частки прибутку, яка підлягає перерахуванню до державного бюджету). Вони не пов'язані необхідністю погоджувати свої рішення із власником майна (за винятком питань розпорядження нерухомим майном) [8]. Прихильники державних унітарних підприємств у зв'язку з цим пропонують закріпити обов'язок таких підприємств погоджувати з органами, до сфери управління яких вони належать, укладання значних угод (із визначенням у спеціальному законі поняття значної угоди) [7, с. 12] – очевидно ще одне запозичення з корпоративного права, можливість успішної реалізації якого в рамках унітарного підприємства є безсумнівною.

Норма про необхідність отримання згоди власника на вчинення значних угод міститься у Федеральному законі «Про державні і муніципальні унітарні підприємства». За Законом до значних належать угоди, що становлять понад 10 % статутного фонду підприємства. Якщо врахувати, що статутні фонди усіх підприємств мінімальні (вони ніколи не переглядаються, є величиною фіктивною), то будь-яка угода аж до закупівлі канцелярських товарів стає значною. До числа значних потрапляють угоди і купівлі електрики, і поставки будь-якого товару – фактично вся господарська діяльність, включаючи транспортне обслуговування, страхування й усе інше, потрапляє під пряме регулювання чиновників. Формально чиновник управляє, фактично – займається економічною діяльністю [9, с. 33].

Виникає запитання: якщо вдосконалення правового становища державного комерційного підприємства мож-

ливе виключно шляхом використання чужих для цієї організаційно-правової форми механізмів корпоративного управління, чому б не віддати перевагу організаційно-правовій формі господарського товариства, якій ці механізми органічно притаманні?

3) *складність застосування до керівників заходів відповідальності за результати діяльності підприємства*. Трудове законодавство, ефективно захищаючи права керівників, створює значні труднощі для застосування до них заходів відповідальності за результати діяльності підприємства. На практиці широкі повноваження керівників унітарних підприємств під час відсутності діючих інструментів і порядку управління, контролю й мотивації керівників призводять до:

а) переведення частини фінансових потоків унітарних підприємств у фірми-супутники, що створюються з метою зміни напрямів фінансових потоків. У результаті весь прибуток, який могли б одержати унітарні підприємства, осідає саме в цих фірмах;

б) укладення угод, у яких заінтересоване керівництво унітарного підприємства, що приводить до штучного завищення собівартості продукції, а в низці випадків – до розкрадань державного майна;

в) відсутності у державних органів актуальної інформації про стан справ в унітарних підприємствах;

г) неможливості запобігти негативним наслідкам некваліфікованої або протиправної діяльності керівників [8].

У світовій практиці угоди між державою (чи, точніше, органом, уповноваженим виконувати від імені держави функції власника) і радою директорів та/або керівником державного підприємства, які визначають цілі та вимоги до державного підприємства та надають певні повноваження для їх досягнення, отримали назву «угоди про господарські результати» (performance agreements). Такі угоди можуть також встановлювати стимули для членів ради директорів і керівника у зв'язку з відповідними цілями. Вони часто включають набір фінансових показників, яких необхідно досягти, а також більш широкі завдання для підприємств, що впливають з державної політики;

4) *для унітарних підприємств не передбачено обов'язкового проведення періодичних аудиторських перевірок*. Без цього контроль за їхньою фінансово-господарською діяльністю суттєво ускладнений. Частина 12 ст. 75 ГК України встановлює, що у разі зміни керівника державного підприємства обов'язковим є проведення ревізії фінансово-господарської діяльності підприємства в порядку, передбаченому законом. Окрім того, що ця норма сама по собі має вузьку сферу застосування, механізм її реалізації чинним законодавством не встановлений (якщо не брати до уваги загальні положення Закону України «Про державну контрольно-ревізійну службу України»);

5) *обмеженість ринкової комунікації, недоступність зовнішніх джерел фінансування*. З огляду на перераховані чинники у більшості країн світу унітарні державні підприємства витісняються корпоративними як більш ефективною формою організації державного комерційного господарювання. Так, в Угорщині прийнятий в червні 1989 р. Закон «Про трансформацію» визначив правові засади перетворення державних підприємств та кооперативів в акціонерні товариства. Цей Закон надав можливість також повну або часткову передачу прав щодо підприємств іноземним інвесторам [10, с. 15].

Недостатню придатність правової форми унітарного підприємства для організації комерційних підприємств визнано у Російській Федерації. Згідно з Концепцією управління державним майном і приватизації в Російській Федерації використання організаційно-правової форми унітарного підприємства обґрунтовано виключно в таких випадках: використання майна, приватизація якого заборонена, у тому числі майна, необхідного для забезпечення національної безпеки, функціонування повітряного й водного транспорту, реалізації інших стратегічних інтересів Російської Федерації; здійснення діяльності, спрямованої на вирішення соціальних завдань, включаючи реалізацію певних товарів і послуг за мінімальними цінами; розробки й виготовлення окремих видів продукції, що перебувають у сфері національних інтересів Російської Федерації і забезпечують національну безпеку; виробництва окремих видів продукції, вилучених із цивільного обороту або обмежених у цивільному обороті; здійснення діяльності, передбаченої федеральними законами виключно для державних унітарних підприємств; здійснення окремих видів діяльності, що дотуються, ведення збиткових виробництв; здійснення діяльності, спрямованої на організацію і проведення закупівельних і товарних інтервенцій з метою забезпечення продовольчої безпеки держави; здійснення наукової і науково-технічної діяльності в галузях, пов'язаних із забезпеченням національної безпеки [8].

З огляду на притаманні організаційно-правовій формі державного комерційного підприємства недоліки слід визнати недостатню придатність її для здійснення підприємництва. З урахуванням зарубіжного досвіду вважаємо, що оптимізація діяльності державних комерційних підприємств повинна здійснюватися, передусім, шляхом чіткого визначення випадків, у яких збереження цих підприємств є доцільним. При цьому у сферах, де господарська діяльність може здійснюватися як державними, так і недержавними підприємствами, державні комерційні підприємства підлягають перетворенню на державні господарські товариства. Діяльність державних унітарних підприємств повинна, на нашу думку, обмежуватися сферами, здійснення господарювання у яких становить державну монополію. А в тих

випадках, коли діяльність, що може здійснюватися виключно державними підприємствами, здатна приносити власнику прибуток, можливе збереження державних комерційних підприємств. Підтримуємо необхідність прийняття спеціального Закону України «Про державні унітарні підприємства», у якому мають бути визначені випадки створення державних комерційних та казенних підприємств та врегульовані особливості їх правового становища з урахуванням, зокрема, кращого світового досвіду щодо бізнес-планування, звітності та розкриття інформації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України* / За заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 720 с.
2. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: Ч.1* / Отв. ред. О. Н. Садилов. – М.: Юридическая фирма Контракт, ИНФА-М, 1998. – 778 с.
3. *Ершова И. В.* Проблемы правового режима государственного имущества в хозяйственном обороте / И. В. Ершова. – М.: Юриспруденция, 2001. – 304 с.
4. *Підпригора О. А.* Основи римського приватного права / О. А. Підпригора. – К.: Вища школа. – 1995. – 264 с.
5. *Шубина Т.* Унитарное предприятие: финансовое планирование и финансовый контроль / Т. Шубина // Проблемы теории и практики управления. – 2007. – № 8. – С. 41–48.
6. *Петров Д. В.* Право хозяйственного ведения и право оперативного управления. – СПб., 2002. – 347 с.
7. *Любимов І. М.* Правовий статус державних підприємств: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / І. М. Любимов; Ін-т економіко-правових досліджень НАН України. – Донецьк, 2010. – 20 с.
8. *О Концепции управления государственным имуществом и приватизации в Российской Федерации: Постановление Правительства РФ от 9 сентября 1999 г. № 1024* [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.consultant.ru>.
9. *Степанов В. Г.* Унитарное предприятие – пережиток прошлого или жертва несовершенной законодательной базы? / В. Г. Степанов // Юрист. – 2003. – № 5. – С. 29–36.
10. *Boote A., Somogyi J.* Economic reform in Hungary since 1968 / A. Boote, J. Somogyi; International monetary fund. – Washington D.C., 2001. – 83 p.

We have discussed the features of state enterprises legal status in Ukraine and given our suggestions as far as the perfection of the current legislation is concerned. It must regulate the activity of state enterprises.

В статье рассмотрены особенности правового положения государственных коммерческих предприятий в Украине и сделаны предложения относительно совершенствования действующего законодательства, регулирующего деятельность государственных коммерческих предприятий.

ІННОВАЦІЙНІ СТРУКТУРИ ЯК УЧАСНИКИ ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН

Сергійко О. В.,

*науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України*

У статті досліджено теоретичні та практичні проблеми становища інноваційних структур як учасників господарських відносин. Отримала подальший розвиток проблема ролі інноваційних структур у розвитку підприємництва на сучасному рівні соціально-економічного розвитку суспільства.

Ключові слова: інноваційні структури, мале інноваційне підприємництво, господарські відносини, технополіси і технопарки, державна політика.

Інноваційні структури є ефективними організаційними формами інноваційної діяльності, здатними інтенсифікувати процеси оволодіння науковими знаннями в технологічній сфері, забезпечити найбільш повне практичне використання науково-технічного потенціалу країни, підвищити рівень конкурентоспроможності національної економіки за рахунок інтеграційної взаємодії наукових організацій, закладів освіти, промислових підприємств, фінансових організацій. Традиційно до інноваційних структур належать технополіси, технопарки, інноваційні бізнес-інкубатори тощо.

Питання становлення і розвитку різних видів техніко-впроваджувальних і науково-технічних зон, у тому числі технологічних парків і технополісів, а також створення і функціонування різних вільних і спеціальних економічних зон досліджували українські та зарубіжні вчені у галузі юриспруденції – Ю. Є. Атаманова, М. М. Богуславський, О. М. Вінник, М. В. Волинкіна, С. В. Дерюгіна, О. Р. Зельдіна, О. Р. Кібенко, Н. Є. Косач, В. М. Коссак, Л. В. Крупа, В. К. Мамутов, А. В. Омельченко, О. Е. Сімсон, О. С. Семерак, Р. Б. Шишка, В. С. Щербина та багато інших.

Пріоритетними напрямками розвитку країни є формування наукоємних виробничих процесів, сприяння створенню та функціонуванню інноваційних структур (технопарків, інкубаторів тощо). Подальшого розвитку в країні мають набути організаційно-правові засади діяльності структур, що поєднують науково-дослідний процес з виробництвом і реалізацією нової продукції, зокрема технополіси і технопарки.

Згідно з нормативною дефініцією інноваційною структурою називається юридична особа будь-якої організаційно-правової форми, створена відповідно до законодавства, або група юридичних осіб, яка діє на основі договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів її учасників з визначеними галуззю діяльністю та типом функціонування, орієнтованим на створення та впровадження наукоємної конкурентоспроможної продукції [1].

Згідно із Законом України «Про інноваційну діяльність» держава здійснює стимулювання інноваційних процесів в Україні шляхом підтримки суб'єктів господарювання всіх форм власності, що реалізують в Україні інноваційні проекти, і підприємства всіх форм власності, які мають статус інноваційних. Цей закон визначає, що технополіси, технопарки, бізнес-інкубатори, інноваційні центри тощо можуть функціонувати у вигляді інноваційного підприємства. Інноваційним є підприємство (або об'єднання підприємств), що розробляє, виробляє і реалізує інноваційні продукти, продукцію чи послуги, обсяг яких у грошовому вимірі перевищує 70 відсотків його загального обсягу продукції, послуг [2].

На сьогодні законодавець відмовився від загальних норм, які визначали пільгові особливості в оподаткуванні та митному регулюванні інноваційної діяльності будь-якого підприємства, що має статус інноваційного відповідно до Закону України «Про інноваційну діяльність». Передбачена цим законом фінансована підтримка суб'єктів господарювання, що здійснюють інноваційну діяльність, може бути надана державою у вигляді повного або часткового безвідсоткового кредитування,

компенсації відсотків комерційних кредитів, надання державних гарантій комерційним банкам, що кредитують пріоритетні інноваційні проекти, майнового страхування реалізації інноваційних проектів лише за умови виконання суб'єктами інноваційної діяльності інноваційних проектів, що пройшли державну реєстрацію. Жодних податкових преференцій для інноваційних підприємств чинна на цей час редакція вказаного закону не передбачає.

Державна підтримка суб'єктів, які провадять в Україні інноваційну діяльність на основі реалізації інвестицій, залучають майнові та інтелектуальні цінності, вкладають власні чи запозичені кошти в реалізацію в Україні інноваційних проектів з метою виконання довгострокових науково-технічних програм та впровадження нових науково-технічних досягнень у виробництво й інші сфери суспільного життя з метою одержання доходу або досягнення іншого соціального ефекту [3], запроваджується у різноманітних формах стимулювання державою інноваційних процесів. Практичне втілення державної політики стимулювання інноваційного розвитку шляхом пільгового оподаткування здійснюється на адресу або таких учасників господарських відносин, які мають організаційно-правове оформлення інноваційної діяльності у вигляді інноваційних структур, або запроваджується за допомогою спеціального режиму господарювання.

Господарським кодексом України (далі – ГК України) технопарки і технополіси віднесено до функціональних типів спеціальних (вільних) економічних зон, для яких і встановлюється спеціальний режим господарської діяльності з пільговими митними, податковими, валютно-фінансовими умовами підприємництва. Основною метою їх створення є залучення та ефективне використання інвестицій, що кореспондується з визначенням інноваційної діяльності у сфері господарювання як діяльності, що здійснює інвестування інноваційних процесів (ст. 325 ГК України). Основними (загальними) рисами, які притаманні спеціальній (вільній) економічній зоні, є визначена частина території України і спеціальний правовий статус.

У той же час основні правові та економічні засади запровадження та функціонування спеціального режиму інноваційної діяльності технологічних парків як інноваційних структур визначає Закон України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків». Згідно зі ст. 1 вказаного закону технологічний парк (технопарк) створюється або як юридична особа, або як група юридичних осіб, що діють відповідно до договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів з метою створення організаційних засад виконання проектів технологічних парків з виробничого впровадження наукоємних розробок, високих технологій та забезпечення промислового випуску конкурентоспроможної на світовому ринку продукції. Основними елементами механізму спеціального режиму технологічного парку є можливість надання державної фінансової підтримки лише при реалізації цим організаційним утворенням проектів за пріоритетними напрямками діяльності та цільове субсидювання проектів технологічного парку.

Отже, загальними нормами чинного законодавства України передбачено впровадження і функціонування інноваційних структур, а саме, технополісу і технопар-

ку у кількох відмінних один від одного правових режимах: правовому режимі інноваційного підприємства, спеціальному режимі інноваційної діяльності технологічних парків, правовому режимі вільної економічної зони.

Що стосується такої організаційної структури інноваційної діяльності як технополіс, то спроба розробки проекту Закону України «Про Технополіс «Київська політехніка» щодо створення технополісу не за територіальним принципом вільної економічної зони, а як юридичної особи на базі Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут», крім інших правових питань, зіштовхнулася з необхідністю виконання вимоги правової норми ст. 4 Закону України «Про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон», якою передбачено, що будь-який закон про створення конкретної спеціальної (вільної) економічної зони не може суперечити цьому Закону. За результатами реалізації пілотного проекту Закону розроблено проект, а пізніше прийнято дещо інший Закон України «Про науковий парк «Київська політехніка». Таким чином, на законодавчому рівні був закріплений, отримавши спеціальний правовий статус, ще один вид інноваційної структури – науковий парк, який згідно з ч. 6 ст.1 Закону представляє собою договірне об'єднання суб'єктів господарювання. Якщо технологічні парки утворювалися, як правило, на базі науково-дослідних або академічних установ, то заснування наукового парку передбачає реалізацію мети прискорення інноваційного розвитку економіки України шляхом поєднання освіти, науки і виробництва. Засновником наукового парку являється вищий навчальний заклад, установчими документами є засновницький договір та статут. Для виконання статутних завдань науковий парк поряд з іншими фондами, не забороненими законами, може формувати статутний фонд. Метою створення наукового парку є організація, координація та контроль процесу виконання проектів наукового парку – науково-технологічних, а також інноваційних проектів щодо розроблення та реалізації інноваційних продуктів або продукції [5]. Виконання інноваційних проектів, що мають державну реєстрацію, надає суб'єкту господарювання можливість отримати державну фінансову підтримку, яка передбачена Законом України «Про інноваційну діяльність». На відміну від технологічних парків, які створені і діють в режимі, запровадженому Законом України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», тобто отримують статус технопарку зі спеціальним правовим режимом за умови виконання зареєстрованого інноваційного проекту після державної реєстрації такої інноваційної структури, науковий парк набуває господарської правосуб'єктності після державної реєстрації об'єднання підприємств як юридичної особи, що є наступним кроком після укладання суб'єктами господарювання засновницького договору. Засновниками Наукового парку «Київська політехніка», який створений у такій організаційно-правовій формі об'єднання підприємств як корпорація, є Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут» та Державне підприємство Держінвестицій «Національний центр впровадження галузевих іннова-

ційних програм». У зв'язку з тим, що науковий парк є корпорацією, тобто функціонує в організаційно-правовій формі об'єднання підприємств, а засновниками корпорації є державне підприємство і освітній заклад, що має статус національного, спеціальний правовий статус такої нової організаційної структури як науковий парк потребує окремого теоретичного дослідження і як інноваційної структури, і як учасника господарських відносин.

Спеціальна (вільна) економічна зона є своєрідною організаційно-правовою формою запровадження спеціального режиму господарювання з метою залучення інвестицій, має цільову спрямованість залежно від сфери застосування (для інноваційної сфери це може бути, наприклад, впровадження нових технологій) та певні ознаки:

- створення конкретної спеціальної економічної зони здійснюється законом;
- визначена законом частина території України;
- строк, на який створюється спеціальна (вільна) економічна зона;
- дія спеціального правового режиму господарської діяльності з пільговими і митними умовами підприємства, гарантіями держави та державної підтримки суб'єктів спеціальної (вільної) економічної зони;
- адресація різноманітних стимулюючих і заохочувальних заходів держави до певних суб'єктів спеціальної (вільної) економічної зони;
- створення за ініціативою органів державної влади та місцевого самоврядування;
- наявність органів управління:
 - а) місцеві Ради народних депутатів та місцеві державні адміністрації в межах своїх повноважень;
 - б) орган господарського розвитку і управління спеціальної (вільної) економічної зони, що створюється за участю суб'єктів економічної діяльності, функції цього органу може бути покладено на одного із суб'єктів економічної діяльності спеціальної (вільної) економічної зони.

В Україні єдиним досвідом з утворення технологічного парку як регіонального об'єднання по створенню і реалізації наукоємної високотехнологічної продукції є науково-технологічний парк «Яворів», що був організований в межах спеціальної економічної зони «Яворів» і поєднував у собі функції комплексної виробничої зони, вільної митної зони та технологічного парку.

Емпіричний пошук раціональних організаційно-правових форм інноваційної діяльності, що, на думку законодавця, дає змогу більш ефективно реалізовувати завдання державної інноваційної політики, здійснювати більш жорсткий контроль за реалізацією проектів технологічних парків, запобігати зловживанням податковими та митними пільгами, привів до відмови від територіального принципу та запровадження організаційної форми технопарку, незалежної від адміністративно-територіального розташування його учасників та спрямованої на реалізацію інноваційних проектів, що відповідають визначеним науково-технічним та інноваційним пріоритетам [6, 7]. Результатом цього стало введення в дію в 2006 році Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», який визначає порядок створення і функціонування технопарків зі спеціальним статусом, виключний перелік яких зазначено в законі і до яких, у тому числі, нині віднесено технопарк «Яворів».

Технологічні парки зі спеціальним правовим режимом є організаційно-правовою формою інноваційної діяльності у сфері господарювання, метою якої є виконання довгострокових інноваційних програм на основі реалізації інвестицій. Спеціальний режим інноваційної діяльності технопарків формує певні ознаки цих інноваційних структур як учасників господарських відносин:

– запровадження спеціального режиму інноваційної діяльності за умови виконання проекту технологічного парку;

– технопарки створюються:

а) як юридичні особи,

б) як група юридичних осіб, що діють відповідно до договору про спільну діяльність;

– наявність керівного органу технопарку – юридичної особи, одного з учасників технологічного парку, який від імені учасників технопарку відкриває спеціальний рахунок технологічного парку і на якого за договором покладено функції поточного керівництва діяльністю технологічного парку з виконанням функцій згідно з законом і договором;

– суб'єктами реалізації інноваційного проекту є технологічний парк, його учасник, спільне підприємство;

– строк, на який запроваджується спеціальний режим інноваційної діяльності технопарку, становить 15 років за умови виконання проектів;

– дія спеціального режиму інноваційної діяльності передбачає:

а) фінансову підтримку проектів,

б) цільову субсидію технологічних парків,

в) кредити для проектів технопарків,

г) амортизацію основних фондів технопарків,

д) особливе валютне регулювання;

– метою створення технологічного парку є:

а) реалізація проекту технопарку,

б) створення організаційних засад виконання проектів технологічних парків.

З огляду на вищенаведене можна визначити, що технопарк має дуалістичний правовий статус. При виконанні проекту технологічного парку технопаркова структура набуває статус суб'єкта інноваційної діяльності. При здійсненні діяльності щодо організації виконання проектів технопарку – відноситься до суб'єктів інноваційної інфраструктури [8, с. 135]. Якщо технопарк створено як юридичну особу, то відповідно до ст. 55 ГК України він є повноцінним учасником господарських відносин – суб'єктом господарювання. При реалізації інноваційного проекту технопарк, який є юридичним об'єднанням, що діє відповідно до договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів, не визнається чинним господарським законодавством як господарюючий суб'єкт. Більше того, жоден критерій ст. 2 ГК України, за яким кваліфікуються учасники відносин у сфері господарювання, не надає можливості віднести технопарк, який діє за договором про спільну діяльність, до таких осіб.

Таким чином, згідно з законом технологічний парк або будь-яка інша інноваційна структура, яка представляє собою об'єднання підприємств, що діє на підставі договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів її учасників, чия діяльність орієнтована на створення та впровадження

наукоємної конкурентоспроможної продукції, являється суб'єктом інноваційної діяльності, здійснює інвестиції з метою виконання довгострокових проектів технопарку, але при цьому за формальними ознаками не є учасником господарських відносин.

У промислово розвинутих країнах існує інший, ніж в національній економіці, історичний досвід виникнення, розвитку, функціонування інноваційних структур. В таких країнах технопарки і технополіси існують у формі територіальних утворень. Це дає змогу вирішувати питання науково-технічного, інноваційного удосконалення економіки через стимулювання розвитку гнучкої, високо адаптивної форми малого інноваційного бізнесу, хоча на початковому етапі становлення мале підприємство потребує не лише організаційної, а й фінансової підтримки. Такий цілеспрямований підхід в реалізації інноваційної політики дає змогу одночасно вирішувати не лише економічні, а й соціальні завдання в країні.

Існуючі в Україні технологічні парки, як правило, не орієнтовані на вирішення регіональних проблем, а закликані вирішувати завдання засновника, у тому числі з використанням податкових преференцій. За своєю сутністю, масштабом діяльності й типом управління технопарки такого роду не є інфраструктурою підтримки малого інноваційного підприємництва регіонального масштабу, хоча саме така їх генетична природа і саме цього потребує національна економіка. Підтримка створення і розвитку малого інноваційного підприємництва має стати однією з основних функцій національних інноваційних структур. Тому потрібно повернутися до розгляду діяльності технопарків, технополісів, створення яких здійснюється, у тому числі, з урахуванням регіональних ознак, можливо інших, ніж вільні економічні зони. Виконання таких завдань потребує розробки та прийняття відповідного законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Про затвердження Положення про порядок створення і функціонування технопарків та інноваційних структур інших типів*: Постанова Кабінету Міністрів України від 22.05.96 № 549. – Чинна з 22.05.96//ЗП України. – 1996. – № 12. – Ст. 340.

