

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 13

КИЇВ 2014

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 імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 13, 2014 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2014. – 204 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 імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(протокол № 1 від 29 січня 2014 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. Беяневич, В. В. Комаров, В. В. Костицький,
Н. С. Кузнєцова, 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 імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України забороняється.

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

Надруковані в інших виданнях матеріали до розгляду не приймаються.

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

Адреса редколегії: 01042, Київ, вул. М. Раєвського, 23-А, А/С 136
www.ndippp.gov.ua ndippp@adamant.net

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2014
© Автори статей

Зміст

Крупчан О. Д. Сучасні завдання цивілістичної науки в Україні 5

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

Гринько С. Д. Значення типології рецепції римського права для правових систем європейських країн 9

Довгерт А. С. Законодавство України з міжнародного приватного права: джерела запозичення 13

Кологойда О. В. Теоретична концепція фондового права та його місце в системі права України 18

Примак В. Д. Взаємодія засад справедливості, розумності й добросовісності при визначенні змісту деліктоздатності суб'єктів цивільного права 21

Шишка Р. Б. Проблема зловживання правом в сучасному цивільному праві 24

Щербина В. С. Публічні й приватні інтереси в господарських відносинах 28

II. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Берестова І. Е. Щодо процесуальної природи та порядку пред'явлення ухвали господарського суду про розстрочку виконання рішення суду 32

Дрішлюк А. І. Норми моралі в системі джерел цивільного права України 35

Єсауленко Н. В. Спадкування паю виробничого кооперативу 38

Закорецька Л. О. Права суб'єкта інтелектуальної власності на винахід за законодавством України та Австрії 41

Клімовський С. С. Цивільно-правові способи захисту права на особисті папери 45

Козловська Л. В. Прийняття та відмова від спадщини як здійснення суб'єктивного права спадкування 48

Косовський Л. М. Поняття та правова природа іноземного елемента в цивільному судочинстві України 51

Кочин В. В. Категорія «особа» у приватному праві 55

Лапечук П. І., Попович Т. Г., Бесарабчик В. О. Щодо розмежування земель держави та територіальних громад 58

Левківський Б. К. Інститут дитячого омбудсмена в системі юрисдикційного захисту 60

Литовченко Л. А. Розсуд, інтерес і суб'єктивне право у взаємозв'язку і співвідношенні в цивільному праві України 63

Миринова Г. А. Право на медичну допомогу: цивільно-правова характеристика 67

Мічурін Є. О., Кожевникова В. О. Розуміння обмежень прав осіб у цивільному праві 71

Парута Ю. І. Теоретико-правові аспекти визначення організаційно-правової форми громадського об'єднання 74

Первомайський О. О. Органи та представники суб'єктів публічного права як учасників цивільних відносин ... 76

Печников А. П., Печникова О. Г. К вопросу определения гражданско-правового статуса медицинской организации 80

Пленюк М. Д. Призупинення виконання зобов'язань як спосіб самозахисту порушених прав кредитора 83

Резнік Г. О. Право дитини на охорону здоров'я 87

Солтис Н. Б. Застосування підстав припинення поруки до правовідносин майнової поруки 90

Хіміч С. П. Судові виклики і повідомлення за ЦПК, КАС та ГПК України: порівняльний аналіз 93

Чурпіта Г. В. Процесуальні особливості виконання судових рішень у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення для реалізації, зміни чи припинення сімейних прав та обов'язків 98

Яриш О. М. Ознаки інформації як об'єкта цивільних прав 100

III. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

Біленко М. С. Правова природа договору будівельного підряду 104

Вавженчук С. Я. Юридична природа та види іпотечного сертифіката 107

Ганчева А. М. Особливості суб'єктного складу у договорі побутового підряду	109
Гриняк А. Б. Судова практика як джерело правового регулювання договірних відносин.....	111
Калаур І. Р. Передання майна у користування за участю особи, уповноваженої на укладання договору найму (оренди).....	116
Міловська Н. В. Предмет як істотна умова договорів страхування	119
Нечипоренко Н. С. Розмежування договору перевезення вантажу залізничним транспортом з іншими видами договорів.....	122
Резніченко С. В. Договір аутсорсингу та сфери його застосування.....	125
Соботник Р. В. Правова природа договору страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки	128
Софронкова Н. О. Захист прав боржника в іпотечних відносинах: стан вивчення проблематики	131
Усуб Ельчин Ариф оглы Нормативно-правове регулювання іпотеки нерухомого имущества в Україні.....	134
Федорченко Н. В. Становлення інституту договірних зобов'язань з надання послуг у праві радянського періоду...137	

IV. ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Бернацький М. В. Деякі питання права державної власності на житло.....	140
Галянтич М. К. Поняття та співвідношення житлових прав та інтересів фізичних осіб	143
Корнієнко Ю. І. Припинення права власності на предмет іпотеки житлової нерухомості	147

V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

Безух О. В. Баланс інтересів у регулюванні господарських відносин як правовий принцип	151
Бутнік-Сіверський О. Б., Троцька В. М. Правові аспекти нарахування винагороди суб'єктам підприємницької діяльності – нерезидентам за субліцензійними договорами	154
Даниленко Є. М. Поняття та ознаки добровільного викупу акцій.....	158
Журик Ю. В. Джерела антимонопольно-конкурентного права України.....	160
Кицик Я. Р. Типовий договір в системі господарських договорів	164
Полюхович В. І. Окремі питання правового статусу емітентів на фондовому ринку України	167
Сенюта С. Я. Законодавче визначення учасників господарських відносин у галузі телекомунікацій	170
Сергійко О. В. Класифікація учасників господарських відносин	173
Черненко О. А. Державне господарювання: поняття та ознаки	176

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Боярський Є. Д. Застосування іноземних надімперативних норм у міжнародному приватному праві України	173
Ваграс В. А. Проблеми та перспективи кодифікації міжнародного сімейного права України	182
Капіца Ю. М. Розвиток цивільно-правових способів захисту прав інтелектуальної власності в Європейському Союзі	186
Король В. І. Правові особливості функціонування Митного союзу та єдиного економічного простору в межах Євразійського економічного співтовариства.....	190
Микита І. Р. Сучасні теоретичні проблеми договірних відносин з міжнародних морських перевезень	193
Посикалюк О. О. Межі захисту особистих немайнових прав публічних осіб: порівняльно-правове дослідження.....	197
Черних Ю. С. Роль Е. Лаутерпахта у формуванні інституту парасолькового застереження (клаузули) в міжнародному обороті.....	200

СУЧАСНІ ЗАВДАННЯ ЦИВІЛІСТИЧНОЇ НАУКИ В УКРАЇНІ

Крупчан О. Д.,

доктор юридичних наук, академік НАПрН України,

директор НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються актуальні завдання сучасної цивілістичної науки, викликані динамікою фактичних суспільних відносин в Україні. Акцентується увага на ключових проблемах дослідження приватного права.

Ключові слова: цивільне право, принципи права, гуманізм, власність, договір.

Конституцією України (ст. 3) проголошено загальнолюдський (цивілізаційний) принцип права – принцип гуманізму, відповідно до якого людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Саме ці критерії характеризують прогресивність усіх конституційно визначених соціальних інститутів.

Слід пам'ятати, що нині право розглядається як заснована на уявленні про справедливість міра свободи і рівності, що відображає потреби суспільного розвитку, яка у своїй основі склалася в процесі повторюваних суспільних відносин і визнається та охороняється державою [2, с. 148]. Таким чином, уся спрямованість держави, у тому числі й нормативно-правова, зосереджується на векторі гуманізму, що особливо важливо для нашої держави, яка досі не може позбутися окремих пережитків радянської доби, зокрема часткової етатизації.

У зв'язку з цим науку цивільного права визначають як систему знань про закономірності цивільно-правового регулювання суспільних відносин, яка вивчає соціальний зміст і форму регулювання особистих немайнових і майнових відносин в їх становленні, розвитку та дії, формулюючи здобуті знання у вигляді цивільно-правових категорій та ідей [4, с. 86]. Сучасна цивілістика охоплює величезний масив об'єктів досліджень, які мають вирішальне значення для існування людини в державі та суспільстві. Так, завдяки цивілістичним дослідженням складається належне уявлення про людину як учасника приватних відносин, конструкцію юридичної особи, категорію особистих немайнових прав, права інтелектуальної власності, інститути речових прав тощо. Поряд із цим особлива увага приділяється зобов'язальним відносинам, реалізації житлових прав, спадковим та сімейним відносинам. Крім того, не залишається осторонь проблематика цивільного процесу та міжнародного приватного права.

У першу чергу, неабияке значення мають дослідження стадій здійснення (реалізації) цивільних прав громадян немайнового і майнового характеру в їх діалектичному поєднанні й розумінні через правовідносини, в яких вони реалізуються, починаючи із стадії їх закріплення у відповідних нормах права. Слід зазначити, що такій стадії як правозастосування необхідно надати нового звучання і наголосу. Необхідно відійти від розуміння стадії правозастосування як сфери діяльності органів держави, в тому числі правоохоронних, і перейти до розуміння цієї стадії як сфери, в якій і проходить реалізація цивільних прав громадян немайнового і майнового характеру і, зрозуміло, не лише цих прав.

Вважаємо, що є потреба обмеження необґрунтованого впливу органів публічної влади на приватноправові відносини і приватне право. Останні зміни законодавства, спричинені прийняттям ПК України, внесення доповнень до ГК України дестабілізують цивільні відносини шляхом нових визначень термінів, які носять приватноправове навантаження. З огляду на це виникає ситуація, коли інструментами публічного права намагаються регулювати приватні відносини.

Публічна влада не зводиться до розбудови й організації функціональної взаємодії її структур. Це призводить до втрати соціального характеру влади і її перетворення на механічну структуру. Найбільш важливим аспектом публічної влади є її відносини з громадянським суспільством, що становить головну точку перетину держави і суспільства, публічного і приватного права. При цьому відображення соціальних, насамперед, приватних інтересів у публічних правових актах, підтримка приватного сектора є позитивним індикатором цих відносин, їх критика та відчуження – негативним.

Органам публічної влади завжди слід діяти в інтересах людини, навіть якщо це може суперечити окремим інтересам державної і публічної служби, оскільки основними вимогами до правильного застосування нормативних приписів є обґрунтованість, законність та доцільність. Мається на увазі, що окремі підзаконні акти, які суперечать нормам законодавства (відомчі інструкції, інформаційні листи тощо), не слід сприймати як спеціальне «законодавство» та надавати йому пріоритет.

Окремо слід наголосити на ролі судової практики в опосередкованому регулюванні приватних відносин. Відповідно до положень ЦПК України рішення за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у

своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України, які зобов'язані привести свою судову практику відповідно до рішень Верховного Суду України (ст. 360-7).

У цьому відношенні нагальною проблемою у сучасній взаємодії науки і судової практики є забезпечення взаємодії науково-консультативної громадськості та суддівського корпусу на принципах рівності, тобто науковці не мають бути підпорядковані суддям як інтелектуальний ресурс судової влади. Так, опубліковані правові позиції Верховного Суду України сприймаються як власні, позбавлені будь-якого наукового авторитету. Крім того, науковці, які беруть участь у підготовці наукових висновків, не інформуються про результати розгляду справ, тим самим не мають відомостей щодо сприйняття судом їх наукових позицій.

Досі залишається гострою проблема у концентрації та координації зусиль вітчизняних цивілістів та економістів, спрямованих на дослідження проблем, пов'язаних із реальними, багато в чому новими економіко-правовими процесами, зокрема удосконалення юридичних відносин власності і підприємництва. Невипадково ЦК України називають «Громадянською Конституцією», «Кодексом приватного життя» та «Економічною Конституцією» [3, с. 9]. Це свідчить про те, що цей кодифікований акт регулює не лише відносини людини у суспільстві, а й передбачає механізми ринкової економіки, в яких задіяна система договірних відносин, які спираються на рівності та вільному волевиявленні їх учасників.

Злагоджено функціонування, можна сказати без перебільшення, всього законодавства неабиякою мірою залежить від науково обгрунтованого розподілу нормативного матеріалу між ЦК України та іншими нормативними актами. При цьому, говорячи про певну небезпечність господарського (а, власне, адміністративно-правового) кодексу, необхідно визнати, що, хоча про таку небезпеку і застерігалось у літературі, для реальності цього не було скільки-небудь серйозних підстав. Однак нині в Україні щодо економіки діє саме ГК України, який значною мірою регулює економічні відносини імперативним, тобто публічно-правовим, методом.

Недоречність ГК України викликана намаганням поєднати в одному акті суто цивілістичні, зокрема так звані господарські зобов'язання, а також адміністративні категорії, які характерні для публічного управління економікою. Не дискутуючи про доцільність існування такого кодифікованого акта, слід зауважити, що його чинна редакція не відповідає ані умовам перехідної, ані принципам ринкової економіки.

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

Преамбулою ГК України передбачена мета державного регулювання економіки – забезпечення зростання ділової активності суб'єктів господарювання, розвиток підприємництва і на цій основі підвищення ефективності суспільного виробництва, його соціальна спрямованість, утвердження суспільного господарського порядку в економічній системі України. З огляду на це особливого значення набуває спрямованість державного регулювання в умовах сучасної економічної кризи та сприяння стратегічній обороноздатності держави. Тому видається обгрунтованою позиція економіста О. Й. Пасхавера, який стверджує, що Україна потребує переозброєння армії, що вирішило кризу в Німеччині в 30-х роках, кризу в США 30-х років, поживавши економіку. Крім того, він наголошує на необхідності демонополізації економіки шляхом повернення у судовому порядку підприємств колишнім власникам, відібраних незаконним шляхом [1].

З огляду на подібну пропозицію слід погодитися з думкою Д. В. Задихайла, який наголошує, що окремим питанням економічної політики держави та господарсько-правової доктрини є створення правового механізму, що забезпечував би мобілізаційний режим функціонування національної економіки як такої, головним чином через цілісну систему заходів державного регулювання, що запроваджувався би на достатньо тривалий час відповідно до стратегії та програм економічного розвитку, з урахуванням стану конкурентоздатності національної економіки та життєвої необхідності для суспільства її швидкого підвищення [4, с. 523].

Іншою важливою проблематикою залишається доктрина власності. Категорія власності займає центральне місце в системі соціальних відносин і визначає основи державного устрою. Зміни відносин власності викликали потребу в адекватних механізмах їх правового регулювання, серед яких нагальними є такі важливі аспекти, як виникнення відносин власності, способи та порядок оформлення прав на майно як при його створенні або іншому набутті, так і в процесі обороту, захист права власності.

Надмірна увага наукових досліджень та законодавчого регулювання інституту приватної власності призвела до неналежного захисту права власності Українського народу та права державної власності. Так, проголошена «націоналізація» Верховною Радою Криму об'єктів права комунальної, державної та приватної власності суперечить нормам не лише приватного, а й міжнародного публічного права. До прикладу, можна згадати Декларацію про державний суверенітет України від 16.07.1990 р., відповідно до якої визначалася економічна самостійність України на засадах права власності народу України на національне багатство України, право на частку в загальносоюзному надбанні, яка створена завдяки зусиллям народу тощо. При цьому

вирішення питань загальносоюзної власності (спільної власності всіх республік) мало здійснюватися на договірній основі між республіками – суб'єктами цієї власності.

Цікавим є факт, що відповідно до норм ЦК України Автономна Республіка Крим хоч і є учасником цивільних відносин, однак за нею не визнається окремо спеціальне право комунальної чи «республіканської» власності. Конституцією України передбачено лише можливість управління майном, що належить Автономній Республіці Крим (ст. 138). Таким чином, жодних правових підстав зміни режиму права власності на території автономії немає.

Викликає занепокоєння майже вільна можливість фізичних та юридичних осіб законно володіти, користуватися та розпоряджатися зброєю в Україні. На жаль, законодавчих передумов правового режиму зброї як об'єкта приватної власності немає. Слід зазначити, що правовий режим власності визначається виключно законами України (ст. 92 Конституції України), однак відповідний закон досі не прийнято. Порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної, холодної і охолощеної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії, та патронів до них, а також боєприпасів до зброї, основних частин зброї та вибухових матеріалів затверджено відповідною Інструкцією (Наказ МВС України від 21.08.1998 № 622), яка суперечить положенням Конституції України, оскільки визначає правовий режим власності. За таких умов формально кожна особа може законно придбавати та продавати зброю, що в умовах нестабільності може призвести до тяжких наслідків.

Договірні відносини, беззаперечно, входять до найбільш динамічних у цивільному праві. Це спричинено розвитком економічних та соціальних відносин, цивілізаційним рівнем суспільства. Сучасний стан потребує правового регулювання окремих договірних конструкцій, які не охоплені ЦК України. Непоіменовані договори, звісно, мають підстави й можливість для існування, однак держава в процесі свого розвитку на засадах справедливості потребує належної форми для регулювання суспільних відносин. Так, до договорів, що опосередковують економічну діяльність (договір чартеру, інвестиційні договори, агентські договори), додаються нові групи договорів, зокрема у галузі сімейного та медичного права.

Відносини сурогатного материнства, донорства, батьківства нині набувають договірних форм. Права та обов'язки сторін за такими договорами виходять за межі юридичних конструкцій «кредитор» та «боржник», оскільки відносини мають великий масив моральних засад суспільства. Цивільне право не може бути позбавлене досліджень з цієї проблематики в силу особливості цивільних відносин, а також загальних його засад, серед яких справедливість, добросовісність та розумність – головні постулати моральних принципів.

Необхідно констатувати, що і приватне, і публічне право в сучасній юриспруденції являють собою не окремі галузі права, а цілі зони, сфери права. Традиційним для сучасної правової думки є виокремлення такого критерію як «інтерес». У цьому випадку поділ сфер права здійснюється на підставі того, чиї саме інтереси захищаються – держави чи громадянина. Зміст цього критерію полягає у дихотомії – суспільні (державні) інтереси – приватні інтереси (людина, громадянин, групи осіб тощо). Цивільне право не позбавлене публічного впливу, оскільки існують суб'єктивні права та обов'язки, які можуть бути реалізовані виключно завдяки державному впливу (наприклад, реєстрація прав на нерухомість, реєстрація юридичних осіб). Натомість, публічне право відповідними механізмами має забезпечити особисті немайнові та майнові відносини (зокрема свободу підприємства).

Цивільне право, на відміну від інших галузей, забезпечує особистісний вимір права, тобто його цінність для окремого індивіда, що проявляється у здатності задовольняти потребу людини в свободі. Завдяки цивільному законодавству людина має можливості для власних свідомих дій, пов'язаних із відносинами з іншими людьми, їх організаціями, спільнотами, самореалізацією, активною життєвою діяльністю. Будь-які політичні, суспільні чи міждержавні процеси мають адекватно впливати на цивільне право, створювати належні умови для існування вільної людини. Завданнями сучасної цивілістики є дослідження реальних суспільних відносин, відображення системності права, адаптації та гармонізації європейського законодавства як пріоритетного.

Незважаючи на динамічність розвитку суспільних відносин, не слід забувати, що Законом України «Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки» визначено правові та організаційні засади цілісної системи формування та реалізації пріоритетних напрямів розвитку науки і техніки в Україні. Такий законодавчий підхід забезпечує формування ефективного сектора наукових досліджень і науково-технічних розробок для забезпечення конкурентоспроможності вітчизняного виробництва, сталого розвитку, національної безпеки України та підвищення якості життя населення, який отримує пріоритетну державну підтримку.

На нашу думку, жодний нормативно-правовий акт не в змозі визначити конкретну спрямованість наукових досліджень у галузі приватного права та підприємництва. Цінністю кожного дослідження є його своєчасність та актуальність, здатність задовольняти поточні та перспективні потреби, бути інструментом реалізації і погодження інтересів. Саме цивільно-правові дослідження мають втілювати ідеї свободи, рівності, толерантності, гуманізму і справедливості, особливо в умовах економічної та політичної нестабільності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Думка експерта: треба зробити так, щоб на Україну нападати було дорого* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.epravda.com.ua/news/2014/03/31/432997/>.

2. *Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів* / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. / За ред. док. юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2011. – 584 с.

3. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2-х т. – 2-е вид., перероб. і доп.* / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. I. – 832 с.

3. *Правова доктрина України: у 5-и т. – Т. 4. – Доктринальні проблеми екологічного, аграрного та господарського права* / Ю. С. Шемшученко, А. П. Гетьман, В. І. Андрейцев та ін.; за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – Х.: Право, 2013. – 848 с.

4. *Цивільне право: підручник: у 2-х т.* / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Х.: Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.

The article deals with the actual task of modern civil science caused by the actual dynamics of social relations in Ukraine. Attention is focused on the key problems of research of private law.

В статті розглядаються актуальні задачі сучасної цивілістическої науки, викликані динамікою фактичних суспільних відносин в Україні. Акцентується увага на ключових проблемах дослідження частного права.

ЗНАЧЕННЯ ТИПОЛОГІЇ РЕЦЕПЦІЇ РИМСЬКОГО ПРАВА ДЛЯ ПРАВОВИХ СИСТЕМ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН

Гринько С. Д.,

доктор юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник
відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті дається характеристика типології рецепції римського права та розкривається її значення для правових систем європейських країн. Вказується, що фундаментом рецепції римського права було візантійське право.

Ключові слова: рецепція римського права, типологія, візантійське право, західноєвропейський тип, візантійський тип, східноєвропейський тип.

Національні правові системи ґрунтуються на подібних загальних принципах, правовій культурі, правовій доктрині, правових традиціях, санкціонованих і несанкціонованих звичаях та ін. Саме ці правові категорії становлять, насамперед, підґрунтя будь-якої правової системи і сім'ї. Саме вони створюють фундамент і наповнюють собою кожну національну правову систему і правову сім'ю [4, с. 157–171]. Такий міцний фундамент національним правовим системам надало римське приватне право завдяки рецепції.

Процес рецепції римського приватного права відбувався, насамперед, у країнах Західної і Східної Європи. При цьому ідеї римських юристів впливали на розвиток структури і змісту національного права, а також на всю історію його розвитку. Спільне у розвитку національних правових систем, що формувалися під впливом римського приватного права, а також зв'язки між ними можна виявити завдяки типології рецепції римського приватного права.

Значення римського приватного права для національних правових систем та його рецепції було і є предметом дослідження багатьох науковців як XIX ст. і радянських часів (П. Виноградова, С. Муромцева, П. Соколовського, В. Бека та ін.), так і сучасних учених (Є. Харитонов, З. Мельник, В. Гутевої, В. Гончаренко, Р. Достдар, П. Федосєєва, Д. Прутяна, Г. Пучкової та ін.). Першим дослідником, який виділив типи рецепції римського права (західноєвропейський і візантійський), був Є. О. Харитонов. Разом із тим, у період інтеграційних процесів України, що відбуваються під впливом як західної, так і східної приватноправової ідеології, потребує нового перегляду значення типології рецепції римського права, зокрема значення візантійського типу рецепції. Зазначене й зумовлює актуальність обраної теми.

Термін «типологія» походить від грецького *typos* – відбиток, зразок і *logos* – вчення. У словнику іншомовних слів типологію визначають як науковий метод, підставою якого є поділ систем об'єктів і їх групування за допомогою узагальненої моделі, чи тип [6, с. 608]. Вона застосовується для порівняльного вивчення істотних ознак, функцій, відносин, рівнів організації об'єктів; основними логічними формами в типології є типова класифікація, систематика, таксономія [6, с. 608]. Тобто, типологія є теорією про типи тих чи інших об'єктів.

Тип – це зразок, що виражає спільні, характерні риси певної групи предметів, явищ; форма, вид, модель, якій відповідає певний клас об'єктів [6, с. 698; 7, с. 574; 11, с. 595]. Таку категорію широко застосовують у різних наукових сферах, виділяючи соціологічні типи, типи психіки, мови, культури, даних (програмування), права, держав та ін. Зокрема типологію держав розкривають як поділ усіх держав, що існували в минулому й існують нині, на групи, класи – типи [5, с. 51]. На думку О. Ф. Скакун, поділ держав на типи покликаний мати на меті з'ясувати, чиї інтереси виражали й обслуговували держави, об'єднані в цей тип [5, с. 51].

Крім історії держави і права, у правознавстві типологію необхідно пов'язувати із *рецепцією римського приватного права*. Процес рецепції римського права відбувається у конкретному суспільстві, у конкретний час і в конкретних історичних, географічних, зовнішніх умовах. Категорія «тип рецепції римського права» походить від них і охоплює найбільш загальні ознаки виникнення та розвитку як держави, так і права. Тому, як зазначали М. С. Кельман і О. Г. Мурашин, «питання про типи є питанням про методологічно правомірне осмислення явищ, незмінно плінних і мінливих, як сталих, так і тривалих» [9, с. 66]. Такі методологічні засади у своїй усталеній теоретичній єдності (ідеальні типи права) беруться за основу при формуванні національних правових систем.

Типологія рецепції римського права дозволить встановити: 1) основні засади римського приватного права та його положення, взяті за основу при формуванні національних правових систем; 2) зв'язки національних правових систем із римським приватним правом; 3) зв'язки між національними правовими системами; 4) тенденції змін основних засад та положень римського приватного права протягом усієї історії права окремих держав; 5) основні етапи рецепції римського приватного права, з урахуванням зміни підстав типології.

Типологія тісно пов'язана з класифікацією, що спричинило появу в науковій літературі добровільної і недобровільної моделі рецепції, які виділив російський історик права С. В. Ткаченко, взявши за основу спосіб її виникнення [20, с. 82]. Зазначені науковцем «моделі» або «типи» рецепції насправді підміняють собою її «види». Поділ рецепції на добровільну і недобровільну дозволяє встановити лише простий зв'язок між спільним і відмінним (за єдиним критерієм поділу), якщо типологія, навпаки, становить складний зв'язок –

виявлення всього спільного у розвитку національних правових систем і зв'язків між ними. Тому поділ рецепції за способом виникнення на добровільну і недобровільну є її видами.

Досліджуючи проблеми римського приватного права, Є. О. Харитонов визначив типи його рецепції: західноєвропейський і візантійський типи, що мали і мають місце у рамках єдиної історії Європи [22, с. 41]. Основним критерієм поділу рецепції римського права ним обрано шлях, звідки було перейнято дух, головні засади та основні положення римського права тією чи іншою цивілізацією: із Західної Європи чи з Візантії (географічний критерій).

Для західноєвропейського типу характерним, на думку науковця, є тривалий термін перебігу, ґрунтовні теоретичні розвідки, наявність філософського підґрунтя, заангажованість потребами широких верств суспільства, доведення рецепції до логічного завершення тощо [23, с. 22]. Для візантійського типу рецепції характерний коротший проміжок часу, протягом якого вона відбувається; проведення систематизаційних робіт на матеріалах римських першоджерел, але разом з тим без відповідного теоретичного забезпечення; обмеженість філософського підґрунтя християнським вченням у його православній інтерпретації; проведення систематизаційних, дослідницьких та ін. робіт за «ініціативою зверху»; обмеженість рецепції у просторі тощо [23, с. 23].

Погоджуючись із визначеними Є. О. Харитоновим характерними ознаками рецепції римського права в Західній Європі та Візантії, вважаємо, що вказані типи рецепції не повною мірою відображають динаміку впливу римського права на національні правові системи європейських країн із зазначених нижче міркувань.

Фундаментом рецепції римського права як у Західній, так і Східній Європі було візантійське право, джерелом формування якого стала систематизація Юстиніана. Такої позиції дотримується Є. О. Харитонов, який попри виділення окремо візантійського типу рецепції надає «проторецепції» візантійського типу значення фундаменту для подальших рецепцій як на Заході, так і на Сході [22, с. 42]. З цього приводу Є. Аннерс писав, що як західноєвропейська, так і східноєвропейська системи культур, якщо розглядати їх із перспективно-історичної точки зору, побудовані на фундаменті єдиної культурної моделі та відображають усі характерні особливості цієї моделі, тобто обидві ці системи виникли на базі еллінської культури [1, с. 139]. Головна відмінність у культурно-ідеологічному аспекті полягала, за твердженням науковця, у тому, що на Заході джерелом подальшого розвитку цивілізації був Рим, у той час як на Сході – Константинополь. Грецька інтелектуальна база стала тим відбитком, у який злились іудейська релігія, грецька філософія і римська державно-правова система [1, с. 139].

Правова система Західної і Східної Європи тією чи іншою мірою пронизана римсько-візантійським правом. Процес рецепції римського права в Західній Європі відбувався через візантійське право як шляхом запозичення його ідей і засад у кодифікаціях, так і наданням візантійським джерелам юридичної сили [25]. У Східній Європі рецепція римського права також здійснювалася через візантійське право як шляхом прямого запозичення його основних положень [16, с. 26–55], так і через кодифікаційні пам'ятки права Західної Європи. Наприклад, основним джерелом пізнання римського приватного права були Інституції Гая, Дигести Юстиніана та Кодекс Юстиніана, які увійшли до результатів кодифікаційної праці, створеної за наказом візантійського імператора Юстиніана. Ідеї римських юристів були відображені в структурі й змісті візантійських правових пам'яток, таких як: Еклога, Приватна Поширена Еклога, Епанагога, Василики та ін.

Еклога стала першим офіційним зводом законів, написаних грецькою, мовою, що була доступна для населення Візантії того часу. Однак основну увагу законодавець зосередив на тих правилах поведінки, які потребували, на його думку, виправлення. Тому більшість проблемних питань серед юристів і суддів в Еклезі залишилися досі не вирішеними. Як стверджує дослідник візантійського права Е. Є. Ліпшиц, у цій сфері в силі залишалося законодавство Юстиніана [13, с. 3].

Досліджуючи вплив римського права на створення Приватної Поширеної Еклоги, Е. Є. Ліпшиц прийшов до таких висновків: по-перше, в VIII–IX ст. законодавство Юстиніана залишалося чинним, з нього творці Приватної Поширеної Еклоги черпали свої доповнення і норми, якими інколи замінювали норми Еклоги; по-друге, запозичення здійснювалося із Зводу Юстиніана як безпосередньо, так і (частіше) через грецькі парафрази і епітоми професорів права до Зводу Юстиніана; по-третє, зростання товарно-грошових відносин у IX ст. змусило авторів Приватної Поширеної Еклоги (як і пізніше імператора Льва VI) встановити позику під відсотки, наслідуючи в цьому законодавство Юстиніана, а не Еклогу; по-четверте, вплив законодавства Юстиніана констатується також у розділах про шлюб і шлюбно-майнові відносини, про дарування, мирові угоди, іпотеку та ін.; по-п'яте, запозичення правил із Юстиніанівського законодавства до Приватної Поширеної Еклоги і Прохірону здійснювалося як із тих самих статей Зводу, так і з інших [13, с. 41–42].

Наступним джерелом візантійського права був Прохірон (872 р.), який становив перероблений зміст Інституцій, Дигест, Кодексу і Новел Юстиніана. Наприклад, у Прохіроні в сімнадцяти титулах (не говорячи про окремі статті) відтворено норми з Інституцій, Дигест, Кодексу і Новел (титули 3, 8, 10, 12, 17, 19, 20, 23, 24, 26, 29, 31, 32, 35, 36, 37, 38). При цьому такі норми відсутні в Еклезі [13, с. 54]. При цьому все застаріле пропустили, а додали дещо нове і, зокрема, зробили роз'яснення спеціальної латинської термінології шляхом перекладу спеціальних термінів грецькою мовою. У слов'янських країнах цей законодавчий збірник був добре відомий як Закон Градський, який увійшов до складу Кормчої книги [13, с. 46].

Для очищення законів від змін, внесених розробниками Еклоги, було створено Епанагогу законів, тобто переробку повторень законів. За структурою Епанагога була частковим повторенням Дигест Юстиніана [13, с. 62].

Останнім офіційним законодавчим зводом Візантійської імперії були Василики, які було створено як енциклопедію права, де усі розділи законодавства Юстиніана об'єднано і поділено за хронологічним принципом: спочатку ексцерити з Дигест, потім – Кодексу, і наприкінці – з Новел. Василики розроблялися для заміни Зводу Юстиніана новим, переглянутим, більш зручно систематизованим і більш доступним людям у зв'язку з простою викладення і наближеністю мови до розмовних форм цього більш пізнього періоду. Однак за своїм змістом зібрання законів Візантійської імперії ґрунтувалося на законодавстві Юстиніана з деякими доповненнями і незначними змінами [13, с. 68].

Таким чином, правові системи європейських країн прийняли римське право не в чистому вигляді, а лише його візантійське опрацювання.

Становлення і розвиток правової системи України, як і всіх слов'янських держав, також пов'язано із рецепцією римського приватного права. Географічне розташування України та тривала відсутність територіальної єдності зумовили вплив римського права як зі Сходу (основною якої було візантійсько-римське і візантійсько-канонічне право), так із Заходу (виходила з візантійсько-римського, римсько-канонічного (церковного) права). Цей вплив мав не разовий характер, а становив багатоетапне явище.

Одними з перших джерел права на території Русі стали договори з Візантією, так зване *jus gentium* Східної Римської імперії (907, 911, 944 і 977 рр.). Ці договори є важливими пам'ятками руської мови X ст., з яких, на думку Р. Л. Хачатурова, слід починати історію руського писаного права. У русько-візантійських договорах відображені норми грецького і візантійського права [26, с. 118; 18, с. 225; 19, с. 236–239]. Його позицію підтримав І. Д. Беляєв, який відзначав, що завдяки візантійському впливу до договору (945 р.) було внесено римське *quadruple*, за яким відкрита крадіжка каралася вчетверо, тобто поверталася викрадена річ і, крім того, як покарання, потрібна ціна речі [2, с. 78].

Руська Правда, відома в трьох редакціях як Правда Ярослава, Правда Ярославичів, Пространна правда, створювалася під впливом положень як звичаєвого давньоруського права [12], так і візантійсько-римського. Так, у змісті Руської правди намагалися віднайти вирази, характерні давнім польським письменникам (Раковецький), стародавнім німецьким народам (М. Т. Каченовський), положення датських і шведських законів (Шлецер), скандинавських, німецьких, візантійських і частково словенських законів (М. О. Полевой) [8, с. 1–117; 2, с. 1–8].

Вплив візантійського права на зміст Руської Правди визнає і Е. Аннерс, особливо щодо норм, які регулювали правила із завдання шкоди та відповідальності, відомої у римському праві як ноксальної. Як приклад, він наводить норму про те, що раб, який завдав збитки вільній людині, підлягав покаранню власником або видачі тому, кому він завдав збитки [1, с. 253]. Визнаючи Руську Правду продуктом давньоруської правотворчості, С. О. Харитонов також убачає певний вплив римського приватного права у його візантійській інтерпретації, рецепіюючи звідти окремі засади та рішення [24, с. 217]. Проведений Ю. А. Задорожним порівняльний аналіз статей Руської Правди та римського права надав йому об'єктивні підстави для встановлення схожості низки юридичних норм, що не виключає можливості їх запозичення руським правом [3, с. 49–53].