2. *Про інноваційну діяльність*: Закон України від 04.07.2002. – Чинний з 07.08.2002// Урядовий кур'єр. – 2002. – 07 серпня.

3. *Господарський кодекс України* від 16.01.2003. – Чинний з 01.01.2004 // Голос України. – 2003. – 14 березня.

4. *Про схвалення Концепції Державної цільової економічної програми «Створення в Україні інноваційної інфраструктури на 2008–2012 роки»*: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 06.06.2007 № 381-р. – Чинне з 06.06.2007// Офіційний вісник України. – 2007. – 22 червня.

5. *Про науковий парк «Київська політехніка»*: Закон України від 22.12.2006. – Чинний з 20.01.2007// Урядовий кур'єр. – 2007. – 20 січня.

6. *Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки*: Закон України від 11.07.2001. – Чинний з 02.08.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – 2 серпня.

7. *Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні*: Закон України від 16.01.2003. – Чинний

з 13.02.2003 // Голос України. – 2003. – 13 лютого.

8. *Про стан та перспективи розвитку підприємництва в Україні: Національна доповідь* / К. О. Ващенко, З. С.

Варналій, В. С. Воротін, В. М. Геєць, Е. М., Кужель О. В., Лібанова та ін. – К., Держкомпідприємництво, 2008. – С. 135.

The article examines the theoretical and practical problems of status of innovative structures as participants in economic relations. Further developed the problem as innovative structures in entrepreneurship development at the present level of socio-economic development of society.

В статті досліджені теоретичні та практичні проблеми положення інноваційних структур як учасників господарських відносин. Розвинуто проблему ролі інноваційних структур в розвитку підприємництва на сучасному рівні соціально-економічного розвитку суспільства.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІНАХІДНИЦТВА В УКРАЇНІ ТА США

Закорецька Л.О.,

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

У статті досліджуються проблеми використання винаходу у господарській діяльності України та США, прогалини у правовому регулюванні винахідництва за чинним законодавством України та вироблення шляхів їх усунення.

Ключові слова: винахід, інтелектуальна власність, господарська діяльність.

Стаття 54 Конституції України є основою правового регулювання відносин, пов'язаних із використанням у господарській діяльності прав інтелектуальної власності. Її суть полягає у тому, що права інтелектуальної, творчої діяльності забезпечуються тим, що ніхто не може використовувати ці результати без згоди її творців, за винятками, встановленими законом [1, с. 23].

Держава зобов'язана визнавати права об'єктів інтелектуальної власності на результати своєї діяльності. І тільки визнавши цю концепцію, ми зможемо піднятися на вищий рівень в вирішенні проблем інтелектуальної власності. А саме тому Україна має будь-яким способом активізувати науково-технічну діяльність, оскільки в сучасних умовах без її належного науково-технічного забезпечення неможлива реалізація господарської діяльності.

Відповідно до ст. 156 ГК України об'єктами права інтелектуальної власності у сфері господарювання є винаходи [2, с. 294]. Стаття 459 ЦК України зазначає, що винахід є придатним для набуття права інтелектуальної власності на нього, якщо він відповідно до закону є новим, має винахідницький рівень і придатний для промислового використання [3, с. 211]. Проте ані ГК України, ані ЦК України не дає визначення поняття самого винаходу. Тим часом винахід має важливе практичне значення для правової системи будь-якої держави і спричинює неабиякі труднощі, оскільки у ньому відображена одна зі сторін розумової діяльності людини.

Згідно із ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» винахід визначається як результат інтелектуальної діяльності людини в будь-якій сфері технології. В попередніх редакціях зазначеного Закону винахід визначався як технологічне (технічне) рішення, що відповідає умовам платоспроможності, новизні, винахідницькому рівню та промисловій придатності [4]. Ширше визначення цього поняття надається у деяких вітчизняних довідниках, де винахід розглядається як вирішення утилі-

тарного завдання у будь-якій галузі промисловості або в іншій сфері суспільно-корисної діяльності людини та відповідає зазначеним законодавством вимогам [5, с. 92].

Згідно зі ст. 156 ГК України право інтелектуальної власності на винахід засвідчується патентом [2, с. 297]. Патент – це охоронний документ встановленого відповідним нормативно-правовим актом зразка, що містить передбачені законом та зазначеним актом відомості щодо права інтелектуальної власності на певний винахід. У ньому повинні міститися такі відомості: дата подання заявки; її номер; відомості про винахідника або винахідників; формула винаходу; відомості про власника патенту; дата набуття майнових прав на винахід. Правова охорона на винахід надається винаходу, що не суперечить принципам гуманності та моралі, а також патентоздатності. Це відповідає міжнародним нормам та акцентує увагу на обов'язкових критеріях патентоздатності винаходу, наявність якого необхідна для надання правової охорони. Частина 3 ст. 156 ГК України говорить про використання винаходу у господарській діяльності. Використанням винаходу у господарській діяльності є: виготовлення, пропонування для продажу, продаж, запровадження у господарській діяльності (комерційний обіг), застосування, введення чи зберігання з зазначеною метою продукту, що охороняється відповідно до закону.

Проте згадані правомочності не є однаковими для абсолютно всіх зазначених у даній статті об'єктів. Наприклад, «спосіб» встановлюється для винаходу та корисної моделі, але аж ніяк не для промислового зразка. Згідно з ч. 2 ст. 459 ЦК України об'єктом винаходу може бути продукт (пристрій, речовина тощо) або процес у будь-якій сфері технології. До пристрою як об'єкта винаходу законодавство відносить будь-які конструкції та вироби – машини, прилади, механізми, транспортні засоби, обладнання, споруди тощо. Найбільш дієвий контроль щодо їх використання забезпечується за винаходами, що значно підкреслює їх

поширеність. До процесу (способу) як об'єкта винаходу належать процеси виконання над матеріальними носіями за допомогою матеріальних носіїв. Процес – це сукупність прийомів, що виконуються у певній послідовності або із дотриманням певних правил. Як об'єкт винаходу процес характеризується технологічними засобами – наявністю певної дії чи сукупністю дій, порядком виконання таких дій (послідовно, одночасно, в різних сполученнях тощо), умовами здійснення дій, режимами, використанням речовин (вихідної речовини, реагентів, каталізаторів тощо) [2, с. 211]. Процеси виконання дій над матеріальними носіями розподіляються так: а) процеси, спрямовані на виготовлення виробів, пристроїв, речовин тощо; б) процеси, спрямовані на зміну станів предметів матеріального світу (контроль, вимір, діагностика тощо). Специфіка винаходів – процесів (способів), спрямованих на виготовлення виробів, полягає в тому, що дія патенту поширюється і на виріб, виготовлений безпосередньо цим способом. Застосування відомих раніше об'єктів винаходу за новим призначенням полягає в тому, що відомий об'єкт винаходу пропонується використовувати з іншою метою для вирішення завдання, яке не вирішувалося автором, ні іншими фахівцями, коли вперше був застосований цей об'єкт винаходу. Об'єкт винаходу, що був відомий раніше, виявляється здатним задовольнити зовсім іншу потребу, у зв'язку із чим його функціональне призначення суттєво відрізняється від того, яке йому було притаманне. Винахід на застосування відомих раніше об'єктів винаходу не характеризується ні конструктивними, ні технологічними, ні якісними (рецептурними) ознаками. Суть його полягає у тому, що він встановлює нові властивості уже відомих об'єктів винаходу та визначає нові галузі їх використання. Для характеристики винаходів на застосування за новим призначенням використовується стисла характеристика застосування об'єктів винаходу. До застосування винаходу за новим призначенням прирівнюється також перше застосування відомих речовин (природних і штучно отриманих) для задоволення суспільної потреби.

Речовина як об'єкт винаходу є штучно створеним матеріальним утворенням, що є сукупністю взаємозалежних інгредієнтів. До речовин належать: індивідуальні хімічні сполуки, до яких теж умовно віднесені високомолекулярні сполуки та об'єкти генної інженерії; композиції (склади, суміші); продукти ядерного перетворення. Індивідуальні хімічні сполуки можуть заявлятися як винаходи у тому випадку, коли встановлено їх якісний і кількісний склад, а також зв'язок між атомами і взаємне їх розташування в молекулі, що виражено хімічною структурною формулою. Композиції (сплави, кераміка, суміші будь-якого призначення тощо) використовують такі ознаки, як якісний і кількісний склад інгредієнтів, структура композиції та інгредієнтів. Продукти ядерного перетворення характеризуються якісним (ізотоп) і кількісним (число протонів і нейтронів) складом, а також основними ядерними характеристиками, тобто періодом напіврозпаду, типом та енергією одержання (для радіоактивних ізотопів). Неодмінним критерієм патентоздатності винаходу є його новизна. При дослідженні новизни заявленого

рішення використовуються лише загальнодоступні відомості, тобто такі, що містяться у джерелах, з якими будь-яка особа має можливість ознайомитися або сама, або про зміст яких їй могло бути законним чином повідомлено. Жодна закрита інформація до уваги не береться. До рівня техніки включаються будь-які відомості, що розкривають суть винаходу незалежно від того, в якій формі (усній, письмовій, офіційній, неофіційній) вони стали доступні публіці. Новизна винаходу має бути світовою, оскільки при визначенні її до уваги беруться відомості, які стали загальнодоступними не тільки в Україні, а й за кордоном. При визначенні новизни використовуються тільки ті відомості, що стали загальнодоступними до дати подання заявки або, якщо заявлено пріоритет, до дати її пріоритету. При визначенні рівня техніки використовуються відомості, які відповідають умовам загальнодоступності і представлені у таких джерелах інформації: опубліковані описи до охоронних документів; опубліковані заявки на винаходи – від дати їх публікації; українські видання – від дати підписання до друку; інші видання – від дати оприлюднення, а за відсутності можливості її встановлення – з останнього дня місяця чи з 31 грудня зазначеного у виданні року, якщо дата оприлюднення визначена відповідно лише місяцем (роком); депоновані рукописи статей, оглядів, монографій та інших матеріалів – від дати депонування; звіти про науково-дослідні роботи, пояснювальні записки до дослідно-конструкторських робіт та інша конструкторська, технологічна та проектна документація, що є в органах науково-технічної інформації, — від дати надходження до цих органів; нормативно-технічна документація (ДСТ ТУ тощо) — від дати реєстрації її в уповноважених на те органах; матеріали дисертацій та автореферати дисертацій, видані на правах рукопису, від дати надходження до бібліотеки; прийняті на конкурс роботи — від дати надання їх для ознайомлення, що підтверджено документами, які стосуються проведення конкурсу; джерела інформації, що сприймаються візуально (плакати, проспекти, креслення, схеми, знімки, моделі, вироби тощо) — від дати, коли став можливим їх огляд за наявності підтвердження офіційними документами; експонати, розміщені на виставці – від дати початку їх показу, що підтверджено офіційним документом; усні доповіді, лекції, виступи — від дати, коли була зроблена доповідь, прочитана лекція, відбувся виступ, якщо вони зафіксовані апаратами звукозапису чи стенографічно в порядку, встановленому правилами проведення відповідних заходів, що діяли на зазначену дату; повідомлення за допомогою радіо, телебачення, кіно тощо — від дати такого повідомлення, якщо воно зафіксовано на відповідному носіїві інформації в установленому порядку, що діяв на зазначену дату; відомості про технологічні або технічні засоби, що стали відомими в результаті їх використання у виробничому процесі, в продукції, що виготовлена чи експлуатується, у тому числі в дослідному зразку, переданому до експлуатації або в результаті іншого введення у цивільний оборот, від дати, зазначеної в офіційному документі, який підтверджує загальнодоступний характер таких відомостей.

Відповідно до ч. 6 ст. 7 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» не визнається обставиною, що перешкоджає визнанню патентоздатності винаходу, розкриття інформації щодо суті винаходу винахідником або будь-якою особою, яка одержала від нього прямо чи опосередковано таку інформацію протягом 12 місяців від дати її пріоритету. Таким чином, заявник може скористатися зазначеною пільгою, коли розкриття інформації щодо суті винаходу було здійснено протягом 12-місячного строку до дати подання заявки у будь-якій формі (через публікацію, усні повідомлення, відкритий показ тощо) як самим винахідником, так і будь-якою іншою особою, котра одержала від винахідника прямо чи опосередковано цю інформацію. Коли інформація щодо суті винаходу розкрита не самим винахідником, а іншою особою, винахідник повинен довести, що він сам дозволив оприлюднити цю інформацію або оприлюднення відбулося без його відома, але інформація одержана від нього. Закріплені законодавством України норми про пільги за новизною узгоджуються з міжнародними стандартами, зокрема, з положеннями Договору ВОІВ про патентне право.

Другим критерієм придатності винаходу для набуття права інтелектуальної власності на нього є винахідницький рівень. Суть його полягає у тому, що він дає змогу визнавати патентоздатними лише такі винаходи, які роблять прогрес у науково-технічній сфері і ніким не ставляться під сумнів. Здавалося б, що цю функцію повинна виконувати новизна. Проте ці два поняття, хоча між собою і схожі, але зовсім не тотожні. Новизна визначається шляхом порівняння сукупності тих ознак з ознаками об'єктів того самого призначення, які відомі із рівня техніки. При визначенні новизни не допускається приведення кількох джерел інформації для доказу ступеня відомості сукупності ознак винаходу. Тобто об'єкти, що є частиною рівня винаходу, для визначення новизни винаходу повинні враховуватися окремо. Перевірка щодо винахідницького рівня проводиться щодо винаходу, який охарактеризований в незалежному пункті формули винаходу і включає виявлення: найбільш близького аналогу (прототипу); ознак, якими відрізняється заявлений винахід від прототипу; рішень з рівня техніки, що мають ознаки, які збігаються з його відмінними ознаками, або такі рішення виявлені, але не підтверджена інформація щодо впливу цих ознак на вказаний заявником результат. До уваги беруться тільки загальнодоступні відомості, подані до Державної служби інтелектуальної власності, не відкликани заявки на видачу патентів на винаходи (у тому числі і міжнародні заявки на винаходи, у яких значиться Україна) при визначенні винахідницького рівня не враховуються. Аби бути патентоздатним, винахід не повинен впливати з рівня техніки, тобто бути очевидним. Очевидно – це таке, що само собою розуміється або впливає з рівня техніки та не припускає використання винахідницької творчості, яка б виходила за межі техніки. Очевидним вважається також те, що не потребує проявів знань та умінь, які перевищують здібності фахівця у певній галузі.

Третім критерієм придатності винаходу для набуття права інтелектуальної власності на нього відповідно до ЦК України є його придатність до промислового використання. Її зміст згідно зі ст. 7 Закону України «Про винаходи і корисні моделі» полягає у тому, що винахід визначається промислово придатним, якщо він

може бути використаний у промисловості або в іншій подібній сфері діяльності. Промислова придатність означає лише принципову можливість використання винаходу в одній із сфер діяльності, однак ніяк не засвідчує переваг і позитивних якостей винаходу, що заявляється, порівняно з відомими рішеннями. З позиції національного законодавства і сам термін не зовсім адекватно відображає вкладений у нього зміст. По суті, він означає можливість практичного використання винаходу у будь-якій людській сфері діяльності. Національне законодавство до промислово придатних відносить методи профілактики, діагностики людей та тварин, що, на відміну від зарубіжного, зокрема США, вважаються непатентоздатними винаходами.

На відміну від України, законодавство США є досить вимогливим щодо опису винаходу у попередній заявці. У цьому випадку винахід не проходить перевірок на новизну: у таку заявку не можна вносити змін. Важливим у попередній заявці є те, що затрати на неї будуть у три-чотири рази нижчими, ніж на основну заявку. Вона дає можливість за досить невелику плату «заблокувати» винахід для того, щоб оцінити його ринковий потенціал та вирішити, чи потрібно витратити кошти на повноцінний патент. Вона надає можливість протягом року офіційно використовувати статус «Patent Pend», тобто патент на розгляді, що, безумовно, підвищує статус як самого винахідника, так і винаходу. Після закінчення терміну дії її можна перетворити на основну заявку, або ж по-новому подати основну заявку. Опис повинен бути таким, щоб середній працівник у даній галузі міг здійснити винахід без будь-яких зусиль. Що ж стосується малих підприємств, то в США для них було розроблено спеціальну програму лояльності при сплаті зборів на патент, оскільки саме малі підприємства потерпають від великих збитків при порушенні прав інтелектуальної власності. До малих підприємств у США належать підприємства, де працює до 500 співробітників з річним прибутком менше, ніж 7 мільйонів доларів річного прибутку. При сплаті збору не вимагається документів, що підтверджують, хто є власником малого підприємства. Що ж стосується класифікації патентів у США, то вони набагато відрізняються від інших країн, зокрема України.

На відміну від України у США існує три види патентів: патент на винахід (utility patent); патент на дизайн (design patent); промисловий зразок та патент на сорт рослин (plant patent). Окрім того, у США не передбачено патента на корисну модель. Патент на дизайн захищає зовнішній вигляд, а патент на винахід – нову технологію, процес, будь-яке корисне удосконалення. Також можна запатентувати і бізнес-метод або новий спосіб використання вже відомого продукту або технології. При цьому об'єктами патентування не визнаються правила природи, природні феномени та абстрактні дії. Проте особливе значення у патентуванні США займає софтверний патент, суть якого полягає у юридичному захисті програмного забезпечення. Та хоча більшість країн його забороняє, патентне відомство США видає його незважаючи на те, що останнім часом чимало софтверних патентів було оскаржено у судах. Наприклад, у 2008 році заявнику Бернарду Білські постановою апеляційного суду США було відмовлено у софтверному патенті, посилаючись на те, що його винахід вирішує суто математичну проблему. У 2010 році Білські повторно звертається до Вер-

ховного суду США, який і на цей раз йому відмовив. Ще однією немаловажною особливістю патентування в США є наявність попередніх заявок (provisional application). Перед її поданням рекомендовано проводити патентний пошук, обов'язковою умовою якого є те, чи запатентують винахід, чи ні та від якого буде залежати його унікальність [6].

В Україні нарізла потреба якомога швидше прийняти новий закон про винаходи, оскільки однієї статті у ЦК України (ст. 459), двох статей у ГК (ст. 154-155) – замало. У цьому майбутньому законі, насамперед, мають не тільки реалізовуватись й виконуватись суб'єктивні майнові права винахідника, а також належним чином висвітлена і система оподаткування. А тим часом в усьому світі така система існує, необхідна вона також і для України, оскільки впровадження новітніх технологій потребує вкладення чималих коштів, яких, на превеликий жаль, в умовах кризи в Україні немає. Серйозною проблемою залишається також і проблема стягнення податків та зборів із винахідників. Чинне національне законодавство не ставить першочерговим завданням інтереси платників податку. Причина у доволі великих ставках податку, обмеженості прав підприємців, заплутаності та неоднозначності тлумачення нормативних актів та неймовірної кількості внесених змін до законодавства тощо. Наприклад, науковець-винахідник, який має кілька десятків винаходів, за умови їх підтримання має оплатити збори, які значно перевищують його мізерну заробітну платню, та й усілякі доходи [7, с. 103].

На сьогодні законодавство у сфері інтелектуальної власності не врегулює належним чином багато аспектів відносин, які виникають у зв'язку з використанням об'єктів інтелектуальної власності. А тому проблема їх використання суб'єктами господарювання останнім часом привертає дедалі більше уваги. У даний час вона є предметом особливого інтересу з боку держави [8, с. 125]. Проведення ринкового механізмів у сферу використання результатів творчої діяльності потребує перетворення вітчизняного законодавства у сфері інтелектуальної власності на дієвий правовий механізм, який би забезпечував умови обороту об'єктів права інтелектуальної власності. Першим кроком, спрямованим на вирішення зазначених завдань, є узгодження практики правозастосування у сфері використання об'єктів права інтелектуальної власності. Це дасть змогу своєчасно запобігати правопорушенням у сфері інтелектуальної власності і забезпечить умови для захисту суб'єктами господарювання своїх прав на результати творчої діяльності, що використовуються ними у своїй роботі. Запорукою ефективності господарського обороту об'єктів права інтелектуальної власності є досягнення збалансування прав та законних інтересів усіх учасників правовідносин, які виникають у зв'язку зі створенням та подальшим використанням об'єктів права інтелектуальної власності. Це стимулюватиме і забезпечить належні умови для розвитку творчої діяльності та отримання нових науково-технічних досягнень. Належна правова охорона результатів інтелектуальної діяльності, в свою чергу, сприятиме створенню цивілізованого ринку об'єктів права інтелектуальної власності. Вирішити вищезазначені завдання не можна без переосмислення відповідно

до потреб ринкової економіки правової потреби відносин, що виникають з приводу створення та подальшого використання результатів творчої діяльності, зокрема, у сфері комерційного використання об'єктів права інтелектуальної власності.

Наступним кроком у вирішенні цього завдання є удосконалення правового механізму введення об'єктів права інтелектуальної власності та їх подальше використання учасниками господарського обороту у своїй комерційній діяльності. Створення дієвого правового механізму комерційного обороту результатів творчої діяльності потребує збалансування складного комплексу правових, соціальних та економічних питань, що виникають на кожному з етапів початку створення об'єктів права інтелектуальної власності [8, с.128]. При цьому необхідно врахувати, що особи, які їх використовують, у подальшому в своїй господарській діяльності мають протилежні інтереси щодо цих об'єктів. А тому, перш за все, необхідно розмежовувати правомочності кожного із суб'єктів права інтелектуальної власності, що складаються у зв'язку із створенням, використанням та розпорядженням об'єктами права інтелектуальної власності. З урахуванням зазначеного необхідно розглядати правові відносини, що виникають між власниками створеного об'єкта права інтелектуальної власності та іншими особами, при використанні їх у господарській діяльності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Конституція України від 21. 06. 1996 р. № 254 к – 96 ВР// Відомості Верховної Ради України 1996. р – № 30. – Ст. 54.
2. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / За заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. / – К.: Юрінком Інтер, 2012. – С. 29, с. 176 – 177.
3. Право інтелектуальної власності. Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / За заг. ред. М. В. Паладія, Н. М. Мироненко, В. О. Жарова. – К.: Парламентське вид-во, 2006. – С. 211.
4. Закон України «Про винаходи і корисні моделі» від 22. 05. 2003 р. № 850 – IV / 850-15 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 35. – Ст. 27.
5. Великий енциклопедичний словник / За ред. академіка НАН України Ю. С. Шемчушенка. – К.: ТОВ «Юридична думка», 2007. – С. 92.
6. США. Режим доступу: <http://pravo.today.in.ua/gu/press-centre/publications/pub-635/>.
7. Закорецька Л. О. Окремі проблемні питання правової охорони та захисту права інтелектуальної власності за чинним законодавством України. – Цивілістичні читання з проблем права інтелектуальної власності, присвячені пам'яті професора О. А. Підпригори: 18 квітня 2007 р.: Збірник наукових доповідей та статей. – К.: ТОВ «Лазурит-Поліграф», 2008. – С. 103.
8. Актуальні проблеми правового регулювання розвитку підприємницької діяльності в Україні: монографія. / За ред. Н. М. Мироненко. – Київ–Тернопіль. – 2009. – С. 128.

The article contains problem use invention in right of intellectual property in Ukraine and USA.

В статтє рассматриваются проблемы использования изобретения в хозяйственной деятельности Украины и США, недостатки в правовом регулировании изобретательства за действующим законодательством Украины и разработка способов их устранения.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ
ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ТЕРИТОРІЇ ЧОРНОБИЛЬСЬКОЇ ЗОНИ

Кикоть П. В.,

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри правового регулювання економіки
ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»*

У статті викладено комплексний аналіз правового регулювання господарських відносин, що виникають при ліквідації наслідків радіаційного забруднення від ЧАЕС.

Ключові слова: господарська діяльність, пов'язана з ліквідацією наслідків аварії на ЧАЕС

Наслідки Чорнобильської катастрофи без перебільшень стали серйозним фактором, який гальмує економічне зростання та становлення незалежної України, і в майбутньому будуть мати відчутний вплив на її економіку. У цих умовах важливе значення має господарська діяльність, спрямована на подолання негативних економічних наслідків аварії на ЧАЕС, на проведення профілактичних та запобіжних заходів щодо обмеження впливу цієї аварії на здоров'я населення та безпечний радіаційний стан навколишнього природного середовища, на розвиток продуктивних сил України.

Прямі збитки внаслідок втрати матеріально-майнових комплексів та окремих об'єктів економіки та затрати України на пом'якшення наслідків Чорнобильської катастрофи за рахунок усіх джерел фінансування становлять близько 15 млрд. доларів США. До цього часу точно не визначені розміри непрямих збитків унаслідок невикористання забруднених сільгоспугідь, водних і лісових ресурсів, скорочення виробництва електроенергії і, як наслідок, зменшення виробництва продукції та товарів, виконання робіт, надання послуг. За розрахунками українських спеціалістів сумарні економічні збитки для України до 2015 р. становитимуть 179 млрд. доларів США [5].

Зазначене вище вказує на актуальність питань визначення особливостей господарської діяльності, пов'язаної з ліквідацією наслідків аварії на ЧАЕС, підкреслює значущість розробки шляхів удосконалення правового регулювання такої діяльності.

Питання ліквідації наслідків аварії на ЧАЕС у тому чи іншому аспекті досліджуються вітчизняними науковцями [6; 7] та висвітлюються у спеціальних наукових дослідженнях [8; 9].

Проте питання визначення особливостей господарсько-правової діяльності у сфері ліквідації наслідків аварії на ЧАЕС залишаються практично недослідженими та потребують уваги.

Основні напрями державної політики у сфері ліквідації наслідків аварії на ЧАЕС визначаються відповідно до ст. 16 Конституції України, згідно з якою забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи — катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду українського народу є обов'язком держави [1].

Правове закріплення державної економічної політики України у зазначеній сфері здійснюється у відповідних нормативно-правових актах, загальнодержавних програмах та окремих програмах регіонів. Тому вважаємо, що аналіз зазначених документів є необхідним

для характеристики господарської діяльності у сфері ліквідації наслідків аварії на ЧАЕС.

Господарська діяльність у цій сфері загалом спрямована на прискорення стійкого процесу відродження і розвитку постраждалих регіонів. У здійсненні цієї діяльності можна виокремити два основних напрями. Перший полягає у діяльності безпосередньо на самій Чорнобильській АЕС та прилеглий до неї території, тобто діяльність у межах Чорнобильського виробничо-господарського комплексу, який з правової точки зору запропоновано розглядати як окремий цілісно-майновий, спеціалізований комплекс України з усіма умовами, вимогами та наслідками, що випливають з його статусу [7]. Другий напрям охоплює господарську діяльність переважно у зонах гарантованого добровільного відселення та посиленого радіоекологічного контролю, яка полягає у здійсненні господарської діяльності з вироблення продукції та товарів, виконання робіт, надання послуг, але з певними обмеженнями, встановленими нормативно-правовими актами.

Загальна спрямованість господарської діяльності, характер і зміст закріплені у Законі України «Про загальні засади подальшої експлуатації і зняття з експлуатації Чорнобильської АЕС та перетворення зруйнованого четвертого енергоблоку цієї АЕС на екологічно безпечну систему» [3].

На сьогоднішній день в Україні діє цілий ряд законодавчих актів, спрямованих на врегулювання суспільно-економічних відносин, що виникають при ліквідації наслідків радіаційного забруднення з метою поступового формування зони з екологічно безпечною системою. Зокрема, до них відносяться такі нормативно-правові акти, а саме: Закони України «Про загальнодержавну програму зняття з експлуатації Чорнобильської АЕС та перетворення об'єкта «Укриття» на екологічно безпечну систему» від 15 січня 2009 року, «Про загальні засади подальшої експлуатації і зняття з експлуатації Чорнобильської АЕС та перетворення зруйнованого четвертого енергоблоку цієї АЕС на екологічно безпечну систему», «Про загальнодержавну програму подолання наслідків Чорнобильської катастрофи на 2006–2010 роки» від 14 березня 2006 року, Постанови Кабінету Міністрів України: «Про проведення міжнародного конкурсу на розробку проекту перетворення об'єкта «Укриття» Чорнобильської АЕС в екологічно безпечну систему», «Про затвердження Порядку використання у 2006 (і, відповідно, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011) році коштів, передбачених у Державному бюджеті України для підтримки у безпечному стані енергоблоків та об'єкта «Укриття» Чорнобильської АЕС»,

«Про затвердження Тимчасового порядку підтвердження відповідності продукції іноземного походження, яка постачається в рамках проектів міжнародної технічної допомоги для зняття з експлуатації енергоблоків Чорнобильської АЕС та перетворення об'єкта «Укриття» в екологічно безпечну систему», «Про порядок затвердження програми робіт на об'єкті «Укриття» [10].

Здійснення та виконання заходів, у тому числі щодо забезпечення матеріальними ресурсами, юридично оформлюється контрактами (договорами), які укладаються розпорядниками бюджетних коштів з виконавцями відповідних робіт, постачальниками продукції, товарів, послуг у порядку державного замовлення. Господарсько-виробничі відносини, що виникають при цьому, регулюються Господарським кодексом України та іншими нормативно-правовими актами.

Особливості здійснення господарської діяльності з реалізації різних заходів і договорів зумовлюються правовим режимом зон відчуження та безумовного (обов'язкового) відселення [4], а також тим, що зазначені зони залишаються територією високої техногенної небезпеки.

Законодавство містить безліч обмежень та заборон щодо здійснення господарської діяльності на радіоактивно забруднених територіях і не сприяє створенню економічних умов для сталого розвитку територій та підвищення добробуту людей. Одним з пріоритетних завдань Верховної Ради України та Уряду має бути підготовка нової законодавчої бази з метою створення правових механізмів стимулювання сталого розвитку постраждалих територій, адаптації виробничої діяльності та підвищення їх інвестиційної привабливості.

Верховна Рада України прийняла Загальнодержавну програму ведення сільськогосподарського виробництва на території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи на 2007–2016 роки, але veto Президента завадило впровадити її в життя. Однак необхідність прийняття такої програми є нагальною, тому нині проводиться розробка Загальнодержавної програми ведення сільськогосподарського виробництва на радіоактивно забруднених територіях та її комплексна реабілітація.

Зауважимо, що чинне законодавство не передбачає будь-якої державної підтримки суб'єктам господарювання, які здійснюють свою діяльність на територіях радіоактивного забруднення. Розробляються напрями державної політики у сфері активізації господарської діяльності на забруднених територіях. Ці напрями покладені в основу нової «Загальнодержавної цільової програми подолання наслідків Чорнобильської катастрофи на 2012–2016 роки», яка розробляється. Виконання Програми передбачається здійснити протягом п'яти років, з 2012 року по 2016 рік включно.

На міжнародному рівні Україна повністю виконує свої міжнародні зобов'язання згідно з Меморандумом про взаєморозуміння між Урядом України і урядами країн «Великої сімки» та Комісією Європейського Співтовариства щодо закриття Чорнобильської АЕС від 20 грудня 1995 року і, за підтримки світової спільноти, фінансує та реалізує на державному рівні весь комплекс робіт щодо зняття з експлуатації Чорнобильської АЕС та перетворення об'єкта «Укриття» на екологічно безпечну систему.

Посилено співпрацю з міжнародними організаціями, зокрема, з Європейською комісією, Програмою розвитку ООН, МАГАТЕ щодо надання технічної допомоги у вирішенні питань відродження та сталого соціально-економічного розвитку територій, що зазнали радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи.

Одним із головних своїх завдань при реалізації Програми розвитку ООН вбачає у розповсюдженні серед населення постраждалих територій науково обгрунтованої інформації про реальний рівень радіаційного забруднення в місцях їхнього проживання [4].

У зв'язку з цим була розроблена концепція проекту «Міжнародна науково-інформаційна мережа з питань Чорнобиля (ICRIN)», який реалізується Міжнародним агентством з атомної енергії, Програмою розвитку ООН, Дитячим фондом ООН і Всесвітньою організацією охорони здоров'я, що фінансується за рахунок коштів Цільового фонду ООН з безпеки людини. В рамках проекту проводяться тренінги для працівників охорони здоров'я забруднених територій, для представників місцевих органів влади, для журналістів.

Підсумовуючи, вважаємо, що доцільно прийняти Загальнодержавну програму подолання наслідків Чорнобильської катастрофи на 2012–2016 роки, де варто закріпити виконання завдань у сфері ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи і зобов'язати відповідні органи їх виконати. На наш погляд, неприпустимим є той факт, що в Україні до цього часу немає чітких орієнтирів подальшої стратегії подолання наслідків аварії на ЧАЕС.

Необхідно визнати, що міжнародні організації змінюють тактику співробітництва з Україною та іншими країнами, постраждалими внаслідок Чорнобильської катастрофи. Генеральна Асамблея ООН 20 листопада 2007 року своєю Резолюцією № 62/9 проголосила третє десятиліття після Чорнобильської катастрофи (2006–2016 роки) десятиліттям реабілітації та сталого розвитку постраждалих регіонів, що передбачає зміцнення міжнародної співпраці та координації зусиль у справі повернення постраждалих громад до нормального життя.

Незважаючи на те, що радіологічна ситуація покращилася, соціально-економічний стан радіоактивно забруднених територій у багатьох районах залишається незадовільним і потребує відповідних дій. Основні зусилля необхідно зосередити на забезпеченні соціально-економічного розвитку радіоактивно забруднених регіонів шляхом благоустрою населених пунктів, їх газифікації, поліпшення водозабезпечення, медичного обслуговування, соціально-культурних, побутових і житлових умов, реалізації заходів з реконструкції та модернізації наявних на забруднених територіях господарських об'єктів з їх орієнтацією на пріоритетний розвиток галузей і виробництв для потреб населення і територій.

Необхідно також посилити інформаційне забезпечення населення, зокрема щодо публікації в загальнодержавних та регіональних друкованих засобах масової інформації карт зон радіоактивного забруднення, переліку населених пунктів, віднесених до цих зон, та даних щорічних дозиметричних паспортизацій із зазначенням очікуваних доз опромінення населення.

Вирішення цього кола завдань можливе за умови правильного визначення основних пріоритетних напрямів і заходів з реабілітації постраждалих територій з подальшою концентрацією наявних ресурсів.

Список використаної літератури:

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Про Загальнодержавну програму подолання наслідків Чорнобильської катастрофи на 2006–2010 роки: Закон від 14 березня 2006 року // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 34. – Ст. 290.
3. Про загальні засади подальшої експлуатації і зняття з експлуатації Чорнобильської АЕС та перетворення зруйнованого четвертого енергоблоку цієї АЕС на екологічно безпечну систему: Закон України від 11 грудня 1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 4. – Ст. 33.
4. Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи : Закон України від 27 лютого 1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 16. – Ст. 198.
5. Чорнобильська катастрофа: дії, результати та уроки: довідка МЗС України до 23-ї річниці Чорнобильської катастрофи, квітень 2009 р. // <http://www.ukraine.be/belgi>

[um/ua/publication/content/35740.htm#top](http://www.ukraine.be/belgi/ua/publication/content/35740.htm#top).

6. Войтенко А. Б. Місцеве самоврядування як фактор регулювання соціально-економічного розвитку постраждалих районів від аварії на ЧАЕС : автореф. дис. канд. наук з держ. упр.: спец. 25.00.04. – К., – 2005. – С. 20.
7. Холоша В. І. Організаційно-економічний механізм реалізації реабілітаційної політики територій радіоактивного забруднення (на прикладі Чорнобильської зони відчуження) : автореф. дис. канд. екон. наук.: спец. 08.10.01. – К., – 1998. – С. 24.
8. Кочетков Ю. В. Державний контроль у сфері захисту населення від аварії на ЧАЕС та надзвичайних ситуацій : автореф. дис. канд. юрид. наук.: спец. 12.00.07. – Ірпінь, 2007. – С. 20.
9. Куценко Є. Поняття «господарсько-правовий режим використання водних ресурсів на території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок аварії на ЧАЕС» // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 4. – С. 57–60.
10. Нормативно-правове регулювання у сфері ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи // Правове регулювання економіки. – 2010. – № 10. – С. 66.
11. Експерти ООН: проблема постчорнобильських територій – відсутність соціально-економічного розвитку // <http://economics.unian.net/rus/detail/85677>.

The article presents a comprehensive analysis of the legal regulation of economic relations arising in the aftermath of radioactive contamination from the Chernobyl.

В статье излагается комплексный анализ правового регулирования хозяйственных отношений, возникающих при ликвидации последствий радиационного загрязнения от ЧАЭС.

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України здійснює

**прийм здобувачів
за спеціальностями:**

- 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право;
міжнародне приватне право
12.00.04 – господарське право, господарсько-процесуальне право

Додаткова інформація за телефоном:
(044) 286-70-98

СТРАТЕГІЧНІ ПРІОРИТЕТИ РЕГУЛЯТОРНОЇ ПОЛІТИКИ ЄС В СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МАЛИХ ТА СЕРЕДНІХ ПІДПРИЄМСТВ

Король В. І.,

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

Статтю присвячено особливостям застосування такого інструменту регуляторної політики Європейського Союзу, як оцінка впливу щодо малих і середніх підприємств у цілому та мікропідприємств зокрема.

Ключові слова: регуляторна політика, ЄС, оцінка впливу, малі й середні підприємства, мікропідприємства.

Європейський Союз став одним із тих суб'єктів, які зазнали найбільш важких економічних та соціальних наслідків у результаті світової фінансово-економічної кризи 2008–2009 рр. Основні надії на відновлення економічного зростання, зменшення рівня безробіття та досягнення інших стратегічних цілей ЄС до 2020 року пов'язані з відновленням ефективного функціонування таких суб'єктів підприємницької діяльності як малі та середні підприємства (Small and Middle Enterprises), яких в державах-членах створено більше 20 мільйонів та які репрезентують 99 % усіх суб'єктів підприємництва ЄС.

Для України проблеми розвитку малого й середнього підприємництва також зберігають актуальність, про що свідчать, зокрема, положення національної доповіді «Про стан та перспективи розвитку підприємництва в Україні», підготовлену у 2010 році Державним комітетом України з питань регуляторної політики та підприємництва. Вирішення таких проблем потребує системного підходу, у тому числі, через удосконалення регуляторної політики з урахуванням та адаптованим використанням позитивного досвіду інших держав та їх інтеграційних об'єднань.

Виходячи з того, що саме на малі та середні підприємства (надалі – МСП) покладено тягар досягнення стратегічних цілей ЄС, доцільно визначити мету статті, якою є розкриття ключових аспектів, пов'язаних, поперше, з критеріями набуття такого статусу, по-друге, з особливостями застосування щодо них інструменту «оцінки впливу» (Impact Assessment) проектів актів *acquis communautaire*, що має місце у сфері правотворчої діяльності в Європейському Союзі.

В Україні приділяється певна увага питанням удосконалення правового режиму функціонування МСП, водночас у науково-правових дослідженнях методологічним аспектам застосування такого інструменту регуляторної політики ЄС як оцінка впливу належна увага не приділяється, внаслідок чого поглиблене дослідження такого спрямування у сфері господарського права здійснюється в Україні вперше.

Відповідно до мети статті доцільним є звернення до концептуальних та методологічних розробок Європейської Комісії, що сприятиме розкриттю особливостей оцінювання регуляторного впливу щодо малих та середніх підприємств у цілому та мікропідприємств зокрема, релевантних нормативно-правових актів України для здійснення порівняльно-правового аналізу в окремих аспектах, результатів наукових досліджень тощо.

Відповідно до ст. 48, 81 та 82 Угоди про створення Європейського Співтовариства підприємство слід розу-

міти як будь-яку одиницю, причому незалежно від організаційно-правової форми, включаючи партнерство, сімейний бізнес, асоціацію, яка на систематичній основі здійснює економічну діяльність.

Спираючись на таке визначення і конкретизуючи його, Європейська Комісія запровадила два обов'язкові граничні критерії, відповідно до яких визначає набуття та збереження правового статусу малого або середнього підприємства, а саме, кількість працюючих та обсяг доходу або ж баланс активів, зобов'язань та капіталу (надалі – баланс). При цьому зазначені економічні критерії підлягають застосуванню на альтернативній основі, тобто, може бути обраний один із них самим підприємством або відповідними органами влади, діяльність яких спрямовано, наприклад, на сприяння доступу МСП до джерел фінансування. В цілому Європейська Комісія виходить із цілком слушного підходу, сутність якого полягає у тому, що дійсно МСП потребують підтримки з боку інститутів ЄС та органів влади держав-членів, водночас, очевидно, що за обмеженості ресурсів вона має бути надана саме тим із них, які цього дійсно потребують найбільше.

Таким чином, відповідно до ст. 2 Додатку 1 Рекомендацій Європейської Комісії виділяються:

- Мікропідприємства – до 10 працюючих з річним доходом та/або балансом не більше 2 млн. євро.
- Малі підприємства – до 50 працюючих, дохід/баланс до 10 млн. євро.
- Середні підприємства – до 250 працюючих, дохід до 50 млн. євро або баланс до 43 млн. євро [1].

На перший погляд, наведений підхід вбачається достатньо простим для того, щоб визначитись, чи відноситься той чи інший суб'єкт підприємництва до мікро, малого або середнього підприємства. Водночас у практичній площині обов'язковим є застосування більш складного алгоритму, в рамках якого необхідно врахувати весь комплекс правовідносин, у тому числі, корпоративних або договірних, в яких таке підприємство може перебувати з іншими суб'єктами права, у тому числі, суб'єктами підприємництва, інституційними інвесторами, органами влади, які можуть мати право власності на частку в капіталі або на цінні папери, зокрема, акції, емітовані підприємством. У такому розумінні важливе значення має виявлення трьох категорій підприємств: автономних, партнерів та пов'язаних, набуття статусу яких може створювати підстави для втрати, відповідно, статусу мікропідприємства, малого, середнього підприємств. Дане питання є настільки багатоглядним та ситуативно варіативним, що заслуговує

на те, щоб бути виділеним в окремий предмет дослідження, внаслідок чого залишатиметься в рамках даної статі без подальшої деталізації.

У 2012 році було прийнято Закон України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» [2]. Цим Законом внесено доповнення до ст. 55 Господарського кодексу України, згідно з яким суб'єкти господарювання залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік можуть належати до суб'єктів малого підприємництва, середнього або великого підприємництва. При цьому критерій кількості працюючих для суб'єктів мікропідприємництва, малого та середнього підприємництва є абсолютно аналогічними щодо прийнятого в ЄС. Водночас, звертає увагу запровадження дещо іншого підходу в законодавстві України в частині економічного критерію, який для цих же суб'єктів має, з одного боку, аналогічні граничні розміри, як і в ЄС, з іншого, він обмежується лише річним доходом від будь-якої діяльності за рік. Водночас необхідно акцентувати увагу на тому, що розкритий вище альтернативний підхід щодо економічного критерію запроваджено в ЄС не випадково. Так, у п. 4 Рекомендацій Європейської Комісії спеціально наголошено на недоцільності використання критерію доходу як єдиного, виходячи, насамперед, з необхідності запровадження рівного підходу до підприємств, які функціонують у різних сферах, оскільки є очевидним, що торговельні підприємства будуть мати дохід від реалізації значно більший, ніж виробничі підприємства.

25 червня 2008 року в Європейському Союзі було прийнято Акт малого бізнесу для Європи (Small Business Act), яким запроваджено принцип «Думай спочатку про малих» (Think Small First), який можна віднести до ключових у частині формування та реалізації нової економічної та правової політики на рівні як інститутів, так і держав-членів ЄС.

У практичній площині це означає, що належне забезпечення інтересів малих і середніх підприємств стає основним пріоритетом нормотворчої діяльності в ЄС. Внаслідок цього усі пропозиції, які передбачають розробку нових актів законодавства ЄС або запровадження певних заходів у відповідній сфері політики ЄС, наприклад, зовнішньоекономічній, мають проходити так званий «СМП-тест», (SME-test), який визначатиме оцінку ймовірного позитивного та негативного впливу на їх діяльність.

Такий підхід можна вважати окремим проявом загальної тенденції, яка має місце як у високорозвинених країнах, так і країнах, що розвиваються. При цьому, як підкреслює російський дослідник, директор Центру оцінки регулюючого впливу ІГМУ НІУ ВШЕ Д. Циганков, «на фоні фінансово-економічної кризи 2008 – 2009 рр. відношення в країнах ОЕСР до державного регулювання кардинально змінилось. Не відмова від регулювання на користь ринку, а детальна оцінка та раціональний вибір варіантів регулятивних заходів стають трендом сучасної регуляторики та його ядра – оцінки регулюючого впливу» [3].

На рівні ЄС такий тест став невід'ємною складовою процесу оцінки впливу на інтереси МСП проектів актів

законодавства ЄС, водночас в державах-членах подібний позитивний досвід сприйнято поки що досить слабо, оскільки його запроваджено в практику нормотворення лише в Бельгії, Данії, Фінляндії, Німеччині, Польщі, Словенії, Швеції та Великій Британії [4].

Оскільки законодавчі акти ЄС мають забезпечувати інтереси малих та середніх підприємств через надання максимально можливих переваг, набрання ними чинності об'єктивно буде пов'язане з необхідністю здійснювати відповідні витрати, які можуть, за умови їх непропорційно великого розміру, знецінювати переваги, що суперечитиме принципам сучасної правової політики ЄС щодо СМП. При цьому врахуванню підлягає три групи витрат: фінансові (обов'язкові збори та платежі), матеріальні, які обумовлені вимогами законодавства забезпечити відповідність товарів або послуг економічним, екологічним стандартам (придбання додаткового обладнання) та адміністративні (надання фінансової звітності до податкових органів).

У свою чергу, переваги можна розділити на внутрішні, наприклад, підвищення інноваційного рівня їх діяльності в широкому розумінні – від здатності розробляти нові технології, товари, матеріали до запровадження нових схем управління, надання послуг тощо та зовнішні – доступ до джерел фінансування, інших видів ресурсів, нових внутрішніх та зовнішніх ринків.

Для розрахунку та подальшого порівняння витрат і переваг застосуванню підлягає відповідний метод Cost-Benefit Analysis. Якщо результати такого аналізу свідчатимуть, що на МСП буде покладено непропорційно великий тягар витрат у цілому та в порівнянні з великими підприємствами зокрема, але водночас запровадження певних законодавчих ініціатив неможливо уникнути в силу суттєвої значущості для суспільства, їх розробники зобов'язані, по-перше, виявити та оцінити альтернативні правові шляхи для вирішення проблеми, по-друге, запропонувати спеціальні заходи компенсаційного характеру. До таких заходів відноситься, зокрема:

- повне або часткове виключення конкретних категорій МСП із сфери дії актів законодавства, якщо це, водночас, не призводитиме до втрати здатності досягати цілей правового регулювання;
- тимчасове виключення МСП із сфери дії таких актів (запровадження перехідного періоду);
- зменшення розміру обов'язкових платежів;
- спрощення звітності для державних органів надання податкових пільг або прямої державної допомоги за важливої умови, що це не призводитиме до порушення, зокрема, вимог норм у сфері міжнародної торгівлі [5], тобто, йдеться, про субсидування суб'єктів приватного права з боку держави, що вимагає дослідження питання відповідності таких дій вимогам багатосторонніх угод СОТ.

Оскільки домінуюча більшість суб'єктів малого і середнього бізнесу в ЄС (92 % від загальної кількості малих і середніх підприємств) представлена мікропідприємствами, забезпечення їх інтересів стає одним із основних пріоритетів правової та економічної політики ЄС, що має базуватись на принципі «Думай спочатку про малих».

Внаслідок особливої уваги до необхідності формування більш сприятливого законодавства для МСП, в

загальній структурі такого інструменту регуляторної політики ЄС у сфері підприємництва як оцінка впливу необхідно виділяти не тільки інститут, система норм якого стосується МСП в цілому та визначається як СМП-тест, а й його під-інститут, норми якого стосуються виключно мікропідприємств.