Руські князівства розробляли власні письмові джерела права, для яких, як правило, запозичували глави чи окремі правила із джерел Візантійської імперії: Зводу Юстиніана, Еклоги, Приватної Поширеної Еклоги, Епанагоги, Базилика та ін. Крім того, з прийняттям слов'янськими народами християнства у формі східного православ'я деякі частини візантійського законодавства були перекладені, як і Еклога, слов'янською мовою та увійшли до складу законодавства зводів цих держав [13, с. 4; 14, с. 181–192; 15, с. 40–44; 21].

Візантійські священики привезли до Русі збірники візантійського канонічного права, норми якого протягом декількох століть впливали на руську правову систему. Внаслідок такої рецепції з'явилася візантійсько-русська редакція церковного законодавства XI ст. *Кормча книга*, відома як *Номоканон*.

Візантійсько-римське право вплинуло також на розвиток руського права в XIV–XVII ст. Так, до Судебника царя Івана III 1497 р. додавалися статті візантійського права під назвою Стародавні закони із книг Юстиніана [8, с. 107–108].

Соборне уложення царя Олексія Михайловича 1649 р. [10, с. 311–406] стало результатом не лише творчої обробки попередніх актів світського законодавства, а й також змісту кормчих книг, що містили норми Юстиніанівського законодавства. Не заперечували факту впливу візантійського канонічного і світського права самі розробники Соборного уложення. У передмові та деяких статтях (проставляючи відмітки зірочкою) вони називали серед використаних джерел правила св. Апостола і св. Отця, Градські закони Грецьких царів щодо державних і земських справ [8, с. 108]. Дослідник історії кормчих книг М. В. Калачов, зробивши порівняльний аналіз змісту Соборного уложення і Кормчої книги, визначив конкретні статті у Номоканоні, що відповідають змісту статей в Уложенні [8, с. 108–113], що дозволило йому дійти до остаточного висновку про наявність рецепції юстиніанівського законодавства до Уложення через візантійсько-русське канонічне і світське право – кормчі книги.

Запозичення візантійсько-римського права на Русі відбувалося не лише безпосередньо, а й через сусідні слов'янські держави (Болгарію, Моравію, Польщу, Угорщину, Чехію), де також відбувалася рецепція. Як відзначав А. М. Щапов, міцний зв'язок Русі з балканськими народами виявився у взаємному обміні

культурними цінностями – в поширенні та застосуванні на Русі збірників права, перекладених на Балканах (і в збереженні їх у Росії до ХХ ст. як джерел для історії культури Південно-Західної Європи), у використанні давньоруських перекладів на Афоні в створенні Сербської кормчої книги [27, с. 11]. Цьому сприяло вигідне географічне розташування Русі на великих торговельних шляхах, що з'єднували Схід із Заходом. У ті часи доби культура, мова і право були дуже близькі між собою. Таким близьким відносинам і взаєминам сприяла й церква. Зокрема про вплив візантійського римського права на формування старочеського права свідчить те, що для здійснення кодифікації законів чеські королі запрошували з Італії визначних юристів, професорів римського і канонічного права [28, с. 34–36]. Крім того в Київській Русі, як уже зазначалося, погано знали грецьку мову, тому візантійські джерела права сприймали через Болгарію.

Таким чином, правова система українських земель сприйняла римське право не в чистому вигляді, а його візантійське опрацювання. Візантійське право поступалося римському праву з формально-юридичної точки зору: його поняття, термінологія були порівняно неоднозначні, розпливчаті [17, с. 47–48]. Хоча вся рецепція середньовіччя ґрунтувалася саме на візантійському законодавстві імператора Юстиніана.

Таким чином, не заперечуючи рецепцію римського права у Візантії та значення візантійсько-римського права для формування національних правових систем Європи, вважаємо за доцільне виділити поряд із *західноєвропейським типом рецепції римського права* також *східноєвропейський тип*, що дозволить краще зрозуміти динаміку римського права як із Західної Європи на Схід, так із Східної на Захід. При цьому *фундаментом цього процесу було візантійське право*. *Східноєвропейський тип* рецепції римського права характеризує таке: найбільш тривалий термін перебігу; римське право сприймалося через римсько-канонічне (церковне) опрацювання; рецепіювалися ідеї римських юристів, проте не засвоювалася його теоретична частина та складні юридичні конструкції; рецепція римського права здійснювалася як через візантійське право, так і через кодифікаційні пам'ятки права Західної Європи; рецепція римського права не набула такого масштабу, як у Західній Європі та не призвела до забуття національних традицій, оскільки у країнах східноєвропейського типу рецепції великого значення надавалося звичаєвому праву.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс; [пер. со швед. Валинского Р. Л., Волкова А. М., Исаева М. А., Шенявской Т. Л.] . – М. : Наука : Ин-т Европы, 1996. – 395 с.
2. Беляев И. Д. История русского законодательства / И. Д. Беляев. – С.-Петербург, 1999. – 640 с.
3. Задорожний Ю. А. «Руська правда» і римське право: порівняльний аспект / Ю. А. Задорожний // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2009. – № 1 (87). – 173 с.
4. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / А. Х. Саидов / под ред. В.А. Туманова. – М.: Юрист, 2000. – 448 с.
5. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник / О. Ф. Скакун. – Харків: Консум, 2004. – 656 с.
6. Современный словарь иностранных слов / Изд-во «Рус. язык». – Ок. 20 тыс. слов. – М.: Рус. яз., 1993. – 740 с.
7. Словник іншомовних слів / уклад. С. М. Морозов, Л. М. Шкарапута. – К. : Наукова думка, 2000. – 680 с.
8. Калачов Н. Предварительные юридические сведения для полного объяснения Русской Правды / Н. Калачов. – С.-Петербург : Типография А. Е. Ландау, 1880. – 264 с.
9. Кельман М. С., Мурашин О. Г. Загальна теорія держави і права : підручник / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин. – К.: Кондор, 2006. – 475 с.
10. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: у 2 т. / уклад. Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К. : Правова єдність, 2009. – Т. 1. – 1168 с.
11. Кондаков Н. И. Логический словарь / Н. И. Кондаков. – М. : Наука, 1971. – 656 с.
12. Кушинська Л. А. Еволюція звичаєвого права східних слов'ян VI–XI ст. : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. істор. наук : спец. 07.00.01 «Історія України» / Л. А. Кушинська. – Київ, 2001. – 16 с.
13. Липшиц Е. Э. Законодательство и юриспруденция в Византии в IX–XI вв. Историко-юридические этюды / Е. Э. Липшиц / под ред. В. И. Рутенбурга. – Л. : «Наука», 1981. – 246 с.
14. Максимович К. А. Право и церковь / К. А. Максимович // Православная энциклопедия. – Т. VIII. Вероучение. – Владимир-Волынская епархия. – М., 2004. – С. 181–192.
15. Максимович К. А. Греко-римское право в Древней Руси / К. А. Максимович // История российско-греческих отношений и перспективы их развития в XXI веке: посвящается 180-летию установления дипломатических отношений между Россией и Грецией. Материалы конференции. – Афины; Москва : РФК – Имидж Лаб., 2008. – С. 40–44.
16. Ниль Попов О значении германского и византийского влияния на русскую историческую жизнь в первые два века ее развития / Ниль Попов // Московскія университетскія известія. – 1871. – № 1 (в Ун-ой типографіи). – С. 26–55.
17. Развитие русского права в XV – в первой половине XVII в. – М. : Наука, 1986. – 287 с.
18. Толочко П. Київська Русь / Толочко П. – К.: Абрис, 1996. – 352 с.
19. Толочко П. П. Древняя Русь: очерки социально-политической истории / П. П. Толочко. – К.: Наукова думка, 1987. – 246 с.

20. *Ткаченко С. В.* Рецепція римського права: вопросы теории и истории : дисс. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Ткаченко Сергей Витальевич. – М., 2006. – 187 с.
21. *Федоренко Т. М.* Вплив християнства на формування правової системи Київської Русі з кінця X по 40-ві роки XIII століття : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Т. М. Федоренко. – Київ, 2001. – 16 с.
22. *Харитонов Є. О.* Рецепція римського приватного права: теоретичні та історико-правові аспекти / Є. О. Харитонов. – Одеса: Балтська районна друкарня, 1997. – 287 с.
23. *Харитонов Є. О.* Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових вчень; філософія права» / Є. О. Харитонов. – Одеса, 1997. – 50 с.
24. *Харитонов Є. О.* Історія приватного права Європи: Східна традиція / Є. О. Харитонов. – Одеса : Юридична література, 2000. – С. 217.
25. *Харитонova Т. Є.* Систематизація права у Візантійській імперії у першій половині VI ст. н. е. : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Т. Є. Харитонova. – Одеса, 2003. – 16 с.
26. *Хачатуров Р. Л.* Становление права (на материале Киевской Руси) / Р. Л. Хачатуров. – Тбилиси: Изд-во Тбилисского университета, 1988. – 260 с.
27. *Щапов Я. Н.* Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI–XIII вв. / Я. Н. Щапов. – М.: Изд-во «Наука», 1978. – 290 с.
28. *Яковлів А.* Впливи старочеського права на право українське литовської доби XV–XVI в. / А. Яковлів. – Прага : Державна друкарня в Празі, 1929. – 81 с.

This paper describes the typology of the reception of Roman law and reveals its importance to the legal systems of European countries. It is claimed that the foundation of the process of reception of Roman law was Byzantine law.

В статье дается характеристика типологии рецепции римского права и раскрывается ее значение для правовых систем европейских стран. Отмечается, что фундаментом рецепции римского права было византийское право.

ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ З МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА: ДЖЕРЕЛА ЗАПОЗИЧЕННЯ

Довгерт А. С.,

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

З позиції одного з авторів проекту Закону України про МПрП в запропонованій статті розглядається рецепція українським законодавством окремих принципів і норм міжнародних документів, зокрема Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р. Такі принципи і норми часто сприймаються державами як певні міжнародні стандарти колізійного права.

Ключові слова: міжнародне приватне право (МПрП), колізійне право, Закон України про МПрП, рецепція міжнародного приватного права.

У даній статті українське законодавство з МПрП обмежено лише внутрішнім колізійним правом [1].

Колізійне право різних територій, а згодом держав ще з середньовіччя характеризувалося певною схожістю, спричиненою широко визнаною у той час теорією статутів з її основними трьома правилами: *statuta personalia, statuta realia, statuta mixta*. Відносна одноманітність колізійного права все ж не призвела до втілення у життя популярної в XIX ст. ідеї *Паскуале Манчині (1817—1889)* про світовий кодекс МПрП [2]. Навіть сьогодні значну роль у вирішенні колізій законів ще відіграють національні відгалуження МПрП. Не є виключенням в цьому плані й Україна, яка на початку XXI ст. спромоглася кодифікувати внутрішнє колізійне право в Законі України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. (далі – Закон або Закон про МПрП) [3, 4].

Стрімкий розвиток у другій половині XX та на початку XXI ст. внутрішнього колізійного законодавства (в тому числі у формі кодифікацій) багатьох країн, на перший погляд, віддаляє людство від всеохоплюючої

кодифікації колізійних норм (мрія П. Манчині). Проте це не так. Нове покоління законів про МПрП різних країн гармонізовано такою мірою, що перехід до єдиного МПрП вже не виглядає зовсім утопічним.

З іншого боку, набирає обертів договірно-правова уніфікація колізійних норм. Достатньо пригадати лише одну Гаазьку конференцію з МПрП, яка підготувала майже півсотні конвенцій з уніфікації колізійних та процесуальних норм у сферах комерційного, сімейного, спадкового права тощо [4]. Нині уніфіковані колізійні норми у кількісному вимірі значно перевищують внутрішні національні.

Отже, процеси акультурації національних законодавств з МПрП і розширення міжнародної уніфікації конфліктного права та їх взаємний вплив невпинно прокладають шлях до справді інтернаціонального МПрП. Кожна держава, реформуючи сьогодні внутрішнє колізійне право, віддає належне названим процесам. Україна також враховує їх у своїй міжнародній приватноправовій політиці. З цих позицій подивимося на новітній Закон України про МПрП.

Рецепція основних принципів сучасного МПрП. У Законі вперше у вітчизняній законодавчій практиці знайшли відображення основні принципи сучасного колізійного регулювання, насамперед, *принцип автономії волі і принцип тісного (найбільш тісного, найтіснішого) зв'язку*.

Основними актами для запозичення стали: *Гаазька конвенція про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу 1986 р. (Гаазька конвенція з купівлі-продажу товарів 1986 р.)* та *Римська конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р. (Римська конвенція)*.

Незважаючи на те, що названі документи відносяться до договірного права, розробники *Закону* використали їх положення для написання принципів і норм МПрП загального характеру [5, 6]. Так, набір правил згаданих конвенцій щодо автономії волі сторін договору (способи вираження, можливість «розщеплення» договору, час вибору права) трансформувалися у ст. 5 Загальних положень *Закону про МПрП*, тобто у правила, що належать до автономії волі не лише у договірній сфері, а й в інших сферах. До загальних положень *Закону* потрапили правила конвенцій щодо принципу найтіснішого зв'язку (ст. 4). Норми *Закону*, які стосуються зворотного відсилання (ст. 9), імперативних норм (ст. 14), застосування права країни з множинністю правових систем (ст. 15), також формулювалися на основі відповідних статей *Римської конвенції* та *Гаазької конвенції з купівлі-продажу 1986 р.*

Принцип конфліктного права *lex voluntatis*. Передовсім, в українській кодифікації МПрП сфера застосування даного принципу значно розширена. Крім відомих раніше національному законодавству основних сфер його застосування – зовнішньоекономічні договори і питання права власності при переміщенні товарів за такими договорами, *Закон* надає сторонам міжнародних приватних відносин можливість вибирати право будь-якої країни щодо змісту майже всіх правочинів (будь-які договори, а не тільки зовнішньоекономічні, односторонні дії, шлюбний договір).

В обмеженому вигляді *lex voluntatis* застосовується: при захисті речових прав (ст. 42); у договорах споживання (ст. 45); у деліктних зобов'язаннях (ст. 49, 50); у зобов'язаннях, що виникли внаслідок безпідставного збагачення (ст. 52); у багатьох питаннях сімейного права; у спадкових відносинах (ст. 70).

Основні приписи щодо *lex voluntatis* сконцентровані у спеціальній статті *Закону* (ст. 5). Крім наведених вище випадків обмеженого застосування *lex voluntatis* сторони відповідно до вітчизняної доктрини не обмежуються вибором права конкретної країни. Вони можуть вибрати для регулювання правовідносин гіпотетично право будь-якої країни світу, в тому числі право країни, яке не має зв'язку з правовідносинами. В попередніх проектах кодифікації про це прямо було сказано в тексті [9].

Згідно з теорією *lex mercatoria* сторони договору можуть підпорядковувати договір не тільки національному праву конкретної держави, а й *lex mercatoria*, під яким розуміють сукупність норм, що мають транснаціональний характер і не належать до певної національної правової системи [7, 8].

Щодо форми *lex voluntatis* загальним правилом в *Законі* записаний добре відомий доктрині ліберальний підхід: вибір права країни має бути явно вираженим або прямо впливати з дій сторін, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються у їх сукупності (ч. 2 ст. 5). У деяких випадках закон потребує конкретної форми, зокрема: вибір права країни щодо окремих частин правочину повинен бути явно вираженим (ч. 4 ст. 5); угода подружжя про вибір права щодо правових наслідків шлюбу має бути у письмовій формі або явно впливати з умов шлюбного договору, а угода про вибір права, що укладена в Україні, має бути нотаріально посвідчена (ст. 62).

У *Законі* міститься ще кілька сучасних приписів щодо *lex voluntatis*. Наприклад, законодавець сприймає ідею «юридичної біотехнології», тобто можливості «розщеплення» правочину і підпорядкування його частин різним правовим системам. Хоча окремими фахівцями ця ідея не сприймається [9], законодавці багатьох країн та міжнародний законодавець (наприклад, *Римська конвенція*) у подібній біотехнології вбачають певні переваги.

Принцип найтіснішого зв'язку відповідних міжнародних приватних відносин з правом певної країни визнано в *Законі* основним інструментом побудови формалізованих колізійних норм. У *Законі* встановлюється, що у випадку, коли неможливо визначити право країни, що підлягає застосуванню на підставі формалізованих колізійних норм та *lex voluntatis*, застосовується право країни, яке має найбільш тісний зв'язок із правовими

відносинами (ч. 2 ст. 4). Це правило свідчить про те, що формалізовані колізійні норми щодо окремих приватноправових інститутів (право власності, зобов'язальне право, спадкове право тощо) формувалися на підставі цього принципу.

Один із недоліків розгалуженої системи формалізованих колізійних норм долається законодавцем за допомогою правила про те, що визначене на підставі формалізованих колізійних норм право країни, як виняток, не застосовується, якщо, за всіма обставинами, правовідносини мають незначний зв'язок з визначеним правом країни і мають більш тісний зв'язок з правом іншої країни (ч. 3 ст. 4).

Таким чином, система колізійного регулювання за відсутності автономії волі будується за допомогою загального принципу найбільш тісного зв'язку у поєднанні з великою кількістю формалізованих колізійних норм, у яких цей принцип відбивається. Поєднання гнучкого принципу найтіснішого зв'язку з конкретними колізійними правилами доктрина відносить сьогодні до досягнень сучасного МПрП [10].

Втілення окремих норм міжнародних актів в Закон про МПрП можна продемонструвати, розглянувши сферу договірних зобов'язань.

Рецепція норм у сфері міжнародних договірних зобов'язань. Ще зовсім недавно в наукових колах світу домінували песимістичні настрої стосовно можливості знайти який-небудь один підхід для договірних колізійних прав [11]. З цього питання існувало безліч теорій (та їх відбитків у законодавстві та судовій практиці), зокрема: теорія «автономії сторін» (автономії волі), за якою зобов'язання обговорюється за тим законом, якому підпорядкували його прямо або побічно сторони; теорія закону місця укладення договору (*lex loci contractus*); теорія особистого закону (*lex personalis*) боржника; теорія місця виконання договору (*lex loci solutionis*) тощо.

У наші дні доктриною та практикою підтверджено, що для великої кількості видів договорів неможливо існування якогось одного формалізованого колізійного правила. Проте справедливе вирішення колізійних питань у міжнародних договірних правовідносинах було запропоновано світові знову ж таки на основі двох засад: принципу автономії волі та принципу найтіснішого зв'язку права країни з певними правовідносинами, який (принцип) у договірній сфері означає, як правило, застосування *lex personalis* сторони, яка повинна виконати дію вирішального значення для змісту договору (принцип характерного виконання зобов'язання — *characteristic performance*).

Український законодавець намагався найповніше відтворити в Законі як схему, так і зміст колізійного регулювання договірних відносин *Римської конвенції*. Статті Закону, що відносяться до колізійних правил для правочинів (розділ ст. 31–33) і договорів (розділ VI, ст. 43–47), цілком або частково запозичені з тексту *Римської конвенції*.

На підставі ст. 4, 5, 32, 43, 44 Закону для визначення права щодо змісту правочину (договору) задіяні основні принципи колізійного права – автономія волі та найтісніший зв'язок. Причому правом країни, що застосовується на основі цих підходів, охоплюються не тільки права й обов'язки сторін договору, а й також питання його дійсності та тлумачення, правові наслідки недійсності договору (ст. 33). Статутом договору, крім перерахованих вище питань, охоплюються питання виконання договору та наслідки невиконання або неналежного виконання договору (щодо способів та процедури виконання, а також заходів, які мають бути вжиті у разі неналежного виконання договору, в деяких ситуаціях можливо застосування права країни, в якій здійснюється виконання); припинення договору; відступлення права вимоги та переведення боргу згідно з договором (ст. 47) [12].

Автономія волі. Зміст правочину, якщо інше не передбачено законом, може регулюватися правом країни, яке обрано сторонами (ст. 32). В принципі, аналогічно сформульована автономія волі й для договорів: сторони договору можуть обрати право країни, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законом (ст. 43). В Законі про МПрП сторонам заборонено вибирати право для засновницького договору юридичної особи з іноземною участю. В цьому випадку діє жорстке правило про застосування права країни, у якій створена юридична особа (ст. 46).

Враховуючи велику роль у сучасних умовах договору споживання (до них належать договори щодо придбання товарів та одержання послуг особою (споживачем) не для цілей підприємницької діяльності), правила про автономію волі для них сформульовані у такий спосіб, щоб краще захистити фактично слабкішу сторону – споживача.

Найтісніший зв'язок. У разі відсутності вибору права країни, до змісту правочину застосовується право країни, яке має більш тісний зв'язок із правочином. Вважається, що правочин (якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи) більш тісно пов'язаний із правом країни, в якій сторона, що повинна виконати дію вирішального значення для змісту такого правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження (ч. 2 і 3 ст. 32).

Стаття 44 Закону про МПрП, в якій йдеться про право, що застосовується до договору при відсутності *lex voluntatis*, повторює положення, наведені вище, при цьому стороною, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є: продавець – за договором купівлі-продажу; дарувальник – за договором дарування (далі наводиться перелік колізійних норм щодо 23 видів договорів відповідно до структури Книги п'ятої ЦК «Зобов'язальне право»).

Для ряду договорів більш тісний зв'язок встановлюється на підставі інших критеріїв. Так, для договору про нерухоме майно таким зв'язком є право країни, в якій це майно знаходиться; щодо договорів на виконання робіт та спільної діяльності – право країни, де здійснюється така діяльність або створюються передбачені договором результати; щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, – право країни, в якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Такими, в загальних рисах, є схема та зміст колізійного регулювання договірних правовідносин в Україні, які базуються на *Римській конвенції* тридцятирічної давнини.

Подальша гармонізація українського внутрішнього колізійного права з міжнародними принципами і нормами. Проект Закону України про МПРП готувався в 1990-х рр. Тому він перейняв основні положення відомих на той час *Римської конвенції* і *Гаазької конвенції з купівлі-продажу*. З тих пір в європейському МПРП відбулися кардинальні зміни.

По-перше, специфіка сучасної уніфікації МПРП в ЄС полягає в тому, що вона почала відбуватися не на основі міжнародних конвенцій, як було раніше, а на основі регламентів. Іншими словами, стався перехід від інтернаціоналізації МПРП до його європеїзації [13]. Прийняті раніше *Брюссельська конвенція про юрисдикцію, визнання та примусове виконання судових рішень з цивільних і комерційних справ 1968 р.* та *Римська конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р.*, замінені відповідними регламентами: *Регламент про юрисдикцію, визнання та примусове виконання судових рішень з цивільних і комерційних справ 2001 р. (Брюссель I)* та *Регламент про право, що застосовується до договірних зобов'язань 2008 р. (Рим I)* [14].

Останні зміни в МПРП ЄС потребують вивчення і узагальнення через те, що (і) вступ України до ЄС є стратегічною метою держави; (ii) одним із шляхів удосконалення українського колізійного права залишається рецепція останніх новел МПРП ЄС.

Зміни в МПРП ЄС сталися навіть у сферах, у яких діяли конвенції. Наприклад, *Регламент Рим I*, хоча і замінив *Римську конвенцію*, не є її копією. По-перше, текст окремих статей було перефразовано або уточнено, що, певною мірою, пов'язано з необхідністю узгодження мови *Рим I* з *Регламентами Рим II та Брюссель I*. По-друге, відбувся ряд значних змін, які, зокрема, торкнулися принципу *lex voluntatis* (ст. 3 *Рим I*), правил вибору права за відсутності *lex voluntatis* (ст. 4 *Рим I*) тощо. Крім того, в *Регламенті* сформульовано нові колізійні положення щодо транспортних перевезень та страхування (ст. 5 та 7).

Якщо спробувати загальним чином характеризувати зазначені зміни, то, ймовірно, варто сказати, що відбулося зменшення «гнучкості» колізійного регулювання договірних відносин за рахунок більшої визначеності при застосуванні двох основних принципів: автономії волі та найтіснішого зв'язку.

Розглянемо деякі нововведення *Рим I* та порівняємо їх з відповідними правилами законодавства України з метою з'ясування необхідності можливого правового запозичення.

Принцип автономії волі для договорів зберігає, безумовно, фундаментальне значення і в *Рим I* (ст. 3). Більшість норм цього інституту, які було передбачено *Римською конвенцією*, перенесено у *Регламент*. Новела стосується правила про «вибір права, що припускається». Якщо в *Римській конвенції* такий вибір мав бути продемонстрований з «розумною визначеністю» (*with reasonable certainty*) умовами договору або обставинами справи, то *Рим I* потребує, щоб такий вибір був «ясно» (*clearly*) продемонстрований, що, на думку коментаторів, обмежує суддівську свободу у вирішенні питання про те, чи відбувся вибір права між сторонами договору у разі відсутності явно вираженої домовленості [15, 16].

У *Рим I*, на відміну від *Римської конвенції*, не згадується про незалежність вибору права від вибору юрисдикції, що надає можливість припустити, що включення до договору умови про вибір юрисдикції буде достатньою підставою для судді вважати, що сторони договору мали на увазі також і вибір права.

Принцип найтіснішого зв'язку права країни з правовідносинами зазнав у *Рим I* подальшої конкретизації [17]. Якщо у *Римській конвенції* він деталізувався лише за допомогою загальної прив'язки «характерного виконання» (прив'язка до права країни, в якій сторона, яка повинна здійснити виконання, що є характерним для даного договору, має звичайне місце перебування), то в *Регламенті Рим I* вводяться конкретні прив'язки до восьми категорій договорів (купівлі-продажу, послуг, договорів щодо речових прав на нерухоме майно, франчайзингу тощо). Таким чином, знову виявляється зменшення «гнучкості» колізійного регулювання у *Рим I*. Право, що застосовується до договірних зобов'язань за відсутності *lex voluntatis*, визначається тепер у такій послідовності: спочатку звертаються до конкретних прив'язок зазначених восьми категорій договорів; якщо договір не потрапляє у цей перелік, керуються загальним правилом «характерного виконання»; якщо за допомогою попередніх двох формул не можна визначити застосовуване право, слід звертатися до принципу найтіснішого зв'язку. В останньому випадку вибір права багато в чому залежатиме від судді. Значну диспозицію для суду залишає також правило (яке майже дослівно перейшло з *Римської конвенції*) про те, що коли із усіх обставин впливає, що договір *явно* (*manifestly*) тісніше пов'язаний з країною, іншою ніж пропонується конкретними колізійними приписами для 8 категорій договорів та прив'язкою «характерного виконання», то застосовується право цієї країни (ч. 3 ст. 4 *Рим I*). Включення у це положення слова «явно» покликане певною мірою обмежити суддівську свободу.

Спеціальні правила для окремих договорів (договір споживання, трудовий договір) також зазнали змін у Рим I. Коло договорів із спеціальним режимом колізійного регулювання розширено: у Регламент введено нові спеціальні правила для договорів перевезення (ст. 5) та страхування (ст. 8).

Колізійні норми щодо трудового контракту зазнали у Рим I переважно редакційних змін. Найбільш суттєво, порівняно з Римською конвенцією, змінилася стаття про споживчі договори (ст. 6 Рим I).

Таким чином, з розвитком права ЄС відкривається простір до удосконалення українського колізійного права [18].

Висновки. Внутрішні колізійні норми сучасної України формувалися значною мірою під впливом відповідних міжнародних конвенцій та колізійного права ЄС, зокрема Римської конвенції. Її заміна на значно оновлений текст Регламенту Рим I та останні зміни в універсальному і регіональному колізійно-правовому регулюванні приватноправових відносин з іноземним елементом актуалізує дослідження новел у міжнародному колізійному праві з метою оцінки можливостей їх рецепції українським законодавцем. Процеси світової гармонізації МПРП вимагатимуть адекватних дій українського законодавця.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Довгерт А. С. Наука міжнародного приватного права в Україні (XIX—XXI ст.) / А. С. Довгерт // Міжнародне право. – 2012. — №2 – С. 91–111.
2. *Международное частное право* / Л. А. Лунц. – М.: Юридическая литература, 1970. – С. 86.
3. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. // Відомости Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.
4. Довгерт А.С. 110 років Гаазькій конференції з міжнародного приватного права / А. С. Довгерт // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2003. – № 2. – С. 52–61.
5. Довгерт А. С. Кодифікація норм міжнародного приватного права / А. С. Довгерт // Тези IV Всеукраїнської науково-практичної конференції з питань кодифікації законодавства України. – К.: УПФ, 1997. – С. 37–38.
6. Довгерт А. С. Реформа колізійного права в Україні / А.С. Довгерт // Проблеми правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтернаціоналізації: монографія / за заг. ред. О. Д. Крупчана. – Тернопіль: Видавництво «Підручники і посібники», 2007. – С. 7–45.
7. Мережко А. А. *Lex mercatoria*: теория и принципы транснационального торгового права / А. А. Мережко – К.: Таксон, 1999. – С.197–217.
8. *Принципы международных коммерческих договоров*. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – С.1.
9. Рубанов А. А. «Автономия воли» в международном частном праве как теоретическая проблема / А. А. Рубанов // Сов. ежегодник междунар. права. 1986. – М.: Международные отношения, 1987. – С. 219.
10. Звекон В. П. *Международное частное право. Курс лекций* / В. П. Звекон. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 1999. – С.119–125.
11. Макаров А. Н. *Основные начала международного частного права* / А. Н. Макаров. – М.: Книгодел, 2007. – С.108–119.
12. *Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону* / за ред. доктора юридичних наук, проф. А. Довгерта. – Харків: Одиссей, 2008. – С. 211–214.
13. Трутень В. В. Передмова / В. В. Трутень // Руденко О. В. Уніфікація міжнародного приватного права в ЄС: монографія. – Чернівці: Рута, 2009. – С. 5–9.
14. *Regulation (EC) № 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)* // Official Journal L177. – 04.07.2008. – P. 6—16.
15. *Vernooij N. Rome I: An Update on the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* /N. Vernooiy // *Columbia Journal of European Law*. – Mode of access: http://www.cjel.net/online/15_2-vernooiy/
16. *Lando O., Nielson P. The Rome I Regulation* // *Common Market Law Review* / O. Lando, P. Nielson. – 2008. – № 45. – P. 1694.
17. Стефанчук Р., Ландо Д. Проблеми гармонізації та кодифікації договірних прав Європи / Р. Стефанчук, Д. Ландо // Проблеми систематизації приватного права України та Європи: монографія / за заг. ред. Ю. В. Білоусова. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва, 2009. – С.168—169.
18. Довгерт А. С. Удосконалення колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу після реформи міжнародного приватного права 2005 року / А. С. Довгерт // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 8. – С.146—152.

From the standpoint of one of the drafters of Law of Ukraine on PIL, this article demonstrates the reception of certain principles and norms set out by international documents, namely by the Rome convention on the law applicable to contractual obligations of 1980, by the Ukrainian legislator.

С позиції автора проекту Закону України о МЧП, в предложенной статье рассматривается рецепция украинским законодательством отдельных принципов и норм международных документов, в частности Римской конвенции о применимом праве к договорным обязательствам 1980 г.

ТЕОРЕТИЧНА КОНЦЕПЦІЯ ФОНДОВОГО ПРАВА ТА ЙОГО МІСЦЕ В СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ

Кологойда О. В.,

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

У статті визначено поняття фондових правовідносин. Досліджено систему норм, що регулюють фондові правовідносини та їх місце в системі права України.

Ключові слова: цінні папери, фондові правовідносини, фондове право.

Відповідно до Преамбули Закону України від 23 лютого 2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок» [1] (далі – Закон «Про цінні папери та фондовий ринок») він регулює відносини, що виникають під час розміщення, обігу цінних паперів і провадження професійної діяльності на фондовому ринку, з метою забезпечення відкритості та ефективності функціонування фондового ринку.

Категорія правовідношення (правовідносин) неодноразово була предметом дослідження як теоретиків права: М. І. Абдулаєва, Е. В. Бурлай, О. С. Іоффе, С. А. Комарова, В. В. Копейчикова, В. С. Петрова, М. П. Рабіновича, Ю. К. Толстого, Р. О. Халфіної, Л. С. Явича та ін., так і фахівців галузевих юридичних наук, зокрема: О. М. Вінник, О. П. Віхрова, Г. Л. Знаменського, В. В. Лаптева, В. К. Мамутова, В. С. Мартемьянова, В. П. Мозоліна, А. Я. Пилипенко, І. Г. Побірченко, В. В. Поєдинок, Г. В. Пронської, В. С. Щербини та ін. Незважаючи на наявність окремих досліджень А. В. Белова, В. А. Белова, О. П. Віхрова, А. В. Власової, А. В. Вошатко, А. В. Габова, В. В. Грачева, Л. Ю. Добриніної, Ю. С. Тихомирова, В. Б. Чувакова, Г. Н. Шевченко та ін., категорія правовідношення (правовідносин) на фондовому ринку (фондового правовідношення) залишається практично не дослідженою у юридичній науці.

У процесі здійснення діяльності на фондовому ринку виникають, існують та припиняються різноманітні правовідносини, забезпечити правове регулювання яких у межах однієї галузі права неможливо через їх відмінності. В широкому розумінні фондовий ринок охоплює відносини щодо випуску цінних паперів (емісійні), здійснення прав з цінного паперу, обігу цінних паперів, здійснення різних видів діяльності (інвестиційної, посередницької, професійної) на фондовому ринку, державного регулювання та саморегулювання фондового ринку, захисту прав та законних інтересів учасників фондового ринку. Такі правовідносини об'єднані спільним предметом правового регулювання (ядром) – відносинами з випуску та обігу цінних паперів та їх похідних, через які досягається основна мета фондового ринку, мобілізація грошових коштів з метою інвестування у промислове виробництво продукції (надання послуг).

Отже, фондовий ринок як предмет правового регулювання – це сукупність різноманітних відносин (горизонтальних, вертикальних (у сфері державного регулювання та управління), внутрішніх (організаційних), які підпадають під регулюючий вплив норм права і виникають між учасниками фондового ринку в процесі випуску та обігу цінних паперів та похідних. В сукупності ці правовідносини є **фондовими правовідносинами**, під якими слід розуміти врегульовані нормами законодавства про цінні папери суспільні відносини, що виникають між суб'єктами (учасниками) фондового ринку щодо визначення їх взаємних прав та обов'язків у процесі випуску та обігу цінних паперів та похідних, державного регулювання та саморегулювання, організації та здійснення професійної діяльності на фондовому ринку.

Фондові правовідносини регламентовані великою кількістю правових норм, що мають не лише зовнішню єдність, а й внутрішній диференціальний зв'язок між собою. Норми права постають первинним елементом системи права, до складу якої включають також інститути та галузі права. В науковій літературі ведеться активна дискусія, чи являє собою дана сукупність правових норм, що забезпечують функціонування фондового ринку, виключно асоціацію правових норм, предметно-функціонально спрямованих на регулювання відносин у сфері ринку цінних паперів [2, с. 22]; самостійним правовим інститутом [3, с. 3] або комплексною підгалуззю права (оскільки включає самостійні правові інститути, зокрема, інститут окремих видів цінних паперів: вексельне право, акціонерне право, інститут пайових цінних паперів, інститут бездокументарних цінних паперів, інститут емісійних цінних паперів, професійну діяльність на фондовому ринку) [2, с. 24–26; 4, с. 203–204].

Внутрішня єдність та зв'язок правових норм, що регулюють фондові правовідносини, не дозволяють визнати їх простою асоціацією (сукупністю); вони складають внутрішню узгоджену ієрархічну систему. Система права — це об'єктивно обумовлена системою суспільних відносин внутрішня структура права, яка складається із взаємозалежних норм, логічно розподілених за галузями, підгалуззями та інститутами [5, с. 239].

Центральною ланкою структури права є категорія галузь права. Галузь права – відносно самостійна сукупність юридичних норм, яка регулює якісно однорідну сферу (рід) суспільних відносин специфічним методом правового регулювання [6, с. 124], як зазначає О. Ф. Скаун, володіє тільки їй властивим режимом правового регулювання (тобто, предметом, методом, метою, способами, типом правового регулювання) і є підсистемою системи права [5, с. 245]. Інститут права – система відносно відокремлених від інших і пов'язаних

між собою правових норм, які регулюють певну групу (вид) однорідних суспільних відносин. Інститути права можуть складатися з правових норм різних галузей, бути міжгалузевими [5, с. 248; 6, с. 125].

Сучасні наукові дослідження доводять, що праву властиві різноманітні комбінації його складових частин, у ньому постійно виникають нові блоки, що не вписуються у традиційний поділ на галузі і правові інститути. Це призводить до виникнення теорії вторинних структур, формування теорії комплексності. Комплексні явища в праві рідчезають; вони не потребують доказів свого існування. Питання полягає в тому, чи являє собою така комплексність певну органічну єдність, чи ж є штучною сумішшю різних явищ [7]? Право є складною структурою, що поділяється на галузі права та цільові гілки права, під якими А. Г. Діденко розуміє поєднання однакових за цільовим призначенням та спрямованістю норм та інститутів різних галузей права. Цільова гілка права, також як і галузь права, об'єктивна, але об'єктивність галузі зумовлена об'єктивністю і однорідністю регульованих суспільних відносин, а об'єктивність цільової гілки права зумовлюється об'єктивною потребою вирішення суспільних потреб, завдань. Усередині цільових гілок права існують блоки однорідних правових норм. Це галузеві інститути цільової гілки права. Говорячи про цільові гілки права, А. Г. Діденко вказує на проблему комплексних галузей та інститутів права, розібратися з якою можна, почавши з розгляду клітинки права – норми. Правова норма розрахована на врегулювання конкретного суспільного відношення. Правові норми та інститути всередині цільової гілки права продовжують зберігати свою галузеву приналежність. Виникаючи всередині цільової гілки права, нові правові норми залежно від їх природи мають відповідну галузеву приналежність. Одна і та сама норма права не може бути складовою частиною різних інститутів і галузей права. Поняття «комплексний інститут» не може бути віднесено до правового інституту, оскільки для природи останнього характерно те, що він може об'єднуватися з іншими інститутами у вищу категорію підгалузі або галузі права, а також здатний звужуватися до групи правових норм, що не досягають рівня інституту, в той час як «комплексний інститут» такими властивостями не володіє [7].

Окрім дослідників заперечують поділ права на галузі. Серед прибічників концепції єдності науки можна назвати таких видатних науковців (мислителів) сучасності, як: В. Вернадський, О. Нейрит, Р. Корнан, І. Пригожий, М. К. Сулейменов та ін. Серед основних недоліків, які виникають при розриві єдиного знання на галузі, що пов'язано з диференціацією і спеціалізацією знання та суб'єктів пізнання, можна назвати: втрату розуміння єдності, формування паралельних категорійно-понятійних апаратів, що проявляється перепоною циркуляції інформації в рамках наукового поля і обміну цією інформацією між науковцями; неефективність дослідницької роботи, яка призводить або до «винайдення велосипеда» або до невикористання уже відомих у рамках інших/ої наук/и результатів/у, даних тощо. Названі вище недоліки дають підставу А. Д. Машкову стверджувати, що абсолютизація поділу наукового знання на окремі галузі – це суттєвий недолік сучасної науки. Тому ще з початку ХХ ст. з'являється тенденція розмивання меж між природознавством і гуманітарними науками; формування нових універсальних метатеорій (наприклад, теорія систем, синергетична теорія та ін.); виникнення нових інтегрованих галузей наукового знання (соціобіологія, біофізика, інженерна біомеханіка і т. д.); проведення комплексних досліджень (наприклад, досліджень впливу права на економіку, екологічних проблем на соціальну сферу) тощо. Така тенденція призводить до визнання умовності (відносності) поділу єдиного знання на галузі, до визнання суб'єктивності самого процесу такого поділу, його обумовленості обмеженістю людської природи (матеріальної, інтелектуальної, морально-етичної і т. п.) [8, с. 55–56].

На думку А. М. Васильєва, система права – це правова абстракція, яка слугує вираженням зв'язків і єдності правових норм, їх внутрішніх взаємозалежностей. Принциповим для розкриття змісту цієї категорії є положення про об'єктивні підстави системи права, які полягають у економічних відносинах, у специфіці та предметних особливостях регульованих нормами права суспільних відносин [9, с. 166].

А. Д. Машков вважає безспірним те, що поділ наукового знання (у тому числі юридичного) на окремі галузі має певні недоліки та стримує розвиток науки. Тим не менш, процес поділу наукового знання на окремі сектори реально існує і уявляється, що він певною мірою виправданий. Юридичні науки в такому сенсі не є винятком, вони також поділяються на окремі галузі знання. Поділ наукового знання на окремі галузі науки має багато об'єктивних причин: багатогранність, безмежність й неосяжність об'єкта наукового дослідження; величезний обсяг емпіричного матеріалу, який людство накопичило за свою історію і котрий вимагає свого теоретичного осмислення в рамках науки; обмеженість пізнавального й інтелектуального ресурсу окремо взятого суб'єкта пізнання; історичні аспекти формування структури наукового знання як форми соціальної дійсності; стереотипи суспільної свідомості стосовно розуміння структури й змісту науки загалом, її окремих секторів. Все це призводить не лише до існування поділу наукового знання на окремі науки, а й до структуризації останніх на окремі підгалузі. Ось чому на сьогодні існують окремі науки, головним критерієм поділу яких виступає предмет дослідження [8, с. 56–57].

Усвідомлюючи умовність поділу юридичної науки на галузі, поділяємо позицію тих авторів, які виступають за збереження системного підходу до структури системи права (зокрема, А. Г. Діденка, М. В. Молодцова, П. М. Рабіновича, О. Ф. Скакун, М. В. Кравчука та багатьох інших).

У багатьох випадках, на думку А. Г. Бобкової, коли предмет правового регулювання інституту і галузі права, яка йому відповідає, склались у середині будь-яких суспільних відносин, можуть бути виявлені такі риси й особливості, які вимагають спеціального регулювання, формування нових правових сукупностей і,

можливо, виділення їх в окремі галузі (підгалузі) права [10, с. 252]. О. А. Беляневич зазначає, що система права є соціальною системою, складний характер якої визначається не кількістю елементів – галузей права, тим, що кожна галузь права виступає як система другого порядку, об'єднуючи правові інститути – системи третього порядку і т. д. [11, с. 163, 167].

Складність і різноплановість ринкових суспільних відносин обумовила виокремлення в теорії права ще одного елемента загальної структури права – підгалузей права. Під поняттям підгалузі розуміють відносно самостійний, внутрішньо і зовні єдиний комплекс декількох інститутів певної галузі права [12, с. 232; 5, с. 249]. Зовнішнім вираженням підгалузі є наявність у ній такої групи норм, що мають загальні принципові положення, властиві декільком (але не всім) правовим інститутам – галузі [12, с. 232].

Авторка поділяє позицію представників школи господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка (О. А. Беляневич, О. М. Вінник, А. Я. Пилипенка, Г. В. Пронської, В. С. Щербини та ін.), які за фундаментальністю норм, сконцентрованих у галузі господарського права визнають його комплексною галуззю права, що регулює відносини в сфері організації та здійснення господарської діяльності, які виникають на основі подальшого розвитку комплексних інститутів права, що утворюються на стику суміжних галузей права і користуються режимами, які належать цим галузям. Режим комплексної галузі права може складатися: а) з режимів декількох основних інститутів чи підгалузей права, що функціонують «на рівних» (інтегральний режим); б) з режимів кількох інститутів, де один з них є основним (спеціальний режим) [5, с. 305–306].

Аналіз системи правових норм, що регулюють фондові правовідносини свідчить, що ця система «переросла» межі правового інституту, оскільки включає самостійні правові інститути, зокрема, інститут окремих видів цінних паперів: вексельне право, акціонерне право, інститут пайових цінних паперів, інститут бездокументарних цінних паперів, інститут емісійних цінних паперів, інститут професійних учасників фондового ринку і перетворилась на підгалузь господарського права. Для підгалузі права характерна наявність групи норм, які регулюють однорідні групи відносин та мають свої загальні положення (норми), свій підгалузевий предмет регулювання, а іноді й метод правового регулювання (або особливості застосування методу чи групи методів). Цим критеріям, на нашу думку, задовольняє сукупність норм, що регулюють в межах галузі господарського права відносини щодо випуску та обігу цінних паперів та їх похідних. За критерієм об'єкта правового регулювання зазначену підгалузь пропонується називати **фондове право**. Комплексний характер підгалузі фондового права обумовлений поєднанням норм матеріального та процесуального права різної галузевої належності, що характеризуються як певна спільність *sui generis* (особливого виду). Регулюючий вплив відводиться нормам господарського (форми, методи засоби державного регулювання, господарська компетенція органів, що регулюють фондовий ринок, професійних учасників фондового ринку, договірне регулювання професійної діяльності на фондовому ринку, поняття та ознаки цінного паперу як виду майна суб'єкта господарювання та ін.), цивільного (поняття, речово-правова юридична природа цінного паперу, структура та зміст майнових та немайнових прав на цінний папір та прав з цінного паперу та ін.), фінансового (емісія державних цінних паперів, обслуговування державного внутрішнього та зовнішнього боргу), адміністративного (правовий статус органів державної влади та місцевого самоврядування, що регулюють відносини на фондовому ринку) права. Норми процесуальних галузей права (цивільно-процесуального, господарсько-процесуального, адміністративно-процесуального, кримінально-процесуального) забезпечують охорону прав та законних інтересів учасників фондового ринку.

Предметом правового регулювання зазначеної підгалузі виступають фондові правовідносини. Своєрідність методу правового регулювання полягає у перевазі методу владних приписів у частині правового регулювання професійної діяльності (наприклад, видача ліцензій на здійснення професійної діяльності на фондовому ринку, включення до реєстру фінансових установ, що надають послуги на ринку цінних паперів, визначення мінімального розміру та порядку формування статутного капіталу професійних учасників, програмно-технологічних та кваліфікаційних вимог до професійних учасників фондового ринку), захисту прав інвесторів (наприклад, обмеження джерел інвестування пенсійних активів (ст. 47, 49 Закону України від 09. 07. 2003 року № 1057-IV «Про недержавне пенсійне забезпечення»), страхових резервів (ст. 30 Закону України від 07 березня 1996 року «Про страхування»), активів інституту спільного інвестування (ст. 48 Закону України від 05 липня 2012 р. № 5080-VI «Про інститути спільного інвестування), надання дозволу на обіг цінних паперів іноземних емітентів на території України, пруденційний нагляд за професійними учасниками фондового ринку), обмеження кількості учасників фондового ринку (саморегульованих організацій, створення єдиного Центрального депозитарію, Розрахункового центру з обслуговування договорів на фінансових ринках).

Таким чином, особливість підгалузі фондового права проявляється в тому, що вона консолідує в собі різні за правовою природою, конструкцією та характером правові норми, які, з одного боку, є чітко визначеними та спрямованими на врегулювання фондових відносин (спільність предмета правового регулювання), а з іншої сторони, мають особливий комплексний метод правового регулювання, що дозволяє їх виокремити в окрему галузеву спільність та зайняти місце підгалузі в сучасній структурі господарського права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 13. – Ст. 857.

2. *Габов А. В.* Ценные бумаги: вопросы теории и правового регулирования рынка / А. В. Габов. – М.: Статут, 2011. – 1104 с.
3. *Шевченко Г. Н.* Правовое регулирование рынка ценных бумаг: учебное пособие / Г. Н. Шевченко. – М.: Статут, 2004. – 173 с.
4. *Власова А. В., Вошатко А. В., Грачев В. В., Чуваков В. Б.* К развитию вексельно-правовой теории / А. В. Власова, А. В. Вошатко, В. В. Грачев, В. Б. Чуваков // Правоведение. – 2005. – № 2. – С. 193–204.
5. *Скакун О. Ф.* Теорія права і держави: підручник. – 2-ге видання / О. Ф. Скакун. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 520 с.
6. *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії права та держави. Навч. посібник. – Вид. 9-е, зі змінами / П. М. Рабінович. – Львів: Край, 2007. – 192 с.
7. *Диденко А. Г.* Целевые ветви права / А. Г. Диденко // Специализированный ежемесячный журнал «ЮРИСТ». – 2011. – № 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://journal.zakon.kz/4446296-o-celevykh-vetvakh-prava.html>.
8. *Машков А. Д.* Проблемы теории держави і права. Основи: курс лекцій / А. Д. Машков. – К.: Четверта хвиля, 2008. – 464 с.
9. *Васильев А. М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права / А. М. Васильев. – М.: Юрид. лит., 1976. – 264 с.
10. *Бобкова А. Г.* Правовое обеспечение рекреационной деятельности / А. Г. Бобкова – Донецк: Юго-Восток, 2000. – 308 с.
11. *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) / О. А. Беляневич. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
12. *Алексеев С. С.* Общая теория права. – В двух томах. Т. II / С. С. Алексеев. – М.: Юридическая литература, 1982. – 360 с.

The concept of the stock legal relationships is defined in the article. The system of rules governing the stock legal relationship and their place in the system of Ukrainian law is studied.

В статтє определено понятие фондовых правоотношений. Исследована система норм, регулирующих фондовые правоотношения и их место в системе права Украины.

ВЗАЄМОДІЯ ЗАСАД СПРАВЕДЛИВОСТІ, РОЗУМНОСТІ Й ДОБРОСОВІСНОСТІ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ЗМІСТУ ДЕЛІКТОЗДАТНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Примак В. Д.,

*кандидат юридичних наук,
провідний науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

Стаття присвячена виявленню значення та розгляду особливостей взаємодії засад справедливості, розумності й добросовісності у контексті визначення змісту деліктоздатності порушника суб'єктивного цивільного права потерпілої особи та реалізації функцій цивільно-правової відповідальності.

Ключові слова: справедливість, розумність, добросовісність, деліктоздатність, цивільно-правова відповідальність.

В Україні природно-правові принципи справедливості, розумності й добросовісності визнаються складовими елементами права загалом [1] і засадами цивільного законодавства зокрема (п. 6 ст. 3 ЦК України). Проте наукою цивільного права не приділяється належної уваги висвітленню вияву кожного з вищезгаданих морально-правових імперативів та способів їх взаємодії при визначенні здатності різних категорій суб'єктів цивільного права брати участь у відносинах цивільно-правової відповідальності.

Підгрунтям для реалізації принципу вини, що постає як трансформований відповідно до цілей і функцій цивільно-правової відповідальності вияв засади добросовісності, є деліктоздатність зобов'язаної особи (її здатність нести відповідальність за свої протиправні вчинки за рахунок власного майна [2]), котра зазвичай вважається однією із складових цивільної дієздатності [3]. Водночас законодавство передбачає не тільки численні випадки виключення вини зі складу умов відповідальності за порушення окремих видів цивільних відносин, а й допускає у виняткових випадках надання належної потерпілому компенсації за рахунок осіб, які під час завдання шкоди не розуміли значення своїх дій чи не могли ними керувати, або є неделіктоздатними загалом. Утім, наскільки це узгоджується з необхідністю послідовного впровадження засад справедливості, розумності й добросовісності? Спробуємо відповісти на зазначене питання в межах представленої статті.

Дієздатність суб'єкта цивільного права базується на (спростовній щодо фізичної особи) презумпції наявності у нього певних інтелектуальних і вольових властивостей, що об'єктивно уможливають: а) адекватність усвідомлення характеру обстановки, власного інтересу й інтересів інших осіб, фактичного і юридичного значення як своїх дій, так і дій оточуючих, а рівно й передбачення юридично значущих наслідків своїх і чужих діянь; б) спроможність керувати своїми діями, тобто здатність приймати певні вольові рішення і

виражати їх назовні, спрямовуючи зусилля на реалізацію певних цілей, в тому числі в плані вжиття заходів, необхідних для виконання своїх обов'язків та запобігання завданню шкоди стороннім особам. За межами окреслених інтелектуально-вольових можливостей вини немає й бути не може.

Водночас статті 1184 і 1186 ЦК України передбачають також і можливість покладання майнового тягара відшкодування на юридично або фактично (тимчасово) недієздатних осіб. У першому випадку суд може постановити рішення про часткове або повне відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого, за рахунок майна недієздатного заподіювача шкоди, якщо опікун останнього помер або у нього відсутнє майно, достатнє для здійснення такого відшкодування, а сама недієздатна особа має таке майно; у другому випадку суд вправі з урахуванням матеріального становища потерпілого та особи, яка в момент заподіяння шкоди не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними, постановити рішення про відшкодування цієї шкоди частково або у повному обсязі, тоді як за звичайних умов така шкода не підлягає відшкодуванню. Тут з огляду на зміст порушених особистих немайнових прав та баланс майнових інтересів відповідних призвідників шкоди і потерпілих справедливості вимагає віддати перевагу у зазначених випадках саме захисту інтересів потерпілої сторони.

Уявляється, що в розглянутих ситуаціях спостерігається певне увиразнення самостійного функціонального спрямування кожної із згаданих у п. 6 ст. 3 ЦК України засад цивільно-правового регулювання (розумності, справедливості й добросовісності), а також конкретизується характер їх взаємодії в межах функціонування механізму цивільно-правової відповідальності. Відповідно: розумність – вимагає брати до уваги конкретні обставини справи і об'єктивні можливості заінтересованих осіб діяти у певний спосіб або відшкодувати завдані потерпілому втрати без шкоди для нормального матеріального забезпечення власної життєдіяльності; справедливість – передбачає визнання переваги таких суспільно значимих інтересів потерпілої сторони, специфіка яких зумовлює допустимість в окремих випадках відступу від урахування виявленої завдавачем шкоди добросовісності й навіть надання належної кредиторіві компенсації за рахунок звернення стягнення у субсидіарному порядку на майно осіб, які з огляду на їх недієздатність не можуть розглядатися як об'єкти правового впливу, або були з незалежних від них причин фізично (психічно) нездатні сприймати чи реалізувати які-небудь юридичні приписи; добросовісність – вимагає зважати на додержання сторонами, здатними усвідомлювати характер своїх дій і передбачати їх наслідки, належної за даних обставин турботливості щодо прав інших осіб і обачливості у веденні власних справ, а також урахувати юридичну значущість так званої «попередньої вини» правопорушника, який з власної вини створює передумови для наступного, формально начебто «неусвідомленого» і «некерованого», завдання шкоди потерпілому.

Виразне домінування компенсаційного начала є, безперечно, головним серед тих факторів, сукупність яких визначає особливості регульовального впливу механізму цивільної відповідальності та своєрідність окремих режимів застосування її санкцій.

Тому з погляду розумності поняття деліктоздатності доцільно визначати через зв'язок зумовленого дієздатністю інтелектуально-вольового компоненту з абсолютно необхідною для реалізації відповідальності боржника і здійснення захисту кредитора майновою базою.

Першорядну значимість майнової основи деліктоздатності у дещо парадоксальний спосіб підтверджує екстраординарний випадок фактичної (в сенсі приналежності майна, на яке звертається стягнення) відповідальності недієздатного заподіювача позадоговірної шкоди, запроваджений ч. 2 ст. 1184 ЦК. Утім з формально-юридичного погляду, ця особа, звичайно, не перетворюється на повноцінного суб'єкта відповідальності, оскільки, залишаючись безпосереднім заподіювачем шкоди і власником майна, за рахунок якого відшкодовуються втрати потерпілого, вона все одно не набуває самостійного юридичного обов'язку здійснити таке відшкодування. Проте якщо у наведеному прикладі фактична можливість недієздатного суб'єкта компенсувати наслідки посягання на найбільш значимі немайнові блага людини має більшу суспільну вагу, ніж його психічно зумовлена нездатність відповідати за наслідки своїх дій, то тим вагоміші підстави наголошувати на зв'язку деліктоздатності (юридичною передумовою якої є дієздатність) з фактичною наявністю або можливостями набуття майна потенційним суб'єктом відповідальності.

Майновий характер відповідальності, а внаслідок цього і роль майнового забезпечення деліктоздатності так само опосередковано, але достатньо виразно даються взнаки й у особливостях регулювання відносин цивільної відповідальності, що виникають у зв'язку з порушенням зобов'язань неповнолітніми та вчиненням ними та малолітніми позадоговірних деліктів. Так, маючи часткову цивільну дієздатність, малолітня особа не несе відповідальності за завдану нею шкоду (ч. 2 ст. 31 ЦК). Водночас після досягнення повноліття вона може бути зобов'язана судом частково або у повному обсязі відшкодувати шкоду, завдану нею у віці до чотирнадцяти років життю або здоров'ю потерпілого, якщо вона має достатні для цього кошти, а відповідальні за дії малолітньої особи (батьки, усиновлювачі, опікун, інша фізична особа, яка на правових підставах здійснювала виховання малолітнього) є неплатоспроможними або померли (ч. 5 ст. 1178 ЦК). В наведеному випадку справедливий баланс майнових інтересів недієздатного на момент вчинення делікту суб'єкта, який згодом досяг повноліття та набув повної дієздатності, і потерпілого також зумовлює закріплення законодавцем дещо відмінного від устанавленого ст. 1184 ЦК виняткового способу захисту найважливіших особистих немайнових благ людини.

Розглянуті норми цивільного законодавства не залишають сумніву в тому, що законодавець свідомий значення майнового забезпечення реалізації цивільно-правової відповідальності, без якого неможливий

ефективний захист прав та інтересів кредиторів, які внаслідок діяння інших осіб зазнають майнових або немайнових втрат. Проте якщо виявленню достатнього майна у неділіктоздатних осіб і осіб, які тимчасово не з їх вини були позбавлені можливості розуміти значення своїх дій та (або) керувати ними, надається подекуди більше правове значення, ніж наявності дієздатності або можливості здійснювати її належним чином, то тим більше підстав стверджувати, що деліктоздатність відрізняється від дієздатності не тільки за колом обов'язків, які може набувати для себе деліктоздатна особа своїми власними діями – зважаючи на взаємозв'язок деліктоздатності й відповідальності як передумови й результату, логічно зробити припущення про обов'язковість існування майнового підґрунтя деліктоздатності. Така думка знаходить додаткове підтвердження у нормах статей 33, 1179, 1180 ЦК, що регламентують цивільну відповідальність неповнолітніх осіб.

Йдеться про те, що батьки, усиновлювачі, піклувальники неповнолітнього несуть додаткову відповідальність за його зобов'язаннями у разі, якщо у означеного основного боржника не вистачає майна для відшкодування збитків, завданих порушенням договору, або заподіяної цим неповнолітнім позадоговірної шкоди, і вони не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини. Особливо примітним є те, що аналогічний обов'язок зазначених субсидіарних боржників зберігається й щодо деліктних зобов'язань неповнолітніх, які набули повної цивільної дієздатності та якщо надання їм цієї юридичної властивості сталося за згодою вказаних осіб. Напевно, законодавцеві важко відмовити у логічності підходу, втіленого у вищезгаданих нормах – адже хоча й можна визнати неповнолітню особу повністю дієздатною, однак не можна не зважати на те, що в силу вікових особливостей вона напевно матиме дещо обмежені можливості набувати майно, на яке в разі потреби можна було б звернути стягнення на користь її кредиторів. Цілком узгодженими з такою логікою є й такі умови надання повної цивільної дієздатності, як праця неповнолітнього, який досяг шістнадцятилітнього віку, за трудовим договором, або його діяльне прагнення займатися підприємницькою діяльністю. Наведені обставини уявляються достатньо значимими для того, щоб припущення про високу ймовірність існування надійних джерел для самостійного погашення зобов'язань неповнолітніх з повною дієздатністю було покладено в основу визначення їх правового статусу, в тому числі й як можливих суб'єктів відповідальності.

Отже, захист цивільних прав та інтересів шляхом надання кредиторів справедливої компенсації за завдану йому майнову та немайнову шкоду неможливий без існування певних взаємопов'язаних юридичних і матеріальних передумов: по-перше, наявності у потенційного суб'єкта відповідальності належної дієздатності, що в разі вчинення правопорушення спричинює перехід цього учасника цивільних відносин в юридичний стан зобов'язаної особи в охоронних правовідносинах за участі конкретного потерпілого; по-друге – фактичної наявності у боржника майна, за рахунок якого може бути виконаний його обов'язок у відносинах відповідальності. У зв'язку з останнім чинником неабиякої ваги набуває питання про власне майно зобов'язаної особи, що може слугувати ресурсним джерелом для задоволення законного інтересу потерпілої сторони, або, принаймні, існування достатніх підстав для розумних очікувань щодо набуття потенційним суб'єктом відповідальності майна, на яке у більш-менш визначених за часовими рамками майбутньому можна буде звернути стягнення за позовами кредиторів.

Викладене дає підстави для таких висновків.

1. Для визначення змісту деліктоздатності суб'єктів цивільного права та її співвідношення з цивільною дієздатністю ключове значення мають засади справедливості, розумності й добросовісності.

2. Об'єктивним підґрунтям для виокремлення в структурі цивільної правосуб'єктності такої властивості як дієздатність є розумно обґрунтоване припущення щодо здатності особи слідувати велінням добросовісності, а деліктоздатності – також і аналогічне припущення про спроможність особи набувати майно у власність внаслідок власної трудової або підприємницької діяльності. Крім того, засади розумності й справедливості передбачають можливість звернення у виняткових випадках стягнення на майно осіб, які вчинили цивільне правопорушення у стані фактичної або юридичної неділіктоздатності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Рішення Конституційного Суду України від 01.12.2004 р. № 18-рп/2004 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) // Офіційний вісник України. – 2004. – № 50. – Ст. 3288.

2. Чантурия Л. Л. Введение в общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учетом некоторых особенностей постсоветского права) / Л. Л. Чантурия. – М. : Статут, 2006. – С. 121.

3. Харитонов С. О. Поняття й елементи дієздатності фізичних осіб / С. О. Харитонов // Цивільне право України : підручник : в 2-х т. / за ред. С. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. – Х. : Одиссей, 2008. – Т. 1. – С. 114.

The article discusses role and interaction of the principles of justice, reasonableness and good faith in context of determining the content of the delict capacity for offender of victim's subjective civil rights and the realization of civil liability functions.

В статті розкриваються значення й особливості взаємодії принципів справедливості, розумності й добросовісності в контексті визначення змісту деліктоздатності порушителя суб'єктивного цивільного права потерпілого й реалізації функцій громадянсько-правової відповідальності.

ПРОБЛЕМА ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ В СУЧАСНОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Шишка Р. Б.,

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри господарського права і процесу
Юридичного інституту Національного авіаційного університету

У статті йдеться про інститут зловживання цивільними суб'єктивними правами: звертається увага на загострення проблематики та її прояви, основні напрями його дослідження.

Ключові слова: право, цивільне право, суб'єктивне право, зловживання правом.

Термін «зловживання правом» застосовується ч. 3 ст. 13 ЦК України [9] як недопущення дій особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Ці дії порушують суб'єктивні права та охоронювані законом інтереси інших осіб і можуть стати підставою для настання передбачених законом негативних наслідків. За ч. 6 ст. 13 ЦК в разі недодержання особою при здійсненні своїх прав визначених законом вимог, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами та застосувати встановлені законом наслідки. Останні в чинному законодавстві є розрізненими і пошеними єдиною консолідуючою основи.

Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Тож визнано, що діяльність держави в особі її органів підпорядкована людині і насамперед громадянину України. Але права конкретної людини забезпечуються тим, що встановлено певний суспільний порядок і він є стабільним та непорушним, він є розумним та справедливим, влада його неухильно забезпечує, а учасники громадянського суспільства не ініціюють його частих змін і преференцій чи імунітету від його дотримання. Практика свідчить, що для українського суспільства це поки що неосяжні й недосяжні категорії. Яскравим проявом того є зловживання правом у навмисному зацікавленому здійсненні суб'єктивних прав чи інтересів, що спричиняє завдання шкоди охоронюваним законом іншим правам та інтересам інших осіб.

Проблематика зловживання правом на фундаментальному рівні досліджена О. В. Волковим в РФ [3], хоча вона існує давно як прояви здійснення цивільних прав не відповідно до їх дійсного призначення, яке в подальшому отримало назву зловживання правом. Так, ця проблематика обговорювалася з початку ХІХ ст. І. Б. Новицьким, Л. І. Петражицьким, І. А. Покровським, потім М. М. Агарковим, М. Й. Бару, С. М. Братусем, С. І. Вільнянським, М. С. Малеїним, В. А. Рясенцевим, В. О. Тарховим та ін. Зокрема, М. М. Агарков [1, с. 426] та І. А. Покровський [6, с. 119] стверджували, що теорія зловживання правом відображається на функціях права в цілому і є проявом гнучкості права й невизначеності закону.

Найбільш відомою є робота В. П. Грибанова [4], де він обґрунтував необхідність закріплення у законодавстві принципу недопустимості зловживання цивільними правами всупереч їх призначенням, а не як суб'єктивної загальної ідеї, об'єктивно обумовлено форми, визначив доктринальне поняття «зловживання правом» як протиправної поведінки, розробив об'єктивні та суб'єктивні критерії для застосування правила про недопустимість зловживання правом, виявив загальний вплив цього феномена на правозастосувальну практику при оцінці правомірності дій управнених осіб. Цю проблему він звів до «проблеми суб'єкта», що, на наш думку, не повністю відповідає дійсності і знімає відповідальність законодавця та науковців у розробці видів, засобів та форм протидії зловживанню правом.

Цікавими є сучасні роботи російських вчених з проблематики зловживання цивільним правом, зокрема категорії шикани в цивільному праві (Т. С. Яценко [10, с. 28]), структурних елементів змісту поняття «зловживання суб'єктивним правом» (А. Ю. Белоножкін [2, с. 19]), цільових прав-обов'язків при зловживанні правом (В. І. Ємельянов [5, с. 22]), підходу до цієї проблематики через категорію інтерес (С. Д. Радченко [8, с. 16]) чи в контексті соціальних меж здійснення прав (О. А. Поротикова [7, с. 18]). Ця проблематика розглядалася П. А. Ізбрехт, М. В. Ібрагімовою, Н. А. Ковальовою, І. А. Тимаєвою, а також А. В. Юдіним, Я. В. Грель, В. О. Аболоніною. В Україні її вивчала І. В. Венедиктова та інші.

У науці цивільного права немає єдності щодо юридичної природи інституту зловживання правом (чи правомірні дії, чи правопорушення, чи особлива форма реалізації права тощо). Вказується на навмисне або ненавмисне неусвідомлене і навіть необережне зловживання чи через його наслідки – майнову та немайнову шкоду. Очевидною є потреба в: уніфікації чи легальному визначенні поняття «зловживання цивільним правом»; встановленні їх видів та засобів, умов для кваліфікації зловживань та застосування наслідків (відмови у захисті права, визначення його як порушення тощо), об'єкта зловживання цивільним правом (суб'єктивне право, саме право і навіть обов'язок при його виконанні), причини недосконалості конструкції суб'єктивного права, формалізму права, свавільного тлумачення свобод при здійсненні прав співвідношення категорій «зловживання правом» і «межі здійснення права», змісту засад добросовісності та розумності тощо.

Зазвичай, при оцінці наявності зловживання правом виходять із ознак неправомірного здійснення управненою особою свого суб'єктивного права, порушення міри і виду визначеної законом поведінки. Формально це

визначено ст. 12 ЦК України та уточнюється ст. 13 цього Кодексу та спеціальними актами чинного законодавства й підгалузевими та інституційними підходами. Зокрема, варто виділити зловживання особистими немайновими правами, насамперед, недоторканністю, де чимало провокацій не тільки з боку володільців прав, а й професіоналів (політиків, журналістів, артистів тощо). Виділяються зловживання: правом власності, особливо при намаганні здійснити речові права; речовими правами при надмірному та нерозумному їх здійсненні; правами інтелектуальної власності, особливо інститутом вільного використання; зобов'язальними правами, зокрема правом вимог, правом на свободу укладення договорів, формування їх умов, особливо кабальних, і навіть виконанням зобов'язань; правом на захист і на самозахист. Кожне із них має свої прояви, засоби та форми, може здійснюватися безпосередньо чи опосередковано і навіть сумарно. Наприклад, навіть якщо удень дозволено голосно програвати музику, то це не означає перевищення екологічно виправданих меж чи, як інколи, «травлю звуком» – залишення увімкнутою відтворюючу апаратуру.

Тут йдеться про зловживання правом з єдиним наміром – завдати шкоди особі (шкани), зокрема, її психічному стану, унеможливити заняття тими видами діяльності, які потребують зібраності та тиші. Зустрічаються зловживання заради збагачення, зокрема, отримання майнової вигоди (наживи) шляхом невідгідних і несправедливих умов договору. Здебільшого це проявляється у цінній політиці, нав'язуванні споживачу не потрібного йому товару через настирливі пропозиції.

Досить актуальним є уникнення від виконання обов'язків перед кредиторами, що набуло загрозливих масштабів та особливо із наступним перешкоджанням здійсненню права на охорону та захист. Останнє навіть набуло поширення як тактичний прийом відстрочення виконання обов'язків, фіксації документування вчинених порушень, подання позову, його проходження у суді, затягування самого процесу виключно через суб'єктивні причини. Як свідчать судді, при кількісному зростанні в рази захисників відкладення розгляду справ через неявку представників стало серйозною проблемою у сучасному судочинстві.

Тут йдеться про зловживання процесуальними правами як особливу форму процесуального правопорушення як навмисних, недобросовісних дій учасників цивільного процесу із порушенням умов здійснення суб'єктивних процесуальних прав чи їх імітації. Це може проявлятися в обмані щодо обставин справи чи викладення їх на користь лише однієї зі сторін чи інших діях з метою обмеження можливості здійснення прав іншою стороною чи третіми особами, а також для перешкоджання діяльності суду з правильного та своєчасного розгляду і вирішення цивільної справи.