Таким чином, норми щодо мікропідприємств не скасовують, а доповнюють вимоги норм СМП-тесту та становлять його обов'язкову складову на всіх етапах оцінювання впливу майбутнього регуляторного акта в частині визначення співвідношення можливих вигод та витрат [6]. Оскільки потенційні витрати мікропідприємств, які пов'язані з виконанням законодавчих вимог, наприклад, щодо ведення фінансового обліку підприємницької діяльності, подання звітності, здійснення обов'язкових платежів можуть зменшувати частково або знецінювати в цілому вигоди, виникає наступний зворотний негативний зв'язок – чим вище рівень прогнозованих впливів, які порушуватимуть інтереси мікропідприємств, тим менше перспективи прийняття законодавчих пропозицій.

При підготовці проектів актів законодавства ЄС мікропідприємства віднесено до тієї категорії суб'єктів підприємництва, які підлягають виключенню із сфери їх дії. Це слід розглядати як загальний підхід, якого інститути ЄС зобов'язані дотримуватись за декількох ключових умов, якщо таке виключення не призведе: по-перше, до унеможливлення або ускладнення досягнення цілей, передбачених в актах первинного законодавства ЄС, насамперед, в Угоді про створення ЄС, по-друге, до унеможливлення досягнення цілей майбутніх актів вторинного законодавства ЄС (регламентів, директив), по-третє, до порушення концептуальних засад публічного порядку.

Щодо третього аспекту доцільно зазначити, що необхідність включення мікропідприємств до кола суб'єктів права, на які поширюється дія регуляторних актів у сфері підприємництва, може обумовлюватися інтересами суспільства в частині, наприклад, дотримання стандартів належної якості для споживачів товарів або послуг, забезпечення безпеки праці, захисту навколишнього середовища тощо. У такому випадку інтереси мікропідприємств мають задовольнятися шляхом зменшення регуляторного тягаря, що водночас, дозволить забезпечити досягнення важливих для усього суспільства цілей.

Наведений аспект характеризує суспільний імператив із забезпечення інтересів інших суб'єктів права, водночас очевидною передумовою для поширення дії проектів законодавчих актів на мікропідприємства є відповідність запроваджуваного ними правового режиму їх власним інтересам, що має бути обґрунтовано та відображено при підготовці як проміжних документів, так і заключного звіту з оцінки регуляторного впливу.

Наведені вище особливості застосування одного з основних інструментів правової політики ЄС стосуються майбутнього законодавства, що становить надзвичайно важливий її напрям, який водночас не є єдиним. Не менш важливим напрямом правової політики ЄС є удосконалення чинного законодавства, що здійснюється за двома ключовими векторами, де перший перед-

бачає спрощення (simplification) законодавчих вимог як для СМП в цілому, так і мікропідприємств зокрема через кодифікацію законодавства, другий – зменшення адміністративного тягаря (administrative burden) на них.

При підготовці та розгляді всіх законодавчих пропозицій в ЄС необхідним є доведення, що такі дії здійснюються із дотриманням принципу пропорційності. Зазначений принцип, сутність якого полягає у тому, що будь-які дії Європейської Комісії у сфері нормотворчої діяльності не мають виходити за межі того, що є необхідним та достатнім для досягнення поставлених цілей, набуває важливого значення у такому розумінні. З 2012 р. інститут ЄС як орган публічної влади має доводити правомірність запроваджуваних законодавчих ініціатив, які в майбутньому можуть зачіпати інтереси суб'єктів приватного права – мікропідприємств, малих і середніх підприємств. Це стало новелою обов'язкового характеру в рамках СМП-тесту при застосуванні оцінки впливу в ЄС, внаслідок якої у випадку, якщо не буде обґрунтовано доведено необхідність поширення дії майбутнього акта законодавства на МСП, вони автоматично підлягають виключенню з-під такої дії.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити наступні висновки. Після внесення у 2012 році змін до Господарського кодексу України в контексті адаптації законодавства України до *acquis communautaire* ЄС виникла розбіжність концептуального характеру щодо критеріїв набуття правового статусу суб'єкта мікропідприємства, малого і середнього підприємства. Підхід Парламенту України слід визнати необґрунтовано звуженим та внаслідок цього таким, що потребує удосконалення, оскільки запровадження лише одного економічного критерію – річного доходу за рік, є більш адекватним для торговельних та менш прийнятним для виробничих підприємств, для яких Європейська Комісія спеціально запровадила на альтернативній основі інший критерій – баланс активів, зобов'язань та капіталу.

Основними напрямками удосконалення нормотворчої діяльності в ЄС в частині підвищення рівня забезпечення інтересів малих і середніх підприємств є спрощення вимог законодавчих актів, зменшення адміністративного навантаження, а також здійснення оцінки регуляторного впливу.

Серед широкого спектру заходів на виконання положень Акта малого бізнесу для Європи, одним із основних є запровадження спеціальної процедури у сфері здійснення оцінки впливу, а саме «СМП-тесту», в рамках якого розроблено та застосовується система спеціальних вимог щодо мікропідприємств.

Основними підходами нормотворчого характеру, спрямованими на втілення принципу Think Small First є повне, часткове, або тимчасове виключення малих і середніх підприємств із сфери дії актів законодавства або запровадження спеціального правового режиму, більш сприятливого у порівнянні з великими підприємствами.

З 2012 року підготовка та розгляд усіх законодавчих пропозицій в ЄС має базуватись на презумпції, що мікропідприємства мають бути виключені з кола тих суб'єктів права, на яких майбутні акти будуть поширювати свою дію. У випадку ж обґрунтованого включення

таких суб'єктів підприємництва до сфери дії проектів законодавчих актів, в обов'язковому порядку мають бути розроблені спеціальні норми, які передбачатимуть більш м'які вимоги або адаптаційні заходи для них щодо регуляторного навантаження, які водночас не мають унеможливити досягнення тих цілей, на які спрямовані проекти актів вторинного законодавства ЄС.

Виходячи з того, що Кабінетом Міністрів України на виконання вимог Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» затверджено дві методики – проведення аналізу впливу та відстеження результативності регуляторного акта, у подальшому доцільним є здійснення порівняльно-правового аналізу загальних засад та особливостей застосування відповідного господарсько-правового інструментарію в Україні, ЄС, а також Росії, що може бути корисним як з методологічної, так і практичної точки зору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Communication Recommendation concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (2003/361/EC) 6 May 2003* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:EN:PDF>.

2. *Закон України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» від 22.03.2012 № 4618-VI // Голос України. – № 70. – 18.04.2012.*

3. *Цыганков Д. Умное регулирование* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://2020strategy.ru/data/2012/03/22/1264625701/Умное%20регулирование.pdf>.

4. *Review of the «Small Business Act» for Europe. – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Brussels COM(2011) 78 final. – 23.2.2011. – Р. 5* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0078:FIN:en:PD>.

5. *Impact Assessment Guidelines 15 January 2009 SEC (2009) 92 PART III: Annexes to Impact Assessment Guidelines* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_annex_en.pdf

6. *Operational guidance on assessing impacts on micro-enterprises in Commission Impact Assessments. – Ref. Ares (2012)557005 – 07/05/2012* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/governance/impact/key_docs/docs/meg_guidelines.pdf

The article is devoted to the peculiarities of such instrument of the regulatory policy of the European Union as Impact Assessment concerning small and middle enterprises as a whole and micro-enterprises in particular application.

В статті розкриваються особливості застосування такого інструмента регуляторної політики Європейського Союзу, як оцінка впливу відносно малих і середніх підприємств в цілому і мікропідприємств в особливості.

ЄВРОПЕЙСЬКЕ НАКАЗНЕ ПРОВАДЖЕННЯ

Бобрик В. І.,

кандидат юридичних наук, завідувач відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються положення актів ЄС, які регламентують європейське наказне провадження (european order for payment procedure). Особливу увагу приділено аналізу Регламенту ЄС № 1896/2006 «Про введення Європейського наказного провадження» від 12 грудня 2006 року.

Ключові слова: цивільне судочинство, наказне провадження, наказ суду, спрощені форми судочинства, Європейський Союз, уніфікація.

Цивільне судочинство в іноземних країнах характеризується диференціацією судових процедур, адже процесуальні законодавства переважної більшості країн світу, окрім основного та традиційного (ординарного, класичного) позовного порядку вирішення справ, передбачають і спрощені процедури винесення судом обов'язкових до виконання актів, які здійснюються або зі значно спрощеним судовим розглядом, або взагалі без нього.

На підставі дослідження іноземних джерел російський дослідник Д. І. Кримський вказує, що в процесуальній доктрині під спрощеними формами судочинства розуміється (і визнається) широкий спектр проваджень у різних категоріях справ. Це поняття охоплює процедури сумарного та наказного проваджень, провадження у справах з незначною ціною позову, провадження, пов'язаного із прийняттям забезпечувальних (охоронних) заходів, і низка інших. Всі ці процедури об'єднуються

на засадах спрощення та скорочення – короткі строки провадження, обмеження правил загальних процедур, зменшення формалізму тощо. В цілому, ці провадження є провадженнями сумарного типу, в яких відбувається свого роду концентрація процесу («сумарний» можна розуміти як «об'єднуючий», тобто процес, в якому все прискорено, скорочено, стисло) [1, с. 13; 2, с. 5].

При порівняльному дослідженні наказного та подібних спрощених судових процедур у сучасному процесуальному законодавстві країн світу потрібно враховувати те, що, як правильно зазначає В. В. Комаров, моделі й тенденції розвитку процесуальних систем все більше адаптують базові цінності судочинства для його подальшої гармонізації на основі використання кращих і більш нейтральних з культурної точки зору елементів континентальної і англосаксонської систем права [3, с. 23]. Відтак існування в сучасному цивільному процесі

багатьох країн світу наказного провадження та розширення сфери його застосування вказує на те, що ця процедура є однією з кращих процедур сучасного цивільного судочинства в глобальному масштабі, і це визначається не лише національними, а й наднаціональними чинниками.

Спрощенню судочинства приділяється увага не лише в окремих країнах, а й на міжнародному рівні, в т.ч. у рамках права Європейського Союзу (надалі – ЄС). В ЄС вже досить тривалий час ставиться питання про необхідність реформування процесуального законодавства країн-учасниць, що передбачає створення подібних, удосконалених, але в той же час спрощених національних цивільних процесуальних норм, уніфікацію окремих інститутів цивільного процесуального права всередині ЄС. Як зазначає О. В. Кудрявцева, причинами цього є проблеми уніфікації, гармонізації цивільного процесуального законодавства держав-учасниць Європейського Союзу [4, с. 5]. Саме це, а також євроінтеграційні прагнення України зумовлюють актуальність теми, обраної для цієї статті. Її метою є аналітичне дослідження актів ЄС, що закріплюють засади та процедуру європейського наказного провадження, з метою виявлення спільних і відмінних ознак наказного провадження у цивільному судочинстві України.

У преамбулі Рекомендації № R (81) 7 державам-членам стосовно полегшення доступу до правосуддя від 14 травня 1981 Комітет Міністрів зазначив, що судочинство нерідко носить настільки складний, тривалий і затратний характер, що приватні особи зазнають труднощів у здійсненні своїх прав у країнах-членах, та запропонував вжити всіх необхідних заходів стосовно спрощення процедури у всіх можливих випадках з метою полегшення доступу приватних осіб до судів при одночасному дотриманні належного порядку відправлення правосуддя у цивільних, торговельних, адміністративних, соціальних або податкових справах. У зв'язку з цим Комітет Міністрів рекомендував урядам країн-членів розробити заходи щодо неопротестованих або безспірних позовних вимог з тим, щоб остаточне рішення виносилося швидко, без непотрібних формальностей, особистих явок в суд або зайвих витрат (п. 9). У п. 15 зазначеної Рекомендації Комітет Міністрів зазначив, що для спорів за позовними вимогами на незначну суму має бути встановлена процедура, яка дозволяє сторонам звернутися до суду, не витрачаючи кошти, які не відповідають грошовій сумі, що є предметом спору. З цією метою можливо було б передбачити спрощене судочинство, уникати непотрібних судових засідань, і обмежити право оскарження [5].

Про необхідність спрощення судочинства йдеться також і в Рекомендаціях № R (84) 5 від 28 лютого 1984 р. Комітету Міністрів країнам-членам стосовно принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення судової системи. Так, у преамбулі цієї Резолюції наголошується на необхідності спростити цивільне судочинство та зробити його більш гнучким і оперативним, одночасно зберігаючи гарантії, які надаються учасникам процесу традиційними процесуальними нормами, і високий якісний рівень судочинства, який виявляється у демократичному суспільстві, враховуючи, що для

досягнення цих цілей необхідно забезпечити доступ сторін до спрощених і більш швидких форм судочинства та захистити їх від зловживань або затримок, зокрема, наділивши суд повноваженнями вести процес ефективніше.

Відповідно до принципу 4, який закріплений Рекомендацією № R (84) 5, суд, принаймні суд першої інстанції, наділяється повноваженнями приймати рішення з урахуванням характеру справи, проведення письмового або усного судочинства, або їх об'єднання, за винятком випадків, однозначно передбачених законом. Згідно з принципом 8 мають передбачуватися конкретні правила або звід правил, що прискорюють вирішення спору: а) у випадках, які не терплять зволікання; б) у випадках, пов'язаних із безспірним правом, заздалегідь оціненими збитками, а також у випадках, пов'язаних із позовами на невеликі суми; с) у зв'язку з дорожньо-транспортними пригодами, трудовими спорами, питаннями, що стосуються відносин між орендодавцем і орендарем житла, та деякими питаннями сімейного права, зокрема, встановленням і переглядом розміру аліментів.

Для реалізації наведених рекомендацій варто було б застосовувати один або декілька наступних принципів: спрощені методи початку розгляду; проведення судового розгляду без засідань або проведення тільки одного засідання, або, залежно від обставин, проведення попереднього підготовчого засідання; проведення виключно письмового або усного судочинства в залежності від обставин; заборона або обмеження деяких заперечень і пояснень; гнучкіші правила надання свідчень; здійснення провадження без перерв або лише з нетривалими перервами; призначення судового експерта, або ex officio або за проханням сторін, якщо це можливо, до початку судового процесу; активна участь суду у веденні справи й виклику свідків і заслуховуванні показань. Ці конкретні правила або звід правил можуть, залежно від обставин, бути обов'язковими, застосовуватися за відповідним проханням будь-якої зі сторін або за згодою всіх сторін [6].

Продовжуючи загальноєвропейський курс на спрощення цивільного судочинства 12 грудня 2006 р. Європейський Парламент і Рада ЄС прийняли Регламент № 1896/2006 «Про введення Європейського наказного провадження», який вступив у силу з 12 грудня 2008 р. для всіх країн-членів ЄС за винятком Данії [7]. Цей регламент дозволяє кредиторам стягувати за безспірними вимогами в цивільних і комерційних справах у судах країн-членів ЄС відповідно до єдиної процедури видачі європейського наказу про сплату (*European order for payment procedure*), яка діє на основі стандартних форм. Існування єдиної процедури, яку досить часто визначають як європейське наказне провадження, що поширюється на всі країни-члени, дозволяє мінімізувати необхідність учасників судочинства ознайомлюватися із цивільними процедурами інших країн-членів ЄС.

Відповідно до абз. 1 ст. 2 цього Регламенту він застосовується виключно до судочинства, що носить міждержавний характер, під яким згідно зі ст. 3 даного Регламенту слід розуміти провадження, учасники якого на момент подання заяви мають місце проживання або

постійного перебування у різних країнах-членах ЄС. Застосування формулювання «судочинство, що носить міждержавний характер» європейською літературою визнається як невідале [8, с. 88–102], оскільки застосування європейського наказного провадження виключається тоді, коли обидві сторони мають місце проживання або постійного перебування в одній країні-члені ЄС, а майно боржника, на яке може бути звернене стягнення у порядку виконання, знаходиться в іншій країні. Відтак, якщо внутрішнім законодавством країни-члена ЄС, в якій буде здійснюватись видача наказу, не буде передбачено застосування процедури європейського наказного провадження (характерно, зокрема, для Австрії), такий наказ може виконуватись виключно в межах такої країни.

Застосування цього Регламенту кредитором при реалізації своїх вимог має не обов'язковий, а скоріш альтернативний характер поряд з іншими судовими способами захисту. Це впливає з абз. 2 ст. 1 Регламенту, згідно з яким цей Регламент не перешкоджає заявнику подати позов або вдатися до інших судових процедур захисту відповідно до законодавства країни-члена або відповідно до законодавства ЄС.

Згідно зі ст. 2, 4 Регламенту ЄС № 1896/2006 сферою його дії охоплюються вимоги про грошове стягнення певної суми в цивільних і торговельних справах, які носять міждержавний характер, і строк платежу за якими настав на момент подання відповідної заяви. Податкові, митні, адміністративні справи, питання про відповідальність держави за дії або бездіяльність при здійсненні публічної влади («*acta jure imperii*») прямо виключені абз. 1 ст. 2 Регламенту зі сфери його застосування. Виключення вимог про відповідальність за дії або бездіяльність держави «*acta jura imperii*» є ніщо інше, як закріплення усталеної судової практики Суду ЄС щодо виключення таких вимог із сфери застосування Регламенту ЄС № 44/2001 «Про юрисдикції, визнання і виконання судових рішень у цивільних і торговельних справах» [9, с. 36–39]. Також Регламент ЄС № 1896/2006 не застосовується, зокрема, щодо майнових прав, які мають шлюбно-сімейний характер або стосуються заповітів і спадкування, у справах про неплатоспроможність (банкрутство), провадженнях щодо ліквідації неплатоспроможних компаній або інших юридичних осіб, судових засобів, санацій та подібних судових проваджень, вимог із соціального страхування, а також вимог із позадоговірних зобов'язань, за винятком, якщо таке зобов'язання є предметом домовленості між сторонами, або є визнаним у певній сумі (абз. 2 ст. 2).

З точки зору Європейської комісії, перелічені в абз. 2 ст. 2 Регламенту ЄС № 1896/2006 виключення із сфери застосування цього Регламенту не потребують подальшого розширення, а тому закріплені у вказаній нормі перелік таких виключень є вичерпним. Наявність родової підсудності спеціалізованих судів щодо певних категорій справ у сфері підсудності судів загальної юрисдикції жодним чином не впливає на сферу застосування вказаного Регламенту [10, с. 27]. З огляду на це, до сфери його дії залучаються і справи з трудових правовідносин.

У ст. 2 Регламенту ЄС № 1896/2006 при формулюванні вимог, які входять до сфери його дії, не вживається слово «безспірність», хоча в проекті цього Регламенту передбачалось до сфери його дії включати лише безспірні вимоги. Виключення із кінцевої редакції вказаної статті положення про «безспірність» вимог схвалюється у європейській процесуальній літературі і в обґрунтування цього зазначається, що питання про те, чи є дійсно окрема грошова вимога безспірною, має вирішуватись під час процесу [11, с. 230].

Регламент ЄС № 1896/2006 не обмежує здійснення європейського наказного провадження будь-якою максимально допустимою сумою вимоги. Для порівняння зазначимо, що максимально допустима сума в грошовому еквіваленті вираження вимоги в наказному провадженні встановлюється в Австрії та Іспанії (30000 євро), Португалії (10000 євро), Бельгії (1860 євро). При здійсненні національним судом вказаних країн європейського наказного провадження, в якому, як вказувалось, сума вимоги про грошове стягнення не обмежується, встановлені національним законодавством обмеження не застосовуються [9, с. 36–39].

Суттєвою особливістю європейського наказного провадження є полегшеність засобів комунікації між сторонами і судом. Саме тому, в абз. 11 Преамбули Регламенту ЄС № 1896/2006 зазначається, що письмовий характер провадження і обміну інформацією із судом і сторонами має бути, за можливістю, полегшений як за допомогою стандартних бланків, так і за допомогою впровадження автоматизованого наказного провадження. Цей Регламент передбачає можливість електронної автоматизованої обробки даних у порядку європейського наказного провадження, зокрема, в абз. 5, 6 ст. 7 (щодо подання заяви про видачу європейського наказу про сплату, ст. 8 (щодо перевірки судом умов видачі наказу і вимог до форми і змісту заяви, ст. 16 (щодо заяви про оспорування).

Запровадження електронного документообігу в європейському наказному провадженні не є обов'язком країн-членів ЄС. Вирішення питання про його доцільність стосується компетенції кожної країни-члена ЄС. При цьому варто усвідомити, що введення автоматизованого електронного наказного провадження пов'язано із значними витратами, вимагає закріплення відповідних норм у національному процесуальному законодавстві, а також внесення істотних організаційних змін у діяльність судової влади.

Формою звернення до суду в порядку європейського наказного провадження є заява (*application*), форма якої затверджена у Додатку № I до Регламенту ЄС № 1896/2006. Ця заява має містити: імена та адреси сторін, а також, за необхідності, їх представників, а також суду, до якого вона подається, в якій подається клопотання; стягувану суму (суму позову), включаючи основну суму, і, за необхідності, проценти, штрафи і витрати; відсоткову ставку та строк, за який нараховують відсотки, якщо законом відповідної держави-члена передбачене автоматичне збільшення основної суми на суму нарахованих відсотків; підстави позову, у т.ч. опис фактів та інтересу позивача; опис доказів, які обґрунтовують позовні вимоги; підстави для юрис-

дикції; траскордонний характер справи за змістом ст. 3 цього Регламенту. У заяві позивач зазначає, що надана ним інформація відповідає дійсності та він усвідомлює, що умисне подання будь-якої неправдивої інформації може призвести до відповідних санкцій відповідно до законодавства держави-члена ЄС, в якій буде проводитись її розгляд. У цій заяві позивач може зазначити, що він заперечує проти передачі справи на розгляд у звичайному порядку цивільного судочинства, в тому разі якщо відповідач заперечуватиме проти його вимог, вказаних у заяві про видачу європейського наказу про сплату.

Така заява може подаватись як у формі паперового носія, так і будь-якими засобами зв'язку, в т.ч. електронними, але за умови, що застосування таких засобів зв'язку передбачено внутрішнім законодавством, і суд може обробити документ, переданий засобами зв'язку. Документи, які подаються електронною поштою, мають бути підписані автентичним електронним підписом, що визнається у відповідній країні ЄС. Додаткового визнання або підтвердження такого електронного підпису в інших країнах ЄС не вимагається.

Суд, до якого подана заява про видачу європейського наказу про сплату, відповідно ст. 8 Регламенту ЄС № 1896/2006, якомога швидше на основі стандартної форми перевіряє її відповідність до вимог, встановлених ст.ст. 2, 3, 4, 6 та 7 Регламенту, а також обґрунтованість заявленої вимоги. Регламент передбачає можливість автоматизованого здійснення такої перевірки, однак на сьогодні в рамках автоматизованого електронного наказного провадження можливе проведення перевірки лише відповідності умовам, але не обґрунтованості вимоги [9, с. 36–39].

Якщо судом буде виявлено, що заява про видачу європейського наказу про сплату не відповідає вимогам ст. 7 Регламенту, або заявлені вимоги очевидно є без підставними, або заява є неприпустимою, суд надає заявнику можливість доповнити або змінити його заяву та встановлює для цього певний час, який за потреби може бути продовжений. При цьому суд використовує бланк стандартної форми. Так само, якщо лише частина заявлених вимог може бути задоволена, суд повідомляє про це заявника, який може прийняти або відмовитись від такої пропозиції суду, заповнивши і направивши до суду стандартний бланк. При цьому, якщо заявник приймає пропозицію суду, суд видає європейський наказ щодо частини вимог, визнаних заявником, а якщо не приймає – суд відхиляє заяву про видачу європейського наказу. Так само суд відхиляє цю заяву, якщо заявник вчасно не надасть відповідь на пропозицію суду про задоволення лише частини вимог або не внесе належні зміни й доповнення до заяви, про необхідність внесення яких суд повідомив заявника.

Відхилення судом заяви про видачу європейського наказу не оскаржується та не перешкоджає заявнику звернутись повторно із завою про видачу європейського судового наказу або у судовому порядку захищати свої права в інший спосіб, що не суперечить внутрішньому законодавству відповідної країни-члена.