Об'єктивно таке зловживання полягає здебільшого в штучному створенні учасником процесу таких юридичних фактів, які спричиняють настання правових наслідків для вчинення судом певних процесуальних дій чи відмови в їх учиненні. Така поведінка учасника процесу є імітацією створення враження наявності вигідної для зловмисника чи його представника правової ситуації. При тому можуть бути як активні дії зі створення такого враження, так і пасивні дії із створенням враження відсутності таких фактів.

Аналіз практики надає підстави для виокремлення найбільш типових зловживань суб'єктивними цивільними правами:

- 1) через привласнення прав, що не передбачені законодавством;
- 2) вибором норми права (цивільного чи господарського) і її тлумачення, зокрема доктринального, через висновки фахівця;
- 3) інформацією та іншими немайновими правами;
- 4) повноваженнями органу чи представника юридичної особи;
- 5) вільним формуванням умов договору, видами його забезпечення (неустойкою, заставою, задатком тощо); наслідками порушення взятих зобов'язань (розміром відсотків, умовами відшкодування збитків тощо); ухилення від укладення договору чи ведення переговорів для виду (створити враження конкурентного укладення, відволікти увагу, отримати конфіденційну чи комерційну інформацію тощо);
- 6) укладенням договору таким чином, щоб ухилитися від сплати податків чи їх занижити; отримання відшкодування сплаченого податку на додану вартість із бюджету;
- 7) корпоративними правами на позачергові збори та зміну керівництва, а фактично – захоплення майнового комплексу;
- 8) при ліквідації боржника (в тому числі при його банкрутстві);
- 9) реалізацією майна, що призначене для задоволення вимог кредиторів з метою збити його ціну і за заниженої ціни реалізувати;
- 10) перерахуванням коштів одержувачу для отримання підтвердження наявності договірних відносин з оренди майна (псевдооренда мітингувальниками Палацу профспілок);
- 11) укладенням «абстрактних» правочинів та набуттям за ними зобов'язань, зокрема, видачі векселів; зарахуванням зустрічних вимог;
- 12) позовами про визнання правочинів недійсними чи такими, що не відбулися;
- 13) відмовою у захисті прав;
- 14) іншими правами.

Засоби зловживання можуть бути об'єктивного та суб'єктивного походження і доступні всім професіоналам, наприклад, тим же адвокатам. Об'єктивні зумовлені юридико-технічним формалізмом норм цивільного права та їх недосконалістю, формалізованим дуалізмом приватного права, нормотворчістю і експертизою проектів нормативних актів. Суб'єктивні зумовлені соціальною дійсністю (традиційною для слов'ян необов'язковістю виконання законів, прогалинами виховання, освіти, викривленням правосвідомості і правовим нігілізмом, використанням промахів і непрофесійністю учасників правовідносин), а також індивідуальними особливостями окремих «зловмисників», що набуло форм умислу особливо для осіб, які знають, що посаду набули тимчасово і навіть за позитивних результатів їх діяльності не можуть розраховувати на перспективу та реалізацію стратегічних планів, а тим більше програм, що є підґрунтям для зловмисного мислення, силогізмів, побудови сумнівних схем тощо.

Значно гірше, коли зловживання правом вчиняється із наміром. Зокрема, конструкція товариства із обмеженою відповідальністю наразі слугує формою для прикриття зловживань: статутний фонд незначний, якщо він і формується, то сума укладених правочинів не обмежується, практично реалізувати презумпцію повного відшкодування завданої школи неможливо, а рекламна активність їх слугує втягненню споживачів у кабальні правовідносини без всякого чи примарного забезпечення. Досить часто тут йдеться про намір.

Намір при здійсненні суб'єктивного права наведено у ст. 10 ЦК РФ, але проігноровано в ЦК України. Намір – психологічна установка суб'єкта на волевиявлення відповідно до диспозиції норми права та виробленого плану поведінки, зокрема бізнес-плану. Намір – правова категорія, яка є частиною правової оцінки відповідності волі волевиявленню та засобам досягнення мети вступу у правовідносини. Намір реалізується через правові засоби чи види, а останні, здебільшого, свідчать про наміри. Відповідно, неправовий засіб свідчить про порушення і зловживання правом.

Зловживання правом свідчить, що дії щодо його здійснення вчиняються поза встановленими чи розумними: місцем, обсягом, часом, способом, формою. Проте, якщо є згода осіб, які можуть потерпати від того, то таке здійснення права допустиме й сприймається як належне. Йдеться про проведення весілля у сільській місцевості за мовчазної звичаєвої згоди на утиски. В українській традиції святкування Андрія традиційні жарти взагалі не припустимі та виходять за межі бешкету.

Зловживання правом – така поведінка управненої особи при здійсненні її суб'єктивного права, яка завдає шкоди іншим особам та кваліфікується як порушення цивільних їх прав. Зловживання визнаються як правопорушення. Водночас обґрунтовано засоби зловживання правами, введено поняття «зловживання обов'язками», «зловживальна бездіяльність», «зловживальний намір», «зловживальні схеми» [3, с. 5]. Вони в українській цивілістиці «terra incognita».

Як зазначалось, зловживання правом є поведінкою (активною чи пасивною) із здійснення права, але з порушенням встановлених меж, місця, способу і форми їх здійснення. Це ґрунтується на аналізі ч. 6 ст. 13 ЦК України, відповідно до якої в разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, які встановлені ч. 2–5 цієї статті (тобто, фактично меж здійснення прав), суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом. При цьому зловживання правом завжди є поведінкою протиправною, що полягає в тому, що, здійснюючи своє суб'єктивне право, уповноважений суб'єкт порушує встановлений нормою права обов'язок дотримуватися при здійсненні права меж (вимог) його здійснення. Наразі такий загальний обов'язок закріплений ч. 1 ст. 13 ЦК України, згідно з якою цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства.

Варто зауважити, що термін «зловживання правом» використано в інших галузях права: сімейному праві (п. 4 ч. 1 ст. 247 СК), кримінальному праві (ст. 167, ст. 364 КК України), господарському праві (ст. 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції»). Зловживання правом означає перевищення меж здійснення прав, зокрема:

- 1) учинення дій, які порушують права інших осіб, завдають шкоди довіллі або культурній спадщині (ч. 2 ст. 13 ЦК);
- 2) учинення дій з наміром завдати шкоди іншій особі чи зловживання правом в інших формах (ч. 3 ст. 13 ЦК);
- 3) порушення моральних вимог суспільства при здійсненні цивільних прав (ч. 4 ст. 13 ЦК);
- 4) використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку та недобросовісна конкуренція (ч. 5 ст. 13 ЦК);
- 5) бездіяльність, коли відповідно до приписів чинного законодавства статусна особа повинна вчинити встановлені для неї законом дії.

Зловживання правом полягає у вчиненні управненою особою відповідних дій щодо використання можливостей, які закладені в її суб'єктивному цивільному праві. Зловживання правом призводить до негативних наслідків для інших осіб: порушення обов'язків дотримуватися визначених меж його здійснення; не порушувати суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів інших учасників цивільних правовідносин; не допускати заподіяння шкоди здоров'ю людини, погіршення довіллі, пошкодження або знищення чужого майна; не перешкоджати здійсненню речових та інших прав; не заподіяти шкоди честі, гідності та діловій репутації тощо.

Зловживання правом – особливий вид порушення цивільних прав, що передбачає застосування до особи, яка зловживала суб'єктивним правом чи інтересом, негативних наслідків: відмову в захисті її права, яке

здійснене із зловживанням, заборону спілкуватися чи навіть наблизитися на певну відстань до особи чи його об'єкта, інші негативні наслідки, які встановлені за цей вид зловживання правом. Воно порушує охоронювані законом суб'єктивні права і охоронювані законом інтереси інших суб'єктів цивільних правовідносин. Нема ніякого сенсу забороняти зловживання правом, передбачати негативні наслідки за зловживання, якби від нього не було б шкоди.

Негативні наслідки від зловживання правом можуть проявлятися по-різному, але вони завжди мають місце. В іншому випадку не можна стверджувати, що особа зловживає своїм правом. Зловживання правом є підставою для застосування до особи, яка його вчинила, негативних наслідків, наприклад, відмова їй у захисті прав. Характер негативних наслідків від зловживання правом залежить від того, яке саме суб'єктивне право чи охоронюваний законом інтерес було порушено. Такими наслідками можуть бути заподіяння шкоди здоров'ю людини, погіршення екологічної ситуації, пошкодження або знищення майна, перешкоджання в користуванні річчю, нанесення шкоди честі, гідності та діловій репутації тощо. До них відноситься також: відмова у захисті порушнику того його права, яке здійснене із зловживанням (за ч. 3 ст. 16 ЦК України суд може відмовити у захисті цивільного права особи в разі порушення нею положень ч. 2–5 ст. 13 ЦК); якщо на момент звернення відповідної особи за захистом своїх прав до суду інша особа продовжує зловживати своїми правами, суд повинен зобов'язати її припинити такі дії (ч. 6 ст. 13 ЦК України).

Якщо законом або договором не встановлені спеціальні санкції за зловживання правом, такі наслідки обираються самою особою, виходячи з положень цивільного законодавства. Класифікувати зловживання правом можна на різних підставах. Відповідно до ч. 3 ст. 13 ЦК України розрізняються зловживання правом, які полягають в діях особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

В залежності від підгалузі цивільного права, яким зловживає особа, можна розрізнити зловживання речовими правами, зобов'язальними правами, спадковими правами, особистими немайновими правами, правами, що виникають у сфері інтелектуальної власності. Так, оприлюднення твору, внаслідок чого порушено права інших людей на таємницю їх особистого і сімейного життя, є прикладом зловживання правом, що виникає у сфері інтелектуальної власності та права на інформацію.

Таким чином, проблема зловживання правом має ряд проявів, є досить актуальною для врегулювання суспільних відносин та запобігання цьому правовому інституту на практиці, потребує теоретичного підґрунтя та практичного вирішення на загальному, підгалузевому та інституційному рівнях.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Агарков М. М.* Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве / М. М. Агарков. // Известия АН СССР. – 1946. – № 6. – С. 423–428.
2. *Белоножкин А. Ю.* Содержание и формы злоупотребления субъективным гражданским правом: дис. на соиск. уч. степени канд. юрид. наук / А. Ю. Белоножкин. Волгоград, 2005. – 206 с.
3. *Волков А. В.* Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики: дис. на соиск. учен. степени докт. юрид. наук / А. В. Волков. – Москва, 2010.
4. *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1972. – 284 с.
5. *Емельянов В. И.* Недопустимость злоупотребления гражданскими правами по российскому законодательству: дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. / В. И. Емельянов. – М. – 2001. – С. 22.
6. *Покровский И. А.* «Классика российской цивилистики». Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М.: Статут, 1998.
7. *Поротикова О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом: дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. / О. А. Поротикова. – Саратов, 2002.
8. *Радченко С. Д.* Злоупотребление правом в гражданском праве России: дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. / С. Д. Радченко. – М., 2008.
9. *Цивільний кодекс України.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://kodeksy.com.ua/tsivil_nij_kodeks_ukr. Режим доступу aini.htm.
10. *Яценко Т. С.* Шикана как правовая категория в гражданском праве: дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук. / Т. С. Яценко. – Волгоград, 2001.

Speech goes in the article about the institute of abuse of civil subjective laws: attention applies on intensifying of range of problems and her displays, basic directions of his research.

В статье идет речь об институте злоупотребления гражданскими субъективными правами: обращается внимание на обострение проблематики и её проявления, основные направления его исследования.

ПУБЛІЧНІ Й ПРИВАТНІ ІНТЕРЕСИ В ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИНАХ

Щербина В. С.,

доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України,
завідувач відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються деякі проблеми співвідношення публічних і приватних інтересів у господарських відносинах. Зазначається, що саме завдяки поєднанню в ГК України та інших актах господарського законодавства «публічних» і «приватних» норм досягається ефективно правове регулювання відносин у сфері господарювання.

Ключові слова: приватні та публічні інтереси, господарські відносини, співвідношення приватних та публічних інтересів.

На сучасному етапі розвитку демократичного суспільства в нашій країні все більше уваги привертають до себе категорії «інтерес», «публічний інтерес», «приватний інтерес», що розглядаються як важливі елементи системи соціальних цінностей.

Слід зазначити, що проблема інтересу в праві та визначення співвідношення приватних і публічних інтересів у різних сферах життєдіяльності завжди викликала і викликає потяг дослідників до її дослідження та розв'язання.

Не є винятком і сфера економіки, особливість дискусій щодо приватноправових і публічно-правових аспектів правового регулювання в якій доповнюється до того ж ще й протистоянням різних наукових шкіл – цивільного і господарського права.

Так, питанням співвідношення приватних і публічних інтересів при правовому регулюванні підприємницької діяльності присвячено дослідження О. Я. Курбатова [1], співвідношенню приватних і публічних інтересів в правовому регулюванні реклами – Б. О. Дзгоевої [2]. Проблеми правового забезпечення публічних і приватних інтересів в господарських товариствах досліджувала О. М. Вінник [3], приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин – О. Д. Крупчан [4] та ін.

Така увага науковців до проблеми інтересу в господарському праві обумовлена тим, що поєднання публічно-правових і приватноправових засад є характерним для господарського законодавства, норми якого регулюють господарські відносини, що виникають у процесі організації (публічно-правовий аспект) та здійснення господарської діяльності (приватноправовий аспект) між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання. Таку позицію відстоюють представники господарсько-правової науки.

Зміст поняття «охоронюваний законом інтерес» частково розкрито в рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р., проте, як і раніше, поняття, розмежування і співвідношення публічних і приватних інтересів по-різному тлумачаться в правовій літературі.

Як і в часи Стародавнього Риму, нині публічні інтереси пов'язують з публічним правом як однією із складових (поруч з приватним правом) права взагалі, не завжди зважаючи на те, що право є похідним стосовно інтересу, оскільки виражає і захищає його притаманними йому засобами і способами.

Так, за твердженням римського юриста Ульпіана, зафіксованим у Дігестах Юстиніана, «Вивчення права розпадається на два положення: публічне і приватне (право). Публічне право, яке (відноситься) до становища Римської держави, приватне, яке (відноситься) до користі окремих осіб; існує корисне в суспільному відношенні і корисне в приватному відношенні» [5, с. 83] (переклад з рос. – автор).

Втім, намагання вчених різних часів провести чітку межу між приватним і публічним правом, так само, як і між публічними й приватними інтересами, не лише не давало бажаного результату, а, навпаки, незалежно від історичного періоду, в якому здійснювалися такі дослідження, тільки посилювало дискусію, яка в Україні (так само, як і в деяких інших пострадянських державах) згасла наприкінці 20-х рр. минулого століття через панування у юридичній науці теорії єдності права і відродилася з новою силою, переважно, завдяки працям вчених-цивілістів наприкінці ХХ–початку ХХІ ст. під час розробки проектів Цивільного та Господарського кодексів України.

Термін «інтерес» застосовується як в одному, так і в іншому кодексі. Різниця полягає хіба що в тому, що законодавець у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) вживає термін «інтерес», тоді як в Господарському кодексі України (далі – ГК України) він здебільшого оперує словосполученням «законний інтерес».

Втім, якщо в ЦК України йдеться про цивільні права та інтереси особи, фізичної особи, малолітніх та неповнолітніх осіб, підопічного, юридичної особи, що свідчить про, загалом, приватноправовий характер норм цього Кодексу (посилання на інтереси держави і суспільства в ч. 1 ст. 203 ЦК України аж ніяк не можна вважати заслугою розробників проекту ЦК України), то спектр інтересів, щодо яких йдеться в ГК України, значно ширший. Це «інтереси суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому» (ч. 1 ст. 9 ГК України); «загальнодержавні і місцеві інтереси» (ч. 1 ст. 10 ГК України); «суспільні

інтереси» (ч. 5 ст. 11 ГК України); «інтереси суспільства, держави, територіальних громад, суб'єктів господарювання та громадян» (ч. 1 ст. 17 ГК України) тощо.

При цьому, на відміну від ЦК України, якому подібна термінологія не відома, ГК України широко застосовує такі терміни і юридичні конструкції, як «узгодження», «оптимальне узгодження», «врахування», «поєднання» інтересів названих вище суб'єктів, що, на наш погляд, є свідченням не публічного, а публічно-приватного характеру його норм.

Такий «подвійний» характер норм ГК України викликає критику з боку вчених-цивілістів, які, відстоюючи «чистоту» ЦК України як «кодексу приватного права», заперечують проти включення до ГК України норм приватноправового характеру, виходячи з постулату щодо неможливості поєднання в одному кодексі (законі, іншому нормативно-правовому акті) публічно-правових і приватноправових норм. Зокрема, І. В. Спасиво-Фатєєва «поєднання в одному законі приватних і публічних засад з різними методами, функціями та іншими атрибутами» розцінює як «методологічно неправильний підхід» [6, с. 58].

При цьому не звертається увага на те, що, попри оцінку його як «кодексу приватного права», ЦК України містить чималу кількість норм, що відносяться до публічно-правових.

Слід зазначити, що відомий і авторитетний романіст Й. О. Покровський, характеризує в «Історії римського права» значення Законів XII таблиць (першого писаного кодексу), зазначає, що через загальну свідомість римлян вони, говорячи словами римського історика Тита Лівія (59 р. до н.е. – 17 р. н.е.), стали «*fons omnis publici privatiq; juris*» – джерелом всього публічного й приватного права [7, с. 121]. Так що поєднання в одному кодексі приватних і публічних норм – не таке вже виняткове і неприпустиме явище, як дехто намагається довести. Та й практика нормотворення (особливо у правовому регулюванні відносин у сфері господарювання) це підтверджує.

Реалії сьогоденного життя набагато складніші, ніж ми собі уявляємо. Господарське життя, сфера господарювання – не виняток. Різноманіття суб'єктів права власності і господарювання, захист прав яких забезпечує держава, зумовлює її регулюючий вплив на економіку, без якого остання набуде ознак стихійного ринку, де перевагу буде віддано лише приватним інтересам, і де ігноруватимуться інтереси суспільства, держави.

Допустити цього держава не може. Тому й не сприймаються нею безапеляційні, не обґрунтовані нічим, крім бажання «зруйнувати Карфаген», заклики і пропозиції окремих вчених-цивілістів щодо скасування ГК України.

Світова історія розвитку комерційного (господарського) законодавства свідчить, що закони на зразок комерційних (торгових) кодексів приймаються і діють у державах різних регіонів нашої планети – у Північній та Центральній Америці (США, Панама), в Європі (Естонія, Іспанія, Латвія, Нідерланди, Німеччина, Словаччина, Туреччина, Франція, Чехія) на Далекому Сході (Корея, Таїланд, Японія) тощо. Цілком очевидно, що значна частина норм цих кодексів і законів, багато з яких було прийнято протягом останніх 20–30 рр., покликана врегульовувати відносини у сфері підприємництва (господарювання) з позицій поєднання і узгодження приватних і публічних інтересів.

Заперечення проти поєднання в ГК України публічних і приватних норм інколи супроводжуються аргументом щодо можливої заміни господарсько-правового регулювання застосуванням адміністративно-правового (з його методом «влади-підпорядкування») і цивільно-правового (з методом рівності учасників цивільних відносин) регулювання.

Академік РАН В. В. Лаптев зазначає, що Цивільний кодекс Російської Федерації включає приватноправові норми про підприємницьку діяльність, але не охоплює публічно-правових норм, що її стосуються. Відсутність загальних норм, що відносяться до публічно-правової регламентації господарської діяльності, компенсується використанням норм адміністративного права для регулювання економіки. Іншими словами, зазначає В. В. Лаптев, публічно-правове регулювання будується не на господарсько-правовій основі, а за принципами «поліцейського» права, яке хоч і потрібне для боротьби з адміністративними правопорушеннями, але жодною мірою не відображає специфіки державного регулювання господарської діяльності [8, с. 20–21].

Наведені вище приклади кодифікації комерційного (торгового) законодавства в інших державах також певною мірою спростовують думку про те, що так звані «вертикальні» й «горизонтальні» відносини у сфері господарювання могли б бути врегульовані виключно за допомогою норм двох галузей законодавства – адміністративного й цивільного.

Наукою господарського права обґрунтовано положення про те, що особливістю господарських відносин, якщо розглядати їх на макрорівні, є їх комплексний характер, що знаходить свій вияв у нерозривній єдності, у тісному переплетенні організаційних і майнових елементів, що вимагає адекватного підходу до їх правового регулювання. Саме ГК України і є тим об'єднуючим, інтегруючим норми публічного і приватного права законом, що об'єктивно відображає потребу в комплексному правовому регулюванні господарських відносин у їх єдності, а тому будь-яке відступлення від такого комплексного підходу призведе до того, що «єдиний господарський механізм функціонуватиме як людське тіло, від якого відділено голову, – мозок окремо, тулуб окремо» [9, с. 112–113].

У зв'язку з цим варто хоч би стисло звернутися до історичного експерсу становлення і розвитку науки загалом і юридичної, зокрема.

З науки античного світу, що мала риси натурфілософії (і охоплювала певні вчення про право), предметом вивчення якої була природа загалом, в V ст. до н.е. як самостійна галузь пізнання почала виділятися математика, в IV ст. до н.е. – основи астрономії, хімії, що, зрештою, через два з половиною тисячоліття розвитку науки привело до того, що сьогодні на основі досягнень математики, фізики, хімії, біології та інших наук сформувалися і розвиваються молекулярна біологія, генетика, хімічна фізика, кібернетика, біокібернетика, біоніка тощо [10, с. 12–16], які теж, очевидно, пройшли нелегкий шлях народження і боротьби за існування. Проте на цьому тлі дивним видається те, що як і півстоліття тому вчені-юристи дискутують про основні й другорядні, самостійні і комплексні галузі права (і відповідні галузі законодавства та кодифікацію їх норм), всіляко оберігаючи «своє», «рідне» від будь-яких «зазіхань». Чого варті одні лише публікації в наукових та періодичних виданнях у зв'язку з розробленням і прийняттям ГК України, які містили далекі від науки і потреб практики характеристики цього кодексу.

Аналіз положень ГК України та інших нормативно-правових актів господарського законодавства свідчить про змішаний, «публічно-приватний» характер їх норм, що відповідає існуванню у сфері економіки як публічних, так і приватних інтересів, і зумовлений забезпеченням державою соціальної спрямованості економіки (ч. 4 ст. 13 Конституції України), а також тим, що у сфері господарювання держава здійснює довгострокову (стратегічну) і поточну (тактичну) економічну й соціальну політику, спрямовану на реалізацію та оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому (ч.1 ст. 9 ГК України). Завдяки такому поєднанню «публічних» і «приватних» норм в одному нормативно-правовому акті, на наш погляд, якраз і можна досягти найбільш ефективного правового регулювання відносин у сфері господарювання, де тісно переплітаються інтереси особи, суспільства, держави.

Діалектика публічних і приватних інтересів у державному регулюванні економіки знаходить своє відображення у тому, що зазначені інтереси можуть взаємодіяти (поєднуватися) між собою, можуть суперечити одні іншим, можуть узгоджуватися чи враховуватися.

Разом із тим, протиставлення публічних і приватних інтересів у державному регулюванні економіки правовими засобами є неприпустимим, оскільки саме шляхом упорядкування публічно-правового регулювання приватноправових відносин можливо досягти оптимального (залежно від соціально-економічних умов, політичного розвитку суспільства, завдань конкретного історичного періоду) співвідношення публічних і приватних інтересів.

З урахуванням викладеного, вважаємо, що головним завданням держави залишається досягнення такого співвідношення шляхом застосування економічних чи адміністративних методів регулюючого впливу на економіку, а також різноманітних засобів і механізмів регулювання господарської діяльності.

Як зазначають В. Ф. Яковлев і Е. В. Талапіна, досягнення балансу публічного й приватного права в регулюванні економіки є одночасно і метою, і необхідною умовою її ефективного функціонування [11, с. 13].

У контексті дослідження господарських відносин зазначимо, що баланс публічних і приватних інтересів в економічній сфері, у випадках, коли йдеться про державне регулювання економіки, – це, як правило, тимчасове явище, це лише один із можливих станів їх співвідношення (їх рівновага), який, на нашу думку, не можна визначати як мету (проміжну чи кінцеву) регулюючого впливу держави.

Вважаємо, що про баланс інтересів можна говорити у разі, якщо йдеться про юридично рівноправних учасників тих або інших відносин (наприклад, інтереси сторін в господарському договорі). В усіх інших випадках держава в особі її уповноважених органів обирає найбільш оптимальні, на її погляд, методи (адміністративні чи економічні) впливу на економіку, на поведінку суб'єктів господарювання залежно від того, які саме інтереси – приватні чи публічні – вона збирається відстоювати, і якими нормами права – приватними чи публічними – вона цього має досягти.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Курбатов А. Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности / А. Я. Курбатов. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. – 212 с.
2. Дзгоева Б. О. Соотношение частных и публичных интересов в правовом регулировании рекламы: монография / Б. О. Дзгоева. – М.: Проспект, 2009. – 128 с.
3. Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: монографія / О. М. Вінник. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.
4. Крупчан О. Д. Приватноправові та публічно-правові засади регулювання підприємницьких відносин / О. Д. Крупчан // 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. – С. 5–8.
5. Дигесты Юстиниана: перевод с латинского / отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: «Статут», 2002. – 584 с.
6. Спасибо-Фатеева І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин: вибр. наук. пр. / І. В. Спасибо-Фатеева. – Х.: Золоті сторінки, 2012. – 696 с.

7. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. – Вступит. статья, переводы с лат., науч. ред. и коммент. А. Д. Рудокваса. – СПб.: Издательско-торговый дом «Летний сад», 1998. – 560 с.
8. Лаптев В. В. Современные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права / В. В. Лаптев // Предпринимательское право в XXI веке: преемственность и развитие. – М., 2002. – С. 3-41.
9. Щербина В. С. Господарське право: підручник / В. С. Щербина. – 6-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 640 с.
10. Крушельницька О. В. Методологія і організація наукових досліджень: науковий посібник / О. В. Крушельницька. – К.: Кондор, 2003. – 192 с.
11. Яковлев В. Ф., Талапина Э. В. Роль публичного и частного права в регулировании экономики / В. Ф. Яковлев, Э. В. Талапина // Журнал российского права. – 2012. – № 2. – С. 5–16.

In the article some problems of correlation of public and private interests are examined in economic relations. It is marked that exactly due to combination in GK of Ukraine and other acts of economic legislation of «public» and «private» norms the effective legal adjusting of relations is arrived at in the field of economic.

В статье рассматриваются некоторые проблемы соотношения публичных и частных интересов в хозяйственных отношениях. Отмечается, что именно благодаря сочетанию в ГК Украины и других актах хозяйственного законодательства «публичных» и «частных» норм достигается эффективное правовое регулирование отношений в сфере хозяйствования.

ЩОДО ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ПРИРОДИ ТА ПОРЯДКУ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ УХВАЛИ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДУ ПРО РОЗСТРОЧКУ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ СУДУ

Берестова І. Е.,

кандидат юридичних наук, доцент,

старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено встановленням процесуальної природи ухвали про розстрочку та відстрочку виконання рішення суду із визначенням порядку та моменту її пред'явлення.

Ключові слова: ухвала, процесуальна форма, розстрочка, відстрочка, виконавче провадження, закінчення виконавчого провадження

Ефективність правозастосовної практики виявляється на стадії виконання рішень, саме від стану якої, зрештою, забезпечується дія принципу верховенства права, визначеного ст. 8 Конституції України. Тому кожна держава, яка визнає верховенство права та пріоритет прав людини, зобов'язана забезпечити чітко та безумовне виконання судових рішень, які за своєю суттю є формою захисту прав і свобод людини [1, с. 22].

Тож ефективним буде вважатися такий захист права особи, який полягає не тільки у справедливому, неупередженому і своєчасному розгляді та вирішенні цивільної справи судом, а й у виконанні ухваленого рішення, зокрема у примусовому порядку. Невиконання судових рішень негативно відображається на авторитеті органів державної влади, держави в цілому та постійно підриває економічне зростання країни. Тому, як зазначає І. М. Зайцев, необхідною умовою ефективної судової діяльності є реальність реалізації суб'єктивного права [2, с. 104].

Разом з тим виконання судового рішення, як правило, є тривалим процесом у часі і не завжди відбувається добровільно. У випадку, якщо боржник за рішенням суду не бажає виконувати таке рішення (суб'єктивна причина), в дію включаються законні механізми. Так, відповідно до преамбули Закону України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 року № 606-XIV (далі – Закон) визначено умови і порядок виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), що згідно з законом підлягають примусовому виконанню у разі невиконання їх у добровільному порядку. При цьому порядком виконання рішення є певна послідовність вчинення виконавчих дій суб'єктами виконавчого провадження, передбачена законодавством.

Однак інколи і об'єктивні причини, як от зміна обставин чи відсутність коштів, перешкоджають особі-боржнику виконати рішення суду належним чином. Йдеться про можливість відстрочення та розстрочення виконання рішення суду, яке сьогодні відчуває чимало проблем та запитань та потребує наукової уваги стосовно напрямів їх розв'язання та вирішення.

Таким чином, *метою* даної статті виступатиме з'ясування практичних аспектів процесуальної природи ухвали про розстрочку виконання рішення господарського суду із виокремленням її специфічних ознак та порядку пред'явлення.

Процесуальна природа ухвали про розстрочку виконання рішення господарського суду.

Правосуддя у господарських судах здійснюється на засадах рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом (ст. 4² ГПК); судочинство у господарських судах здійснюється на засадах змагальності, згідно з якими господарський суд повинен створювати сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, рівні умови та можливості для реалізації їхніх прав (ст. 4³ ГПК).

До виключної компетенції суду на стадії виконання рішення належить вирішення питань, пов'язаних із настанням обставин, які перешкоджають, ускладнюють або унеможливають виконання рішення, зокрема, про відстрочку, розстрочку виконання рішення, зміну чи встановлення способу і порядку виконання рішення. Суд уповноважений в кожній ситуації на власний розсуд оцінювати підстави для зміни перебігу виконання рішення.

Спеціальна класифікація судових актів, які постановляє господарський суд, за їх здатності бути виконавчими документами у ГПК відсутня. Норми ГПК не містять загальних положень щодо видів та змісту виконавчих документів, прийняття яких віднесено до компетенції господарських судів. Фактично за винятком такої форми, як наказ господарського суду, та в інших випадках, прямо передбачених ГПК, питання надання процесуальному акту юридичної сили виконавчого документа треба здійснювати виходячи із характеру та змісту судового акта [3, с. 108, 119].

Статтею 116 ГПК встановлено, що виконання господарського суду провадиться на підставі виданого ним наказу, який є виконавчим документом.

Розстрочення виконання рішення суду може бути надано судом у двох випадках: або при ухваленні рішення або в процесі його виконання. Так, згідно із ст. 121 ГПК за наявності обставин, що ускладнюють виконання рішення або роблять його неможливим, за заявою сторони, державного виконавця, прокурора або за своєю ініціативою господарський суд, який видав виконавчий документ, у десятиденний строк розглядає це питання у судовому засіданні з викликом сторін, прокурора і у виняткових випадках, залежно від обставин справи, може відстрочити або розстрочити виконання рішення, ухвали, постанови, змінити спосіб та порядок їх виконання.

При цьому вказана ст. ГПК не обмежує господарський суд у строку відстрочення, розстрочення виконання рішення суду, а тому відстрочка може бути реалізована у будь-який час після набрання рішенням законної сили і до його фактичного повного виконання в межах строку пред'явлення наказу до виконання. Головним тут виступає факт пред'явлення наказу суду до виконання.

Надання наказу господарського суду виконавчої сили прямо обумовлене змістом рішення господарського суду, де чітко сформульовані конкретні способи захисту порушеного права. У резолютивній частині рішення суду вказується про присудження до стягнення грошових сум, повернення майна, зобов'язання вчинити певні дії тощо. На виконання такого рішення видається наказ. Якщо господарський спір не вирішується по суті (відкладення розгляду справ, зупинення, припинення провадження у справі, залишення позову без розгляду тощо), господарський суд виносить ухвалу (ч. 1 ст. 86 ГПК). Загалом ухвала є основною процесуальною формою (найчастіше вживаною), яка фіксує визначені законом дії учасників судового процесу.

Так, ч. 3 ст. 121 ГПК встановлено, що про відстрочку або розстрочку виконання рішення, ухвали, постанови, зміну способу та порядку їх виконання виноситься ухвала, яка може бути оскаржена у встановленому порядку. У необхідних випадках ухвала надсилається установі банку за місцезнаходженням боржника або державному виконавцю.

Викладене надає можливість стверджувати про наявність у даному випадку вже виданого наказу суду (виконавчого документа). Видання другого виконавчого документа чинним процесуальним законодавством та Законом не передбачено. Тому ухвала про розстрочку виконання рішення у даному випадку лише конкретизує порядок виконання цього рішення.

Ухвала про розстрочку та відстрочку виконання рішення виноситься після ухвалення рішення та тісно пов'язана зі змістом самого судового рішення й спрямована на створення необхідних умов для реалізації судового рішення. При цьому така ухвала не може перевіряти справу по суті, скасовувати чи суттєво змінювати ухвалені рішення. Ухвала про розстрочку та відстрочку виконання рішення уточнює зміст рішення і порядок його виконання залежно від обставин, що виникли до чи після ухвалення рішення.

Підпункти 7.1.1 та 7.1.2 постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики виконання рішень, ухвал, постанов господарських судів України» від 17 жовтня 2012 р. № 9 визначають, що розстрочка означає виконання рішення частинами, встановленими господарським судом, з певним інтервалом у часі. Строки виконання кожної частини також повинні визначатись господарським судом.

Питання про розстрочку вирішується судом під час вирішення спору про задоволення позову повністю або частково, або на стадії виконання рішення суду. Проте незмінною залишається вимога ГПК, якою встановлено, що виконання рішення суду провадиться на підставі виданого наказу. ГПК прямо не регулює питання змісту наказу. Системний аналіз ст. 84, 116, 117, 119, 120 ГПК дає підстави для висновку, що зміст наказу з точністю відтворює резолютивну частину прийнятого господарським судом рішення і залишається незмінним до повного виконання чи втрати ним юридичної сили у випадках, встановлених ГПК. Тому норми Закону щодо розстрочки виконання рішення суду необхідно застосовувати у взаємозв'язку із положеннями ГПК України: постановлення ухвали про розстрочку виконання рішення можливе лише за наявності відкритого виконавчого провадження і саме щодо цього виконавчого провадження.

Отже, враховуючи такі фактори, як: стадія господарського процесу, провадження виконання рішень господарського суду на підставі наказу, зміст та характер ухвали про розстрочку, слід дійти висновку, що ухвала господарського суду про розстрочку не може бути виконавчим документом за своєю процесуальною природою та у розумінні ст. 17 Закону. Така ухвала є допоміжним процесуальним інструментом виконання рішення господарського суду, який лише уточнює порядок виконання наказу (виконавчого документа) та виданого на виконання рішення суду у певній справі.