При дотриманні заявником всіх вимог і умов суд у найкоротший строк, проте не більше 30 днів з дня подання заяви, видає європейський наказ про платіж, використовуючи стандартну форму. В європейському

наказі про платіж зазначається, що боржник зобов'язаний сплатити заявнику визначену суму або протягом 30 днів з дня вручення йому наказу подати до суду заперечення на нього. При цьому боржник інформується про те, що наказ було видано на підставі інформації, що надана заявником, і яка не підтверджена судом, наказ, щодо якого не буде подано заперечення у встановлений строк, підлягатиме виконанню, у разі заперечення боржником судового наказу він розглядатиметься за правилами звичайного цивільного судочинства, окрім випадку, якщо проти цього заперечив заявник у своїй заяві про видачу європейського наказу.

Європейський наказ разом із копією заяви про його видачу підлягає врученню боржнику відповідно до національного законодавства. При цьому Регламент у ст. 13–15 розрізняє вручення наказу боржнику з *підтвердженням про отримання* (шляхом особистого вручення, засвідченого підписом боржника або документом компетентної особи, яка здійснює таке вручення, електронне повідомлення про вручення за допомогою факсу або електронної пошти), *без такого підтвердження* (вручення за адресою боржника особам, з якими проживає боржник або які там працюють, вручення особам, які працюють на боржника (юридичній особі або фізичній особі, яка має найманих працівників), залишення судового наказу у поштової скриньці боржника, залишення у поштовому відділенні або в уповноважених державних органах тощо) та *вручення наказу представнику боржника*.

Відповідно до п. 1 ст. 16 Регламенту ЄС № 1896/2006 боржник може подати до суду заяву про заперечення проти видачі європейського наказу про сплату, використовуючи стандартну форму. Така заява про заперечення подається боржником протягом 30-ти днів з моменту вручення йому наказу. У такій заяві боржник має зазначити про те, що він оспорує заявлену до нього вимогу (позов), не уточнюючи підстав цього.

Наслідки подання боржником заяви про заперечення наказу виявляються у тому, що в подальшому розгляд відповідної вимоги буде здійснюватись уповноваженим судом у порядку звичайного цивільного судочинства, тобто у позовному провадженні, окрім тих випадків, коли заявник заперечив проти такого розгляду в своїй заяві про видачу судового наказу. Пред'явлення заявником своїх вимог у порядку європейського наказного провадження жодним чином у відповідності до національного законодавства не може впливати на подальший розгляд його вимоги (позову) у провадженні, що матиме місце в подальшому. Перехід від процедури європейського наказного провадження до звичайного цивільного судочинства в зв'язку із поданням боржником заперечень регулюється законодавством відповідної країни-учасниці ЄС. При цьому суд обов'язково інформує заявника про подання боржником заяви про оскарження та про перехід до звичайного цивільного провадження у справі.

За відсутності заперечень європейського наказу боржником у встановлений строк суд, який видав такий наказ, має без зволікань визнати його дійсним, використовуючи стандартну форму, та направити такий наказ заявнику. Пред'явлення до виконання європейського наказу, який набрав чинності, в інших країнах-членах

ЄС не потребує попереднього визнання та не передбачає будь-яких особливих процедур звернення до виконання (екзекватури) та заперечення проти нього.

Європейський наказ, який набрав чинності, може бути переглянутий уповноваженим судом країни-члена ЄС за наявності обставин, вказаних у ст. 20 Регламенту ЄС № 1896/2006, зокрема, якщо судовий наказ був вручений боржнику без підтвердження про отримання, після отримання наказу боржник за відсутності його вини не мав достатньо часу для свого захисту або був позбавлений можливості заперечувати проти заявлених до нього вимог у зв'язку із форс-мажором або із надзвичайними обставинами. Також Регламент надає боржнику право оскаржувати європейський наказ, якщо він був виданий очевидно помилково з порушенням вимог Регламенту або в силу інших надзвичайних обставин. У разі задоволення заяви боржника, європейський наказ втрачає силу, а якщо заява боржника відхиляється – відповідний європейський наказ залишається в силі.

У зв'язку з прийняттям і вступом у силу Регламенту ЄС № 1896/2006 акти цивільного процесуального законодавства країн-учасниць ЄС було доповнено нормами, в яких конкретизується застосування національними судами в межах їх юрисдикцій цього європейського наказного провадження та встановлені додаткові правила щодо цієї процедури, які прямо не передбачені зазначеним Регламентом (ст. 1382–1391 ЦПК Франції, § 1087 ЦПУ Німеччини, гл. 58 ЦПК Болгарії тощо) [12, с. 39].

На підставі викладеного вище можна зробити такі висновки.

1. Регламент ЄС № 1896/2006 закріпив єдину для країн ЄС процедуру європейського наказного провадження, що передбачає видачу судами наказів за вимогами про стягнення грошового боргу, який виник у зв'язку із міжнародними (в межах кордонів країн-учасниць ЄС) відносинами приватноправового характеру. При цьому законодавства окремих країн ЄС можуть лише уточнювати цю процедуру, виходячи з особливостей їх судової структури та судочинства.

2. Однією із істотних відмінностей європейського наказного провадження від наказного провадження в Україні є використання стандартних форм процесуальних документів, а також можливість запровадження (на розсуд кожної країни) електронного документообігу. Це значно спрощує та прискорює судовий документообіг, з огляду на що пропонується найближчим часом втілити такий досвід в Україні.

3. Процедури наказного провадження за Регламентом ЄС № 1896/2006 та ЦПК України мають як багато спільних, так і відмінних ознак. З урахуванням прагнення України до євроінтеграції вважаємо за потрібне при подальшому удосконаленні цивільного процесуального законодавства України поглиблювати його гармонізацію із законодавством Європейського Союзу, в т. ч. і в

аспекті наказного провадження, що може стати предметом подальших наукових досліджень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Крымский Д. И.* Упрощенные производства в гражданском процессе зарубежных стран: автореферат дисс. ... кандидата юридических наук: специальность 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Крымский Даниил Игоревич; [Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова]. – М., 2011. – 26 с.

2. *Крымский Д. И.* Упрощение гражданского судопроизводства: российский и зарубежный опыт. Монография / Крымский Д. И.; Под ред.: Кудрявцева Е. В., Морщакова Т. Г. – М.: Юриспруденция, 2008. – 120 с.

3. *Комаров В. В.* Цивільний процес у глобальному контексті // Право України. – 2011. – № 10. – С. 22–44.

4. *Кудрявцева Е. В.* Современная реформа английского гражданского процесса: автореферат дисс. ... доктора юридических наук: специальность 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Кудрявцева Елена Васильевна. – М., 2008. – 52 с.

5. *Относительно путей* облегчения доступа к правосудию: рекомендация Комитета Министров Совета Европы государствам-членам от 14.05.1981 г., № R (81) 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_133.

6. *Относительно принципов* гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы: рекомендация Комитета Министров Совета Европы государствам-членам от 28.02.1984 г., Рекомендация R (84) 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_126.

7. *Regulation (EC) No 1896/2006 of the European parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:399:0001:01:EN:HTML>.

8. *Lieble/Freitag.* Forderungsbeitreibung in der EU. – Munchen, 2008. – Buch. XXII. – 234 s.

9. *Брановицкий К.* Возможности использования информационных технологий в европейском приказном производстве (Регламент ЕС № 1896/2006 «О введении европейского приказного производства») // Арбитражный и гражданский процесс. – 2009. – № 10. – С. 36–39.

10. *Geimer/Schütze.* Europäisches Zivilverfahrensrecht: Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, EuInsVO, EuVTVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht. – 3. Auflage. – Munchen, 2010. – Buch. XLV. – 1974 s.

11. *Kormann.* Das neue Europäische Mahnverfahren im Vergleich zu den Mahnverfahren in Deutschland und Österreich. – Munchen, 2007. – 272 s.

12. *Наказне провадження в цивільному процесі: монографія / За заг. ред. В. І. Бобрика.* – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 203 с.

The article deals with the provisions of the EU, the European governing the European order for payment procedure. Particular attention is paid to the analysis of the Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure.

В статті розглядаються положення актів ЄС, які регламентують європейське приказне провадження (european order for payment procedure). Особливу увагу приділено аналізу Регламенту ЄС № 1896/2006 «О введении Европейского приказного производства» от 12 декабря 2006 года.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ ЗА ШКОДУ, ЗАВДАНУ СУДОВИМИ І ПРАВООХОРОННИМИ ОРГАНАМИ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Гринько С. Д. ,

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

У статті проведено порівняльний аналіз відповідальності держави за шкоду, завдану судовими і правоохоронними органами за цивільним законодавством України і європейських країн. Робиться висновок про вплив ідей і положень римського приватного права на формування сучасної концепції деліктоздатності держави.

Ключові слова: деліктна відповідальність, судові і правоохоронні органи, відшкодування шкоди, вина.

Судова влада зобов'язана діяти відповідно до норм Конституції і законів України, де, в цілому, проявляється державно-владна сила судової влади, яка не має нехтувати своїми принципами, а завжди діяти в ім'я закону і справедливості. Саме висока місія суду дає підстави створювати громадянське суспільство, в якому громадяни та об'єднання, членами якого вони є, користуються широким колом прав і свобод, а всі їх взаємовідносини будуються на основі права [3, с. 4]. Такі ж вимоги встановлюються і для діяльності правоохоронних органів.

Однією з гарантій дотримання прав і свобод громадян у їхніх відносинах з державою та її судовими і правоохоронними органами є встановлений законом обов'язок держави відшкодувати шкоду, завдану незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів дізнання, досудового слідства, прокуратури й суду. Проте розслідування злочинів, здійснення вищого нагляду й здійснення правосуддя, як зазначає В. Т. Нор, є діяльністю настільки специфічною, що законодавець урегулював майнову відповідальність за шкоду, яка виникла внаслідок її неправильного здійснення, спеціальною нормою права [6, с. 128].

У СРСР тривалий час взагалі не передбачалося право громадян на подання позову до держави про відшкодування шкоди, оскільки вважалося, що при соціалізмі неможливе порушення прав людини народною владою [4, с. 1]. Лише зі здобуттям незалежності в Конституції України (ст. 56) закріплено право кожного на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування; їх посадовими і службовими особами під час здійснення ними своїх повноважень. Ця тенденція зумовлена тим, що невиконання державою обов'язків перед громадянами призводить до кризи довіри до влади і намагання громадян задовольнити свої інтереси неправовими засобами. У цих умовах необхідним є забезпечення послідовної державно-правової політики у вирішенні завдань щодо відповідальності влади та її представників [4, с. 1].

З проголошенням незалежності України першим законом, який визнав відповідальність держави перед громадянином, став Закон України «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» від 17 квітня 1991 р. Наступним був Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства,

прокуратури і суду» від 1 грудня 1994 р. І, нарешті, своєрідною гарантією відповідальності держави стали норми ЦК України.

Слід визнати значну динаміку дослідження проблем деліктних зобов'язань за участю держави за ЦК України. Окремі проблеми деліктних зобов'язань за участю держави розглядалися у дисертаційних працях О. О. Боярського [1], О. О. Лов'яка [5], І. С. Ніжинської [7], М. М. Фролова [8] та ін. Проте у роботах згаданих вчених відповідальність держави за шкоду, завдану судовими і правоохоронними органами за цивільним законодавством України та європейських країн, не була предметом спеціального дослідження, що має значення для удосконалення цивільного законодавства України та приведення його у відповідність до європейських стандартів. Вищезазначене зумовлює актуальність обраної теми.

Правові засади відповідальності держави за шкоду, завдану незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду, нині закріплені в ст. 1176 ЦК України, а порядок відшкодування шкоди – в Законі України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» від 1 грудня 1994 р.

До прийняття ЦК України відповідальність держави за шкоду, завдану органами дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду, обмежувалася лише сферою вирішення кримінальних справ. У ст. 1776 ЦК України межі відповідальності держави розширено за рахунок покладення на неї обов'язку відшкодування шкоди у випадку її завдання під час здійснення правосуддя також в адміністративних і цивільних справах.

У ст. 1176 ЦК України закріплено спеціальні правила (додатково до загальних у ст. 1173 ЦК України) про відшкодування шкоди, завданої фізичній і юридичній особі незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду. У них звертається увага на такі випадки, коли фізична особа найбільш вразлива, тому й ризик завдання шкоди органами влади та їхніми посадовими особами найбільш ймовірний. Особливість цього деліктного зобов'язання зумовлена спеціальним суб'єктивним складом, умовами виникнення і підставами звільнення від обов'язку відшкодування шкоди.

У ч. 1 ст. 1176 ЦК України міститься вичерпний перелік органів державної влади, а також їх незаконних

рішень, дій чи бездіяльності, що спричинили завдання шкоди. До таких органів належать: а) органи дізнання; б) органи досудового слідства; в) прокуратура; г) суд.

Право на відшкодування шкоди за ч. 1 ст. 1176 ЦК України надається *фізичній особі*, якщо її завдано внаслідок незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невізд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт.

Якщо шкоди завдано внаслідок постановлення судом незаконного рішення в цивільній справі, то право на відшкодування надається як *фізичній*, так і *юридичній особі* (ч. 5 ст. 1176 ЦК України).

Деліктне зобов'язання за ст. 1176 ЦК України виникає за наявності таких об'єктивних умов: шкода, протиправна поведінка і причинно-наслідковий зв'язок.

Фізичній особі може бути завдана як особиста шкода (обмеження волі, приниження честі, гідності, ділової репутації людини тощо), так і майнова (позбавлення права власності на майно, яке було конфісковано, втрата заробітку й інших доходів тощо). Внаслідок постановлення судом незаконного рішення у цивільній справі шкода може бути завдана також юридичній особі. Сама шкода може виявитися у позбавленні права власності на майно, втраті прибутку та в іншому зменшенні майнової сфери юридичної особи, а також приниженні її ділової репутації. Якщо в результаті дій, зазначених у ч. 1 ст. 1176 ЦК України, шкоди завдано юридичній особі, наприклад, внаслідок арешту керівника підприємства, то шкода відшкодовується їй на загальних засадах ст. 1173 ЦК України.

Протиправна поведінка за ст. 1176 ЦК України може виявлятися у формі прийняття рішення, дії або бездіяльності. Її специфіка за цим деліктом полягає у такому. По-перше, у ст. 1176 ЦК України і в ст. 1 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» передбачено вичерпний перелік незаконних рішень, дій і бездіяльності, тому шкода, завдана іншими незаконними діями або бездіяльністю чи незаконним рішенням, відшкодовується на загальних підставах (ч. 6 ст. 1176 ЦК України). По-друге, їхній незаконний характер має бути підтверджений реабілітуючими підставами (постановлення судом виправдувального вироку, скасування незаконного вироку суду, закриття кримінальної справи органом досудового слідства, закриття провадження у справі про адміністративне правопорушення).

Для застосування ст. 1176 ЦК України слід встановити наявність причинно-наслідкового зв'язку, що становить певні труднощі, зокрема при заявленні вимоги про відшкодування шкоди, завданої здоров'ю потерпілої особи.

Заслуговує на увагу ставлення законодавця до суб'єктивної умови виникнення деліктного зобов'язання. У випадках, перелічених у ч. 1 ст. 1176 ЦК України, шкода, завдана фізичній особі відшкодовується *незалежно від вини* посадових і службових осіб цих органів. Беручи на себе відповідальність за безвинні дії службових осіб, зазначає І. С. Ні-

жинська, держава, тим самим, усвідомлює свою вину за порушення конституційних прав громадян [7, с. 11]. Тому, на думку науковця, до якої ми приєднуємося, має місце визнання державою своєї опосередкованої вини за незаконну діяльність створених нею правоохоронних органів [7, с. 11]. Однак, як правильно стверджує І. С. Ніжинська, не слід думати, що вина взагалі в цьому випадку не повинна встановлюватися [7, с. 14].

Якщо шкода завдана фізичній або юридичній особі внаслідок постановлення судом незаконного рішення в цивільній справі, вона відшкодовується за наявності *винних* дій судді (суддів), які вплинули на винесення незаконного рішення. При цьому такі винні дії мають становити елемент складу злочину і підтверджуватися обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили (ч. 5 ст. 1176 ЦК України). У разі завдання шкоди фізичній або юридичній особі у цивільній справі, шкода відшкодовується на засадах вини. Такі умови відшкодування шкоди були відомі й судовій практиці Російської імперії, яка дотримувалася правила, що поданню цивільного позову повинен був передувати вирок кримінального суду про визнання злочинної вини посадової особи (Сб. Сен. 1, 597; Кас. Ріш. 1871, № 941). Це було зумовлено тим, що вчинення протизаконних дій посадовою особою було не лише умовою виникнення цивільно-правової відповідальності за завдану шкоду, а й елементом складу злочину.

Таким чином, у ст. 1176 ЦК України передбачено два різновиди деліктних зобов'язань залежно від галузевої приналежності справи:

- 1) у кримінальній або адміністративній справі (ч. 1);
- 2) у цивільній справі (ч. 5).

Аналогічної думки додержуються розробники цивільних кодексів Російської Федерації (ч. 2 ст. 1070), Таджикистану (ч. 3 ст. 1086), Азербайджану (ст. 1103.3) і Казахстану (ч. 3 ст. 923). Єдина різниця між змістом цих норм полягає у порядку встановлення вини судді. За ЦК Таджикистану і ЦК Казахстану шкода, завдана в результаті винесення незаконного рішення в цивільній справі, відшкодовується у випадку, якщо вина судді визначена у встановленому законом порядку. За ЦК Азербайджану, як і ЦК України, шкода, завдана при здійсненні правосуддя, відшкодовується у випадку, якщо вина судді встановлена вироком суду, що вступив у законну силу. Крім того, ч. 3 ст. 923 ЦК Казахстану застосовується як у разі завдання шкоди при здійсненні правосуддя суддею, так й іншими працівниками суду. Проте за вказаними нормами цивільних кодексів України, Таджикистану і Азербайджану шкода повинна бути завдана лише суддею.

Цікавим є те, що ідея про виникнення деліктного зобов'язання при здійсненні правосуддя іншими працівниками суду втілена також у відповідальності судового експерта за § 839 а Німецького цивільного кодексу: якщо призначений судом експерт умисно або внаслідок необережності надасть неправильний висновок, він зобов'язаний відшкодувати шкоду, завдану учасникам процесу, виходячи із судового рішення, винесеного на підставі його висновку.

У випадках, передбачених ст. 1176 ЦК України, шкода відшкодовується державою за рахунок державного бюджету (ст. 174 ЦК України). Покладення на державу відповідальності за всі незаконні рішення, дії чи бездіяльність судових і правоохоронних органів зумовлено

тим, що вони виконують функції держави і є органами держави. Відшкодувавши шкоду, держава наділяється правом зворотної вимоги до посадової, службової особи органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду тільки в разі встановлення у її діях складу злочину за обвинувальним вироким суду щодо неї, який набрав законної сили (ч. 3 ст. 1191 ЦК України).

Заслугує на увагу позиція ЦК Туркменістану про покладення солідарної відповідальності на державу і посадових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і судів за наявності умислу або грубої необережності посадових осіб цих органів (ч. 3 ст. 1040). Йдеться про випадки, коли посадова особа передбачала або мала б передбачати можливість незаконного завдання шкоди. Тому несправедливо перекладати повністю обов'язок її відшкодувати на державу. Надаючи державі право зворотної вимоги до винного посадовця, законодавець, тим самим, повністю переносить зобов'язання із відшкодування шкоди від держави до безпосереднього завдавача шкоди. Проте маємо на увазі, що посадова особа діє від імені держави, виконуючи частину її владних функцій. Тому не слід покладати негативні наслідки лише на посадову особу через задоволення регресної вимоги. Таким чином, вирішення завдань, пов'язаних із розподілом відповідальності за шкоду, завдану незаконними рішеннями, діями або бездіяльністю судових або правоохоронних органів у ЦК Туркменістану, заслуговує на увагу.

Не слід покладати на посадову особу будь-яку відповідальність за законні, правомірні дії, навіть якщо вони і завдали шкоду [9, с. 14]. Як зазначала Г. Б. Яновицька, «посадова особа діяла правомірно, не передбачала і не мала б передбачати можливість незаконного завдання шкоди, несправедливо було б зобов'язувати її компенсувати цю шкоду. Запровадження норми, що покладає такий обов'язок на посадових осіб, сприяло б появі у слідчого вагань, чи провадити обшук, чи проводити ввімку, чи здійснювати інші дії за наявності законних підстав» [9, с. 38].

У викладеному вбачається відтворення ідей римських юристів, які поклали на суддю відповідальність за винесення незаконного несправедливого рішення (*judex qui idem fecit*). Така ситуація визнавалася тоді, коли суддя зі злого умислу або з необережності виносив несправедливе рішення. Сюди належали і випадки, коли суддя не виконував свої обов'язки з вирішення конкретного позову [10, с. 142]. У своїй сентенції Гай зазначав, що суддя за вирішення справи всупереч закону, в якій він був особливо зацікавлений, несе відповідальність у розмірі реальної вартості спірної справи (Д. 5. 1. 15. 1) [2, с. 27].

Римська правова доктрина відповідальності посадових осіб була відтворена в Російській імперії, до складу якої входила значна частина українських земель. Як зазначав О. О. Боярський, у Російській імперії інститут відшкодування шкоди, завданої незаконним притягненням до кримінальної відповідальності, на відміну від інших країн, будувався на основі відповідальності не держави, а самих посадових осіб (суддів, обвинувачувачів), за вини котрих засуджувався обвинувачений [1, с. 7]. Аналогічні погляди висловлює й І. С. Ніжинська [7, с. 8].

Розробниками проекту ЦУ Російської імперії 1905 р. було встановлено норму про відповідальність судді за шкоду, завдану прийняттям неправильного рішення з цивільної або кримінальної справи, якщо він діяв умисно або з явною необережністю (ст. 2639).

Враховуючи викладене вище, пропонуємо доповнити ст. 1176 ЦК новою частиною такого змісту:

«У випадку завдання шкоди умисно або з грубої необережності посадовою або службовою особою органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду шкода відшкодовується нею солідарно разом із державою».

Якщо шкода завдана фізичній або юридичній особі внаслідок іншої незаконної дії або бездіяльності чи незаконного рішення органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду, правила ст. 1176 ЦК України не застосовуються. Шкода відшкодовується на загальних підставах, передбачених ст. 1173 ЦК України.

Аналогічним є підхід до відшкодування шкоди, завданої незаконними діями судових і правоохоронних органів, а також наділення держави правом регресу до особи, яка завдала шкоди за цивільним законодавством Російської Федерації (ч. 3 ст. 1081), Туркменістану (ч. 3 ст. 1040 ЦК), Узбекистану (ч. 2 ст. 991; ч. 3 ст. 1001 ЦК), Таджикистану (ч. 2 ст. 1086; ч. 3 ст. 1096 ЦК), Казахстану (ч. 2 ст. 923; ч. 3 ст. 933 ЦК), Азербайджану (ст. 1101. 2; ст. 1114. 3 ЦК).

Таким чином, держава за римським правом не визнавалася здатною нести відповідальність за делікти своїх магістратів, які відшкодували шкоду як приватні особи, проте ідеї римської юриспруденції, яка вважала муніципії, що представляли інтереси міських громад, здатними нести відповідальність за делікт та які відшкодували шкоду як юридичні особи за рахунок свого майна, яке становило частину державної власності, вплинули на формування сучасної концепції деліктоздатності держави в Україні та європейських країнах.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Боярський О. О. Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю суду : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. О. Боярський. – Одеса, 2008. – 20 с.

2. Дигести Юстиніана : [в 8 т.] / [пер. с лат. Соломатин М. Д., Ляпустина Е. В., Лушникова І. В., Щеголев А. В. и др.]; [отв. ред. Л. Л. Кофанов]. – М. : Статут, 2004. – Т. V. Полутом 1. – 614 с.

3. Організація судової влади в Україні Перший аналіз нормат. змісту Закону України «Про судоустрій України» / А. О. Селіванов, Є. В. Фесенко, Н. С. Рудюк та ін. ; [за наук. ред. А. О. Селіванова]. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 122 с.

4. Калетнік І. Г. Зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди службовими особами митних органів, в цивільному законодавстві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. Г. Калетнік. – Одеса, 2004. – 18 с.

5. Лов'як О. О. Відшкодування шкоди, завданої громадянину службовими особами органів внутрішніх справ України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Лов'як Олег Орестович. – К., 2007. – 203 с.

6. Нор В. Т. Имущественная ответственность за неправильные действия должностных лиц / В. Т. Нор. – Львов : Вища школа, 1974. – 216 с.

7. Ніжинська І. С. Відшкодування шкоди, завданої незаконними діями службових осіб дізнання і досудового слідства в системі органів внутрішніх справ України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. С. Ніжинська. – К., 2003. – 18 с.

8. Фролов М. М. Відшкодування шкоди, завданої

органами внутрішніх справ України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Фролов Михайло Михайлович. – К., 2006. – 207 с.

9. Яновицька Г. Б. Відновлення майнових прав незаконно засуджених і реабілітованих громадян : [моногр.] / Г. Б. Яновицька. – Л. : Львів. держ. ун-тет внутр. справ, 2006. – 160 с.

10. Яковлев В. Н. Древнеримское и современное гражданское право России. Рецепция права : [учеб. пособие] / В. Н. Яковлев. – 2-е изд., перераб. и доп. – Ижевск : Изд-во УдГУ, 2004. – 502 с.

In article is presented a comparative analysis of the state's responsibility for the damage caused by the judicial and law enforcement agencies in the civil legislation of Ukraine and European countries. It is concluded about the impact of ideas and positions of Roman private law on the development of the modern concept of the state's passive dispositive capacity.

В статті проводиться сравнительный анализ ответственности государства за вред, причиненный судебными и правоохранительными органами по гражданскому законодательству Украины и европейских стран. Делается вывод о влиянии идей и положений римского частного права на формирование современной концепции деликтоспособности государства.

ПРАВОВА ПРИРОДА ОБОВ'ЯЗКУ СПОЖИВАЧА: ДОСВІД УКРАЇНИ ТА ЄС

Черняк О. Ю.,

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

У статті досліджено особливості обов'язків споживача в їх цивільно-правовому статусі за законодавством України та Європейського Союзу, окреслено доцільність нормативного закріплення таких обов'язків, визначено їх види, а також охарактеризовано окремі обов'язки споживача.

Ключові слова: захист прав споживачів, цивільно-правовий статус, обов'язок, адаптація законодавства.

Для демократичного суспільства характерне поєднання реальних прав і свобод осіб з їх обов'язками і відповідальністю перед суспільством.

Конституція України, законодавство у сфері захисту прав споживачів відповідно до норм і стандартів Європейського Союзу регулюють відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та продавцями (виробниками, виконавцями) різних форм власності, встановлюють права споживачів, а також визначають механізми їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів.

Юридичні обов'язки в системі механізму цивільно-правового регулювання займають вирішальне значення. Власне, за допомогою їх виконання створюється атмосфера поваги до вимог закону, прав та інтересів фізичної та юридичної особи. В умовах докорінної перебудови економіки виконання цивільно-правових обов'язків – це ті договірні відносини, які необхідні не лише для економіки, а й для суспільства в цілому. Виконання цивільно-правових обов'язків завжди виявляє результат правової активності, правосвідомості носія обов'язку. Тому одним із основних елементів спеціального цивільно-правового статусу споживачів є їх обов'язки.

Питанням захисту прав споживачів у цілому, а також особливостям обов'язків споживача як елемента цивільно-правового статусу присвячено велику кількість робіт, що обумовлено об'єктивними факторами, зокрема, гостротою проблем, що виникають, колом суб'єктів, інтереси яких є

предметом охорони та захисту з боку держави. При цьому слід зазначити, що основна маса досліджень присвячені, здебільшого, коментуванню чинного законодавства [1, с. 687; 2], дослідженню і аналізу окремих проблем [3, с. 76; 4; 5, с. 146 – 152; 6, с. 790 – 792; 7, с. 88 – 96]. Разом із тим, питання обов'язків споживача, зазвичай, залишається поза увагою, оскільки вважається, що обов'язки не повною мірою притаманні споживачу, зважаючи на його слабкішу сторону у відносинах із виробником, продавцем, виконавцем. Обов'язок – те, чого треба беззастережно дотримуватись, що слід безвідмовно виконувати відповідно до вимог суспільства або виходячи з власного сумління [8, с. 813].

За своїм змістом обов'язок є прямо протилежним суб'єктивному праву, оскільки суб'єктивне право покликане задовольнити інтерес його носія – уповноваженої особи, а обов'язок, навпаки, так чи інакше, обтяжує свого носія – зобов'язаної особи. Здійснення суб'єктивного права гарантується державою, тобто держава сприяє уповноваженій особі, а стосовно зобов'язаної особи держава за наявності необхідних основ може застосувати заходи примусу [9, с. 89].

Загальні цивільно-правові обов'язки встановлюються законом і є елементом правового статусу суб'єкта цивільного права. Індивідуальні цивільно-правові обов'язки опосередковані вольовою поведінкою учасників цивільних правовідносин і є елементом їх правового статусу.

Цивільно-правові обов'язки є вузловим елементом системи засобів цивільно-правового регулювання і пере-

бувають із ними в специфічному структурно-функціональному зв'язку. Норми права закріплюють підстави виникнення, види, засоби й наслідки невиконання або недотримання цивільно-правових обов'язків. Загальні цивільно-правові обов'язки функціонують у рамках правового зв'язку їх носіїв з державою, а індивідуальні – у рамках зобов'язальних правовідносин.

Підтримуючи думку про включення цивільно-правових обов'язків у структуру правового статусу споживача, необхідно зазначити, що нова редакція Закону України «Про захист прав споживачів» вперше виокремила разом із правами споживачів і загальний перелік їх обов'язків (п. 3 ст. 4). Така необхідність, на нашу думку, зумовлена прагненням зменшити кількість зловживань своїми правами з боку споживачів.

Відносини за участю споживачів виникають і здійснюються у сфері майнового обігу. Підставою їх виникнення є певні види договорів. Проте споживачам створюються додаткові можливості охорони й захисту порівняно з іншими суб'єктами зобов'язальних відносин. Як вказують М. І. Брагінський і В. В. Вітрянський, однією з основних проблем, що вирішується цивільним правом, є захист слабкої сторони в договірному зобов'язанні. Реалізація цього завдання потребує нормального відступу від одного з основних правил цивільного законодавства – рівності учасників цивільно-правових відносин [10, с. 648].

На думку А. Є. Шерстобітова, надання пріоритету споживачам в охороні їх прав не можна вважати порушенням або відступом від принципу рівності, оскільки забезпечення ефективної дії норм, що становлять зміст інституту цивільно-правової охорони прав споживачів, можливе не шляхом відмови від принципу рівності сторін для створення споживачам пріоритетного положення, а на підставі створення додаткових обтяжень (обов'язків) виробників, продавців та послугодавців і кореспондуючих їм додаткових прав споживачів, які дозволили б урівняти їх нерівне економічне становище на споживчому ринку [11, с. 30]. Увагу необхідно приділяти не створенню пільгових умов для споживачів шляхом визначення їх додаткових прав у зобов'язальних відносинах, а більш чіткій регламентації обов'язків протилежної сторони.

На думку С. М. Бервено, однією з причин виникнення договорів доброї совісті виступає необхідність захисту інтересів споживачів та інших менш захищених за договорами сторін, що зумовило відхід законодавства розвинених країн від принципу диспозитивності свободи договору і звернення до імперативного регулювання тих цивільних правовідносин, в яких беруть участь споживачі, учасники інших відносин, спрямованих на запобігання зловживання підприємцями своїм переважним становищем щодо споживачів, і створення для цих контрагентів спеціальних умов у договірних відносинах, спрямованих на посилений захист прав «слабкої сторони», якою є споживач [12, с. 137].

Вважаємо, що такий підхід не є правильним, оскільки проголошення певних прав управомочених суб'єктів без конкретизації кореспондуючих їм обов'язків залишається декларативним і не створює підстав розвитку охорони прав споживачів. Закон України «Про захист прав споживачів» передбачає детальну регламентацію обов'язків, що кореспондують правам споживачів, і так само передбачає низку

прав виробників, продавців та послугодавців, тому детальна регламентація кореспондуючих обов'язків споживачів також має знайти відображення.

Відтак, збалансування економічного положення «сильної» та «слабкої» сторін здійснюється за допомогою застосування особливих цивільно-правових засобів охорони цивільних прав.

З вищевикладеного випливає необхідність визначення обов'язків споживача, що є елементом спеціального цивільно-правового статусу споживача як необхідної поведінки споживача, межі якої визначені відповідними нормами об'єктивного права з метою використання певних благ для задоволення особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

Г. А. Осетинська зазначає однобічний характер такої вимоги Закону України «Про захист прав споживачів», оскільки обов'язки спрямовані винятково на встановлення в багатьох випадках надмірно завищених вимог до продавців, виробників, виконавців і відсутність яких-небудь вимог щодо обов'язків споживача, що фактично цілком ліквідує дію принципу свободи договору. Г. А. Осетинська вважає сумнівним положення п. 3 ст. 16 Закону України «Про захист прав споживачів» про те, що несправедливим є умова договору про «установлення твердих обов'язків споживача» [13, с. 84].

О. В. Зверева вважає, що закріплення у Законі України «Про захист прав споживачів» обов'язків споживача обмежує пріоритет інтересів споживача як головної ознаки споживчого законодавства [14] і вважає, що не можна погодитися із вищевказаною думкою Г. А. Осетинської. В обґрунтування своєї позиції щодо негативних наслідків закріплення обов'язків споживача О. В. Зверева зазначає, що особливість Директиви ЄС 93/13/ЄЕС щодо несправедливих умов споживчих договорів полягає у тому, що в розвиток та на підставі положень п. 3 ст. 3 Директиви 93/13/ЄЕС розроблено додаток, який включає список договірних умов, визнаних несправедливими. Цей перелік прийнято називати «чорним списком», він включає роз'яснення щодо їх застосування, а також носить індикативний, необмежувальний характер [15].

На нашу думку, позиція О. В. Зверевої є не досить обґрунтованою, оскільки положення Директиви 93/13/ЄЕС не містять завищеної критики щодо умов договорів у частині регулювання обов'язків споживачів. Так п. «b» ч. 1 додатку до Директиви 93/13/ЄЕС, що містить перелік умов, які вважаються нечесними, вказує, що безпідставно виключити або обмежити юридичні права споживача стосовно продавця або постачальника або іншої сторони у випадку повного або часткового невиконання або неналежного виконання продавцем або постачальником будь-якого із зобов'язань договору, включаючи вибір взаємозаліку заборгованості продавцю або постачальнику та будь-якої вимоги, що споживач може до нього мати. У цьому випадку чітко вказується на неможливість обмеження прав споживача саме у випадку порушення вимог законодавства продавцем або постачальником. А от п. «o» ч. 1 Додатку визначає, що нечесними умовами є ті умови, які мають намір зобов'язати споживача виконувати всі його зобов'язання за договором, якщо продавець або постачальник не

виконують свої. Тобто, маємо пряму вказівку на наявність зобов'язань споживача стосовно продавця або постачальника. Відповідно до ч. 2 ст. 1 вищевказаної Директиви умови договорів, що відбивають обов'язкові норми закону або регулятивні положення та положення та принципи міжнародних конвенцій, учасниками яких є держави-члени або Співтовариство, особливо у сфері транспорту, не входять до сфери застосування цієї Директиви. Так, відповідно до ч. 1 ст. 698 ЦК України за договором роздрібною купівлі-продажу покупець зобов'язаний прийняти товар та оплатити його.

Також на думку деяких практиків та правозахисних організацій [16] у сфері захисту прав споживачів, через Закон України «Про захист прав споживачів» споживач в Україні став менш захищеним від суб'єктів недобросовісного бізнесу, обмеженим у своїх правах на якісну та безпечну продукцію. Нова редакція Закону України «Про захист прав споживачів» є фактично дискримінаційною по відношенню до споживача, суттєво звужує його права.

Таке твердження, на нашу думку, не є правильним, оскільки у законодавстві ЄС переважно містяться норми, що виокремлюють обов'язки споживача в тій чи іншій сфері. До найбільш поширених обов'язків можна віднести такі: а) обов'язки із своєчасної сплати за усіма рахунками; б) обов'язки у сфері охорони навколишнього середовища; в) обов'язки щодо виявлення правосвідомості (обов'язком споживача є вияв уваги та перевірка строку служби певної продукції); г) обов'язки щодо дій (споживач має забезпечувати усіма можливими для нього засобами справедливе укладення договорів для себе та для інших споживачів) [17].

Отже, на нашу думку, категорично відкидати існування обов'язків у споживача і говорити про те, що це буде обмежувати його права та виходити за межі регулювання, визначеного європейським законодавством у сфері захисту прав споживачів, є неприйнятним.

У п. 3 ст. 4 «Обов'язки споживача» Закону України «Про захист прав споживачів» зазначено, що споживач зобов'язаний: перед початком експлуатації товару уважно ознайомитися з правилами експлуатації, а за необхідності отримання додаткових роз'яснень умов та правил використання товарів, звернутися до продавця (виробника, виконавця) чи до іншої особи, зазначеної в експлуатаційній документації; використовувати товар за цільовим призначенням і дотримуватися правил, установлених в експлуатаційній документації; застосовувати передбачені виробником засоби, а в разі відсутності таких правил у документації – дотримуватися загальностворених заходів безпеки, передбачених для товарів такого роду.

Як правильно зазначає М. Ю. Челишев, споживач має й інші обов'язки, що зумовлені характером укладеного договору і передбачені в законодавстві [18, с. 15], наприклад: обов'язок повернути товар (результат роботи, послуги, якщо це можливо за їх характером) продавцеві (виконавцеві) при розірванні договору внаслідок порушення права споживача на інформацію; відшкодувати витрати на проведення експертизи товару, а також пов'язані з її проведенням витрати на збереження і транспортування товару, якщо результати експертизи виявилися не на користь споживача; довести, що недоліки товару (результату роботи, послуги) виникли

до передачі його споживачеві (прийняття споживачем) або з причин, що виникли до цього моменту; доплатити різницю у цінах при заміні товару неналежної якості на такий же товар іншої марки, моделі, артикулу; повернути виконавцеві річ з недоліками при пред'явленні споживачем вимоги про безоплатне виготовлення іншої речі з однорідного матеріалу такої ж якості або повторному виконанні роботи; оплатити частину виконаної роботи (зробленої послуги) при розірванні договору про виконання роботи (надання послуги) споживачем; оплатити матеріал виконавця; оплатити виконану роботу, надану послугу або отриманий товар.

На нашу думку, доцільно визначити таку класифікацію обов'язків споживача:

а) універсальні обов'язки споживача: підтвердження наявності договірних відносин із виробником (продавцем), виконавцем; ознайомлення із правилами експлуатації продукції до початку її використання; використання товару за цільовим призначенням і дотримання правил, установлених в експлуатаційній документації; застосовування визначених виробником засобів безпеки, передбачених для продукції такого роду;

б) спеціальні обов'язки: обов'язки споживача під час купівлі товарів; обов'язки споживача під час виконання робіт, надання послуг.

Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що класифікація обов'язків споживача як елемента спеціального правового статусу споживача дозволить приділити більше уваги дослідженню питань, пов'язаних із запровадженням у законодавство такого поняття, як «обов'язок споживача», визначити певні пропозиції щодо адаптації цивільного законодавства України до законодавства Європейського Союзу в сфері захисту прав споживачів.

У дослідженні особливостей правового регулювання окремих обов'язків споживача варто зазначити, що визначення обов'язків споживача є новелою Закону України «Про захист прав споживачів». Відповідно до ч. 11 ст. 8 цього Закону вимоги споживача розглядаються після пред'явлення споживачем розрахункового документа, а щодо товарів, на які встановлено гарантійний строк, – технічного паспорта чи іншого документа, що його замінює, з позначкою про дату продажу. На нашу думку, саме розрахунковий документ є фактом підтвердження укладення договору між продавцем (виконавцем, виробником) та споживачем.

М. І. Брагінський вказує, що договір вважається укладеним у належній формі з моменту видачі продавцем покупцю касового чи товарного чека або іншого документа, що підтверджує оплату товару, якщо інше не встановлено федеральним законом чи договором між продавцем і покупцем [19, с. 80]. Виняток із наведеного вище правила про правоутворююче значення отримання акцепту міститься в ч. 2 і 3 ст. 640 ЦК України, згідно з якими, якщо для договору необхідне також передання майна (зокрема, йдеться про реальні договори) або вчинення іншої дії, то договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії, а якщо договір підлягає державній реєстрації, – то договір є укладеним з моменту вчинення такої реєстрації [12, с. 204].

Разом із цим, необхідно зауважити стосовно форми договору роздрібною купівлі-продажу. Даний договір укла-

дається в усній формі, в простій письмовій або шляхом вчинення конклюдентних дій. У літературі переважає думка, що договір роздрібної купівлі-продажу, в основному, укладається в усній формі, наприклад, Т. Д. Левшина зазначає, що договір роздрібної купівлі-продажу, як правило, укладається усно, оскільки його виконання відбувається одночасно з укладенням [19, с. 76].

Але, на думку М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського, усна форма договору роздрібної купівлі-продажу швидше є виключенням із загального правила про письмову форму такого договору [20, с. 77]. Свою позицію вони пояснюють обов'язком продавця надати інформацію покупцю про товар, залучаючи стандартні форми, бланки, оскільки договір роздрібної купівлі-продажу відноситься до договорів приєднання.

З такою тезою погодитись важко, оскільки за загальним правилом такий договір укладається в усній формі; ні касовий, ні товарний чеки чи інший документ, що підтверджує оплату товару покупцем, не є письмовою формою, передбаченою ст. 207 ЦК України, оскільки не відповідають пред'явленим до неї вимогам.

Касовий чи товарний чек підтверджують факт і момент укладення договору в належній формі – чи усній, чи простій письмовій, а також деякі його умови: ціну, в ряді випадків, предмет договору, особу продавця [21, с. 46]. Вказані документи необхідні для розгляду вимог споживача незалежно від того, кому вони адресовані. Також це необхідно для встановлення дати реалізації продукції або її виготовлення, найменування продавця (виробника виконавця), наявності й змісту гарантійних зобов'язань.

Правилами продажу окремих видів продукції серед документів, що передаються споживачу разом із продукцією, крім товарного чи касового чеку, технічного паспорту, інструкції з експлуатації, згадуються інші види документів (документи на право власності на автотехніку, сертифікати на дорожнє каміння [22], ліцензія на придбання зброю, ветеринарне свідоцтво на придбання тварину). Ці документи не є фактичним підтвердженням укладення договору, і тому не можуть бути предметом вимоги продавця (виконавця, виробника).

Відповідно до ч. 3 ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів» перед початком експлуатації товару споживач зобов'язаний уважно ознайомитись із правилами експлуатації, викладеними в наданій виробником (продавцем, виконавцем) документації на товар. У разі необхідності роз'яснення таких умов, споживач має до початку використання товару звернутись за роз'ясненнями до продавця (виробника, виконавця) або до іншої вказаної в експлуатаційній документації особи, що виконує їх функції.

Разом із виникненням у споживача ряду обов'язків після прийняття нової редакції Закону виникла тенденція до збільшення зловживань своїми правами та невиконання обов'язків споживачами [23]. Використовуючи презумпцію вини продавця (виробника, виконавця) як економічно сильнішої сторони договору, споживачі, досить часто не дотримуючись правил експлуатації або ж не вивчаючи їх перед початком користування продукцією, легковажно зважають на свої знання, що призводить до пошкодження продукції. Як наслідок, споживач звертається до відповідного продавця (виробника, вико-

навця) із вимогою про заміну продукції неналежної якості. Тому продавцю (виробнику, виконавцю) досить часто необхідно доводити вину споживача, яка полягає у зміні якісних характеристик продукції.

До експлуатаційних документів належать: текстові, графічні конструкторські документи, які окремо або разом дають можливість ознайомитись із споживчими властивостями товару і в яких визначаються правила його експлуатації, зокрема технічний паспорт чи інший документ, що його замінює. У разі втрати споживачем експлуатаційних документів (технічного паспорта чи іншого документа, що його замінює) їх відновлення здійснюється у порядку, визначеному законодавством. Гарантійні зобов'язання зазначаються виробником (продавцем) у гарантійному талоні за формою № 1–гарант і № 2–гарант або в іншому експлуатаційному документі в розділі «Гарантійні зобов'язання виробника». До експлуатаційних документів також додаються відривні талони на технічне обслуговування (у разі не обхідності) і гарантійний ремонт за формою № 3–гарант і № 4–гарант.

Важливим елементом у механізмі відповідальності як продавця (виробника, виконавця), так і споживача, на нашу думку, може стати розписка споживача, яку необхідно включати в технічний паспорт або гарантійний талон тощо. Не зайвим також буде її дублювання у талоні для продавця із зазначенням номера гарантійного талона, прізвища та підпису споживача.

Розписка споживача має свідчити, зокрема: про факт отримання інформації про призначення, правила та умови експлуатації, зберігання та гарантійне обслуговування продукції; про якість та комплектність товару, в тому числі відсутність механічних пошкоджень (подряпин, тріщин тощо) в момент придбання продукції, а якщо вона доставляється продавцем (виробником, виконавцем) – в момент її отримання. Розписка саме про отримання інформації про продукцію більш коректна, ніж про ознайомлення з нею, оскільки, на нашу думку, ознайомитись споживачу з таким обсягом інформації під час придбання продукції неможливо. Але разом із тим, така розписка не позбавляє продавця (виробника, виконавця) обов'язку роз'яснити умови експлуатації продукції за умови, якщо споживач неспроможний буде це зробити самостійно.

Наявність у споживача права вимагати відшкодування завданої дефектною продукцією або продукцією неналежної якості шкоди передбачає у нього обов'язок щодо доведення завданої шкоди, дефекту продукції, причино-наслідкового зв'язку між такою шкодою та дефектом (ч. 2 ст. 16 Закону України «Про захист прав споживачів»). Відповідна норма міститься й у законодавстві Європейського Союзу (ст. 4 Директиви 85/374/ЄЕС про наближення законів, нормативно-правових актів, адміністративних положень держав-членів, що стосуються відповідальності за дефектну продукцію).

Виробник (виконавець, продавець) звільняється від відповідальності, якщо доведе, що шкоду завдано з вини самого споживача внаслідок порушення ним встановлених правил використання, зберігання чи транспортування продукції або дії непереборної сили, не вводив в обіг продукцію, дефект у продукції виник внаслідок додержання виробником вимог законодав-

ства або виконання обов'язкових для нього приписів органів державної влади. Надання доказів цього покладатиметься на продавця. Це підтверджується і ч. 2 ст. 679 ЦК України, де вказується, що продавець відповідає за недоліки товару, якщо він не доведе, що вони виникли після його передання покупцеві внаслідок порушення покупцем правил користування чи зберігання товару.

Отже, і Закон України «Про захист прав споживачів», і ЦК України покладають обов'язок доведення цієї обставини саме на продавця чи виробника товару. Більше того, така обставина має бути доведена спеціальною експертизою.

Якщо у продавця (виробника, виконавця) виникли сумніви щодо обґрунтованості заявлених споживачем вимог, він отримує у споживача згоду на проведення експертизи продукції. У триденний строк з дня отримання такої згоди в письмовій формі продавець (виробник, виконавець) зобов'язаний організувати проведення експертизи продукції. При цьому експертиза проводиться за рахунок продавця (виробника, виконавця). Якщо експертизою буде доведено, що недоліки виникли після отримання продукції споживачем у результаті порушення ним встановлених правил використання, зберігання чи транспортування або дій третіх осіб, вимоги споживача не підлягають задоволенню. При цьому споживач зобов'язаний відшкодувати продавцю (виробнику, виконавцю) витрати на проведення експертизи. Будь-яка із заінтересованих сторін має право оскаржити результати експертизи в судовому порядку.