Викладене повністю кореспондується із правовою позицією Конституційного Суду України, який у своєму рішенні від 26 червня 2013 року № 5-рп/2013 на підставі аналізу положень ст. 116, 121 Кодексу і ст. 36 Закону встановив, що ухвала господарського суду про розстрочку виконання рішення спрямована на забезпечення повного виконання рішення суду і відповідного судового наказу та є допоміжним процесуальним актом (документом) реагування суду на перешкоди, які унеможливають або ускладнюють виконання його рішення. Така ухвала має похідний характер від рішення суду, яким справу вирішено по суті, і є обов'язковою для державної виконавчої служби при виконанні відповідного судового наказу у межах відкритого виконавчого провадження.

Таким чином, врахувавши стадійність господарського процесу, процедуру виконання рішення господарського суду на підставі наказу, юридичну природу ухвали господарського суду про розстрочку виконання судового рішення, Конституційний Суд України дійшов висновку, що така ухвала не є підставою для відкриття нового виконавчого провадження, а підлягає виконанню у раніше відкритому на підставі судового наказу виконавчому провадженні як процесуальний акт (документ), яким лише розстрочується виконання судового рішення [4].

Відтак, ухвала про розстрочку виконання рішення має застосовуватись разом або після пред'явлення наказу суду, оскільки вказана ухвала не є за своєю суттю окремим виконавчим документом, хоч і впливає на виконання судових рішень та забезпечення відновлення захищених судом прав та інтересів осіб.

Пред'явлення ухвали про розстрочку після закінчення виконавчого провадження.

Окремою проблемою ухвал про розстрочку виконання рішень господарського суду є її пред'явлення після закінчення виконавчого провадження, а тому на цьому також слід зупинитись детальніше.

Відповідно до положень ст. 1 Закону України «Про державну виконавчу службу» державна виконавча служба входить до системи органів Міністерства юстиції України і здійснює виконання рішень судів, третейських судів та інших органів, а також посадових осіб (далі – рішень) відповідно до законів України. Завданням державної виконавчої служби є своєчасне, повне і неупереджене примусове виконання рішень, передбачених законом. Стаття 2 Закону встановлює правову основу діяльності державної виконавчої служби, яку становлять Конституція України, цей Закон, інші закони та нормативно-правові акти, прийняті на їх виконання.

Відтак, органи державної виконавчої служби здійснюють свої повноваження виключно у спосіб, передбачений Конституцією України та законами, а тому закінчення виконавчого провадження має відбуватися у суворому порядку, передбаченому законом.

Аналіз ч. 1 ст. 50 Закону переконує, що закінчення виконавчого провадження породжує низку правових наслідків, серед яких є, у тому числі, зняття арешту, накладеного на майно боржника, скасування інших вжитих державним виконавцем заходів примусового виконання рішення, а також проведення інших дій, необхідних у зв'язку із завершенням виконавчого провадження. Відповідно до другого речення ч. 1 ст. 50 Закону завершене виконавче провадження не може бути розпочате знову, крім випадків, передбачених цим Законом.

У контексті ст. 50 Закону завершення виконавчого провадження є наслідком його закінчення, не оформлюється окремим процесуальним документом (достатньо лише постанови про закінчення виконавчого провадження).

Друге речення цієї статті слід розуміти у системному зв'язку із ст. 51 Закону, згідно із частиною першою якою у разі, якщо постанова державного виконавця про закінчення виконавчого провадження або повернення виконавчого документа стягувачу визнана судом незаконною чи скасована начальником відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець, або керівником відповідного органу державної виконавчої служби або якщо до державного виконавця надійшло рішення суду про скасування заходів до забезпечення позову, а також у разі повернення виконавчого документа з іншого відділу державної виконавчої служби виконавче провадження підлягає відновленню протягом трьох робочих днів з дня надходження рішення суду, виконавчого документа чи постанови керівника відповідного органу державної виконавчої служби, а також ситуацію, передбачену ч. 6 ст. 79 Закону стосовно особливостей виконання рішення суду щодо вселення стягувача.

Відтак, особа, яка подала до примусового виконання ухвалу господарського суду про розстрочку виконання невиконаного рішення, повинна спочатку оскаржити постанову про закінчення виконавчого провадження з метою досягнення обставин, які надають можливість відновити виконавче провадження.

Оскільки ухвала про розстрочку виконання невиконаного рішення суду у тій самій справі не є окремим виконавчим документом, а лише уточнює порядок виконання наказу суду, вона може пред'являтися до виконання за наявності відкритого виконавчого провадження за наказом господарського суду, який є виконавчим документом.

Таким чином, наявність постанови про закінчення виконавчого провадження з примусового виконання наказу господарського суду у одній і тій самій справі згідно із п. 8 ч. 1 ст. 26 Закону належить до інших передбачених законом обставин, що зумовлюють ухвалення постанови про відмову у відкритті виконавчого провадження (ч. 2 ст. 26 Закону).

Підсумовуючи сказане, слід зазначити, що за своєю процесуальною природою ухвала про розстрочку та відстрочку виконання рішення суду є допоміжним процесуальним інструментом виконання рішення господарського суду, який лише уточнює порядок виконання наказу (виконавчого документа) та виданого на виконання рішення суду у певній справі. Видання другого виконавчого документа чинним процесуальним законодавством та Законом не передбачено. Така ухвала вноситься після ухвалення рішення та тісно пов'язана із змістом самого судового рішення й спрямована на створення необхідних умов для реалізації судового рішення і не може перевіряти справу по суті, скасовувати чи суттєво змінювати ухвалені рішення.

Наявність постанови про закінчення виконавчого провадження з примусового виконання наказу господарського суду у одній і тій самій справі згідно із п. 8 ч. 1 ст. 26 Закону належить до інших передбачених законом обставин, що зумовлюють ухвалення постанови про відмову у відкритті виконавчого провадження (ч. 2 ст. 26 Закону).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Терехин В. А.* Судебная власть в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод граждан: вопросы теории и практики: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / Виктор Александрович Терехин; Саратов. гос. акад. права. – Саратов, 2001. – 26 с.
2. *Зайцев И. М.* Процессуальные функции гражданского судопроизводства / Игорь Михайлович Зайцев; под ред. А. Г. Коваленко. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1990. – С. 104 (139 с.).
3. *Кот О. В.* Судові акти в господарському процесі України. Дис.... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Кот Олександр Васильович. – К., 2011. – С. 13.

4. Рішення Конституційного Суду України від 26 червня 2013 року № 5-рп/2013 у справі за конституційним зверненням акціонерної компанії «Харківобленерго» щодо офіційного тлумачення положень пункту 2 частини другої статті 17, пункту 8 частини першої статті 26, частини першої статті 50 Закону України «Про виконавче провадження» / Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=209126>.

The article concerns research on the procedural nature of a ruling on extension and deferment of execution of decision of commercial court with establishment of order and moment of its presentation.

Стаття посвячена дослідженню процесуальної природи определения о рассрочке и отсрочке исполнения решения хозяйственного суда с установлением порядка и момента ее предъявления.

НОРМИ МОРАЛІ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Дрішлюк А. І.,

кандидат юридичних наук, доцент,
суддя апеляційного суду Одеської області

Стаття присвячена дослідженню одного з джерел цивільного права України – нормам моралі.

Ключові слова: джерело права, норми моралі, закон, джерело цивільного права, етика, принципи права.

Зміна соціально-економічних умов у зв'язку з розвалом СРСР обумовила необхідність перегляду не тільки чинного на той момент законодавства, а й всієї доктрини права. Сучасні тенденції розвитку права безпосередньо стосуються його джерел і цивільного права зокрема. Разом із тим цивілістична доктрина ще не виробила єдиного підходу до системи джерел цивільного права України, який би ґрунтувався на оновленій методологічній базі, враховував сучасний рівень праворозуміння та/або його основні типи, а також останні тенденції законодавчої діяльності. При цьому традиційно спостерігається відмінність між здобутками цивілістичної думки та судовою практикою.

Кодифікаційні роботи, які завершилися із прийняттям Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), стали підсумком тривалої праці щодо створення законодавчого акта принципово нового рівня, з яким мало б відбуватися подальше реформування всього українського законодавства. На відміну від радянського періоду, коли традиційними джерелами цивільного права вважалися закон, а потім закон та підзаконні нормативні акти, тобто джерела цивільного права в більшості випадків зводилися до джерел цивільного законодавства, рівень розвитку суспільних відносин та здобутки цивілістичної науки дозволили розробникам ЦК України закріпити в якості джерел цивільного права норми міжнародних договорів, звичай, договір (ст. 6, 7, 10 ЦК України). Крім того, аналіз ЦК України дозволяє стверджувати, що його розробники визнали в якості регулятора цивільних відносин норми моралі, які, втім, не набувають характеру правових норм (наприклад, ст. 13, 203 та ін.). Відповідно, як слушно зазначалось в літературі, в сучасних умовах ми спостерігаємо зростання гуманістичного змісту права. Мораль знаходить свою об'єктивність у праві, а право стає об'єктивною мораллю [4, с. 41–44].

У цивілістичній літературі питання формально не закріплених джерел права, а також джерел права неправового характеру спеціального висвітлення не знаходило. Як виключення слід назвати монографію С. О. Погрібного [10], а також окремі курси з цивільного права [11]. При цьому як і проблема джерел цивільного права України обраний аспект проблематики свого остаточного вирішення не знайшов.

Метою статті є дослідження регуляторного потенціалу норм моралі як джерела права, їх вплив на норми права, на процес правозастосування.

Результати дослідження. Мораль – найважливіший соціальний інститут, одна з форм суспільної свідомості. Вона являє собою певну сукупність історично складних і сучасних життєвих принципів, поглядів, оцінок, переконань і заснованих на них норм поведінки, що визначають і регулюють взаємини людей, ставлення їх до суспільства, держави, сім'ї, колективу, класу, навколишньої дійсності [14, с. 327].

На думку О. Ф. Скакун, мораль – це система норм і принципів, спрямованих на регулювання поведінки людей відповідно до понять добра і зла, які підтримуються особистими переконаннями, традиціями, вихованням, силою громадської думки [12, с. 265].

Мораль має історичний характер, і за всіх часів критерієм моральних норм виступають категорії добра, зла, чесності, порядності, совісті. Вона охоплює майже всі сфери життя – економіку, політику, право й інші. За допомогою моралі узгоджується поведінка особистості з інтересами суспільства, долається протиріччя між ними, регулюється міжособистісне спілкування. «Золоте правило» моралі в євангельському формулюванні звучить так: «У всьому, як прагнете, щоб з вами надходили люди, так надходьте й ви з ними». У багатьох випадках правові норми формувались із моральних принципів. У ряді європейських мов саме слово «право» означає ще й «моральне право». Разом із тим поняття-терміни «право», «борг», «зобов'язання» мають різні значення в праві й моралі.

У той самий час право – засіб реалізації морально-гуманістичних ідеалів суспільства. Без уроків моральності, моралі, етики право немислиме. В. С. Соловйов визначав право як «примусову вимогу здійснення мінімального добра або порядку, що не припускає певних проявів зла» [13, с. 14]. На думку О. Н. Садикова, мораль або її засади, містять сформовані в суспільстві уявлення про добро і зло, справедливе і належне. Вимоги моральності, на відміну від норм права, не закріплені в системі писаних норм. Вони виявляються у загальновищаних уявленнях про належну поведінку, які склалися в результаті тривалого суспільного розвитку, в тому числі загальних принципів права й діяльності вищих судових інстанцій [7, с. 362].

У літературі також підкреслювалося, що право й мораль (моральність) не тільки не виключають, а передбачають і доповнюють одне одного. У будь-якій державі мораль (моральність) не є єдиною й однорідною, вона диференціюється відповідно до класового, національного, релігійного, професійного й іншого розподілу суспільства, тому має йтися про суспільну моральність (основи моральності), а не про моральність окремої людини або групи осіб [1, с. 104].

Як зазначав Станіслав Дністрянський, закон містить мінімум моральності. Мораль же встановлює більш високі вимоги до поведінки особи. Її регулюючі засоби більш тонкі, а тому глибше проникають у пласт людських відносин.

Носій обов'язку завжди прагне знати його межі, виявляючи зацікавленість у чіткості, строгій визначеності змісту відповідної вимоги закону. Носій права часто намагається підняти вище планку юридичного обов'язку іншої особи, додавши до нього обов'язок моральний. Таке постійне змагання носія обов'язку і носія відповідного права завжди продовжується. Це й не дивно, адже ми прагнемо до досконалості, принаймні вимагаємо її від свого контрагента.

Як відомо, моральність і право – взаємозалежні й взаємозумовлені соціальні явища. Теорію права моральність розглядається як об'єктивно існуюча група соціальних норм, специфічними рисами якої є оцінка поведінки людей крізь шкалу категорій «добро – зло», «гідно – негідно», «обов'язок», «честь», «совість» і забезпеченість силою громадського примусу [3, с.11].

Проблеми зміни моральності, її тісний зв'язок з іншими соціальними нормами, з релігією й культурою, різна нормативна визначеність моральних засад обумовили етичну проблему пошуку основ моральності – проблему, яка існує з моменту появи самої етики і, можливо, викликала виникнення етики як науки.

Здійснюючи дослідження, слід вирішити проблему співвідношення понять «моральність», «мораль» й «етика». В літературі підкреслювалось, що у мові, яка претендує на наукову визначеність, істотний зміст надається розмежуванню понять етики і моралі (моральності) [2, с. 16; 9, с. 78; 14, с. 252]. Спроби закріпити за словами «етика», «мораль», «моральність» різний зміст і відповідно надати їм різний поняттєво-термінологічний статус не вийшли за рамки академічних експериментів. У загальнокультурній лексиці всі три слова вживаються як взаємозамінні.

Намагаючись хоча б при близькому розгляді позначити грань між правом і законом, вчені нерідко звертаються до різних моральних категорій – справедливості, добра, гуманності, зла та ін. Право при цьому визначається як «нормативно закріплена справедливість». Іноді також використовується така категорія, як правовий ідеал, котрий визначається як «породження індивідуальної, суспільної, наукової свідомості про розумний устрій співжиття на принципах добра, справедливості, гуманізму і збереження природного середовища». С. Ємельянов, посиляючись на відомий вислів римлян про те, що «справдливості і благо є закон законів», обґрунтовував висновок, що правовий ідеал і складає зміст правових законів, що це і є ніщо інше, як «закон законів». Отже, всі інші закони, що не містять у собі правового ідеалу, не узгоджуються з принципами добра, справедливості і їм подібними, не є правовими.

Однак цю позицію критикують за те, що, прагнучи підвести моральну базу під закон і назвавши його правовим, тим самим відокремити його від всіх інших неправових законів, її прихильники допускають змішування моральних категорій із правовими, оскільки посилання при цьому на моральні категорії справедливості, добра і зла важливі при визначенні поняття і характеристики моралі, але не самого права [16].

Аналіз літератури, присвяченої вирішенню такого завдання, дозволяє зробити висновок, що під основами моральності можна розуміти «золоте правило моральності» (таку назву воно отримало у XVIII ст. у західноєвропейській традиції) [6, с. 5–6], що може бути сформульовано таким чином: «(Не) вчиняй щодо інших так, як ти (не) бажав би, щоб інші вчиняли з тобою». А. А. Гусейнов і Р. Г. Апресян характеризували золоте правило як фундаментальне правило моральності, що ототожнюється із самою моральністю, «найчастіше осмислювалася як основна, найважливіша моральна істина, зосередження практичної мудрості». Появу цього правила автори відносять до середини першого тисячоліття до нашої ери, що, на їхню думку, підкреслює гуманістичний переворот, що відбувся одночасно й незалежно в різних культурах [6, с. 5–6].

Хоча «золоте правило моральності» однозначно можна віднести до її основ, разом із тим воно практично не може бути застосоване в праві. По-перше, тому що має занадто загальний характер, охоплюючи практично всі соціальні відносини й пов'язані з ними мотивації учасників соціальної взаємодії. По-друге, в основу поділу морального й аморального тут закладено суб'єктивний критерій, а не об'єктивний, причому оцінку діям дає сам учасник, що, зазвичай, не прийнято при аналізі аморальних правочинів [8, с. 100; 15, с. 81–83].

Розглядаючи проблематику основ моральності, ми також не зможемо виділити ряд конкретних норм, які могли б бути нами оцінені подібним чином. Наприклад, категоричний імператив І. Канта «Вчиняй лише

відповідно до такої максими, керуючись якою, ти, разом із тим, можеш бажати, щоб вона стала загальним законом» [5, с. 260], як нормативний припис має (як і у випадку «золотого правила моральності») своєю основою не щось об'єктивне, а суб'єктивні переконання діючої особи.

О. Ф. Скакун, дослідивши взаємодію норм моралі та права, визначила вплив норм моралі на правотворчу та правореалізаційну діяльність. Так, вплив норм моралі на правотворчу діяльність дослідниця вбачає в тому, що норми права створюються з урахуванням норм моралі, що панують у суспільстві, виступають як формальне (офіційне) вираження справедливості, і тому право в широкому розумінні являє собою моральне явище. Крім того, норми права змінюються й розвиваються під впливом норм моралі. Норми права скасовуються у випадку їх невідповідності вимогам норм моралі, що панують у суспільстві.

Щодо впливу норм моралі на правореалізаційну діяльність, то О. Ф. Скакун зазначає, що норми права оцінюються громадянином, який їх реалізує, з погляду моралі. Норми права тлумачаться посадовою особою, яка здійснює правозастосовну діяльність, відповідно до норм моралі, що панують у суспільстві. Так, обґрунтоване й законне судове рішення справи про наклеп, образу, хуліганство, сексуальні злочини багато в чому залежить від обліку моральних норм, що діють у суспільстві. Прийняття правозастосовного акта, як і весь правозастосовний процес, здійснюється з урахуванням норм моралі [12].

На нашу думку, введення законодавцем у ЦК України таких оцінних категорій, як «моральні основи суспільства», «основи моральності», передбачає наявність об'єктивно існуючих і загальновідомих моральних норм, які можуть бути виявлені й піддані науковому аналізу.

З. В. Ромовська визнає норми моралі регуляторами цивільних відносин та звертає увагу на те, що життя моральних норм може підтримуватися і рішенням суду, який при вирішенні спору може прийняти їх до уваги. Як зазначає З. В. Ромовська, моральні норми мають спільний із законом ціннісний орієнтир: справедливість, добросовісність та розумність.

Підкорення нормам права – юридичний обов'язок і моральний борг громадянина, який визначається моральною й правовою культурою суспільства. Разом із тим жодне суспільство в історії розвитку людства не досягло гармонії права й моралі [12, с. 266]. Крім того, моральні засади суспільства отримують регулятивне значення також у випадках, коли вони створюють певні визнані законодавцем обмеження на здійснення суб'єктами цивільних відносин окремих юридично значимих дій або встановлюють наслідки здійснення таких дій. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦК України «зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства».

Висновки. Моральні норми, які панують у суспільстві, впливають на всі етапи формування та дії права. Крім того, наведене дозволяє зробити попередній висновок, що мораль (моральні засади) виступають в якості додаткового регулятора суспільних відносин та одночасно є оціночним механізмом юридично вагомих дій. В одних випадках пряме регулювання таких дій не передбачено чинним українським законодавством, а тому вони потребують не тільки врегулювання, а й оцінки з точки зору суспільства та держави. В інших випадках законодавець для оцінки юридично значущих дій, які формально відповідають вимогам закону, впроваджує додатковий їх оціночний критерій – «моральність, моральні засади» та ін., які дозволять суду провести перецінку вчинених дій або визначити межі здійснення відповідних суб'єктивних прав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Блинова М. А.* Недействительность сделки, совершенной с целью противной основам правопорядка и нравственности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Марина Анатольевна Блинова. – М., 2003. – 179 с.
2. *Графский В. Г.* Право и мораль в истории: проблемы ценностного подхода: / В. Г. Графский // Государство и право. – 1998. – № 8. – С. 16.
3. *Гусейнов А. А., Апресян Р. Г.* Этика: учебник / А. А. Гусейнов, Р. Г. Апресян. – М.: Гардарики, 1998. – 472 с.
4. *Каминская В. И., Ратинов А. Р.* Правосознание как элемент правовой культуры // Правовая культура и вопросы правового воспитания. – Москва, 1974. – С. 41–44.
5. *Кант И.* Основы метафизики нравов. – Сочинения в 6-и т. – Т. 4. – М., 1965. – С. 260.
6. *Кобликов А. С.* Юридическая этика: учебник / Александр Семенович Кобликов. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРАМ, 1999. – 168 с.
7. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Егизаров В. А., Залесский В. В., Клейн Н. И., Кузнецова И. М. и др. / Отв. ред.: Садиков О. Н.; гл. ред.: Тихомиров М. Ю. – М.: Юринформцентр, 1996. – 448 с.*
8. *Кушнерук Е. С.* Недействительность сделок по ст. 169 Гражданского кодекса РФ: составы недействительных сделок и их правовые последствия: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Евгений Сергеевич Кушнерук. – Волгоград, 2002. – 185 с.
9. *Нерсисянц В. С.* Философия права: учебник / Владик Сумбатович Нерсисянц. – М.: Норма, 1997. – 652 с.
10. *Погрібний С. О.* Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03 / Погрібний Сергій Олексійович. – К, 2009. – 412 с.
11. *Ромовська З.* Українське цивільне право. Загальна частина: академічний курс: підручник / Зорислава Василівна Ромовська. – Видання друге, доповнене. – К.: Алерта, КНТ; ЦУЛ, 2009. – 594 с.

12. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник / Скакун Ольга Федорівна. Пер. з рос. – Харків: Консум, 2001. – 656 с.
13. Соловьев В. С. Оправдание добра. Нравственная философия: монография / Владимир Сергеевич Соловьев. – Собр. соч.: в 2-х т. – М.: Издательство «Мисль», 1988. – Т. 1.
14. Теория государства и права: курс лекций / М. И. Байтин, Ф. А. Григорьев, А. И. Демидов та ін. / За ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М.: Юристъ, 1997. – 672 с.
15. Цвайгерт К., Кёту Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т.: монография. – Пер с нем. – М.: Международные отношения, 1998. – Том 2. – 512 с.
16. Четвернин В. А. Современные концепции естественного права: монография / В. А. Четвернин / Отв. ред. В. А. Туманов. – М.: Наука, 1988. – 144 с.

The article is devoted researching of one of sources of civil law of Ukraine – norms of moral.

Статья посвящена исследованию одного из источников гражданского права Украины – нормам морали.

СПАДКУВАННЯ ПАЮ ВИРОБНИЧОГО КООПЕРАТИВУ

Ссауленко Н. В.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті досліджуються питання правового регулювання спадкування паю виробничого кооперативу.

Ключові слова: виробничий кооператив, пай, спадщина, заповіт, членство в кооперативі.

Припинення членства у виробничому кооперативі відбувається у разі смерті фізичної особи – члена кооперативу. Смерть члена виробничого кооперативу значною мірою впливає на подальше існування зазначеної юридичної особи, при цьому виникають як організаційні, так і майнові питання, які пов'язані зі спадкуванням паю у виробничому кооперативі. Питання спадкування паю виробничого кооперативу науковцями фактично не було розглянуто. Не можна стверджувати, що дане питання науковцями взагалі не досліджувалося, разом з тим їх основна увага була прикута до загального припинення корпоративних прав учасників господарських товариств та підприємств [1], або спадкування окремих видів корпоративних прав, наприклад, акцій акціонерних товариств, часток товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю [2]. На сьогодні така організаційно-правова форма як виробничий кооператив не дуже поширена [3], однак питання їх діяльності та спадкування паю є мало вивченим та актуальним. Тому метою статті є дослідження окремих питань щодо правового регулювання спадкування паю виробничого кооперативу.

Правове регулювання діяльності виробничих кооперативів здійснюється ст. 95–110 Господарського кодексу України (далі – ГК України) [4], ст. 163–166 Цивільного кодексу України [5] (далі – ЦК України), Законом України «Про кооперацію» [6] (далі – Закон про кооперацію), Законом України «Про сільськогосподарську кооперацію» [7] (далі – Закон про СК).

Аналіз зазначених законодавчих актів не дає однозначного визначення порядку спадкування паю виробничого кооперативу, в зв'язку з цим варто звернутися за досвідом до законодавства інших держав.

На відміну від України, наприклад, в законодавстві Російської Федерації (далі – РФ) не лише передбачено положення щодо спадкування паю члена кооперативу у Цивільному кодексі РФ, а й прийнято 8 травня 1996 року Закон РФ «Про виробничий кооператив». При цьому, на нашу думку, були закладені основні принципи спадкування паю померлого члена виробничого кооперативу. Так, ст. 1176 Цивільного кодексу РФ визначає, що до складу спадкового майна члена виробничого кооперативу входить пай цього члена в складеному капіталі кооперативу та спадкоємці можуть стати членами кооперативу лише після згоди інших членів кооперативу [8, с. 307, 311–312]. Статтею 7 Закону РФ «Про виробничий кооператив» передбачено, що в разі смерті члена виробничого кооперативу його спадкоємці можуть бути прийняті в члени кооперативу, якщо інше не передбачено статутом товариства. В іншому разі кооператив сплачує спадкоємцям вартість паю померлого члена кооперативу, нараховану заробітну плату, премії та виплати [9, с. 202].

Таку саму схему спадкування містить і Цивільний кодекс Франції, а саме: спадкоємці можуть стати учасниками товариства після схвалення їх кандидатури іншими учасниками. Спадкоємці, які не стали учасниками товариства, мають право лише на отримання вартості частки свого спадкодавця (ст. 1870, 1870-1 ЦК Франції) [10, с. 545].

Щодо українського законодавства, то в ст. 1219 ЦК України зазначено, що не входять до складу спадщини права та обов'язки, що нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, зокрема, право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами.

Тобто ЦК України пріоритет у вирішенні питання про спадкування паїв виробничого кооперативу надає закону або статуту. Це положення підтверджує і ч. 4 ст. 166 ЦК України, в якій зазначається, що у разі смерті члена виробничого кооперативу його спадкоємці можуть бути прийняті у члени кооперативу, якщо інше не

встановлено статутом кооперативу. За відмови прийняти спадкоємців у члени кооперативу кооператив виплачує спадкоємцям вартість паю померлого члена кооперативу. Стаття 21 Закону про кооперацію встановлює, що право власності членів кооперативу – фізичних осіб на свою загальну частку успадковується. Разом з тим ст. 13 зазначеного Закону містить положення про те, що членство в кооперативі припиняється у разі смерті члена кооперативу – фізичної особи. У зв'язку з цим виникає низка запитань, що стосуються спадкування паю виробничого кооперативу, а саме:

- 1) Що розуміється в законі про кооперацію під поняттям «право власності членів кооперативу – фізичних осіб на свою загальну частку»?
- 2) Як співвідноситься спадкування паю члена кооперативу з поняттям «право на участь у товариствах»?
- 3) Чи має право член кооперативу заповідати свій пай у виробничому кооперативі?
- 4) Який порядок набуття спадкоємцями паю померлого члена кооперативу в разі відмови його стати членом виробничого кооперативу?

Для визначення поняття «право власності членів кооперативу – фізичних осіб на свою загальну частку» необхідно згадати цивільно-правові положення щодо змісту права власності. Відповідно до ст. 317 ЦК України встановлюються три правомочності власника: право володіння, право користування та право розпорядження своїм майном. Фізична особа, яка бажає стати членом виробничого кооперативу, повинна написати заяву про вступ до кооперативу та внести вступний внесок, який визначається статутом (ст. 11 Закону про кооперацію). Стаття 21 Закону про кооперацію зазначає, що пай кожного члена кооперативу формується за рахунок разового внеску або часток протягом певного періоду. Під паєм виробничого кооперативу розуміють майновий внесок члена кооперативу у створення та розвиток кооперативу, який здійснюється шляхом передачі кооперативу майна, в тому числі грошей, майнових прав, а також земельної ділянки. Залежно від переданого майна і формуються паї членів виробничого кооперативу. Стаття 2 Закону про кооперацію стверджує, що вступний внесок – це грошовий чи інший майновий неповоротний внесок, який особа зобов'язана сплатити у разі вступу до корпоративної організації.

Можна зробити висновок, що все майно та грошові кошти, що передаються як вступні внески, переходять у власність кооперативу та фактично правом розпоряджатися даним майном може лише кооператив. Право власності член кооперативу має лише на пай, тобто на певну частку пайового фонду. При цьому не можна погодитися з науковцями, які стверджують, що член кооперативу має право на отримання будь-якого майна, що було ним внесено при формуванні майна виробничого кооперативу [11, с. 110]. Адже ст. 21 Закону про кооперацію зазначає, що член кооперативу має право на одержання своєї загальної частки натурою, грошми або (за бажанням) цінними паперами відповідно до їх вартості..., а земельної ділянки – у натурі. Право обирати, яке майно необхідно передати, на нашу думку, належить кооперативові. Право власності члена кооперативу – фізичної особи на свою загальну частку виникає лише в разі виходу члена кооперативу, виключення його зі складу членів кооперативу чи в разі смерті. Тобто можна вивести принцип існування права власності на майно виробничого кооперативу: матеріальна власність – у виробничого кооперативу, а права на пай – у члена кооперативу. Звідси і видозміна змісту права власності. У зв'язку з цим не можна погодитися з самим формулюванням ч. 4 ст. 21 Закону про кооперацію. До моменту смерті члена кооперативу йому належить лише майнове право на пай, адже вільно володіти, користуватися та розпоряджатися майном кооперативу член кооперативу не має права. Володіння, користування та розпорядження майном кооперативу здійснюють органи управління кооперативу відповідно до їх компетенції, визначеної статутом кооперативу (ст. 19 Закону про кооперацію). Відповідно, ч. 4 ст. 21 Закону про кооперацію необхідно змінити та викласти в такій редакції: «У разі смерті члена виробничого кооперативу до складу його спадщини включається право на отримання його паю в грошовій формі або майна, яке відповідає паю, а також інших виплат, які нараховані та належали померлому».

Щодо відповіді на друге питання, то, перш за все, варто з'ясувати правову природу поняття «право на участь у товариствах», адже, як уже зазначалося, відповідно до ст. 1219 ЦК України дане право не входить до складу спадщини.

ЦК України, незважаючи на те, що містить ст. 100, яка називається «Право участі в товаристві», разом з тим не дає визначення такого права, лише зазначає, що таке право є особистим немайновим правом і не може окремо передаватися іншій особі. Однак ст. 167 ГК України дає визначення поняття «корпоративні права» та зазначає, що корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному фонді (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. Тобто право на участь у товаристві є складовою корпоративного права особи. Разом з тим С. Кравченко після аналізу ст. 167 ГК України, ст. 12 Закону про кооперацію робить висновок, з яким варто погодитися, про те, що права члена кооперативу є ширшими за корпоративні права, адже корпоративні права стосуються лише внутрішніх відносин у кооперативі, а права членів – й зовнішніх відносин (можливості відступити свій пай), а також взагалі тих можливостей, які надають йому правові зв'язки з кооперативом [12, с. 95]. В літературі висловлюється думка, що корпоративні права можуть успадковуватися спадкоємцями, коли у статуті кооперативу існує положення про допустимість такого спадкування й інші члени кооперативу проти цього не

заперечують. В усіх інших випадках спадкується частка у майні кооперативу, яка належала померлому учаснику цього підприємства [13, с. 2]. На нашу думку, ця позиція є досить спірною, оскільки спадкуватися частка у майні виробничого кооперативу не може, враховуючи те, що власником такого майна є сам кооператив. Інша справа, що спадкоємець може відмовитися стати членом кооперативу чи сам кооператив може відмовити у реалізації цього права. Тому у такому випадку спадкується не пай у майні кооперативу, а майнове право члена на виплату певної грошової суми у випадку припинення участі в кооперативі. Відповідно, не можна погодитися в певній частині із думкою В. М. Кравчука про те, що об'єктом спадкування є не майно підприємства, оскільки воно є власністю самої юридичної особи, а корпоративні права, які належали засновнику [14, с. 631].

Щодо участі в кооперативі спадкоємців, то ст. 11 Закону про кооперацію чітко зазначає, що фізична особа може вступити до виробничого кооперативу подавши заяву та сплативши вступний внесок. Порядок вступу до кооперативу встановлюється в статуті кооперативу (ст. 164 ЦК України, ст. 8 Закону про кооперацію.) Тобто в будь-якому разі варто звернутися до статуту, і якщо в статуті прописано положення про отримання згоди інших членів кооперативу, то відповідно дане правило повинно бути дотримано. Однак є один нюанс, а саме, ч. 1 ст. 163 ЦК України, ст. 2 Закону про кооперацію передбачає обов'язкову трудову участь члена виробничого кооперативу. Відповідно, в разі зазначення в статуті кооперативу права спадкоємця на участь у виробничому кооперативі спадкоємець самостійно обирає: чи бути йому членом кооперативу, чи відмовитись від такого членства.

Член виробничого кооперативу може скласти заповіт лише щодо майнової складової своєї частки, адже право на участь в кооперативі, як ми вже зазначили, є особистим немайновим правом і до складу спадщини не входить. Однак виникає питання: спадкодавець в заповіті прописав, що спадкоємець має право на отримання паю лише за умови його членства у виробничому кооперативі та особистої трудової участі. В статуті виробничого кооперативу міститься положення про те, що в разі смерті члена кооперативу його спадкоємці автоматично стають членами кооперативу. Однак спадкоємці не бажають бути членами кооперативу, а хочуть лише забрати грошовий еквівалент паю. Як бути в цій ситуації?

За ст. 1242 ЦК України такий заповіт називається заповітом з умовою, тобто заповідач може обумовити виникнення права на спадкування у особи, яка призначена у заповіті, наявністю певної умови, як пов'язаної, так і не пов'язаної з її поведінкою (наявність інших спадкоємців, проживання у певному місці, народження дитини, здобуття освіти тощо). Разом з тим ч. 2 ст. 1242 ЦК України визначає, що умова, визначена у заповіті, є нікчемною, якщо вона суперечить закону або моральним засадам суспільства. На нашу думку, така умова буде суперечити загальному поняттю кооперативу, а саме, ч. 1 ст. 163 ЦК України, ст. 1 Закону про кооперацію, які визначають виробничий кооператив як добровільне об'єднання на основі членства для ведення спільної господарської та іншої діяльності. Відповідно, умова заповіту, яка встановлює обов'язок спадкоємця стати членом виробничого кооперативу, за рішенням суду може бути визнана нікчемною.