Необхідно звернути увагу, що стосовно деяких товарів встановлено додаткові вимоги до порядку їх направлення на експертизу. Так, згідно з п. 13 Порядку гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни технічно складних побутових товарів у разі виникнення необхідності у визначенні причини втрати якості товару, гарантійний строк якого не закінчився, продавець зобов'язаний у триденний строк з дня отримання письмової заяви від споживача відправити такий товар на експертизу. Споживачу видається акт прийняття товару на експертизу за формою № 6–гарант. Складним на даний момент все ще залишається питання визначення уповноваженої особи, яка здійснюватиме експертизу [24; 25, с. 334].

Компромісним варіантом, який дозволяє якщо не зняти, та значно знизити гостроту питання про ступінь незалежності експертизи, є, на нашу думку, варіант, коли експертиза проводиться лабораторією при управлінні із захисту прав споживачів. Продавець (виробник, виконавець) може убезпечити себе від звинувачень щодо необ'єктивності експертизи і погодити зі споживачем, який саме суб'єкт проводитиме експертизу продукції. Саме посиляючись на необхідність забезпечення незалежної експертизи, багато фахівців зазначають, що така експертиза не може проводитися сервісним центром самого продавця чи виробника.

Найраціональнішим варіантом вирішення цього питання є досягнення у кожному конкретному випадку споживачем та продавцем (виробником, виконавцем) обопільної згоди про уповноваженого на проведення експертизи суб'єкта, тобто суб'єкта, висновкам якого обидві сторони можуть довіряти. Поставити питання про

те, що експертизу було проведено некомпетентним суб'єктом або її висновки не є незалежними, може суд. У цьому випадку має бути призначено судову експертизу.

На нашу думку, необхідним є прийняття окремого нормативного акта щодо визначення причин втрати якості товарів, де чітко визначити механізм, суб'єктів, терміни такої експертизи, відповідальність за недодержання вимог із проведення такої експертизи тощо. Окрім того, доцільно внести відповідні доповнення у постанову Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду цивільних спорів за позовами про захист прав споживачів», де висвітлити і деталізувати на основі судової практики це питання.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що обов'язки споживача є елементом його цивільно-правового статусу споживача. Обов'язки споживача класифіковано на: *універсальні* (підтвердження наявності договірних відносин із виробником (продавцем), виконавцем; ознайомлення із правилами експлуатації продукції до початку її використання; використання товару за цільовим призначенням і дотримання правил, установлених в експлуатаційній документації; застосування визначених виробником засобів безпеки, передбачених для продукції такого роду) та *спеціальні*, що обумовлені видом продукції, яку придбаває споживач (обов'язки при купівлі товарів, виконанні робіт або наданні послуг). Класифікація обов'язків споживача як елемента спеціального правового статусу споживача дозволить приділити більше уваги дослідженню питань, пов'язаних із запровадженням у законодавство такого поняття, як «обов'язок споживача» та сформулювати певні пропозиції щодо адаптації цивільного законодавства України до законодавства Європейського Союзу в сфері захисту прав споживачів. Також, на нашу думку, потребують більш глибокого та детального правового регулювання обов'язки споживача, зважаючи на збільшення кількості зловживань у цій сфері як з боку виробника, продавця та виконавця, а також і самого споживача.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный)* / Под ред. О. Н. Садикова. – М.: Контракт; Инфра-М, 1998. – 1124 с.
2. *Комментарий к Закону Российской Федерации «О защите прав потребителей» (постатейный)* / Под ред. А. М. Эрделевского. – М.: Юристъ, 2002. – 382 с.
3. *Іваненко Л.* Реалізація права споживачів на придбання товару належної якості / Л. Іваненко, О. Язвінська // *Право України*. – 2003. – № 8. – С. 73 – 77.
4. *Опришко В. Ф.* Качество продукции: управление и право / В. Ф. Опришко. – К.: Вища школа, 1982. – 224 с.
5. *Парамонова А. М.* Компенсация морального вреда, причиненного товаром ненадлежащего качества / А. М. Парамонова // *Актуальные проблемы правовой науки*. Выпуск 1. – Архангельск: Поморский государственный университет им. М. В. Ломоносова, 2000. – С. 146 – 152.
6. *Проскурина Е. В.* Информация о товаре как одна из составляющих его качества / Е. В. Проскурина // *Российская академия юридических наук. Научные труды*. Выпуск 3. Том 1. – М.: Юристъ, 2003. – С. 790 – 792.
7. *Чапкевич Л. Е.* Качество и безопасность потребительских товаров: Эволюция правового регулирования /

Л. Е. Чапкевич // Адвокат. – 2005. – № 7. – С. 88 – 96.

8. *Великий тлумачний словник сучасної української мови* (з дод. і допов.) / [уклад. і голов. ред. В. Т. Буцел]. – К. ; Ірпінь : Перун, 2005. – 1728 с.

9. *Иоффе О. С.* Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1967. – 494 с.

10. *Брагинский М. И.* Договорное право. Книга первая: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. [изд. 2-е, испр.] – М. : Статут, 1999. – 848 с.

11. *Шерстобитов А. Е.* Гражданско-правовые вопросы охраны прав потребителей / А. Е. Шерстобитов. – М. : Изд-во МГУ, 1993. – 144 с.

12. *Бервено С. М.* Проблеми договірного права України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / Бервено Сергій Миколайович. – К., 2006. – 440 с.

13. *Осетинська Г. А.* Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Осетинська Ганна Анатоліївна. – К., 2006. – 220 с.

14. *Зверева О. В.* Деякі аспекти судового захисту прав необмеженого кола споживачів [Електронний ресурс] / О. В. Зверева // Часопис Академії адвокатури України. – 2008. – № 1. – URL : <http://www.aau.edu.ua/up/docs/conf141207/zvereva.pdf>.

15. *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts* // Official Journal. – L 95. – 21.04.1993. – P. 29–34.

16. *Громадське звернення учасників круглого столу «Кого захищає новий Закон України «Про захист прав споживачів»? Київ, 15 березня 2006 року* [Електронний ресурс] Орган сертифікації продукції. – URL : <http://ecolabel.org.ua/index.php?id=327&start=24>.

17. *Rights & obligations of consumers of communica-*

tion services [Електронний ресурс] Tanzania Communications Regulatory Authority. – URL : <http://www.tcra.go.tz/customer/ConsumerRights.pdf>.

18. *Комментарий к Закону РФ «О защите прав потребителей»*: Постатейный / Под общ. ред. М. Ю. Чельшева. – М. : Юрайт-М, 2002. – 255 с.

19. *Левшина Т. Л.* Основы законодательства о защите прав потребителей курс лекций / Т. Л. Левшина. – М. : Юрид. лит., 1994. – 160 с.

20. *Брагинский М. И.* Договорное право. Книга вторая: Договора о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2000. – 800 с.

21. *Письменная О. П.* Правовідносини, що виникають у зв'язку з порушенням прав споживачів внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Письменная Олена Пилипівна. – К., 2006. – 200 с.

22. *Про затвердження Правил комісійної торгівлі ювелірними виробами з дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння, дорогоцінного каміння органогенного утворення та напівдорогоцінного каміння* : Наказ Мінфіну від 27.10.2004 № 678 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 47. – Ст. 3119.

23. *Воловик О.* Защита продавца, если не прав потребитель [Электронный ресурс] / О. Воловик // Бухгалтерия. – 2006. – № 32 (707). – 7 августа. – URL : <http://www.buhgalteria.com.ua/Hit.html?id=1467>.

24. *Волинець А.* Проблемні питання проведення експертизи щодо захисту прав споживачів [Електронний ресурс] / А. Волинець // Юстиніан. – 2005. – № 8. – URL : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1854>.

25. *Коломієць Т. М.* Экспертиза товаров : підручн. / Т. М. Коломієць, Н. В. Притульська, О. Л. Романенко. – К. : КНТЕУ, 2001. – 274 с.

In this article the author investigates consumer features duties as part of their civil and legal status under the laws of Ukraine and the European Union, outlined the feasibility regulatory consolidation of responsibilities defined types, and describes some duties consumer.

В статтє раскрываются особенности обязанностей потребителей как элементы их гражданско-правового статуса в законодательстве Украины и Европейского Союза, определены целесообразность нормативного закрепления таких обязанностей, их виды, а также охарактеризованы отдельные обязанности потребителя.

РЕГЛАМЕНТ РИМ III ЯК ВАЖЛИВИЙ КРОК У ФОРМУВАННІ ЄДИНОГО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СІМЕЙНОГО ПРАВА

Ваграс В. А.,

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

У статті досліджено таке джерело сімейного права Європейського Союзу, як Регламент Рим III «Вибір права при розлученні». Аналізуються вторинні джерела права ЄС та їх роль у регулюванні приватних відносин в Європі. При правовій характеристиці Регламенту Рим III не лише аналізується структура цього нормативно-правового акта, а й порівнюються положення національного законодавства України щодо вибору права при розірванні шлюбу з нормами Регламенту. На основі проведеного дослідження автор робить висновки та пропозиції щодо вдосконалення Закону України «Про міжнародне приватне право». Доводиться, що прийняття Регламенту Рим III є важливим кроком у формуванні єдиного європейського сімейного права.

Ключові слова: джерело права, приватне право, право ЄС, Регламент Рим III, розірвання шлюбу.

Важливе значення у правовій системі ЄС відіграють вторинні джерела права, які є правовими актами

інститутів Союзу. Порядок ухвалення таких документів та їх система визначені в ст. 249 Договору про ЄС, яка

розподіляє джерела вторинного права на регламенти, директиви та рішення [1]. У рамках даного наукового дослідження ми зосередимось на регламентах та їх ролі у регулюванні сімейних відносин в Європейському Союзі та визначимо *мету*: не лише проаналізувати такі нормативні акти як регламенти, а й в рамках наукової статті простежити роль та значення Регламенту Рим III як основного джерела сімейного права в Європі щодо вибору права при розлученні.

У процесі дослідження використовуються основні методологічні наукові праці про право ЄС та адаптацію, гармонізацію та уніфікацію законодавства України стосовно законодавства ЄС таких вчених, як: Ю. В. Білоусов, А. С. Довгерт, Л. М. Енгін, С. Ю. Кашкін, О. Д. Крупчан, М. М. Марченко, О. М. Москаленко, О. В. Лаба, К. В. Смирнова, Р. О. Стефанчук, О. В. Стрельцова та ін. Стосовно наукових досліджень регламентів, то, на жаль, їм присвячена невелика кількість робіт, хоча роботи таких науковців, як А. О. Виноградов, Е. Леанович свідчать про зростання уваги до окресленої проблематики. Натомість для дослідження Регламенту Рим III доводилось користуватися першоджерелами, оскільки його офіційного перекладу українською мовою ще до цього часу не здійснено.

Регламенти як джерела права є нормативно-правовими актами загального характеру, є загальнообов'язковими для всіх суб'єктів європейського права та мають пряму дію, оскільки підлягають застосуванню усіма державами-членами Союзу, незалежно від того перебувала держава в складі ЄС до прийняття регламенту, чи ні. У зв'язку з цим прийнятий регламент не потребує ратифікації, і як правильно зазначає С. Ю. Кашкін, згідно з прецедентною практикою Суду європейських співтовариств держави-члени не вправі підмінювати регламент власними правовими актами [2, с. 144]. В літературі досить часто регламенти також називають законодавчими актами Співтовариств чи Союзу [3, с. 74]. Вони публікуються в офіційному виданні і вступають в законну силу на 20-й день після опублікування, причому пряма дія регламенту прямо обумовлена в установчих актах, оскільки відповідно до ст. 249 Договору про заснування ЄС 1957 р. регламент має загальну дію. Він є обов'язковим у повному обсязі та підлягає прямому застосуванню у всіх державах-членах [1]. У західній правовій доктрині регламент прийнято розглядати в якості інструмента уніфікації права, завдяки якому вводяться повністю однакові (уніфіковані) правила поведінки для всіх суб'єктів права ЄС.

У приватному праві ЄС заслуговують на особливу увагу: Регламент Рим I, Регламент Рим II та Регламент Рим III. Регламент Рим I є наслідком трансформації Римської конвенції 1980 р. про право, що застосовується до договірних зобов'язань. Він вступив у дію 24 липня 2008 р. та є частиною масштабного проекту щодо впорядкування питань вибору норм права щодо зобов'язань у цивільних та торгових справах [4, с. 248]. Доповненням Риму I є Регламент Рим II, який застосовується в ЄС з 11 січня 2009 р. і містить норми, що регулюють вибір права у недоговірних зобов'язаннях [5, с. 21]. Основна мета, яку переслідують два вищевказані регламенти – це узгодження регулювання зобов'язальних правовідносин у сфері єдиного ринку ЄС [6, с. 187].

У липні 2006 р. Комісія ЄС висунула ініціативу щодо покращення правового регулювання провадження у

справах про розлучення. На сьогоднішній день така пропозиція відома нам як Регламент Рим III [7]. Спеціальний уповноважений з питань юриспруденції, свободи та безпеки Франко Фраттіні Комісії ЄС щодо цього зазначав, що ці законодавчі ініціативи спростять життя для подружніх пар у ЄС. Вони посилюють правову визначеність та дають змогу парам знати, яке законодавство буде застосовуватись до режиму їх подружньої власності та розлучення. Ціль не є координувати внутрішньодержавні права, а забезпечити правову визначеність, гнучкість та право розгляду справи [8]. Варто погодитися з його словами, адже головною метою цього Регламенту є забезпечення правової визначеності, гнучкості та права вимагати справедливого розгляду справ міжнародного розлучення, з'ясовуючи яке саме законодавство слід застосовувати в такій судовій справі [8]. Комітет Європейського Союзу зробив висновок, що це питання є міжнародним, воно не може бути вирішене на рівні окремої держави [8]. Адже кожна держава-член Європейського Союзу має свої колізійні норми щодо розлучення. Тому воно має бути врегульоване на рівні всього Європейського Союзу. Таким «загальносоюзним регулюванням» питань вибору права і став Регламент Рим III.

Регламент Рим III [7], який прийнятий у Брюсселі 20 грудня 2010 р. покликаний вирішити проблеми, які виникли в ЄС у сфері вибору права при розлученні, тому що питання розлучень визнані в юридичній літературі одними з джерел найбільш гострих і багатьох колізій, що зумовлюються неоднаковим регулюванням підстав і процедури розірвання шлюбів, а також невизнанням іноземних розлучень у власних юрисдикціях багатьох країн [9, с. 115]. В. М. Гайворонський та В. П. Жушман з цього приводу вказують: «Поряд з тим, що розірвання шлюбів має національні особливості, серед них можна виділити деякі однакові концепції. Так, існують країни, в яких і досі розірвання шлюбу є неможливим (Ірландія). В деяких країнах розірвання шлюбу можливе тільки за наявності чітко встановленого обмеженого кола підстав, яке не включає взаємну згоду подружжя (Італія). У більшості країн розірвання шлюбу допускається, в тому числі за взаємною згодою подружжя (Англія, Бельгія, Данія, Німеччина, Норвегія). Прикладом законодавства, яке дозволяє розірвання шлюбу на чітко встановлених підставах, є Закон Італії про розлучення 1970 р. Такими підставами вважаються засудження одного з подружжя до серйозного кримінального покарання, окреме проживання не менше п'яти років на умовах сепарації, нездатність до шлюбного життя, отримання одним із подружжя розлучення за кордоном. Законом Франції 1975 р. було встановлено можливість розірвання шлюбу за взаємною згодою подружжя, а також на таких легальних підставах, як винна поведінка одного з подружжя у розладі шлюбного життя: подружжя зрада, жорстоке поводження, засудження до кримінального покарання. В Англії, згідно із законом 1971 р., розлучення можливе за взаємною згодою після дворічної сепарації. У Німеччині закон 1976 р. передбачає можливість розірвання шлюбу на підставі кінцевого й непоправного розладу шлюбного життя. У Швейцарії розлучення можливе без зазначення будь-яких підстав» [10, с. 272]. Все це ще раз підтверджує

необхідність вироблення єдиних підходів у рамках ЄС до правового регулювання питань припинення шлюбу.

З. М. Макаруха зазначає, що «традиційно здійснення правосуддя – внутрішня функція держави, одна з форм реалізації її суверенітету. Європейські інтеграційні процеси, а саме проголошення однієї з пріоритетних цілей ЄС – створення простору свободи, безпеки та юстиції – зумовили необхідність однакового міждержавного регулювання найбільш важливих питань цивільного судочинства» [11]. Адже, як вказує Д. Фомін, за статистикою з 122 млн. шлюбів, укладених в ЄС, 16 млн. (13 %) носять транскордонний характер. Широкому поширенню явища, породженого створенням єдиного простору без внутрішніх кордонів, перешкоджає відмінність у правових системах різних держав і підходів до визначення майнових відносин у сім'ї [1].

Саме за допомогою вказаного Регламенту Рим III вирішуються такі питання як суд, який повинен розглядати справу про розірвання транскордонного шлюбу, застосоване до цих правовідносин право, право вибору права (автономія волі сторін). Він покликаний максимально спростити процедуру розірвання шлюбу в міжнародному приватному праві ЄС і не поширюється на майнові питання подружжя. Адже кожна країна ЄС має свої колізійні прив'язки та порядок розірвання шлюбу за участю іноземного елемента. Наприклад, параграф 40 Указу Угорщини 1979 р. № 13 про міжнародне приватне право передбачає, що: «наявність умов для розірвання шлюбу визначається відповідно до права, яке на момент подання позовної заяви до суду є спільним особистим законом подружжя. Якщо особисті закони подружжя на момент подання позовної заяви розрізняються, їх відносини визначаються відповідно до останнього спільного особистого закону, а в разі його відсутності – за угорським законодавством, якщо один із подружжя є угорським громадянином, а у протилежному разі – за правом держави, на території якої подружжя в останній раз спільно проживало. Якщо подружжя не мало спільного місця проживання, застосовується право тієї держави, суд чи інший орган влади якого розглядає справу» [10, с. 275]. Тому уніфікація права ЄС, прикладом якої є Регламент Рим III, це – надійний інструмент вирішення колізійних питань регулювання приватноправових відносин у рамках такого великого об'єднання держав.

Вказаний Регламент є обов'язковим у повному обсязі і підлягає прямому застосуванню державами-членами ЄС. Він опублікований в Офіційному журналі Європейського Союзу [12]. Необхідно вказати на те, що Регламент Рим III жодним чином не впливає на застосування Регламенту № 2201/2003, який набрав чинності 1 серпня 2004 р. та більше відомий як Регламент Брюссель II [13]. Зокрема, ст. 2 Регламенту Рим III зафіксувала аналогічне положення. З цього приводу З. М. Макаруха зазначає: «Регламент № 2201/2003 застосовується до окремої групи цивільно-процесуальних відносин, а саме розлучення, розірвання та анулювання шлюбу, а також до усіх аспектів батьківської відповідальності. Під батьківською відповідальністю, відповідно до положень зазначеного Регламенту, слід мати на увазі всі права та обов'язки фізичної чи юридичної особи

стосовно особи чи власності дитини (Регламентом не регулюються питання утримання, правове регулювання яких здійснюється положеннями Регламенту Ради ЄС № 4/2009 від 18 грудня 2008 р.). Регламент № 2201/2003 не застосовується до: встановлення та зміни батьківства; усиновлення; визначення імені та прізвища дитини; спадкування; заходів, прийнятих у зв'язку з вчиненням дітьми кримінальних правопорушень» [11]. Основним призначенням Регламенту Брюссель II є вибір юрисдикції, а також визнання та виконання судових рішень стосовно сімейних справ і справ з батьківських обов'язків.

Щодо структури Регламенту Рим III, то він складається з чотирьох глав, які об'єднують 21 статтю [7]. Глава I називається «Взаємодія з Регламентом ЄС № 2201/2003, визначення та універсальне застосування». Зокрема, ст. 1, яка має назву «Сфера» вказує на те, що Регламент Рим III застосовується у ситуаціях, пов'язаних із конфліктом законів про розлучення. Положення цього Регламенту не поширюється на наступні питання, навіть якщо вони виникають лише в якості попередніх у контексті розлучення або судового розгляду: 1) правоздатність фізичної особи; 2) існування, дійсність або визнання шлюбу; 3) анулювання шлюбу; 4) вибір прізвища одним із подружжя; 5) майнові наслідки шлюбу; 6) батьківська відповідальність; 7) аліментні зобов'язання; 8) спадкоємність.

Статтею 3 вказаного Регламенту пояснюються терміни, які застосовуються в ньому. Зокрема, словосполучення «держава, яка бере участь» означає державу, яка бере участь у розширенні співробітництва в законі, який застосовується до розлучення в силу рішення 2010/405/EU, або на підставі рішення, прийнятого відповідно до другого або третього пункту ст. 331 (1) Договору про функціонування Європейського Союзу. Термін «суд» поширюється на всі органи влади держав-членів з юрисдикцією в питаннях, що входять до сфери правового регулювання Регламентом Рим III.

Глава 2 регулює питання вибору права, яке застосовується до розлучення та є однією з найголовніших в цьому Регламенті. Зокрема, ст. 5 передбачає, що подружжя може домовитися та обрати закон, що врегулюватиме питання розлучення. Такими «законами» можуть бути: 1) право держави, де подружжя постійно проживає на момент домовленостей про вибір права; 2) закон тієї держави, де подружжя у минулому проживало, за умови, що один з подружжя на теперішній час там постійно проживає; 3) право держави громадянства одного з подружжя на момент домовленостей про вибір права; 4) право суду. Відповідно до ст. 7 угода про вибір права має бути укладена у письмовій формі із зазначенням дати її укладення та підписана сторонами. Будь-яке повідомлення про вибір права, що зроблено за допомогою електронних засобів, буде вважатися таким, що здійснене у письмовій формі.

Статтею 8 Регламенту Рим III передбачено випадки правозастосування у разі відсутності домовленостей подружжя про вибір права. У такому випадку застосуванню підлягає закон держави: 1) де подружжя постійно проживає на момент судового розгляду; 2) де подружжя у минулому постійно проживало, за умови, що строк такого проживання не перевищує одного року та один з подружжя до цих пір проживає в цій державі;

3) право держави, громадянами якої є подружжя на час судового розгляду; 4) вибір права судом.

Варто сказати, що Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. (далі – Закон) [14], який встановлює порядок врегулювання приватно-правових відносин, які хоча б через один із своїх елементів пов'язані з одним або кількома правопорядками, іншими, ніж український передбачає, що припинення шлюбу та правові наслідки припинення шлюбу визначаються правом, яке діє на цей час щодо правових наслідків шлюбу (тобто, ст. 60 Закону). Відповідно до ст. 60 вказаного Закону правові наслідки шлюбу визначаються спільним особистим законом подружжя, а за його відсутності – правом держави, у якій подружжя мало останнє спільне місце проживання, за умови, що хоча б один з подружжя все ще має місце проживання у цій державі, а за відсутності такого – правом, з яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином. Подружжя, яке не має спільного особистого закону, може обрати право, що буде застосовуватися до правових наслідків шлюбу, якщо подружжя не має спільного місця проживання або якщо особистий закон жодного з них не збігається з правом держави їхнього спільного місця проживання. Угода про вибір права припиняється, якщо особистий закон подружжя стає спільним.

З наведеного можна сказати, що за винятком деяких положень вказаний Закон певним чином адаптований до загальноєвропейського сімейного законодавства в частині регулювання питань припинення шлюбу. Але українському законодавцю необхідно було б врахувати певні положення Регламенту Рим III в Законі України «Про міжнародне приватне право» щодо збільшення колізійних прив'язок, що мають застосовуватися під час припинення шлюбу та вибору права сторонами. Зокрема, вдалим було б доповнення ч. 1 ст. 60 Закону нормою, відповідно до якої суд би мав право вибору права, якщо неможливо було б застосувати передбачені в Законі колізійні прив'язки. Також варто вказати на те, що відповідно до ч. 2 ст. 60 Закону вибір права обмежений лише правом особистого закону одного з подружжя на відміну від Регламенту Рим III, ст. 5 якого чітко визначає цілий комплекс колізійних прив'язок у такому випадку. Тому для того, щоб уникнути в майбутньому непорозумін між сторонами спору необхідно розширити ч. 2 ст. 60 Закону України «Про міжнародне приватне право» в частині вибору права подружжям, врахувавши положення ст. 5 Регламенту Рим III.