Відповідь на питання щодо порядку набуття спадкоємцями паю померлого члена кооперативу ґрунтується на тому, що нотаріус за наявності у спадкодавця паю у виробничому кооперативі має право на підставі офіційних документів (довідки з ЄДРПОУ, статуту виробничого товариства) зазначати пай померлого та на підставі проведеної незалежної аудиторської перевірки наводити його вартість. Однак наявність свідоцтва про право на спадщину не означає, що спадкоємець одразу отримає грошову компенсацію вартості паю, адже Закон про кооперацію не зазначає чітко, в які строки повинна бути сплачена компенсація за пай померлого члена кооперативу. Стаття 21 Закону про кооперацію зазначає, що строк на одержання зазначеної частки не може перевищувати двох років, а відлік його розпочинається з 1 січня, що настає з моменту виходу або виключення з кооперативу. Те саме положення міститься і в ч. 1 ст. 25 Закону про СК. Ніби то за аналогією, можна до спадкування паю виробничого кооперативу застосувати вищезазначені положення. Однак, на нашу думку, дворічний термін очікування є занадто великим, адже за два роки кооператив взагалі може бути ліквідований. Крім того, в законодавстві України є норми, які передбачають менший строк при розрахунку з учасником, який виходить з товариства з обмеженою відповідальністю чи товариства з додатковою відповідальністю. Так, ст. 54 Закону України «Про господарські товариства» передбачає, що виплата провадиться після затвердження звіту за рік, в якому він вийшов з товариства, і в строк до 12 місяців з дня виходу.

Беручи до уваги викладене, варто ч. 4 ст. 21 Закону про кооперацію доповнити реченням: «Розрахунок із спадкоємцями щодо компенсації паю, що відмовилися бути членами кооперативу або яким відмовили в такому праві, здійснюється в строк до 12 місяців з часу відкриття спадщини, однак не раніше затвердженого фінансового звіту за рік про господарську діяльність кооперативу. Виплата заробітної плати та інших виплат померлого члена виробничого кооперативу здійснюється одразу після пред'явлення свідоцтва про право на спадщину».

На підставі аналізу різних нормативно-правових актів України, Російської Федерації та Франції можна зробити висновок про необхідність врегулювання діяльності виробничих кооперативів окремим законодавчим актом, в якому б були чітко зазначені загальні положення про діяльність виробничого кооперативу, права та обов'язки членів кооперативу, органи управління виробничим кооперативом, майно кооперативу, порядок переходу права власності на пай члена кооперативу в разі його смерті тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Голодниций Э.* Как получить компанию в наследство // Юридична практика. – 2005. – № 19 (385). – С. 16 – 17; *Кравчук В.* Зміна власника (засновника) приватного підприємства // Підприємництво, господарство і право. – 1999. – № 9. – С. 44 – 51.
2. *Кравчук В. М.* Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. – К.: Істина, 2005. – 720 с.; Спадкове право. Нотаріат. Адвокатура. Суд. Науково-практичний посібник / С. Я. Фурса, С. І. Фурса, О. М. Клименко, С. Я. Рабовська, Л. О. Кармаза та інші; За заг. ред. С. Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. – 1216 с.
3. *Наприклад*, станом на 01.01.2012 року в м. Києві зареєстровано кооперативів 2729, із них лише 257 – виробничих. За даними Головного управління статистики в м. Києві [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.gorstat.kiev.ua. В АР Крим станом на 01.01.2012 року зареєстровано 2586 кооперативів, із них 153 – виробничі [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.sf.ukrstat.gov.ua.
4. *Господарський кодекс України* від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.
5. *Цивільний кодекс України* від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
6. *Про кооперацію*: Закон України від 10.07.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 5. – Ст. 35.
7. *Про сільськогосподарську кооперацію*: Закон України від 17.07.1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 39. – Ст. 261.
8. *Зайцева Т. И.* Наследственное право в нотариальной практике: комментарии (ГК РФ, ч. 3, разд. V), метод, рекомендации, образцы док., норматив. акты, судеб. практика: практ. пособие / Т. И. Зайцева, П. В. Крашенинников; Федер. нотар. палата России. Центр нотар. исслед. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 800 с.
9. *Кашанина Т. В.* Корпоративное право – М.: НОРМА–ИНФРА, 1999. – 486 с.
10. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)* / Пер. с франц. В. Захватаев / Предисловие: А. Довгерт, В. Захватаев / Приложения 1 – 4: В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. – К.: Істина, 2006. – 1008 с.
11. *Цивільний кодекс України*: коментар. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2003. – 856 с.
12. *Кравченко С.* Схожість та розбіжності між поняттями права участі у товаристві, корпоративних прав та прав учасників товариства // Право України. – 2007. – № 4. – С. 95.
13. *Рабовська С. Я.* Спадкування прав засновника (учасника) корпоративного підприємства: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / С. Я. Рабовська; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2007. – С. 2.
14. *Кравчук В. М.* Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. – К.: Істина, 2005. – 720 с.

Issues of legal regulation related to the inheritance of the production co-operative share are investigated.

В статтє исследуются вопросы правового регулирования наследования паев производственного кооператива.

ПРАВА СУБ'ЄКТА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ВИНАХІД ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА АВСТРІЇ

Закорецька Л. О.,

*молодший науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

У статті досліджуються питання права суб'єкта інтелектуальної власності на винахід в Україні та Австрії.

Ключові слова: право інтелектуальної власності, винахід, об'єкт права інтелектуальної власності.

Права суб'єктів інтелектуальної власності відіграють важливу роль в сучасних умовах переходу до ринкових відносин. І, оскільки право інтелектуальної власності є підгалуззю цивільного права, то значить, ті самі особи можуть бути суб'єктами права інтелектуальної власності. Досвід розвинених країн, насамперед Австрії, засвідчує, що саме по собі виробництво вже не є визначальним чинником зростання економічних показників, а поступово поступається місцем як науці, так і розвитку новітніх технологій. У зв'язку з цим питома значимість інтелектуальної власності в житті людей зростає навіть не щодня, а щогодини.

Уряди країн свідомо прагнуть заохочувати застосування результатів творчої праці, а також сприяти вільній торгівлі в інтересах економічного та соціального розвитку.

Згідно зі ст. 463 ЦК України суб'єктами права інтелектуальної власності на винахід є: винахідник, інші особи, які набули прав на винахід за договором чи законом [1, с. 235–236]. Винахідник – фізична особа,

творчою працею якої створено об'єкт, який визнано винаходом. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» автором винаходу визнається особа, творчою працею якої він створений.

Проте на сьогодні спірним залишається нез'ясування поняття. Так, у вищезазначеній статті ЦК вживається поняття «винахідник», а не «автор винаходу». Зазначене питання потребує внесення термінологічних змін до Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» [2].

О. А. Підпригора зазначав, що в теорії права прийнято вважати суб'єктом прав того, хто може мати права, того, хто може бути носієм права. Найбільш вдалим загальним визначенням, на його думку, є таке: «Суб'єкт права є людина або організація чи інше соціальне утворення, які законом наділені здатністю мати суб'єктивні права та нести юридичні обов'язки, і, отже, бути учасниками правовідносин». Таким чином, суб'єктом права може бути будь-яка людина (фізична особа) незалежно від громадянства, постійного місця проживання, роду занять та іншого особистого фактора. Суб'єктом права можуть бути і юридичні особи, у тому числі і держава. Немає значення і вік фізичної особи, носієм права може бути і щойно народжене немовля. Немає значення і психічний стан фізичної особи. О. Підпригора пропонує суб'єктів права інтелектуальної власності поділяти на дві групи. Передусім – це творці інтелектуальної власності. Творцями можуть бути тільки фізичні особи, творчою працею яких створено об'єкт права інтелектуальної власності. Другу групу становлять юридичні особи, які самі не створювали об'єкт, а стали суб'єктами цього права за законом чи договором [3, с. 187–189]. Немає значення і стан дієздатності особи. Малолітнім або недієздатним особам можуть належати немайнові права інтелектуальної власності. Майнові права на зазначений об'єкт від їх імені можуть здійснювати їх родичі або опікуни. Фізичні особи, дієздатність яких обмежена, можуть здійснювати свої майнові права за згодою їх піклувальників. Винахіднику належить особисте немайнове право на винахід, і це право є невід'ємним та діє безстроково.

До вторинних суб'єктів права інтелектуальної власності належать фізичні чи юридичні особи, які набули права інтелектуальної власності на винахід за законом чи договором. Особливе місце в цьому питанні відводиться роботодавцю. Згідно зі ст. 429 ч. 2 ЦК України майнові права інтелектуальної власності на винахід, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який його створив, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не передбачено договором. До вторинних суб'єктів права інтелектуальної власності на винахід належать також спадкоємці. У разі смерті винахідника право на винахід переходить до його спадкоємців. Спадкування права інтелектуальної власності у даному випадку відбувається або ж за законом, або ж за заповітом. При цьому до спадкоємців переходить не весь обсяг прав, а лише ті права, які забезпечують майнові інтереси спадкоємців: право на подачу заявки; право на отримання патенту; право на отримання винагороди, якщо це передбачено договором. При спадкуванні до спадкоємців переходять лише особисті майнові права інтелектуальної власності володільця патенту у повному обсязі. Але строк їх дії буде обмежено патентом, що залишився. Якщо ж спадкоємців кілька, то вони реалізують свої майнові права, що перейшли до них, за взаємною згодою. Вони можуть це зробити спільно або ж наділити одного із них відповідним правочином; або ж передати здійснення прав інтелектуальної власності третій особі, наприклад патентному повіреному. Одним із суб'єктів права інтелектуальної власності на винахід є володільць патенту. Володільць патенту – особа, яка отримала патент на винахід і тим самим набула права інтелектуальної власності, що з нього випливають. Проте, як свідчить практика, особи і винахідника, і володільця патенту збігаються між собою не завжди. Адже володільцями можуть бути й інші особи. На жаль, на сьогодні це питання у законодавстві України не врегульоване. Так, у ст. 463 ЦК України вживається поняття «винахідник», а у ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» – «автор винаходу». А тому, на нашу думку, дане питання потребує термінового вивчення та внесення змін до діючого законодавства. Законодавство України надає можливість поступитися правами інтелектуальної власності на одержання патенту будь-якій фізичній чи юридичній особі. І ця можливість може бути реалізована шляхом зазначення у заявці імені чи найменування майбутнього володільця. У випадку ж, коли заявка на видачу патенту була подана до моменту здійснення державної реєстрації прав на винахід, винахідник звертається до Державної служби інтелектуальної власності з проханням видати патент на ім'я іншої особи, для чого та, у свою чергу, повинна надати свою згоду. Така переуступка права здійснюється на основі спеціального договору, який укладається між винахідником та майбутнім володільцем патенту, та не потребує особливої реєстрації.

Австрія. На сьогодні спірним у Патентному Законі Австрії є те, чи існує окремо поняття «право на винахід». Під винаходом розуміється здійснення технічної ідеї. Особливого права на здійснену ідею немає, але, безумовно, є право на майнову вигоду, яка може привести до експлуатації винаходу. Винахідник, продаючи свій секрет, тим самим уступає не сам винахід, а його майнову вигоду. У випадку ж пропажі винаходу та обнародування його вже не можна повернути ані винаходу, ані майнової вигоди. Винятком є те, що винахідник може змусити винного у пропажі заплатити винагороду за його збитки. Шляхом винаходу майнова вигода монополізується в руках власника патенту, причому, який і не завжди являється його винахідником. У цьому і полягає його виключне право на патент. Власник патенту має виключне право користуватися винаходом у сфері господарювання або ж забороняти будь-кому іншому ним користуватися. Лише він має право виготовляти предмет винаходу, поширювати та вживати його для промислової мети. Хто виготовляє

предмет чужого винаходу для власних домашніх потреб, для наукових досліджень та таке інше, той не порушує патенту. Патентний Закон Австрії 1970 року має спеціальний розділ, який стосується службових винаходів. Право на службовий винахід має наймач. За винахід службовцю надається відповідна винагорода, яка оговорюється при оформленні на роботу [4. Австрія. Електронний ресурс: hi-edu.ru/e-books/xbook/078/01/part-004.htm].

Порядок реєстрації заявок найбільш зручний у Австрії для винахідника. Йому достатньо надати опис, та якщо цей опис відповідає вимогам та не стосується явної заборони, то патент на нього встановлюється. Ані новизна, ані належність винаходу, ані добросовісність опису не перевіряється. Патент встановлюється на ризик та страх заявника та без втручання у це уряду. Такий порядок є характерним і для таких країн як Бельгія, Франція, Італія, Іспанія та Португалія. На відміну від Австрії в Україні законодавець ще не визначився із такими поняттями як «службовий винахід» та «службовий твір». Службовий винахід (твір) створюється інтелектуальною творчою працею фізичної особи (працівника), який на умовах, зазначених у договорі, здійснює для іншої сторони (роботодавця) діяльність, інтереси якої перебувають у сфері діяльності роботодавця. Слід зазначити, що до прийняття ЦК України ці запозичені із зарубіжного законодавства конструкції вимагали додаткової аргументації щодо створення механізму співвідношення цивільно-правових відносин. Виходячи із ч. 1 ст. 429 ЦК України, роз'яснення і буде полягати у тому, що результат інтелектуальної, творчої діяльності безпосередньо повинен бути пов'язаний із виконанням трудових обов'язків працівника. А це, безумовно, є трудовим правом. До таких парадоксальних висновків тяжіє національна система права, але вони зовсім не властиві континентальному праву. Із зазначеної статті ЦК застосовувати вказані випадки неможливо.

Ця нова позиція законодавця суперечить і діючому дотепер принципу невідчужуваності, невіддільності від творця його особистих немайнових прав, більш того, залежності від правового статусу творця, а не від правового визнання творчого внеску автора у створення твору. А тому такий розподіл є некоректним. По-друге, застосування ч. 1 ст. 429 ЦК України на практиці є неможливим. По-третє, при застосуванні вказаної статті виходить, що законодавець не визначив ще одного суб'єкта права інтелектуальної власності – працівника, тобто того самого автора, який створив об'єкт права інтелектуальної власності, але не за власною ініціативою, а у процесі виконання ним своїх трудових обов'язків. По-четверте, якщо виходити із того, що працівник є автором (творцем) винаходу, то норму, яка передбачає можливість особистих немайнових прав інтелектуальної власності фізичною або юридичною особою, де (або) у якої працює працівник, у випадках, передбачених законом, не слід розуміти як наявність у законодавстві вказаних випадків, які, на жаль, не вноормовані у національному законодавстві. По-п'яте, ще одним суб'єктом трудового договору є роботодавець, що представлений не тільки як власник засобів виробництва, а й як юридично оформлений цивільним правом суб'єкт цивільного обороту. Тим самим визначаються однакові підстави для виникнення права інтелектуальної власності як для юридичної, так і для фізичної особи, яка може бути роботодавцем. На сьогодні суттєвим фактором у законодавстві України є те, що законодавець не врахував статус такої особи як суб'єкта підприємницької діяльності, що є дуже важливим для застосування на практиці. Із ч. 1 ст. 429 ЦК України слід розуміти, що фізична особа, яка не є підприємцем, не може виконувати функції роботодавця по відношенню до автора, оскільки між даними суб'єктами у такому випадку будуть існувати підрядні відносини. Таким чином, суб'єктивні майнові права інтелектуальної власності як різновид цивільних прав можуть бути передані тільки на цивільно-правовій основі – за законом чи договором. Безумовно, не йдеться про трудові договори, виникнення та перехід цивільних прав яких трудовим правом не регулюється. Для країн же загального права характерним є відокремлення майнових прав від особистості автора і, таким чином, цілком можливо, коли автором «службового твору» є роботодавець [1, с. 64–67]. Якщо ж порівнювати ці два види договору (цивільний та трудовий) за суб'єктивним складом із застосуванням ч. 1 ст. 429 ЦК України, то можна дійти висновку, що однією із сторін у цих договорах є юридична особа або ж інший суб'єкт підприємницької діяльності. Іншою із сторін у цивільно-правовому договорі є автор як творча особистість, а в трудовому договорі – працівник як носій обов'язків, властивих конкретній посаді, які може виконувати будь-яка фізична особа, що має необхідну освіту і кваліфікацію. Спільною стороною цих двох договорів є фізична особа, однак яка уніфікована трудовими (посадовими) обов'язками, а фізична особа цивільно-правового договору несе в собі риси творчої індивідуальності. У цьому випадку трудові обов'язки слід розглядати як правову фактичну основу створення об'єкта права інтелектуальної власності у зв'язку із виконанням трудового договору і не як підставу набуття майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності юридичною або фізичною особою.

Підставою виникнення майнових прав інтелектуальної власності у роботодавця – юридичної або фізичної особи-підприємця є тільки цивільно-трудова угода. Винятком є перехід прав юридичної особи до правонаступників при припиненні діяльності юридичної особи та перехід прав від фізичної особи-підприємця у разі його смерті до спадкоємців. У цьому випадку трудовий договір є тільки презумпцією для укладання цивільно-правового договору як підстава для переходу цивільних прав та обов'язків до іншої особи та укладається він з автором – фізичною особою, яка є стороною трудового договору. При передачі ж майнових прав інтелектуальної власності автор (творець) як первинний суб'єкт права інтелектуальної власності на відповідний об'єкт виражає свою згоду на поступку прав роботодавцеві – іншій стороні. Таким чином, можна зробити висновок про те, що ст. 429 ЦК України носить диспозитивний характер.

Диспозитивний характер вищевказаної статті надає можливість сторонам на власний розсуд розподіляти майнові права інтелектуальної власності між собою шляхом укладання цивільного окремого договору. Якщо ж сторони не визначили у цивільному договорі умови розподілу між собою майнових прав інтелектуальної власності, то у даному випадку вступатиме в дію вимога, що право власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належить працівникові та роботодавцеві спільно. Отже, якщо в договорі між роботодавцем та працівником не передбачено іншого розподілу майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності, то вони наділяються однаковими правами як на отримання охоронного документа, наприклад патенту, так і на його використання. Для винаходу, патент на який належить кільком особам, характерний порядок здійснення спільного майнового права інтелектуальної власності буде залежати від його особливостей. Наприклад, згідно із Законом України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» у разі відсутності між сторонами угоди кожен із суб'єктів спільного права інтелектуальної власності на власний розсуд може використати винахід. І тільки на акт розпорядження правами необхідна згода іншого володільця патенту.

Ще одним суб'єктом права інтелектуальної власності на винахід згідно зі ст. 470 ЦК України є попередній користувач. Визнання особи попереднім користувачем пов'язано зі здійсненням ним діяльності по добросовісному використанню в Україні об'єкта, який є тотожним заявленому винаходу, або його діяльність пов'язана із значним зусиллям по підготовці до такого використання. Право попереднього користувача виникає за наявності таких ознак. По-перше, незалежно від автора заявленого винаходу має бути створений тотожний об'єкт права інтелектуальної власності в результаті творчої самостійної роботи іншими особами. По-друге, винахід має бути застосований лише особою, яка реально претендує на визнання її попереднім користувачем або ж ця особа здійснює (або здійснювала) значну підготовку для його застосування. По-третє, використання винаходу має місце лише на території України. Використання ж його поза її межами слід розглядати як підставу для набуття користувачем особливих прав. По-четверте, ці дії мають бути вчинені до дати подання заявки на винахід або до дати його пріоритету. Право попереднього користувача має безоплатний характер. Попередній користувач не повинен виплачувати володільцю патенту компенсацію за використання запатентованого винаходу.

Прогалина у законодавстві України виявляється у тому, що воно не передбачає видачу попередньому користувачеві спеціального документа, який би підтверджував таке його право. А тому передача таких прав можлива лише тоді, коли вони передаються разом із підприємством або діловою практикою, що є невід'ємною його частиною. У разі виникнення спору попередній користувач має доводити правомірність використання запатентованого винаходу. А завданням володільця патенту на винахід є всього лише доказування того, що відбулося (або ж відбувається) недозволене ним використання об'єкта права інтелектуальної власності, але тотожного запатентованому винаходу.

Оскільки, як було зазначено, у законодавстві України виникла нез'ясованість у таких поняттях як «винахідник» та «автор винаходу», то: по-перше, конкретно визначитися із кожним із цих понять та внести ці термінологічні зміни як до Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі», так і ЦК України. По-друге, у зв'язку з тим, що у законодавстві України відсутні норми права на об'єкт, створений у зв'язку із виконанням трудового договору, то потрібно прийняти спеціальний закон з даного питання. У цьому законі повинні були б знайти відображення норми щодо регламентації права інтелектуальної власності на об'єкти цього права, враховуючи те, що автор створив його, перебуваючи у трудових відносинах та враховуючи і те, чи дійсно він створений у зв'язку з його трудовими обов'язками, чи ні. По-третє, відобразити питання винагороди автора об'єкта права інтелектуальної власності; повідомити роботодавця про факт створення такого об'єкта; порядок переходу майнових прав інтелектуальної власності на такий об'єкт; питання конфіденційності та вирішення спорів між сторонами. По-четверте, конкретно визначитися із поняттями «автор-роботодавець» та «автор-працівник». По-п'яте, визначитися із порядком укладання цивільно-правового договору, що є необхідним для вирішення подальшої долі творчого результату та розподілу прав на нього. По-шосте, визначитися з питанням обмеження майнових прав інтелектуальної власності, що є додатковою гарантією реалізації прав автора. По-сьоме, питання форм компенсації автору вартості його інтелектуальної, творчої діяльності. По-восьме, питання наділення працівника корпоративними правами. По-дев'яте, проблеми використання нематеріальних активів як внесок до статутного капіталу підприємства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *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. 64–67. – С. 235–236.
2. *Закон України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі»* від 22.05.2003 р. № 850-IV/850-15 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 35. – Ст. 1.
3. *Право інтелектуальної власності*. Підручник для студентів вищих навчальних закладів / За ред. О. А. Підопригори, О. Д. Святоцького. – К.: Видавничий Дім «Ін-Юре», 2002. – С. 187–189.
4. *Австрія. Електронний ресурс*: [hi-edu.ru/e-books/x/book078/01part-004htm].

The article contains problem in right of subject inventor in intellectual property in Ukraine and Austria.

В статье рассматриваются вопросы права субъекта интеллектуальной собственности на изобретение в Украине и Австрии.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВА НА ОСОБИСТІ ПАПЕРИ

Клімовський С. С.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України

В статті за допомогою методів дедуктивного аналізу та юридичного моделювання досліджено цивільно-правові способи захисту суб'єктивного цивільного права на особисті папери.

Ключові слова: цивільно-правовий захист, способи захисту права на особисті папери, порушення права на особисті папери.

Ряд прав фізичної особи, які закріплені українським законодавством, до цього часу не отримали свого повноцінного забезпечення з різних об'єктивних та суб'єктивних причин. Так, інститут права на особисті папери не набув свого розвитку, в першу чергу, через те, що він є досить новим в українській правовій системі, хоча, як пише З. В. Ромовська, схвально оцінювався цивілістами ще за радянських часів [4, с. 58].

Проблемні питання, пов'язані з особистими немайновими правами фізичної особи, зокрема й правом на особисті папери, знаходили своє висвітлення в наукових дослідженнях як в радянський період, так і за часів незалежності України. Так, питання особистих немайнових прав були предметом вивчення у працях таких науковців, як: В. І. Бобрик, З. В. Ромовська, Л. В. Красицька, Л. О. Корчевна, Л. В. Малюга, О. О. Пунда, Р. О. Стефанчук. У той же час право на особисті папери, а особливо захист цього права не знайшли свого широкого висвітлення, хоча чисельні неправомірні втручання в сферу особистого життя («касетні» скандали, публікації приватних паперів, фотографій і подробиць інтимного життя осіб без їх дозволу, незахищеність Інтернет-контенту тощо) свідчать, про недосконалість правових механізмів захисту прав фізичної особи та актуальність досліджень у цій царині.

Таким чином, існує проблема застосування на практиці норм ст. 303–305 ЦК України і визначення права на особисті папери як окремого особистого немайнового права та засобів його захисту тощо.

Зміст права на особисті папери виявляють такі універсальні правомочності, як: вільно створювати свої особисті папери, використовувати їх та розпоряджатись ними; встановлювати режим конфіденційності для власника особистих паперів, тобто можливість власника особистих паперів самостійно визначати коло осіб та ступінь ознайомлення з власними особистими паперами, а також порядок ознайомлення та доступу до них; вимагати від сторонніх осіб дотримання недоторканності власних особистих паперів; вимагати від усіх інших учасників правовідносин не порушувати дане право, в тому числі правомочність захисту, та факультативні: правомочності щодо особистих паперів, які мають ознаки об'єктів інтелектуальної власності та інформаційні правомочності [3, с. 51].

Разом із тим правомочність захисту права на особисті папери є не тільки складовою змісту цього права, а й являє собою складну юридичну конструкцію.

Засади захисту права на особисті папери закладені в Конституції України, яка гарантує захист конституційних прав і свобод людини і громадянина (ст. 8) та покладає на державу обов'язок щодо забезпечення захисту прав усіх суб'єктів права власності та господарювання. Як слушно зазначає Р. О. Стефанчук, аналізу цього питання присвячено багато наукових праць, тому основні конструкції та поняття щодо цивільно-правового захисту мають доволі ґрунтовну методологічну базу [6, с. 175–176].

Передумовами виникнення права на захист є його порушення, невизнання або оспорювання права. Як зазначає Ю. В. Білоусов, під поняттям «порушення» слід розуміти такий стан суб'єктивного права, при якому воно зазнало протиправного впливу з боку правопорушника, внаслідок якого суб'єктивне право зазнало зменшення або знищення; під поняттям «невизнання», в свою чергу, розуміються дії учасників цивільного правовідношення, яке несе юридичний обов'язок перед уповноваженою особою, що спрямовані на заперечення в цілому або в певній частині суб'єктивного права іншого учасника цивільних правовідносин, внаслідок якого уповноважена особа позбавлена можливості реалізувати своє право; під поняттям «оспорення» – такий стан цивільного правовідношення, при якому між учасниками існує спір з приводу наявності чи відсутності суб'єктивного права у сторін, а також приналежності такого права певній особі [10, с. 25–27].

Найбільш поширеною підставою захисту права на особисті папери є його порушення, при розгляді яких можна виокремити такі групи: 1) порушення права власності на особисті папери; 2) порушення режиму конфіденційності особистих паперів; 3) порушення порядку використання особистих паперів.

Під першою групою порушень слід розуміти будь-які порушення права на особисті папери у його речовому виразі, так, це може бути і незаконне володіння особистими паперами, і знищення чи пошкодження особистих паперів, і незаконне розпорядження тощо. До другої групи слід відносити порушення режиму доступу до особистих паперів, так, це і незаконне ознайомлення зі змістом особистих паперів, і розголошення відомостей особистого характеру, які в них містяться. До третьої групи слід відносити порушення порядку використання особистих паперів, наприклад, незаконне оприлюднення особистих паперів, зокрема, без отримання дозволу третіх осіб, інформації про особисте життя, що міститься у цих паперах тощо.

Види порушень права на особисті папери обумовлюються складною природою цього права і характером протиправних дій та зумовлюють вибір форми та способу захисту вказаного права.

Під формами захисту права в науці розуміють комплекс внутрішньоузгоджених організаційних заходів із захисту прав та охоронюваних законом інтересів [6, с. 181–182]. Виділяють дві основні форми захисту, а саме: юрисдикційну та неюрисдикційну [2, с. 337, 339].

Більшу практичну значущість для захисту відповідного права становить вибір конкретних способів захисту, під якими розуміють закріплені законом матеріально-правові заходи примусового характеру, внаслідок яких відбувається відновлення (визнання) порушених (оспорених) прав та вплив на правопорушника [6, с. 187].

Більш детально засади щодо захисту цивільних прав регламентуються Цивільним кодексом України (далі – ЦК України). Так, серед засад цивільного законодавства визначено судовий захист цивільного права та інтересу (п. 5 ч. 1 ст. 3 ЦК України). Главою 3 «Захист цивільних прав та інтересів» книги першої ЦК України визначено головні положення щодо захисту цивільних прав та інтересів. Зокрема, ч. 2 ст. 16 визначено способи захисту. Перелік способів захисту цивільних прав та інтересів не є вичерпним та може бути доповнений способами, визначеними договором або законом.

На сьогодні в літературі існує багато класифікацій способів захисту прав, зокрема, є загальні та спеціальні; матеріальні та процесуальні; заходи захисту та заходи відповідальності тощо.

В нашому дослідженні зупинимось на класифікації, запропонованій Р. О. Стефанчуком, який у своєму монографічному дослідженні згрупував способи захисту цивільних прав на три групи, а саме: а) превентивно-пресікальні способи захисту, тобто ті з них, які спрямовані на попередження та припинення порушення, оспорення, невизнання особистого немайнового права чи реальної загрози вказаних дій (визнання права; припинення дії, яка порушує право; зміна правовідношення; припинення правовідношення; визнання незаконними рішень, дій чи бездіяльності органу державної влади або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб тощо); б) відновлювальні способи захисту, тобто ті з них, які спрямовані на відновлення порушеного права (відновлення становища, яке існувало до порушення, та пов'язані із ним способи; спростування; відповідь; визнання правочину недійсним тощо); в) компенсаційні способи захисту, тобто ті з них, які спрямовані на додаткове компенсування збитків, що пов'язані із порушенням особистого немайнового права (відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди, відшкодування моральної (немайнової) шкоди тощо) [6, с. 194].

Взявши за основу аналізу класифікацію способів захисту, запроповану Р. О. Стефанчуком, розглянемо деякі з них, що застосовуються щодо захисту права на особисті папери як особистого немайнового права фізичної особи.

Визнання права на особисті папери є способом захисту, за яким в особи визнається наявність права на особисті папери на певні об'єкти, яке було порушено або наявність якого піддавалась сумніву зі сторони інших осіб, тобто оспорювалась. Слід звернути увагу, що підставою застосування цього способу захисту є не тільки його оспорення, невизнання чи загроза вчинення вказаних дій, а й порушення права. Разом із тим визнання права при його порушенні може мати місце тоді, коли зв'язок дійсного власника з особистими паперами є наявним, наприклад, особою-порушником права було спотворено зміст особистих паперів з метою приховання реального власника. Ця особливість права на особисті папери пояснюється тісним зв'язком особистих паперів з особою-власником особистих паперів та необхідністю доведення такого зв'язку при оспорюванні права.

У літературі зазначається необхідність доповнення способу визнання права додатковими заходами захисту, такими як: визнання обов'язків другої сторони; визнання відповідача таким, що втратив право; визнання відсутності права; визнання припинення обов'язків; визнання наявності правовідносин; визнання відсутності правовідносин тощо [6, с. 195]. Цей спосіб захисту може застосовуватись як самостійно, так і в сукупності з іншими способами захисту.

Припинення дії, яка порушує право на особисті папери, полягає у забороні (припиненні) протиправних дій (бездіяльності) та їх призупинення. Підставою застосування цього способу захисту є наявність дії (бездіяльності), яка порушує право на особисті папери. Як слушно зазначає Р. О. Стефанчук, застосування вказаного способу можливе лише у випадку, коли існує реальне порушення особистого немайнового права, яке носить триваючий або системний (повторюючий) характер, і неможливе, коли правопорушення вже припинено. Застосування вказаного способу можливе й у випадку, коли порушення особистого немайнового права ще немає, однак існує реальна загроза того порушення.

З урахуванням того, що особисті папери містять інформацію особистого характеру, слід звернути увагу на такий спосіб захисту, як заборона поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права фізичної особи. Цей спосіб може застосовуватись у декількох аспектах, пов'язаних із особистими паперами, зокрема, у випадку використання інформації, що міститься в особистих паперах; особа-власник особистих паперів (чи правонаступник цієї особи) або особа, інформація щодо якої міститься в особистих паперах та яка не надавала дозвіл на її оприлюднення, можуть звернутися з вимогою заборони поширення такої інформації. При цьому об'єктом захисту є не так право на особисті папери як таке, а інформація, яка в них міститься.

Визнання правочину недійсним є таким способом захисту права на особисті папери, котрий застосовується у випадках, коли порушення права на особисті папери є наслідком неправомірного правочину. Різноманітність об'єкта права на особисті папери обумовлює і різноманітність можливих правочинів щодо них. Це і заповіт, і

договір про передачу до бібліотеки чи архівних фондів, і низка договорів про передачу прав інтелектуальної власності тощо. Разом із тим правочини щодо розпорядження особистими паперами (окрім тих, які мають особливості укладення, визначені законом) мають, на нашу думку, укладатися у письмовій формі, оскільки саме таким чином можна повною мірою зафіксувати волевиявлення сторін та закріпити дозвіл на оприлюднення інформації про особисте життя. При цьому, якщо в особистих паперах, щодо яких укладається договір, міститься інформація про особисте життя третіх осіб, то необхідно отримати письмовий дозвіл у цієї особи на оприлюднення інформації, яка її стосується. При цьому, на нашу думку, необхідно не тільки зафіксувати сам факт надання такого дозволу, а й точно зазначити обсяг такої інформації та спосіб її поширення.

Якщо фізична особа передає належні їй особисті папери до публічних фондів зберігання, якими є бібліотеки і архіви, вона втрачає право на дані особисті папери, і тому кожний матиме законодавчо закріплену можливість безперешкодно ознайомитися з такими паперами і використовувати їх (ст. 305 ЦК України). При цьому необхідно зауважити, що це правило має застосовуватися лише щодо публічних бібліотек і архівів, доступних широкому загалу. Фізична особа може обмежити доступ до переданих нею у фонди бібліотек і архівів особистих паперів, уклавши з установою, що отримує папери, договір, де викласти всі умови такого передання і подальшого використання наданих особистих паперів. Проте було б несправедливо дозволити ті ж дії щодо особистих паперів, які стосуються особистого життя іншої особи, тобто не тієї, що передає папери. Це питання, за ст. 305 ЦК України, необхідно вирішити на користь фізичної особи, особистого життя якої стосуються особисті папери, а тому передання таких паперів у фонди бібліотек і архівів може мати місце лише за наявності відповідного дозволу таких фізичних осіб, адже закон гарантує їм конфіденційність інформації про їх особисте життя [1, с. 121].

Спростування недостовірної інформації та/або право на відповідь може застосовуватися при оприлюдненні особистих паперів з викривленими відомостями про особисте життя фізичної особи-власника особистих паперів чи третіх осіб. При цьому об'єктом захисту виступає не так право на особисті папери, як право на особисте життя та його таємницю. Як слушно зазначає Р. О. Стефанчук, за своєю природою – це є фактично поєднанням двох спеціальних способів захисту особистих немайнових прав, а саме, права на спростування неправдивої інформації та права на відповідь [6, с. 206].

Не менш важливими є компенсаційні способи захисту права на особисті папери, серед яких можна визначити як відшкодування матеріальної (збитків), так і нематеріальної (моральної) шкоди. Звісно, не слід ігнорувати ту обставину, що ці способи захисту можуть бути застосовані лише у випадках, коли у зв'язку з порушенням права на особисті папери було завдано таку шкоду.