У зв'язку з тим, що Європейський Союз – це багатонаціональне об'єднання, ст. 13 Регламенту Рим III передбачено механізм дії у випадках, коли є відмінності в національному законодавстві. Зокрема, вказаний Регламент не зобов'язує жодну з держав – членів ЄС, законодавство якої передбачає інше, відмовляти в процесі в силу наявності Регламенту Рим III.

У випадку, якщо держава складається з декількох територіальних одиниць, кожна з яких має свою власну систему права або набір правил, що стосуються питань, які регулюються цим Регламентом, то будь-яке посилення на право цієї держави не може бути витлумачено, для цілей визначення права, що застосовується на підставі Регламенту Рим III.

Глава 3 Регламенту Рим III називається «Інші умови» та у ст. 18 передбачає, що він набирає чинності з 21 червня 2012 р. і не поширюється на угоди про вибір права, які укладені до 21 червня 2012 р. Але їм буде даватися оцінка в разі, якщо вони будуть відповідати ст. 6 та 7 Регламенту, які регулюють питання згоди та дійсності угод про вибір застосовуваного права. Держави, які беруть участь у розширенні співробітництва на підставі Договору про функціонування ЄС, мають застосовувати цей Регламент з дати прийняття рішення про співробітництво.

Крім того, варто зазначити, що Прикінцевими положеннями Регламенту Рим III (Глава 4) передбачено, що станом на 15 грудня 2015 р. і кожні 5 років Комісія ЄС повинна подавати на розгляд Європейського Парламенту, Ради та Європейського економічного і соціального комітету доповідь про застосування цього Регламенту. Доповідь має містити пропозиції щодо адаптації до його норм.

Регламент Рим III, як і Регламенти Рим I та Рим II, безумовно є документом, який має не тільки загальноєвропейське, а й світове значення [15, с. 205]. Пояснюється це тим, що він на новій правовій основі вирішує колізійні питання розірвання шлюбу за участю іноземного елемента в державах Європейського Союзу.

Україна, прагнучи до повної євроінтеграції, визнає європейське законодавство як правовий орієнтир. Не виключенням є і Регламент Рим III, норми якого необхідно використовувати українському законодавцю в процесі удосконалення колізійних питань міжнародного приватного права, зокрема щодо питань, які впливають із сімейних правовідносин. Наша держава є учасником багатьох міжнародних та регіональних організацій. У рамках СНД сучасне цивільне та сімейне законодавство є певним чином уніфікованим завдяки ряду конвенцій і спадковості радянської системи права, що полегшує вирішення транскордонних питань. Н. Г. Дороніна, досліджуючи питання уніфікації і гармонізації права в умовах економічної інтеграції держав, вказує, що для країн, що входили раніше до СРСР, економічна інтеграція є основним, якщо не єдиним, способом зайняти втрачені ними зарубіжні ринки після зникнення СРСР, а також зберегти національну промисловість в умовах жорсткої конкурентної боротьби з іноземним капіталом в межах своїх держав. Цим пояснюється підвищений інтерес юристів до проблем уніфікації та гармонізації законодавства [16, с. 84]. Іншою є ситуація з адаптацією сучасного українського цивільного і сімейного законодавства до вимог ЄС. Незважаючи на те, що наша держава робить певні послідовні дії щодо досягнення відповідності до *acquis communautaire*, багато проблем залишаються ще не вирішеними повною мірою. Подальшим кроком має стати імплементація положень Регламенту Рим III у сучасний Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. для зближення правового регулювання колізійних питань розлучення в Україні та Європейському Союзі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Право Європейського Союзу* [Електронний ресурс]. – URL : <http://eulaw.ru/treaties>.
2. *Право Європейського Союзу* : учебн. для вузов [2-е изд.] / Под ред. С. Ю. Кашкина. – М. : Юристъ, 2009. – 1054 с.

3. Ентін Л. М. Право Європейського Союзу: основні категорії та поняття : навч. посіб. / Л. М. Ентін. – К. : ЛНУ імені Івана Франка, 2003. – 102 с.

4. Виноградов А. А. Договорне право ЄС – завтрашній день Євросоюзу / А. А. Виноградов // Вестник МГІМО–УНІВЕРСИТЕТА. – 2011. – № 5 (20). – С. 248 – 250.

5. Леанович Е. Роль права Європейського Союзу в процесі уніфікації колізионних норм, применимих к внедоговорным обязательствам / Е. Леанович, И. Гаспаревич // Журнал международного права и международных отношений. – 2010. – № 3. – С. 21 – 28.

6. Виноградов А. А. «Рим I» и «Рим II» – вопрос выбора / А. А. Виноградов // Вестник МГІМО–УНІВЕРСИТЕТА. – 2010. – № 1 (15). – С. 187 – 194.

7. Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation [Електронний ресурс] Eur-Lex. – URL : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:EN:PDF>.

8. 52-а Довідка Сесії 2005-06 Комітету ЄС «Рим III – вибір права при розлученні» [Електронний ресурс] United Kingdom Parliament. – URL : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldecom/272/272.pdf>.

9. Международное частное право / [под ред. Г. К. Матвеева]. – К. : Вища шк., 1985. – 176 с.

10. Міжнародне приватне право : навч. посіб. / [за ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жущмана]. – К. : Юрін-

ком Інтер. – 368 с.

11. Макаруха З. М. Юрисдикція, визнання та виконання судових рішень у цивільних справах транснаціонального характеру [Електронний ресурс]. – URL : <http://dSPACE.nbuv.gov.ua/dSPACE/bitstream/handle/123456789/18345/07-Makarukha.pdf?sequence=1>.

12. Conflict of Law [Електронний ресурс] Conflict of Laws.net. – URL : <http://conflictflaws.net/2010/rome-iii-regulation-published-in-the-official-journal>.

13. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 // Official Journal. – L 338. – 23/12/2003. – P. 0001 – 0029.

14. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 року // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 1278.

15. Ерпылева Н. Ю. Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. № 864/2007 «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» (РИМ-II) / Н. Ю. Ерпылева // Закон. – 2008. – № 10. – С. 203 – 206.

16. Доронина Н. Г. Унификация и гармонизация права в условиях экономической интеграции государств / Н. Г. Доронина // Право и экономика. – 1997. – № 17 – 18. – С. 82 – 85.

The scientific article is devoted to the Regulations as secondary sources of EU family law. The author believes that the adoption of the ROME III regulation «Choice of law in a divorce» is an important step not only for a European family law, but also to accommodate a family of Ukrainian legislation to EU legislation.

В статье исследуются регламенты как вторичные источники семейного права ЕС. Автор делает вывод о том, что принятие Регламента РИМ III «Выбор права при разводе» является важнейшим шагом не только для формирования единого европейского семейного права, но и для адаптации семейного законодательства Украины к законодательству ЕС.

ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Боярський Є. Д.,

аспірант НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті наводяться підходи до визначення інституту застереження про публічний порядок, розкриваються його функції та правова природа, аналізуються підходи різних законодавств світу до встановлення наслідків застосування даного застереження.

Ключові слова: застереження про публічний порядок, колізійні норми, міжнародне приватне право, міжнародний цивільний процес.

Як відомо, наявність іноземного елемента у приватноправових відносинах призводить до виникнення проблеми визначення компетентного права для врегулювання таких відносин. За відсутності міжнародного уніфікованого матеріального регулювання приватноправових відносин, для вирішення зазначеної проблеми використовуються колізійні норми, які призначені для встановлення права держави, яке підлягає застосуванню до спірних відносин, що виступають об'єктом міжнародного приватного права. Причому, якщо компетентна колізійна норма є двосторонньою, застосовним іноземним

правом потенційно може стати право будь-якої держави світу, що належить до будь-якої правової сім'ї.

Відомий компаративіст Рене Давід зазначав, що право різних держав сформульовано на різних мовах, використовує різну техніку та створено для суспільств із цілком різними структурами, нравами та віруваннями [2, с. 8]. Це є наслідком того, що для права як соціального утворення є характерною соціальна обумовленість, або адекватність права суспільним відносинам, що ним регулюються, здатність відображати об'єктивні потреби суспільного життя. Відповідно, відмінності в

соціально-економічних, культурних, релігійних, етичних та інших умовах життя суспільств у різних державах є чинниками, що впливають на відмінність одне від одного правових систем держав. Таким чином, у сучасному світі кожна держава має своє право, а трапляється і так, що в одній і тій самій державі діють одразу кілька конкуруючих правових систем. Звідси будь-яка правова норма як елемент правової системи держави при застосуванні в іноземному правовому полі може стати чужорідним тілом, яке не вписується у правопорядок даної держави, і, відповідно, може спричинити дестабілізацію його основ.

Але якщо внаслідок застосування іноземного права порушуватимуться засади існуючого в державі устрою, така держава перестане виконувати своє призначення – забезпечувати організацію та захист суспільства, а право своє – зберігати та підтримувати порядок у суспільстві [7, с. 152]. Тому попри те, що у приватноправових відносинах держава санкціонує застосування іноземного права, в силу свого територіального верховенства вона зберігає за собою можливість встановлювати межі екстериторіальної дії іноземного права.

Як наслідок, з метою захисту від дестабілізуючого впливу іноземного права державами було запроваджено юридичний засіб, який дістав назву застереження про публічний порядок, що діє в якості виключення у колізійному праві. Необхідність захисту основ правової системи, інтересів суспільства та держави зумовила загальносвітове визнання інституту застереження про публічний порядок [8, с. 179], який нині вважається однією з фундаментальних основ міжнародного приватного права [8, с. 179; 14, с. 34; 11, с. 78].

Вперше дане застереження було закріплено в Цивільному кодексі Франції 1804 р., хоча сам термін «публічний порядок» вперше було використано також у Франції, але дещо раніше – у Декларації прав людини і громадянина 1789 року. З того часу застереження про публічний порядок почало поступово закріплюватися й у законодавствах інших держав світу: Законі про загальні положення законодавства Королівства Нідерландів 1829 р., Цивільному кодексі Іспанії 1889 р., Ввідному законі 1896 р. до Німецького цивільного уложення, Законі Японії про застосування законів 1898 р., а на сьогоднішній день існує у законодавствах всіх держав світу. Крім того, з часом порушення публічного порядку також почало використовуватися державами в якості підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземних арбітражних/судових рішень [14, с. 18], або у наданні правової допомоги іноземній державі.

Історія існування інституту застереження про публічний порядок у законодавстві України має своєї особливості. З набуттям незалежності у 1991 р. він містився у Цивільному кодексі УРСР 1963 року. Однак, як зазначає В. І. Кисіль, внаслідок скасування 16 грудня 1993 р. ст. 571 згаданого Кодексу такого застереження як загального правила взагалі не стало в праві України. Воно закріплювалося лише у вигляді підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення відповідно до Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р., учасником якої є Україна з 8 січня 1961 р., та відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний

арбітраж» 1994 р. Дію даного інституту було відновлено із вступом у силу Закону України «Про міжнародне приватне право» 1 вересня 2005 р., який присвячує застереженню про публічний порядок ст. 12. Таким чином, у 1993 – 2005 рр. застосування іноземного права на території України не зустрічало будь-яких обмежень.

Прикметно, що вчені в галузі міжнародного приватного права дають приблизно однакові за змістом визначення застереження про публічний порядок. Як констатував ще на початку ХХ ст. американський вчений Френсіс Вортон, дане застереження викладається у різних загальних формах, але всі вони вказують на те, що іноземне право не одержує визнання або застосування, якщо воно суперечить характерному для порядку держави суду [15, с. 17].

До такого ж висновку дійшов Л. А. Лунц у 1973 р., зазначивши, що закон, судова практика та доктрина всіх без виключення держав світу одностайно розуміють сутність застереження про публічний порядок саме таким чином: іноземний закон, до якого відсилає колізійна норма, не може бути застосованим, і засновані на ньому права не можуть бути визнані судом вітчизняної держави, якщо таке застосування закону чи визнання прав суперечило б публічному порядку даної держави. Таке визначення і досі цитується багатьма російськими та вітчизняними вченими прямо чи з незначними уточненнями.

Так, згідно з Т. Н. Нешатаєвою застереження про публічний порядок означає, що іноземне право не застосовується, а суб'єктивні права (наприклад, зафіксовані в судовому рішенні) не визнаються (не одержують захисту), якщо таке застосування або визнання суперечить публічному порядку даної держави або основам міжнародного правопорядку [11, с. 78]. Так само визначають дане застереження І. В. Гетьман-Павлова [1, с. 121], Г. К. Дмитрієва [8, с. 179], О. О. Мережко [9, с. 256].

За Р. Ш. Хасяновим, застереження про публічний порядок покликане виключити в ситуаціях дії колізійної норми застосування іноземного закону або судового рішення, несумісних із публічним порядком даної держави [14, с. 34]. Наукове визначення наводить і В. Л. Толстих – це інститут міжнародного приватного права, що дозволяє виключити дію іноземного права у випадках його протиріччя з публічними засадами у вітчизняній державі [13, с. 51].

Аналогічний ефект має дане застереження у сфері міжнародного цивільного процесу, на що звертає увагу С. В. Крохалев, зазначаючи, що механізм дії застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві та міжнародному приватному процесі полягає у виключенні дії у межах національного правопорядку норм або іноземних рішень, актів іноземних владних органів у тому об'ємі, в якому таке виключення обумовлено вимогами захисту фундаментальних цінностей держави суду [4, с. 16].

Отже, у доктрині міжнародного приватного права застереження про публічний порядок характеризується з точки зору його основної функції – захисту вітчизняного публічного порядку, реалізація якої здійснюється шляхом обмеження екстериторіальної дії іноземної правової норми. Такий самий ефект має застере-

ження про публічний порядок у міжнародному цивільному процесі: якщо іноземне судове або арбітражне рішення порушує вітчизняний публічний порядок, його визнання та виконання є неможливим, і породжувані ним правові наслідки не одержують обов'язкового характеру у вітчизняній державі.

З іншого боку, після того, як в результаті дії зазначеного застереження виключається застосування іноземного права, обраного на основі вітчизняної колізійної норми, знову постає питання про застосовне право [5, с. 154]. Як підкреслює А. Пленко, якби застереження про публічний порядок обмежувалося б лише зупиненням дії іноземної правової норми, тобто захисною функцією, тоді замість неприйнятної іноземної правового регулювання утворюється прогалина, яка жодним чином не вирішує спірне питання. Тому доцільно вести мову не лише про зупинення дії іноземної матеріальної норми, а й про її заміщення іншою матеріальною нормою [12, с. 159 – 160].

Звісно в разі відмови у визнанні та виконанні іноземного судового або арбітражного рішення на будь-якій законній підставі, включаючи порушення публічного порядку, питання про його заміщення виникати не може. Однак при врегулюванні міжнародних приватноправових відносин останні породжують колізію між двома чи більше правовими системами, відмова від застосування норм однієї з них породжує питання про застосування норм іншої.

Аналізуючи законодавства різних держав світу, можна виділити 4 правові способи визначення застосовного права в результаті дії застереження про публічний порядок.

Першим способом виявлення наслідку незастосування іноземного права є відмова від двостороннього колізійного регулювання правовідносин взагалі й звернення до норм вітчизняного правопорядку. Такий спосіб вирішення колізійної проблеми засновується на припущенні, що оскільки колізійна норма вказала на іноземне матеріальне право, наслідки застосування якого суперечать вітчизняному публічному порядку, остільки законодавцем при розробленні даної норми було допущено помилку при обранні до відповідних правовідносин належної колізійної прив'язки. Адже неприпустимо, щоб законодавець при розробці колізійної норми свідомо припускав, щоб така норма могла санкціонувати застосування іноземного права, яке здатне порушити вітчизняний публічний порядок. При такій ситуації законодавець не може наражати публічний порядок на небезпеку і встановлює заборону на двостороннє колізійне регулювання відповідних відносин, усуваючи будь-яку можливість застосування іноземного права, тому, як наслідок, правозастосовний орган змушений застосовувати вітчизняне право.

З одного боку, даний спосіб спрощує процес встановлення компетентного права, економить час та ресурси органів правозастосування, однак з іншого – ігнорує зв'язок правовідносин з іншими правопорядками, що може призвести до усунення більш компетентного та сприятливого іноземного права, що, як наслідок, обумовлює його непопулярність як у доктрині, так і в практиці міжнародного приватного права.

На сьогоднішній день даний спосіб ще виявляється у законодавствах Республіки Білорусь, Республіки Казахстан, Угорщини, Естонії, Монголії, Киргизької Рес-

публіки, Литовської Республіки, Румунської Республіки, однак загалом простежується тенденція до відмови від нього на користь більш гнучких способів визначення застосовуваного права, які більшою мірою орієнтуються на потреби міжнародного спілкування.

Другий спосіб правового регулювання нагадує перший, але містить істотне доповнення. Якщо норма компетентного іноземного права порушує вітчизняний публічний порядок, то правозастосовний орган виключає застосування лише такої норми, однак продовжує застосовувати інші норми відповідного іноземного права. А. Б. Левітін зазначив: «Відхилення іноземної норми не обов'язково тягне за собою застосування права держави суду. Суду необхідно проявити активність у процесі пошуку найліпшого виходу із ситуації, що склалася, перш за все залишаючись по можливості в межах самого права... держави, до якої відсилала... колізійна норма» [6]. Іншими словами, сутність даного підходу полягає у неприпустимості, щоб внаслідок негативних наслідків застосування єдиної іноземної правової норми – первинного елементу системи права, повністю б усувалося від застосування відповідне іноземне право.

Таким чином законодавець наполягає на передбаченій для конкретних правовідносин колізійній нормі, і лише у випадку, якщо застосування інших норм чи принципів обраного іноземного права також веде до наслідків, несумісних із публічним порядком держави суду, підлягає застосуванню право держави суду. Даний вид правового регулювання існує у Тунісі.

Третій спосіб визначення застосовного права базується на застосуванні правила найбільш тісного зв'язку для віднайдення компетентного права, якщо попередньо визначене іноземне право суперечить вітчизняному публічному порядку.

Правило найбільш тісного зв'язку з правовідносинами виникло в практиці держав англо-американської правової системи в якості колізійної прив'язки у сфері регулювання договірних та деліктних відносин, і в останні кілька десятиліть також відтворюється у континентальних правових системах держав в якості загального колізійного правила, яке має субсидіарне значення і застосовується за відсутності спеціального колізійного регулювання. Його перевага полягає у тому, що визначення компетентного права на основі «твердих» колізійних прив'язок, заснованих на якому-небудь конкретному формальному критерії, не завжди приводить до вибору права, яке здатне адекватно врегулювати відповідні правовідносини. Напроти, як зазначає Г. К. Дмитрієва, застосування правила найбільш тісного зв'язку є «гнучким» критерієм, за допомогою якого можна встановити компетентний правопорядок з урахуванням усіх фактичних обставин та наявних правових зв'язків правовідносин із різними правопорядками держав світу, більшою мірою відповідає потребам, що утворюються самим життям [8, с. 387]. Тому логічно, що дане правило широко застосовується за необхідності віднайти компетентне право внаслідок обмеження застосування спеціальної колізійної норми, яка зазвичай регулює дані відносини.

Особливу увагу слід звернути на те, що правозастосовний орган при здійсненні пошуку компетентного

права за правилом найбільш тісного зв'язку здійснює вибір серед права усіх держав світу, що мають чи можуть мати правовий зв'язок із відповідними правовідносинами, охоплюючи й право держави, яке було спочатку обране колізійною нормою держави суду з виключенням його норм, що суперечать публічному порядку держави суду. І лише у випадку, коли правозастосовний орган не здатний віднайти застосовне право за таким критерієм, підлягає застосуванню одностороння колізійна норма, що відсилає до вітчизняного права.

Дана модель одержала своє нормативне закріплення у законах Австрії, Бельгії, Буркіна-Фасо, Ліхтенштейна, Португалії, Російської Федерації та інших держав. У ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», яка закріплює застереження про публічний порядок, також використовується третій спосіб визначення компетентного права: «Норма права іноземної держави не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. У таких випадках застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України» [3].

І, нарешті, четвертий спосіб визначення компетентного права внаслідок застосування застереження про публічний порядок є результатом поєднання другого та третього способів. У разі, якщо норма іноземного права порушує публічний порядок держави суду, вона не підлягає застосуванню, і в такому випадку має застосовуватися інше положення обраного іноземного права, тобто підтверджується пріоритет правового зв'язку правовідносин саме з таким іноземним правопорядком, який був обраний колізійною нормою. Лише у випадку, якщо не існує положення обраного іноземного права, наслідки застосування якого не порушували б публічний порядок держави суду, правозастосовний орган має здійснити пошук компетентного права за правилом найбільш тісного зв'язку, і за умови, що такий пошук надає результату, підлягає застосуванню вітчизняне право. Даний спосіб у наведеному вигляді існує у законодавстві Болгарії.

Порівнюючи вищенаведені способи встановлення застосовного права, слід зазначити, що в кожного з них є свої певні позитивні та негативні риси. Однак, на жаль, через відсутність усталеної практики застосування застереження про публічний порядок об'єктивне визначення найбільш ефективного способу серед розглянутих вище не є можливим. Основним питанням є їхнє ефективне застосування. Наприклад, в Україні, попри встановлення принципу пошуку найбільш тісного зв'язку права із правовідносинами, аналіз нечисельної судової практики свідчить про те, що застосування застереження про публічний порядок завжди приводить до визначення в якості компетентного права України. Це означає, що, незважаючи на волю законодавця, вітчизняні судді намагаються спростити для себе про-

цес встановлення компетентного права і при можливості схильні застосовувати саме право України. Таким чином, з метою забезпечення ефективного балансу між захистом вітчизняного публічного порядку та міжнародних приватних інтересів українські суди повинні більш ґрунтовно та неупереджено реалізовувати волю законодавця при вирішенні приватноправових спорів з іноземним елементом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право: Учебник. – М.: Изд-во Эксмо, 2005. – 752 с.
2. *Давид Р.* Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. – 279 с.
3. *Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. №2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422. – С. 1278.*
4. *Крохалев С. В.* Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. Сравнительное исследование на основе правовых систем России и Франции: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15. – Екатеринбург, 2005. – 253 с.
5. *Кудашкин В. В.* Правовое регулирование международных частных отношений. – СПб: Юрид. Центр Пресс, 2004. – 378 с.
6. *Левитин А. Б.* Вопросы публичного порядка в международном частном праве // Проблемы международного частного права. – М., 1960. – С. 228.
7. *Лейст О. Э.* Сущность права. – М.: Зерцало, 2011. – 352 с.
8. *Международное частное право: Учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – С. 688.*
9. *Мережко О. О.* Проблемы теории международного публичного та приватного права. – К.: Юстиніан, 2010. – 320 с.
10. *Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар закону / За ред. А. Довгерта. – Х.: Одісей, 2008. – 352 с.*
11. *Нешатаева Т. Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс : Учебный курс в трех частях. – М.: Городец, 2004. – 624 с.
12. *Пиленко А.* Очерки по систематике международного частного права. – СПб.: Типография М. М. Сталюсевича, 1911. – 448 с.
13. *Толстых В. Л.* Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – 241 с.
14. *Хасянов Р. Ш.* Европейский публичный порядок, европейское правовое пространство и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: Их соотношение и взаимодействие: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. – СПб., 2005. – 192 с.
15. *Wharton F.* A treatise on the conflict of laws or private international law. – Vol. 1. – New York: The Lawyers' Cooperative Publishing Co. – 848 p.

The article spotlights patterns to defining the institute of public policy reservation, defines functions and legal nature of the latter, contains analysis of legislative approaches to determining legal consequences of the application of public policy reservation.

В статті освещаются подходы к определению института оговорки о публичном порядке, раскрываются его функции и правовая природа, анализируются подходы различных законодательств мира к определению последствий применения данной оговорки.