Враховуючи наведене, слід зробити висновок, що особливості захисту права на особисті папери детермінуються як специфікою об'єкта, щодо якого здійснено порушення, так і способом порушення права. Разом із тим є можливим застосування цілої низки способів захисту залежно від особливостей порушення права, зокрема, і превентивно-пресікальних, і відновлювальних, і компенсаторних способів захисту.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Бобрик В. І. Цивільно-правова охорона особистого життя фізичних осіб. Дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03 / Національна академія внутрішніх справ України. – К., 2004. – 211 с.
2. *Гражданское право*: учебник: в 3 т.: Т. 1 / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев, А. А. Иванов и др. / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. — М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2005. — 776 с.
3. Клімовський С. С. Зміст права на особисті папери за цивільним правом України // Політико-правові реформи та становлення громадянського суспільства в Україні: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Херсон, 20–21 вересня 2013 р. – Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2013. – 160 с.
4. Конституція України: прийнята 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
5. Ромовська З. В. Особисті немайнові права фізичних осіб // Українське право. – 1997. – № 1. – С. 47–60.
6. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія. – К.: КНТ, 2008. – 626 с.
7. *Цивільне право*: підручник: у 2 т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х.: Право, 2012. – Т.1. – 656 с.
8. *Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар* (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 4. – Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки / За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х.: ФО-П Колісник А. А., 2010. – 768 с.
9. *Цивільний кодекс України: прийнятий 16.01.2003 р.* // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
10. *Цивільний кодекс України: коментар* / С. О. Харитонов, Ю. С. Червоний, Ю. В. Білоусов та ін. / За заг. ред. С. О. Харитонова, О. М. Калітенко. – Одеса. «Юридична література», 2004. – 896 с.

In the article with the aid of the methods of deductive analysis and modeling legal investigated grazhdansko legal ways to protect subjective civil right to personal papers.

В статтє с помошью методов дедуктивного анализа и юридического моделирования исследованы гражданско-правовые способы защиты субъективного гражданского права на личные бумаги.

ПРИЙНЯТТЯ ТА ВІДМОВА ВІД СПАДЩИНИ ЯК ЗДІЙСНЕННЯ СУБ'ЄКТИВНОГО ПРАВА СПАДКУВАННЯ

Козловська Л. В.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

У статті розглядаються прийняття та відмова від спадщини як право чини, спрямовані на здійснення суб'єктивного права спадкування. Розкриваються теоретичні та практичні аспекти диспозитивності цивільно-правового регулювання прийняття та відмови від спадщини.

Ключові слова: спадкування, спадщина, прийняття спадщини, відмова від спадщини.

Прийняття спадщини є незмінно актуальною проблемою правозастосування у судовій та нотаріальній практиці України. Теоретичні питання цього інституту у вітчизняній юридичній літературі розглядаються майже всіма вченими, які займаються дослідженнями в галузі спадкування, зокрема, Ю. О. Заїкою, І. В. Жилінковою, Є. О. Мічуріним, З. В. Ромовською, Є. О. Рябоконею, І. В. Спасибо-Фатєєвою, С. Я. Фурсою та іншими науковцями. На сьогодні непоодинокими є пропозиції окремих суддів, апеляційних судів, вчених-теоретиків щодо внесення змін до норм книги шостої Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), які регулюють прийняття спадщини. Це обґрунтовується необхідністю передбачити механізм для попередження численних звернень до суду з позовами про визначення додаткового строку для прийняття спадщини. **Метою статті** є дослідження характеристики основних засад правового регулювання здійснення суб'єктивного права спадкування шляхом вчинення правочинів прийняття та відмови від спадщини.

Поняття «спадкові права» позначає сукупність суб'єктивних прав, які реалізуються у майнових відносинах у зв'язку із смертю фізичної особи. Серед всієї сукупності спадкових прав первинним є право спадкування як особливе суб'єктивне цивільне право. З виникненням та здійсненням цього права пов'язується можливість виникнення та здійснення інших спадкових прав та перехід прав і обов'язків, які складають спадщину, до спадкоємця як універсального правонаступника спадкодавця. Всупереч назві ст. 1223 ЦК України «Поняття права на спадкування», сутність суб'єктивного права спадкування її змістом не розкривається, а лише встановлюється загальний порядок визначення осіб, які мають право на спадкування.

Особливість суб'єктивного права спадкування полягає в тому, що воно виникає незалежно від волі його суб'єкта-спадкоємця, але може бути здійснене лише вчиненням правочину прийняття або відмови від спадщини. Вчиненням правочину прийняття спадщини відбувається спадкування як перехід прав і обов'язків, які складають спадщину, від спадкодавця до спадкоємців. Ми вважаємо, що суб'єктивне право спадкування може розглядатися як повноваження на прийняття чи відмову від спадщини. Нормативне підтвердження щодо цього ми знаходимо у ст. 1274 ЦК України, зміст якої вказує, що зазначене суб'єктивне право розуміється законодавцем виключно як право прийняти спадщину чи відмовитись від прийняття спадщини. Відповідно до ст. 1274 ЦК України в межах таких повноважень спадкоємець може також розпорядитись своїм правом. Це означає, що спадкоємець не володіє повним обсягом автономного волевиявлення щодо розпорядження суб'єктивним правом спадкування, яке таким чином походить від волевиявлення спадкодавця, але в силу належності йому суб'єктивного права спадкування, волевиявлення спадкоємця визначає механізм реалізації права прирощення спадкових часток при спадкуванні за заповітом (ч. 1 ст. 1274 ЦК України) або черговість закликання до спадкування спадкоємців за законом (ч. 2 ст. 1274 ЦК України). Ознака обмеженої відчужуваності додатково підтверджує самостійний характер суб'єктивного права спадкування як права на прийняття чи відмову від спадщини.

Потребує вирішення питання, яке саме суб'єктивне право здійснюється шляхом прийняття спадщини. Визначення права на спадкування як абсолютного майнового права є вірним [4, с.192–197], але разом з тим не являється достатнім для розуміння його правової природи та визначення особливостей його здійснення та захисту. На нашу думку, йдеться про право на спадщину як особливий об'єкт суб'єктивних цивільних прав. Законодавчим поняттям спадщини охоплюються суб'єктивні цивільні права та обов'язки різної правової природи: речові права, в тому числі право власності, зобов'язальні права, корпоративні права. Кожне з них може мати законодавчо встановлений особливий порядок набуття, і тільки шляхом дотримання такого порядку відбувається набуття відповідного суб'єктивного права. Якщо в законодавстві не встановлено особливого правового режиму набуття майнових прав, одночасно відбувається набуття права на спадщину та визначених прав. Наприклад, права власності на майно, право вимоги до третьої особи тощо. Отже, право на спадщину як майнове право виникає з часу прийняття спадщини – вчинення спадкоємцем правочину прийняття спадщини, а також за сукупністю умов, встановлених законодавцем для спадкування у порядку спадкової трансмісії (ст. 1276 ЦК України).

Зміст суб'єктивного права, яке виникає у спадкоємця, впливає на порядок набуття спадщини. Найбільш явним чином це прослідковується в законодавствах, де послідовно дотримано концептуальної визначеності

спадкування як універсального правонаступництва. Так, універсальне правонаступництво в цивільному праві Франції, яке розповсюджується лише на спадкоємців за законом (обов'язкових спадкоємців), володіє формальними процедурними ознаками – спадкоємці, на користь яких спадкодавець встановив в заповіті універсальний легат, можуть отримати спадщину лише засобом пред'явлення відповідної вимоги спадкоємцям. Якщо обов'язкові спадкоємці відсутні, універсальний легатарій може вступити у володіння спадщиною самостійно. На відміну від універсальних легатаріїв, які за відсутності обов'язкових спадкоємців можуть вступити у володіння спадщиною самостійно, дольовий легатарій завжди повинен вимагати видачі заповіданого майна у спадкоємців, за якими закон закріплює обов'язкову частку, за відсутності таких – в універсальних легатаріїв, за їх відсутності – в інших спадкоємців, які закликаються до спадкування в порядку, передбаченому титулом ЦК Франції «Про спадкування» [2, с. 696].

Характеристики прийняття спадщини в законодавствах, які передбачають універсальність спадкового правонаступництва, майже тотожні [5, с. 205]. Із прийняттям ЦК Російської Федерації, ст. 1110 якого визначено універсальний характер спадкування, російські дослідники спадкового права констатували «нове розуміння» принципу універсальності спадкового правонаступництва [8, с. 37–38]. В Україні подібне розуміння принципу універсальності спадкового правонаступництва, яке не назване прямо в ЦК України, реалізується в законодавчих новелах щодо інституту прийняття спадщини. Основним чином це стосується диференціації прийняття спадщини за різними підставами та відкличності прийняття та відмови від спадщини.

В цивільному праві України, як і в цивільному праві інших країн континентальної системи права, в яких спадкування розглядається в якості універсального правонаступництва, правочин прийняття та відмови від спадщини характеризується як такий, що не може здійснюватись з умовою чи із застереженням. Частиною 2 ст. 1268 ЦК України встановлено: «Не допускається прийняття спадщини з умовою чи із застереженням». Ця норма тривалий час тлумачилась як така, що забороняє прийняття спадщини за законом і відмову від прийняття спадщини за заповітом.

Безвідкличність або безповоротність прийняття та відмови від спадщини як ознака універсального характеру спадкування в ЦК України була спростована змістом ч. 5 ст. 1269 та ч. 6 ст. 1273 ЦК України. Також за змістом ч. 5 ст. 1275 ЦК України відмова спадкоємця за заповітом від прийняття спадщини не позбавляє його права на спадкування за законом, тобто спадкоємець має право подати заяву до нотаріальної контори про відмову від спадщини за заповітом і прийняти спадщину за законом.

Аналіз змісту вказаних норм вказує на те, що безумовність та беззастережність прийняття та відмови від спадщини вже не розуміється як безвідкличність (безповоротність) прийняття та відмови від спадщини. Принцип римського спадкового права і так званої римської системи прийняття спадщини «Одного разу спадкоємець – спадкоємець назавжди» не дотримується настільки послідовно, як це мало місце ще в цивільному законодавстві радянської доби.

Історично склалися дві системи прийняття спадщини, які отримали назву германської та римської системи [3, с. 38–39]. В основі германської системи знаходяться положення про набуття спадщини автоматично, в силу закону. Щодо римської системи превалує ідея добровільного прийняття спадщини засобом вчинення юридично значущих дій. В римському приватному праві це пов'язувалось із необмеженим характером відповідальності спадкоємців за зобов'язаннями спадкодавця. Положення щодо переходу в порядку спадкування обов'язків спадкодавця в повному обсязі збережені в багатьох сучасних європейських законодавствах, в тому числі у Франції, Німеччині.

Разом з тим саме в цих законодавствах закріплено систему набуття спадкоємцем спадщини в силу закону. Вона знаходиться в основі інституту прийняття спадщини та відмови від спадщини, врегульованого Німецьким цивільним уложенням (НЦУ). Відповідно до § 1942 НЦУ спадщина переходить до закликаного спадкоємця із збереженням за ним права відмовитися від спадщини (перехід спадщини). Іншими нормами НЦУ конкретизовано правила набуття спадщини за системою відмови. Спадкоємець не може відмовитись від спадщини, якщо він її прийняв або збіг термін, встановлений для відмови; із збігом строку спадщина вважається прийнятою. При цьому встановлюється строк для відмови від спадщини, яку може бути здійснено протягом шести тижнів з часу коли спадкоємець взнав про перехід спадщини та про підстави закликання його до спадкування [1, с. 489].

В ЦК України відбулося поєднання двох вказаних систем із переважаючими елементами системи прийняття спадщини. Рецепцію римської системи прийняття спадщини в законодавствах, які не передбачають необмеженої відповідальності спадкоємця за зобов'язаннями спадкодавця, можна пояснити саме історичною традицією. Адже функціональна доцільність системи прийняття спадщини порівняно із системою відмови від спадщини значно нижча. Це підтверджується судовою статистикою, за даними якої не важко встановити, що справи за позовами спадкоємців про визначення додаткового строку для прийняття спадщини є однією із найбільш поширених категорій в структурі спадкових справ.

Суб'єктивне право спадкування має характер права, обмеженого в часі. Строк на прийняття спадщини є за своєю правовою природою строком здійснення права. Пропущення такого строку означає, що суб'єктивне спадкове право не було здійснене у встановлені строки. В цьому випадку захист суб'єктивного права на прийняття спадщини здійснюється в судовому порядку шляхом визначення додаткового строку для прийняття спадщини.

Особливістю спорів про визначення додаткового строку для прийняття спадщини є те, що задоволення позовних вимог про визначення додаткового строку для прийняття спадщини не може вважатись вирішенням спору про право із присудженням спадкового майна. Мотивувальна частина відповідного судового рішення, яка не має обов'язкового значення, містить вказівку на правовий статус особи, яка звертається з вимогою. Якщо виходити із природи суб'єктивного права спадкування, зміст якого полягає у повноваженні прийняти спадщину або відмовитись від спадщини, то на час ухвалення судового рішення таке право не може вважатись здійсненим, то ж присудження частки в спадковому майні буде передчасним. Тобто неможливе заявлення вимог про визначення додаткового строку для прийняття спадщини та одночасне заявлення вимог про виділення частки в спадщині, поділ спадкового майна тощо.

На відміну від практики застосування норм ЦК УРСР, де рішення суду про продовження строку на прийняття спадщини відповідно до заявлених позовних вимог мало містити також присудження спадкового майна, ч. 3 ст. 1272 ЦК України визначено, що за позовом спадкоємця, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини, суд може визначити йому додатковий строк, достатній для подання заяви про прийняття спадщини.

Тому помилковим є визначення судом додаткового строку для подання заяви про прийняття спадщини та одночасне визнання тим же рішенням суду права спадкоємця на спадкове майно, що не відповідає ч. 3 ст. 1272 ЦК України.

Прийняття спадщини реалізується як у правовідносинах за участю нотаріуса, так і в правовідносинах, учасниками яких є спадкоємці. Це породжує питання про правову природу суб'єктивного права на прийняття спадщини та зобов'язаних осіб у правовідносинах із прийняття спадщини, яке потребує окремого дослідження. Враховуючи нотаріальний порядок оформлення спадкових прав, захист суб'єктивного права на прийняття спадщини здійснюється в судовому порядку шляхом визначення додаткового строку для прийняття спадщини або шляхом оскарження дій нотаріуса у відмові в прийнятті заяви про прийняття спадщини, або ж видачі свідоцтва про право на спадщину з тих підстав, що спадкоємець, на думку нотаріуса, є таким, що не прийняв спадщину і у зв'язку із цим не має права на спадщину і отримання свідоцтва про право на спадщину.

«Форма прийняття спадщини може бути явною або такою, що мається на увазі» [5, с. 215]. Прийняття спадщини особами, які проживали разом із спадкодавцем, – це правочин, який вчиняється шляхом утримання від дій. Так, відповідно до ч. 3, ч. 4 ст. 1268 ЦК України спадкоємець, який постійно проживав разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини, вважається таким, що прийняв спадщину, якщо протягом строку, встановленого статтею 1270 цього Кодексу, він не заявив про відмову від спадщини. Малолітня, неповнолітня, недієздатна особа, а також особа, дієздатність якої обмежена, вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків, встановлених частинами другою – четвертою статті 1273 цього Кодексу, тобто, крім випадків відмови від спадщини у встановленому законодавством порядку. Вказані норми ЦК України встановлюють додаткові гарантії охорони спадкових прав малолітніх, неповнолітніх, недієздатних осіб, а також осіб із обмеженою дієздатністю. Зазначені особи вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків їхньої відмови від спадщини, а щодо малолітніх та недієздатних осіб – відмови, здійсненої від їхнього імені батьками (усиновлювачами), опікуном з дозволу органу опіки та піклування.

Щодо визначення додаткового строку для прийняття спадщини неврахування змісту вказаних норм має наслідком ухвалення судами рішень, які надалі скасовуються судами вищих інстанцій. Наприклад, у випадках набуття спадщини недієздатною особою за відсутності в матеріалах справи постанови нотаріуса про відмову у видачі свідоцтва про право на спадщину немає підстав для визначення додаткового строку для прийняття спадщини.

Спадкоємець, який бажає прийняти спадщину, але на час відкриття спадщини не проживав постійно із спадкодавцем, має подати нотаріусу заяву про прийняття спадщини (ч. 1 ст. 1269 ЦК України). Заява про прийняття спадщини подається до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини особисто або ж може бути надіслана поштою (п. 3.5. Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції від 22.02.2012 року №296/5).

Прийняття спадщини – це формальний правочин за своїм змістом. На відміну від інших односторонніх правочинів, він не може мати самостійної юридичної сили, а входить до юридичного складу спадкування. Причому є завершальним у накопиченні юридичного складу спадкування. «Прийняття спадщини – акт виключного значення, оскільки саме у момент прийняття спадщини настає спадкове правонаступництво з зворотньою силою до часу відкриття спадщини» [10, С. 414]. Внаслідок вчинення правочину прийняття спадщини у особи виникає право на спадщину як самостійне майнове право, об'єктом якого є саме спадщина (ч. 5 ст. 1268 ЦК України) [6, с. 143 – 151].

Якщо особа закликає до спадкування вчинить односторонній правочин відмови від спадщини, такий юридичний склад спадкового правонаступництва буде кваліфікуватись як незавершений. Але відмова від спадщини може виступати в якості юридичного факту, що входить до юридичного складу спадкування інших спадкоємців, суб'єктивне спадкове право яких залежить від відпадання інших спадкоємців. У цьому випадку завершуючим юридичним фактом юридичного складу спадкування буде прийняття спадщини іншими спадкоємцями.

Незалежно від характеристики правочину відмови від спадщини в юридичному складі підстав спадкування, його вчинення також є здійсненням суб'єктивного права спадкування. З цих міркувань видається аргументованою думка, що визначення додаткового строку за вимогою спадкоємця можливе як для прийняття спадщини, так і

відмови від прийняття спадщини, у тому числі й направленої відмови на користь визначеного спадкоємця [7]. Вихідним положенням є те, що спадкоємець не зміг здійснити своє суб'єктивне право спадкування у визначені законодавством строки з поважної причини. Значення юридичного факту, який входить до юридичного складу спадкування іншої особи, буде мати направлена відмова від спадщини. Саме в цьому вбачається реальний зміст обмеження суб'єктивного права спадкування у зв'язку із недопущенням визначення додаткового строку для відмови від спадщини. Проте зміст ч. 3 ст. 1273 ЦК України вказує лише на повноваження суду визначити додатковий строк для подання заяви про прийняття спадщини.

Отже, суб'єктивне право спадкування, як особливе цивільне право майнового характеру, є повноваженням спадкоємця прийняти або відмовитись від прийняття спадщини. Здійснення суб'єктивного права спадкування у вітчизняному цивільному праві характеризується диспозитивністю щодо прийняття спадщини або відмови від прийняття спадщини, направленої відмови від прийняття спадщини, а також підстав закликання до спадкування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. *Гражданское уложение Германии = Deutsches Burgererliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz*: ввод. закон к Гражд. Уложению; пер. с нем. / [В. Бергман, введ., сост.]; науч. редакторы – А. Л. Маковский [и др.]. – 2-е изд., доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 816 с.
2. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)* / Пер. с франц. В. Захватаев / Предисловие: А. Довгерт, В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. – К.: Истина, 2006. – 1008 с.
3. *Бугаевский А. А.* Советское наследственное право. Одесса, 1926. – 122 с.
4. *Гражданское право : актуальные проблемы теории и практики* / Под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Издательство Юрайт, 2009. – 993 с.
5. *Гонгало Ю.Б.* Юридические факты в наследственном праве России и Франции: сравнительно-правовое исследование. – М.: Статут, 2010 – 310 с.
6. *Козловська Л. В.* Співвідношення понять спадкування та набуття права власності в порядку спадкування // *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. – 2013. – № 1 (10). – С. 143–151.
7. *Лиманский Г.С.* Наследственное правоотношение: теоретико-методологические и практические проблемы: дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.03 / Г. С. Лиманский – Москва, 2006 – 428 с. [Електронний ресурс] – Режим доступу до код.: <http://www.dissercat.com/>.
8. *Наследственное право* / Булаевский Б.А. и др.; отв. ред. К.Б. Ярошенко. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – (Ин-т законодательства и сравн. правоведения при Правительстве Рос. Федерации). – 448 с.
9. *Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар* (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) – Т. 12 : Спадкове право / За ред. проф. І. В. Спасько-Фатєєвої – Х. : ФО-П Колісник А. А., 2009. – 544 с. – (Серія «Коментарі та аналітика»).
10. *Черепашин Б. Б.* Правопреемство по советскому гражданскому праву // *Труды по гражданскому праву*. – М.: Статут, 2001. – 479 с.

The article deals with acceptance and rejection from heritage as legal actions directed at execution of subjective right to inheriting. Theoretical and practical aspects of dispositiveness of civil and criminal regulation of acceptance and rejection from heritage are highlighted

В статье рассматриваются принятие наследства и отказ от наследства как сделки, направленные на осуществление субъективного права наследования. Раскрываются теоретические и практические аспекты диспозитивности гражданско-правового регулирования принятия и отказа от наследства.

ПОНЯТТЯ ТА ПРОВОА ПРИРОДА ІНОЗЕМНОГО ЕЛЕМЕНТА В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Косовський Л. М.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню правової природи та змісту поняття «іноземний елемент» в цивільному судочинстві України. Розроблено та запропоновано висновки щодо вдосконалення понятійного апарату цивільного процесуального законодавства.

Ключові слова: іноземний елемент, кваліфікуюча ознака, приватноправові відносини, цивільний процес.

Кожній людині відповідно до вимог міжнародно-правових актів, зокрема статті 8 Загальної декларації прав людини 1948 р. (далі – Декларація), гарантовано право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами у разі порушення її основних прав, наданих законодавством. Нормами Конституції та

інших законів України згадані гарантії підтверджені й в Україні. Так, нормою ст. 3 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) передбачено, що кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Примітним є те, що ЦПК України визначає узагальнююче поняття – особа, на відміну від Декларації, яка стосується тільки усіх членів людської сім'ї.

Разом з тим аналіз судової практики переконує, що поширеним суб'єктом цивільного процесу виступають не тільки люди (громадяни), а й юридичні особи та інші утворення, гарантування рівності прав та свобод яких також визначено положеннями Конституції України та іншими національними нормативними актами. Так, ч. 4 ст. 13 Конституції України встановлено обов'язок держави забезпечувати захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки. Усі суб'єкти права власності рівні перед законом.

У продовження цього положення Конституційним Судом України у п. 3 мотивувальної частини рішення від 9 липня 2002 р. № 15-рп/2002 у справі про досудове врегулювання спорів зазначено, що ч. 4 ст. 13 Основного Закону України встановлено обов'язок держави забезпечити захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, в тому числі у судовому порядку. До таких суб'єктів належать, зокрема, юридичні особи та інші суб'єкти господарських відносин [9].

Отже, право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами у разі їх порушення, законодавством надано не тільки громадянам, а й іншим суб'єктам цивільних процесуальних відносин, зокрема юридичним особам.

З приводу підсудності справ з іноземним елементом слід зауважити, що ст. 414 ЦПК України встановлено правило, за яким підсудність судам України цивільних справ з іноземним елементом визначається ЦПК України, законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України [13].

Водночас згаданий закон не містить визначення поняття «іноземний елемент» та не передбачає механізм його застосування для цілей цивільного процесу. Тому процес цивільного судочинства з урахуванням нормативної неврегульованості даного поняття є ускладненим, що і обумовлює проведення дослідження.

Над дослідженням проблемних питань правової природи іноземного елемента в цивільному судочинстві активно працювали такі відомі вітчизняні та іноземні науковці як: Д. Аверін, В. Бігун, М. Богуславський, Є. Гусєв, О. Дріжчана, В. Комаров, О. Копиленко, О. Красавчиков, Л. Лунць, М. Малєїн, П. Радченко, В. Тертишніков, С. Фурса, Т. Хейфець, М. Штефан, Б. Юрков, Н. Чечина та ін. Але й досі згадана тема не повністю досліджена та розкрита.

Таким чином, метою статті є визначення правової природи та змісту поняття «іноземний елемент» в цивільному судочинстві України.

У зв'язку з активними кроками України на шляху до євроінтеграції зміст правовідносин у суспільстві, зокрема й процесуальних, докорінним чином змінився й характеризується збільшенням фактів участі в них іноземних громадян та юридичних осіб, наявності об'єктів правовідносин, що перебувають за межами митної території України тощо. Такі явища отримали в правовій доктрині, в нормах міжнародного приватного та національного права назву «іноземний елемент».

Водночас правова категорія «іноземний елемент» є досить складним поняттям міжнародного приватного права. Відносини з іноземним елементом окремі представники доктрини міжнародного приватного права поділяють на кілька груп: відносини, суб'єктом яких виступає особа, яка за своїм характером є іноземцем; відносини, в яких хоча всі учасники належать до однієї держави, але об'єкт (майно), у зв'язку з яким виникають ці відносини, перебуває за кордоном; відносини, виникнення, зміна або припинення яких пов'язані з юридичним фактом, що має місце за кордоном [1, с. 15].

Інші науковці зазначають, що поняття «іноземний елемент» має триєдину природу: «1) суб'єкт, який має іноземну належність (громадянство, місце проживання – щодо фізичних осіб; «національність» – щодо юридичних осіб); 2) об'єкт, який перебуває на території іноземної держави; 3) юридичний факт, що мав чи має місце за кордоном» [12, с. 8]. Така правова позиція характерна як для національного українського приватного права, так і для міжнародного права в цілому.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» іноземний елемент – це ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох з таких форм:

- хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою;
- об'єкт правовідносин перебуває на території іноземної держави;
- юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави [7].

Таким чином, згаданий закон визначає «іноземний елемент» лише як ознаку приватноправових правовідносин, яка може виявлятися в певних формах.

Відповідно до Нового тлумачного словника української мови під «ознакою» розуміється «риса, властивість, особливість кого-, чого-небудь» [5, с. 445]. Тому саме через властивості, особливості певних форм

має проявлятися дане явище у приватноправових відносинах, якими згідно з п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» є відносини, що ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи.

Водночас визначення приватноправових відносин, наведені у даній нормі закону, не є досконалими, оскільки з урахуванням приписів загальної теорії права не розкривають повністю змісту даного поняття.

Так, на думку О. Ф. Скакун, правовідносини – це врегульовані нормами права волевільні суспільні відносини, що виражаються в конкретному зв'язку між правомочними і зобов'язаними суб'єктами – носіями суб'єктивних юридичних прав, обов'язків, повноважень і відповідальності – і забезпечуються державою [11, с. 345].

Інші вітчизняні науковці вважають, що правовідносинами є суспільні відносини, які є юридичним виразом 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].

А. Ю. Олійник вважає, що правовідносини – це специфічні суспільні відносини, які виникають на підставі норм права, учасники яких є носіями суб'єктивних прав та юридичних обов'язків [6, с. 163].

Таким чином, правовідносинами варто вважати врегульовані нормами права суспільні відносини, учасники яких мають взаємні права та обов'язки, що гарантуються державою. Саме згадане визначення має бути покладено в основу поняття «приватноправові відносини». З урахуванням цього, доцільним бачиться внесення змін до п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», виклавши його в такій редакції: «1) приватноправові відносини – врегульовані нормами права суспільні відносини, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи, які мають взаємні права та обов'язки, що гарантуються державою, і які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності».

Виходячи зі змісту поняття «приватноправові відносини», не є вдалим й визначення поняття «іноземний елемент», наведений у ст.1 згаданого Закону, оскільки перелічені риси: учасники правовідносин, об'єкт правовідносин, юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, за ознакою знаходження поза територією України не є формою даних правовідносин.

Формою же правовідношення, зокрема цивільного, на думку А. П. Сергеева та Ю. К. Толстого, є суб'єктивні права й обов'язки, що належать учасникам цивільних правовідносин. При цьому під суб'єктивним правом, зазвичай, розуміється юридично забезпечена міра можливої поведінки уповноваженої особи, а під суб'єктивним обов'язком – юридично обумовлена міра необхідної поведінки зобов'язаної особи в цивільних правовідносинах [3, с. 57].

Але згідно з доктринальними підходами теорії права суб'єктивні права та обов'язки є юридичним змістом правовідношення, тобто лише його складовою частиною, поряд з суб'єктом та об'єктом [4, с. 336; 11, с. 348]. Наведений же у п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» перелік нібито форм виявлення ознаки іноземного елемента фактично є структурою правовідношення, що саме й включає згадані складові даного явища.

Російський законодавець дещо по-іншому підійшов до розв'язання питань регулювання відносин з участю «іноземного елемента» [2].

Із визначеної норми випливає, що характерним проявом іноземного елемента передбачено або виступ у якості суб'єкта певного правовідношення іноземної особи, або наявність певного об'єкта приватноправових відносин за кордоном. Тобто даний перелік є неконкретизованим і, через можливі різноманітності прояву іноземного елемента, не носить замкнутого, вичерпного характеру.

Про недосконалість нормативно визначеного поняття «іноземний елемент», що наведене у Законі України «Про міжнародне приватне право», свідчить цивільне процесуальне законодавство й правозастосовча практика.

Так, виходячи зі змісту ЦПК України, Закону України «Про міжнародне приватне право», листа Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» від 16.05.2013 р. № 24-754/0/4-13 [8], а також аналізу судової практики, поняття «іноземний елемент» для цілей цивільного провадження вживається в кількох змістах і позначає:

- а) участь у цивільному процесі іноземних громадян, осіб без громадянства, іноземних організацій, що беруть участь у справі (сторони);
- б) участь у процесі або окремих процесуальних відносинах іноземної держави, її офіційних представників;
- в) виконання українським судом судового доручення іноземного суду;
- г) використання в цивільному процесі як доказів документів, складених або отриманих на території іноземної держави (або відповідно до норм іноземного права);
- д) визнання й виконання рішень іноземних судів й іноземних третейських судів (арбітражів) тощо.

Таким чином, у цивільному судочинстві поняття «іноземний елемент» може слугувати лише кваліфікуючою державно-територіальною ознакою для певних правовідносин, основними складовими елементами яких є:

- суб'єкти – громадяни України, що перебувають за кордоном, іноземні громадяни, особи без громадянства, іноземні організації, іноземні держави;

– об’єкт, що знаходиться на території іноземної держави;
– певний юридичний факт, що створює, змінює або припиняє правовідносини та мав чи має місце за межами території України.

Тому вважаємо за необхідне внести зміни до даної норми п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», виклавши її у такій редакції: «2) іноземний елемент – ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох з таких його складових...».

Підсумовуючи викладене, зауважимо, що поняття «іноземний елемент» у цивільному судочинстві слугує кваліфікуючою державно-територіальною ознакою для певних правовідносин, основними складовими елементами яких є: суб’єкти – громадяни України, що перебувають за кордоном, іноземні громадяни, особи без громадянства, іноземні організації, іноземні держави; об’єкт, що знаходиться на території іноземної держави; певний юридичний факт, що створює, змінює або припиняє правовідносини та мав чи має місце за межами території України.

Законодавчого врегулювання, на нашу думку, потребують положення Закону України «Про міжнародне приватне право», зокрема: п. 1 ч. 1 ст. 1 викласти у такій редакції: «1) приватноправові відносини – врегульовані нормами права суспільні відносини, суб’єктами яких є фізичні та юридичні особи, що мають взаємні права та обов’язки, що гарантуються державою, і які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності»; п. 2 ч. 1 ст. 1 викласти у такій редакції: «2) іноземний елемент – ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох з таких його складових...» далі за текстом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Богуславский М. М.* Международное частное право / М. М. Богуславский. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Междунар. отношения, 1997. – 416 с.
2. *Гражданский кодекс Российской Федерации* от 30.11.1993 г. №51-ФЗ // *Российская газета*. – 08.12.1994 г. – № 238–239.
3. *Гражданское право*. Том 1. Учебник. Издание пятое, переработанное и дополненное / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: «ПБОЮЛ Л. В. Рожников», 2000. – 632 с.
4. *Загальна теорія держави і права: [Підручник для студ. вищ. навч. закладів]* / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. док. юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2011. – 584 с.
5. *Новий тлумачний словник української мови* / Уклад. В. Яременко, О. Сліпущко. – У 3-х томах. – 2 том «К–П». – К., Видавництво «Аконіт». – 2003. – 926 с.
6. *Олійник А. Ю.* Конституційно-правовий механізм забезпечення основних свобод людини і громадянина в Україні: Монографія / К.: Алерта, КНТ, Центр навчальної літератури, 2008. – 472 с.
7. *Про міжнародне приватне право*. Закон України від 23.06.2005 р. // *Офіційний вісник України*. – 2005. – № 29. – Ст. 1694.
8. *Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом*. Лист Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ від 16.05.2013 р. № 24-754/0/4-13 // *Адвокат Бухгалтера*. – 2013. – № 12.
9. *Рішення Конституційного Суду України* від 09.07.2002 р. у справі №15-рп/2002 за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) // *Офіційний вісник України*. – 2002. – № 28. – Ст. 1333.
10. *Розенберг М. Г.* Контракт международной купли-продажи / М. Г. Розенберг. – М.: Статут, 1996. – 200 с.
11. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права. Підручник / О. Ф. Скакун. – Пер. з рос. – Харків: Консум, 2001. – 656 с.
12. *Фединяк Г. С., Фединяк Л. С.* Міжнародне приватне право: навч. посіб. / Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. – 2-е вид., допов. – К., Юрінком Інтер, 2000. – 416 с.
13. *Цивільний процесуальний кодекс України* від 18.03.2004 р. // *Офіційний вісник України*. – 2004. – № 16. – Ст. 1088.

The article concerns research on the legal nature and content of the term «foreign element» in civil proceedings of Ukraine. The proposals regarding the improvement of the conceptual apparatus of civil procedural law.

Стаття посвячена дослідженню правової природи і содержания поняття «иностранный элемент» в гражданском судопроизводстве Украины. Разработаны предложения относительно усовершенствования понятийного аппарата гражданского процессуального законодательства.

КАТЕГОРІЯ «ОСОБА» У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Кочин В. В.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті визначається місце та значення категорії «особа» у приватному праві, а також провадиться розмежування понять «суб'єкт приватного права» та «учасник цивільних відносин».

Ключові слова: приватне право, особа, суб'єкт цивільного права, учасник цивільних відносин.

Цивільне (приватне) право має вирішальне значення в забезпеченні свободи автономної особи, а незалежність і самостійність приватних осіб є умовою і гарантією розвитку ринкової економіки, демократії та громадянського суспільства [6, с. 255]. З огляду на те, що в основі приватного права є юридична рівність суб'єктів, особливої уваги набуває дослідження категорії «особа» як учасника правових відносин, що відображає універсальні властивості і відношення об'єктивної дійсності правового регулювання цивільного права.

Й. О. Покровський висловив цілком слушну думку, що механізм цивільно-правових норм спрямований на припущення існування певної абстрактної людини, свого роду «цивільної людини» [10, с. 32]. Важливе методологічне значення має розмежування понять «суб'єкт цивільного права» та «учасник правових відносин». Відповідно до теоретичних положень *суб'єкт правовідносин* – це такий учасник суспільних відносин, який виступає як носій юридичних прав і обов'язків [6, с. 338].

Суб'єкт права є багатоаспектним явищем і розглядається як правова особа; як правовий діяч – джерело усілякої правової активності, від якої надходять правові акти, юридичні дії, вчинки тощо, що загалом укладається в спеціальній юридичній формі (форма юридичної особи або індивіда) правових якостей людини тощо [1, с. 7].

Ведучи мову про реального учасника цивільних відносин, маємо на увазі категорію «особа». Ю. С. Гамбаров зазначав, що людську особистість називають особою або юридичною особистістю, що надає змогу персоніфікувати суб'єкта права [3, с. 445]. Фактично, суспільні відносини виникають лише між людьми та їх об'єднаннями і безпосередньо пов'язані з їх діяльністю та поведінкою. Нині саме людина, зважаючи на її соціальну цінність для кожної держави, ставиться у центр спрямованості правового регулювання. Однак поряд з людиною суб'єктами права визнаються такі *суспільні* (курсив наш – В. К.) утворення як держава, Український народ, територіальна громада тощо, які мають відповідні правові форми участі у цивільних відносинах (ст. 167–176 ЦК України).

Слід звернути увагу на механізм здійснення права власності: самостійність реалізації правомочностей власника притаманна лише особам (ст. 325 ЦК України – право приватної власності), натомість суб'єкти публічного права, залишаючись суб'єктами права власності (ст. 318 ЦК України), не є учасниками відносин власності діючи через відповідні органи (ст. 326–327 ЦК України), тобто виокремлюється самостійний учасник. При цьому слід зауважити, що управління майном, що є у комунальній власності, може здійснюватися територіальною громадою *безпосередньо* (курсив наш – В. К.), що у літературі піддається сумніву [9, с. 121].

Вважаємо, що особа у приватному (цивільному) праві є юридичною формою участі у приватних (цивільних) відносинах, за допомогою якої уніфікується можливість суб'єкта права мати та реалізовувати належні цивільні права та обов'язки:

1) фізична особа – юридична форма участі кожної людини у цивільних відносинах, на відміну від публічного права, яке регулює суб'єктивні права людини залежно від її громадянства, тобто залежно від правового зв'язку між людиною та державою.

2) юридична особа – форма участі у цивільних відносинах як людини, так і групи людей (суспільних організацій), у тому числі суб'єктів публічного права. О. О. Дашковська стверджує, що поширення на суб'єктів здійснення публічної влади статусу юридичної особи є необхідним лише для того, щоб надати їм статус суб'єкта цивільно-правових відносин, і розгляд юридичної особи публічних утворень в інших аспектах не має теоретичного та практичного сенсу [5, с. 23].

Дійсно, категорія «особа» має історично приватноправову природу, формування та існування якої пройшло витримку часом, тому введення до приватноправової площини інших (додаткових) учасників правових відносин є недоцільним, це порушує стабільність цивільного обороту. О. О. Первомайський наголошує, що держава Україна, територіальні громади, низка інших суб'єктів публічного права, на жаль, перебувають в якості суб'єктів *sui generis*, створюючи самостійний різновид таких учасників [8, с. 185–186].

Суб'єкти права не мають безпосередньо правосуб'єктності, а лише мають окремі права (переважно декларативні) та/або інтереси. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 13 Конституції України земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу, а від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених цією Конституцією. Однак вести мову про приватну

правосуб'єктність Українського народу, держави чи територіальної громади, зважаючи на законодавчо передбачені механізми безпосередньої демократії, важко.

Вважаємо, що суб'єкти права, які не мають ознак уособленості, тобто не є фізичними чи юридичними особами, можуть мати лише окремі приватні права або приватні інтереси. І. В. Венедиктова визначає приватний інтерес як своєрідне «протоправо», тобто інтерес, що виник у момент визначення індивідуальної необхідності в отриманні певного матеріального чи нематеріального блага і може входити або не входити до системи суб'єктивного права [2, с. 97]. Крім того, охоронюваний законом інтерес є усвідомлення суб'єктом права наполягання отримати визначене матеріальне (нематеріальне) благо або змінити свій правовий статус, що спонукає суб'єкта права здійснювати конкретні дії або, навпаки, утримуватися від них, та забезпечене в реалізації підтримкою держави [2, с. 137].

Однак виникає запитання щодо формування та порядку реалізації публічних інтересів, зокрема державного інтересу. О. М. Клименко стверджує, що державні інтереси становлять квінтесенцію інтересів суспільства, забезпечених цивільним правом, які відмінні від індивідуалізованого приватного інтересу, а участь у цивільному праві є правовою формою узгодження загальносуспільного (публічного) інтересу, представленого державою, з індивідуальним інтересом приватної особи [7, с. 4].

Визначення категорії «особа» у цивільному праві спричинено необхідністю окреслення поняття цивільної правосуб'єктності. На думку І. П. Грешнікова, введення до правового обороту конструкції «особи» надало змогу юристам абстрагуватися від цілого комплексу явищ повсякденного життя, зокрема, незалежно від віку, стану здоров'я, кількості чи юридичної організованості людей – всі вони підпадають під фікцію особи – юридичної або фізичної, що надає можливість з розвитком цивілістичних відносин поширювати цю конструкцію на все нові та нові явища цивільного обороту [4, с. 10–11].

Слід відмітити, що незважаючи на універсальність категорії «особа», для участі в окремих приватних відносинах виникає необхідність набуття відповідного статусу. Статус (лат. status – становище) є правовим становищем (сукупністю прав та обов'язків) фізичної чи юридичної особи. При цьому виникає запитання стосовно співвідношення категорії «особа» та статусу особи.

Так, у юридичній літературі С. Ю. Теліцин нещодавно висловив думку, що правовий статус є сукупністю правових засобів, які закріплюють моделі можливої та належної поведінки, які допускаються діючим законодавством. Тим самим статус визначається як правові засоби, правоздатність – моделі правовідносин, секундарні права – моделі секундарних прав [12, с. 16].

Однак така думка щодо правового статусу є не зовсім виправданою. О. Ф. Скакун розглядає правовий статус особи як систему закріплених у нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, законних інтересів і обов'язків, відповідно до яких особа як суб'єкт права (тобто суб'єкт, що має правосуб'єктність) координує свою поведінку в суспільстві [11, с. 571]. Таким чином, правосуб'єктність особи є передстатусним елементом особи, натомість статусними елементами є суб'єктивні права, інтереси, обов'язки.

Внаслідок такого розуміння співвідношення правосуб'єктності особи визначення «цивільно-правовий статус особи» є недоцільним, оскільки особа, власне, є правосуб'єктивним учасником цивільних відносин, тобто має належний комплекс прав та обов'язків, необхідних для участі у цивільних відносинах. Статус має вирішальне значення для деталізації суб'єктивних прав та обов'язків в окремих видах приватних відносин (малолітня особа, неповнолітня особа, обмежено дієздатна чи недієздатна особа, фізична особа – підприємець, банк, фінансова установа, тощо), і наявність того чи іншого статусу пов'язується зі здійсненням відповідних цивільних прав та обов'язків. Тому при набутті фізичною особою статусу неповнолітньої чи повнолітньої не змінює її цивільну правосуб'єктність, а лише форму участі у цивільних відносинах. Така сама ситуація присутня і у статусі юридичної особи, оскільки держава, передбачаючи статус банку, визначає механізм існування банківської системи, однак не регулює цивільну правосуб'єктність банку як юридичної особи.

На практиці неправильне розуміння співвідношення категорії правосуб'єктності та окремого (спеціального чи галузевого) статусу особи призводить до висловлення правових позицій, які важко навіть порівняти не лише з доктринальними, а й законодавчими положеннями цивілістики. Останнім таким прикладом є правова позиція, яка висловлена Верховним Судом України в Постанові від 4 грудня 2013 року у справі № 6-125цс13: *«З огляду на положення ст. 51, 52, 598–609 ЦК України, ст. 47–49 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» однією із особливостей підстав припинення зобов'язань для фізичної особи-підприємця є те, що у разі припинення суб'єкта підприємницької діяльності – фізичної особи (виключення з реєстру суб'єктів підприємницької діяльності) її зобов'язання за укладеними договорами не припиняються, а залишаються за нею як за фізичною особою, оскільки фізична особа не перестає існувати».*

Аналізуючи назване рішення, доходимо висновку, що Верховним Судом України фактично проігноровано статус фізичної особи – підприємця, зважаючи на таке: 1) відповідно до ст. 50 ЦК України фізична особа має право на здійснення підприємницької діяльності, тобто одержує у встановленому законом порядку права та обов'язки суб'єкта підприємницької діяльності; 2) умовами здійснення фізичною особою прав та обов'язків суб'єкта підприємницької діяльності є її державна реєстрація як фізичної особи – підприємця відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців»; 3) внаслідок

припинення підприємницької діяльності фізичною особою наступають передбачені законом юридичні наслідки, зокрема, у фізичної особи виникають обов'язки за зобов'язаннями, пов'язаними з припиненням її підприємницької діяльності, а також можливість застосування до неї процедури банкрутства (ст. 50–1, 53 ЦК України, Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»).

Таким чином, зобов'язання, які виникають у фізичної особи як підприємця та пов'язані зі здійсненням підприємницької діяльності, припиняються після припинення статусу суб'єкта підприємницької діяльності, за винятками, встановленими законом, а саме, відповідно до абз. 3 ч. 3 ст. 92 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» не припиняються вимоги, які пов'язані із зобов'язаннями, що виникли внаслідок заподіяння шкоди життю та здоров'ю громадян; вимоги щодо стягнення аліментів, а також інші вимоги за зобов'язаннями, нерозривно пов'язаними з особою кредитора. Таким чином, названі обов'язки пов'язані безпосередньо з особою, а не її статусом підприємця.

Позиція Верховного Суду України викликає запитання щодо можливості виконання договорів, стороною якого є виключно суб'єкт підприємницької діяльності. Вочевидь, таке виконання фізичною особою договірних зобов'язань матиме ознаки незаконного. Крім того, правовий наслідок припинення суб'єкта підприємницької діяльності, а також інститут банкрутства через таку позицію фактично нівелюється. Поняття «фізична особа – підприємець» слід розглядати як статус людини, так само як інші правові статуси (адвокат, нотаріус, лікар), що спричинює виконання прав та обов'язків виключно в межах відповідного статусу.

Підводячи загальні висновки, вважаємо, що під особою у приватному праві слід розуміти абстрактного учасника цивільних відносин, який має цивільну правосуб'єктність та набуває форми фізичної або юридичної особи. Суб'єктом цивільного права є людина або об'єднання людей як відповідне суспільне утворення (трудовий колектив, територіальна громада, суспільство тощо), за яким держава визнає окремі права та інтереси. Учасником (суб'єктом) цивільних відносин є реальний суб'єкт права, який наділений цивільною правосуб'єктністю, тобто цивільною правоздатністю (абстрактними цивільними правами та обов'язками) та дієздатністю (можливістю здійснювати цивільні права) у формі особи. Статус особи – передбачений законодавством механізм реалізації окремих цивільних прав та обов'язків особою.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Архипов С. И.* Субъект права (теоретическое исследование): автореф. дис. ... док. юрид. наук: 12.00.01 / С. И. Архипов. – Екатеринбург, 2005. – 46 с.
2. *Венедиктова И. В.* Охраняемый законом интерес в гражданском праве: монография / И. В. Венедиктова. – Х.: Точка, 2012. – 205 с.
3. *Гамбаров Ю. С.* Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая / Ю. С. Гамбаров. – СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. – XII, 780 с.
4. *Грешиников И. П.* Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. – 331 с.
5. *Дашковська О. О.* Юридична особа як суб'єкт правовідносин: загальнотеоретичний підхід / О. О. Дашковська // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 2–3. – С. 21–24.
6. *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. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2011. – 584 с.*
7. *Клименко О. М.* Особливості правового становища держави як суб'єкта приватного (цивільного) права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. М. Клименко. – К., 2006. – 22 с.
8. *Первомайський О. О.* Участь територіальних публічно-правових утворень в цивільних відносинах: проблеми теорії та практики: монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – 193 с.
9. *Первомайський О. О.* Участь територіальної громади у цивільних правовідносинах. – Серія «Юридичний радник». – Х.: Страйк, 2005. – 184 с.
10. *Покровский И. А.* Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права // Вестник гражданского права. № 4 – С.-Пб.: М. М. Винавер, 1913. – С. 30–50.
11. *Скаун О. Ф.* Теорія держави і права (енциклопедичний курс): Підручник. – Харків: Еспада, 2006. – 776 с.
12. *Телицин С. Ю.* Гражданско-правовой статус предпринимателя: монография. – М.: Юрилитинформ, 2013. – 168 с.

The article is defined the place and the category of «person» in private law, also it's hold the distinction between «subject of private law» and «participant of civil relations».

В статье определяется место и значение категории «лицо» в частном праве, а также проводится разграничение понятий «субъект частного права» и «участник гражданских отношений».

ЩОДО РОЗМЕЖУВАННЯ ЗЕМЕЛЬ ДЕРЖАВИ ТА ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

Лапечук П. І.,

*кандидат сільськогосподарських наук, доцент,
провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

Попович Т. Г.,

*науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

Бесарабчик В. О.,

*молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

У статті аналізуються положення Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності» від 06.09.2012 року № 5245-VI щодо зміни основних засад правового регулювання права власності на землю держави та територіальних громад. Здійснено аналіз виключного права власності на землю та окремих норм Цивільного та Земельного кодексів України, а також інших законодавчих актів щодо права власності на землю держави та територіальних громад.

Ключові слова: право власності на землю держави, право власності на землю територіальних громад, здійснення права власності на землю, колізії у здійсненні права власності на землю, розпорядження землями.

Статтею 13 Конституції України визначено, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених цією Конституцією [1]. Земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону (ст. 14 Конституції). Статті 373 та 374 Цивільного кодексу України відповідно до зазначених положень Конституції закріплюють право власності за народом України як одним із суб'єктів права власності та визначають перелік об'єктів, які належать виключно народу України, а також способи реалізації даного права, в тому числі окремими громадянами [2, 3].

Об'єктом права власності виступає не земля в цілому як об'єкт права власності Українського народу (ст. 14 Конституції України), а конкретно визначена земельна ділянка. При цьому право власності на неї поширюється в її межах на поверхневий (грунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться. Наприклад, згідно із Кодексом України про надра землевласники в межах наданих їм земельних ділянок мають право без спеціальних дозволів та гірничого відводу видобувати для своїх господарських і побутових потреб корисні копалини місцевого значення і торф загальною глибиною розробки до двох метрів, підземні води для власних господарсько-побутових потреб, нецентралізованого та централізованого (крім виробництва фасованої питної води) господарсько-питного водопостачання за умови, що продуктивність водозаборів підземних вод не перевищує 300 кубічних метрів на добу та використовувати надра для господарських і побутових потреб [4, ст. 23]. Право власності на земельну ділянку поширюється також на простір, що знаходиться над та під поверхнею ділянки на висоту і на глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд [5, ст. 79].

Земельним кодексом України встановлено основне завдання земельного законодавства, яке полягає у регулюванні земельних відносин з метою забезпечення права на землю громадян, юридичних осіб, територіальних громад та держави, раціонального використання та охорони земель [5, ст. 4]. Причому одними з основних принципів земельного законодавства визначені забезпечення рівності права власності на землю громадян, юридичних осіб, територіальних громад та держави, а також невторчання держави в здійснення громадянами, юридичними особами та територіальними громадами своїх прав щодо володіння, користування і розпорядження землею, крім випадків, передбачених законом.

Ось ця норма закону стала найбільшим «каменем спотикання» у відносинах органів державної влади та органів місцевого самоврядування при вирішенні питань щодо використання земельних ділянок, особливо після прийняття Закону України «Про розмежування земель державної та комунальної власності» від 05.02.2004 року № 1757-IV (нині нечинного) [6].

Зазначеним законом було визначено повноваження органів державної влади та місцевого самоврядування з цих питань, порядок розмежування земель державної та комунальної власності, забезпечення їх фінансування тощо. Зокрема, розмежування земель державної та комунальної власності здійснювалося в межах адміністративно-територіальних утворень – сіл, селищ, міст, районів, областей. Підставою для проведення робіт, пов'язаних з

розмежуванням земель державної та комунальної власності в межах населених пунктів, були рішення сільської, селищної, міської ради, а за межами населених пунктів – рішення Ради міністрів Автономної Республіки Крим або відповідної обласної державної адміністрації.

Великих суперечностей у ці відносини додали перехідні положення Закону України «Про розмежування земель державної та комунальної власності». Зокрема, про умови розмежування земель державної та комунальної власності відповідно до меж, прийнятих для обліку земель у складі державного земельного кадастру, у тому разі, якщо межі сіл, селищ, міст не встановлені відповідно до вимог ст. 174 – 176 Земельного кодексу України.

Аналіз матеріалів багатьох судових рішень з питань розмежування державних та комунальних земель і здійснення повноважень державних органів влади та органів місцевого самоврядування щодо них, що приймалися судами різних інстанцій, причому неоднакових з аналогічних проблем, свідчить про неоднакове їх тлумачення як органами державної влади та місцевого самоврядування, так і судовими органами. Враховуючи ці колізії, Верховною Радою України був прийнятий Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності» від 06.09.2012 року № 5245-VI [7], яким було визнано, що з 01.01.2013 року втратив чинність Закон України «Про розмежування земель державної та комунальної власності». Нижче ми розглянемо, чи вирішує основні проблеми при розмежуванні земель державної та комунальної власності цей Закон.

1. Пункт п. «г» ст. 6 Земельного кодексу України було викладено в такій редакції: «погодження питань, пов'язаних із зміною цільового призначення особливо цінних земель державної та комунальної власності, припиненням права постійного користування ними відповідно до цього Кодексу». Як свідчить практика, окремі органи виконавчої влади всупереч закону безпідставно переводять земельні ділянки з однієї категорії до іншої для передачі їх у власність (із земель лісового фонду у землі сільськогосподарського призначення), а пізніше їх же переводять у землі промисловості з тим, щоб потім дати дозвіл на будівництво на них складських приміщень. Тому такі зміни нададуть можливість Верховній Раді України посилити парламентський контроль за такими «махінаціями» із земельними ділянками, що мають місце в ряді регіонів.

2. Статтю 20 Земельного кодексу України «Встановлення та зміна цільового призначення земельних ділянок» доповнено двома частинами. Зокрема, зміна цільового призначення особливо цінних земель допускається лише для розміщення на них об'єктів, перелік яких чітко затверджений у цій статті. Віднесення особливо цінних земель державної чи комунальної власності, визначених у п. «а» і «б» ч. 1 ст. 150 Земельного кодексу України, до земель інших категорій здійснюється за погодженням з Верховною Радою України, а зміна цільового призначення земельних ділянок природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення, історико-культурного, лісгосподарського призначення, що перебувають у державній чи комунальній власності, здійснюється за погодженням з Кабінетом Міністрів України. Всі ці внесені зміни, звичайно, значно посилюють відповідальність органів усіх рівнів щодо збереження особливо цінних земель України.

3. Для усунення зловживань при використанні земель оборони ч. 2 ст. 77 Земельного кодексу України було викладено у такій редакції: «2. Землі оборони можуть перебувати лише в державній власності». Але 21.11.2013 року Кабінет Міністрів України приймає Розпорядження № 926-р «Про затвердження переліку земельних ділянок, які можуть бути відчужені разом з розташованими на них об'єктами нерухомого військового майна», яким затверджено такий перелік, що розміщується на 86 сторінках друкованого тексту [8]. Тобто на сьогодні не виконуються вимоги Земельного кодексу України щодо виключної державної власності на землі оборони.

4. Дуже важливими стали зміни до ст. 83 та 84 Земельного кодексу України, якими уточнюється приналежність відповідних земель до комунальної та державної власності. Хоча викликає багато запитань виключення у ст. 84 частини третьої, в якій наводився перелік земель державної власності, що не можуть передаватись у комунальну власність. На нашу думку, це виключення недостатньо обґрунтоване і може призвести до непередбачуваних наслідків, у тому числі корумпованих діянь.

5. У ст. 116 Земельного кодексу України частину п'яту було викладено у новій редакції, що спрощує розуміння процедури припинення прав на землю у разі передання такої земельної ділянки у власність чи користування інших осіб: «5. Земельні ділянки, які перебувають у власності чи користуванні громадян або юридичних осіб, передаються у власність чи користування за рішенням органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування лише після припинення права власності чи користування ними в порядку, визначеному законом». Важливо те, що ці дії здійснюються тими органами, які мають на це відповідні повноваження, і особливо підкреслюється – лише після припинення права власності чи права користування земельними ділянками. Такі зміни викликані неправомірними діями окремих місцевих державних адміністрацій, які приймали рішення про вилучення орендованих земель без будь-яких підстав і передавали їх у приватну власність інших осіб, що призвело до чисельних судових скарг землекористувачів по всій Україні.

6. Законом було вдосконалено порядок встановлення та зміни меж адміністративно-територіальних одиниць, включення земельних ділянок державної власності до меж району, села, селища, міст тощо, чим було роз'яснено цю процедуру, виключаючи зловживання на різних рівнях державної виконавчої гілки. На нашу думку, всі ці зміни були, перш за все, пов'язані з тим, що до цього, переслідуючи свої «шкурні інтереси», органи земельних ресурсів свідомо передбачали в нормах цілого ряду законодавчих актів непомірні багатомільйонні витрати на виконання нікому непотрібної роботи, без будь-яких термінів її виконання, причому за рахунок бюджетних коштів.

Таким чином, цим Законом, на нашу думку, поставлено крапку у питанні розмежування земель державної і комунальної власності, що, в свою чергу, призводило до непоодиноких непорозумінь і навіть судових конфліктів між державними та самоврядними гілками влади як на місцевому рівні, так і на загальнодержавному. Хоча ми не виключаємо виникнення інших прецедентів у вигляді судових справ та рішень по них, зокрема, щодо Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку земельних ділянок, які можуть бути відчужені разом з розташованими на них об'єктами нерухомого військового майна» від 21.11.2013 року № 926-р.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Конституція України // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – С. 15.
2. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003 р. – № 40. – Ст. 356.
3. Васильченко В. В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про власність та інші речові права / В. В. Васильченко, О. О. Михайленко. – Х.: Одиссей, 2007. – 800 с.
4. Кодекс України «Про надра» // Відомості Верховної Ради України. – 1994 р. – № 36. – Ст. 340.
5. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27.
6. Закон України «Про розмежування земель державної та комунальної власності» від 05.02.2004 року № 1757-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 35. – Ст. 411.
7. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності» від 06.09.2012 року № 5245-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 36. – Ст. 472.
8. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку земельних ділянок, які можуть бути відчужені разом з розташованими на них об'єктами нерухомого військового майна» від 21.11.2013 року № 926-р [Електронний ресурс] / Урядовий кур'єр. – 2013. – № 226. – URL: <http://ukurier.gov.ua/uk/articles/prozatverdzhennya-pereliku-zemelnih-dilyanok-yaki/>.

This article analyzes the provisions of the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine regarding the separation of state and municipal property» from 06.09.2012, № 5245-VI to change the fundamental principles of the legal regulation of right of land ownership of the state and local communities. It was also analyzed exceptional property rights of land and certain provisions of the Civil and Land Codes Ukraine and other legislative acts concerning land property rights of the state and local communities.

В статье анализируются положения Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно разграничения земель государственной и коммунальной собственности» от 06.09.2012 года № 5245-VI касательно изменения основных принципов правового регулирования права собственности на землю государства и территориальных общин. Осуществлен анализ исключительного права собственности на землю и отдельных норм Гражданского и Земельного кодексов Украины, а также других законодательных актов о праве собственности на землю государства и территориальных общин.

ІНСТИТУТ ДІТЯЧОГО ОМБУДСМЕНА В СИСТЕМІ ЮРИСДИКЦІЙНОГО ЗАХИСТУ

Левківський Б. К.,

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,
старший науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

У статті розглянуто окремі аспекти захисту суб'єктивних прав дитини Уповноваженим Президентом України з прав дитини (дитячого омбудсмена). У статті зосереджено увагу на особливостях існуючого спеціального (адміністративного) порядку захисту суб'єктивних прав та інтересів дитини окремими суб'єктами владних повноважень. Проведено критичний правовий аналіз норм чинного законодавства України, запропоновано шляхи його удосконалення.

Ключові слова: права дитини, суб'єкти сімейних відносин, юрисдикційний захист, представництво інтересів дитини, дитячий омбудсмен.

Як Конституція України (надалі – КУ), так і Сімейний кодекс (надалі – СК), встановлюючи загальні принципи регулювання сімейних правовідносин, визначають тільки окремих суб'єктів владних повноважень (прокуратура, орган опіки та піклування тощо), детально не встановлюють та не регламентують їх повноваження, порядок їх взаємодії.

У вітчизняній науковій літературі неодноразово наголошувалося на необхідності реформування існуючої в Україні системи захисту суб'єктивних сімейних прав, оскільки чинна система захисту неефективна, не виконує свої функції [1, с. 244]. Такі реформи необхідно розпочинати саме з удосконалення спеціального порядку захисту прав дитини.

У чинному законодавстві України й досі відсутній сучасний нормативний акт, який на законодавчому рівні комплексно вирішував би питання захисту суб'єктивних сімейних прав, зокрема прав дитини, містив би ефективні процедури, конкретні санкції, а головне – визначав би повноваження кожного уповноваженого державою органу щодо захисту дітей у спеціальному порядку, визначав чітку процедуру провадження у справах стосовно захисту прав дитини, не суперечив би іншим нормативним актам, які чинні у цій царині [2].

Одним із позитивних зрушень у питанні реформування законодавства, існуючої системи спеціального порядку захисту суб'єктивних прав дитини, без сумніву, є низка указів Президента України, в яких наголошується на необхідності створення якісного нормативно-правового поля щодо захисту прав дитини. Одним із них є Указ Президента України від 11 серпня 2011 р., відповідно до якого в Україні було запроваджено новий інститут – Уповноваженого Президента України з прав дитини (далі – дитячий омбудсмен) [3].

У юридичній науковій літературі вивчаються, як правило, конституційно-правовий статус дитячого омбудсмена, зарубіжний досвід упровадження та функціонування, його місце у системі державного механізму захисту прав та інтересів дитини в зарубіжних країнах. Зазначені питання досліджувалися свого часу в працях: В. В. Бойцової, В. О. Закрицької, В. Я. Тація, Н. М. Ковалко, Н. І. Карпачової, О. Марцеляк, Я. М. Шевченко, І. В. Жилінкової.

Правовий аналіз чинного законодавства України, окремих його нормативних актів дозволяє отримати певне уявлення про існуючу систему юрисдикційного (спеціального порядку) захисту суб'єктивних прав дитини в Україні. Порядок захисту, права та обов'язки уповноважених суб'єктів владних повноважень на здійснення захисту прав дитини у спеціальному порядку закріплено, зокрема, в Законі України «Про охорону дитинства», Законі України «Про попередження насильства в сім'ї», Законі України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» тощо. Порядок взаємодії суб'єктів владних повноважень з питань захисту від насильства в сім'ї закріплено спільним Наказом Міністерства України у справах сім'ї, молоді та спорту та Міністерства внутрішніх справ України від 07.09.2009 № 3131/386.

З урахуванням мети даної статті особливо цікавим, з точки зору дослідження системи юрисдикційного захисту (спеціального порядку) прав дітей, є Закон України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей», оскільки саме цей нормативний акт можна розглядати як спробу створення комплексного нормативного акта, в якому зосереджено увагу на повноваженнях більшості існуючих на сьогодні суб'єктів владних повноважень, які задіяні у спеціальному порядку захисту прав дитини [4].

Зазначеним Законом визначено, що здійснення соціального захисту і профілактики правопорушень серед осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку, покладається на органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації незалежно від форми власності, окремих громадян (ст. 1). Зазначений нормативний акт, визначаючи уповноважені на захист прав дитини органи, не конкретизує їх компетенцію, порядок взаємодії та провадження цими органами діяльності, спрямованої на захист дитини, а лише встановлює загальні напрями їх роботи в такому складному та комплексному процесі, як захист прав дитини [2].

Щодо місця дитячого омбудсмена в системі юрисдикційного захисту прав дитини, то окремі автори стверджують, що неототожнення дитячого омбудсмена з виконавчою владою, його незалежність від будь-якої з гілок влади в Україні, відмова від його інтеграції до вже існуючої системи є цілком виправданим кроком, оскільки в теорії дитячого омбудсмена розглядають як різновид інституту спеціалізованого омбудсмена, під яким розуміють незалежну авторитетну особу [5, с. 94].

Проте, з урахуванням особливостей впровадження цього інституту в Україні, з наведеною вище позицією не можна погодитися, оскільки відповідно до ст. 1 Положення про Уповноваженого Президента України з прав дитини, затвердженого Указом Президента України від 11 серпня 2011 року № 811/2011 (надалі – Положення), дитячий омбудсмен забезпечує здійснення Президентом України його конституційних повноважень щодо забезпечення додержання конституційних прав дитини, виконання Україною міжнародних зобов'язань у цій сфері, а відтак, і говорити про незалежність даної особи від будь-якої з гілок влади є безпідставним.

Результати правового аналізу норм Положення дозволяють стверджувати, що дитячий омбудсмен в Україні не є незалежною особою, зокрема це підтверджується і нормою ст. 5 Положення, в якій зазначено, що забезпечення діяльності Уповноваженого здійснюється відповідним структурним підрозділом Адміністрації Президента України.

З огляду на все вищезазначене та через відсутність єдиного бачення серед науковців місця дитячого омбудсмена в системі (спеціального порядку) юрисдикційного захисту вбачаємо метою даної статті визначення місця цього нового інституту в системі юрисдикційного захисту прав дітей в Україні (спеціального порядку) та висунення на основі отриманих результатів рекомендацій для подальшого розвитку та удосконалення чинного законодавства України.

З урахуванням спільних ознак цього інституту в різних країнах окремі автори пропонують систематизувати ці моделі, поклавши в основу географічно-політичний фактор та схожість процесу становлення, розвитку, функціонування інституту дитячого омбудсмена в країнах поширення, виділяючи такі моделі: Скандинавська модель (Швеція, Данія, Норвегія, Фінляндія), за якою дитячий омбудсмен запроваджується спеціальним актом парламенту; модель регіону Океанія (Австралія, Нова Зеландія), в яких цей інститут утворений через законодавство про соціальний захист дітей; Германська модель (Німеччина, Бельгія, Канада), за якою дитячий омбудсмен запроваджується у рамках існуючих державних органів [6, с. 79].

Омбудсмени з прав дитини в Російській Федерації відповідно до законодавства діють у Волгоградській області (Уповноважений з прав дитини), в Алтайському краї (Уповноважений у справах сім'ї, материнства і дитинства), у місті Санкт-Петербурзі (відділ із захисту прав і законних інтересів дитини), у Свердловській області (Уповноважений із захисту прав дітей, що проживають на території м. Єкатеринбург), у Новгородській області (Уповноважений з прав дитини на громадських засадах), в Нижньогородській області (Уповноважений з прав дитини і неповнолітніх Арзамаського району) [7].

Відповідно до Російської моделі дитячий омбудсмен уповноважений на представництво і захист прав та інтересів дитини спільно з органами опіки і піклування, судом, прокуратурою, нотаріатом, органами ЗАГСу, комісією у справах неповнолітніх, державною та муніципальною службами з питань сім'ї і дитинства. Омбудсмен з прав дитини розглядає скарги на рішення, діяння (дії чи бездіяльність) органів місцевого самоврядування, муніципальних службовців, якщо заявник раніше оскаржував ці рішення чи діяння в судовому або адміністративному порядку, але не згодний з прийнятими ними рішеннями. Розглядаючи скаргу дитини, Уповноважений має право без перешкод відвідувати всі органи державної влади, органи місцевого самоврядування, бути присутнім на засіданнях їх колегіальних органів, а також безперешкодно відвідувати громадські об'єднання, підприємства, установи і організації незалежно від їх організаційно-правових форм і форм власності. Посадові особи безкоштовно і без перепон зобов'язані надавати Уповноваженому матеріали та документи щодо справ, іншу інформацію, необхідну йому для здійснення своїх повноважень. Втручання в діяльність Уповноваженого з метою вплинути на його рішення, так само як перешкоджати йому у виконанні обов'язків, карається законом. До закінчення розслідування стосовно скарг отримані омбудсменом матеріали та інші дані не підлягають розголошенню. Приймаючи рішення за результатами розгляду скарг дітей, Уповноважений може звернутися до судових органів і до прокуратури за захистом порушених прав і свобод дитини, а також бути присутнім у порядку нагляду на судовому розгляді справи неповнолітнього. Він має право повідомити в засобах масової інформації про грубі порушення прав дитини, і місцеві муніципальні та державні засоби масової інформації не вправі відмовити йому в публікації тих чи інших повідомлень, документів, а також в наданні ефірного часу [7].

Як зазначалося вище, результати аналізу чинного Положення, яким визначено права та обов'язки дитячого омбудсмена в Україні, дозволяють стверджувати, що на сьогодні дитячий омбудсмен скоріше знаходиться у структурі виконавчої влади, хоча й без притаманних лише йому (дитячому омбудсмену) владних повноважень, ніж є самостійним суб'єктом.

Відповідно до ст. 4, зокрема п. 3 Положення, дитячий омбудсмен має право звертатися до державних органів щодо сприяння вирішенню питань, віднесених до компетенції Уповноваженого. У п. 5 ст. 4 Положення закріплено право залучати в разі потреби в установленому порядку до опрацювання окремих питань представників органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, а також експертів, учених та фахівців, у тому числі на договірній основі. У п. 7 ст. 4 Положення закріплено право звертатися до державних органів, у тому числі правоохоронних, щодо виявлених фактів порушень прав та законних інтересів дитини.

З огляду на все вищезазначене можна стверджувати, що в Україні було запроваджено модель, яка наближена до Германської моделі, однак має певні особливості. На жаль, зазначені особливості пов'язані з відсутністю прав дитячого омбудсмена оперативної та безпосередньої впливати на інших суб'єктів владних повноважень на будь-якій стадії розгляду цими суб'єктами питань, що прямо стосуються прав та законних інтересів дітей.

З огляду на таку тенденцію, що нині простежується щодо захисту прав та законних інтересів дитини, у спеціальному порядку суб'єктами владних повноважень, зокрема органом опіки та піклування та службою у справах дітей, вбачається необхідним наділити дитячого омбудсмена правом вето, скасування рішень зазначених органів у тому випадку, якщо ці рішення прямо протирічать інтересам дитини або грубо порушують її права, оскільки, як підтверджує практика, найбільша частина спірних, безпідставних рішень, а у деяких випадках просто злочинних, приймається саме органами опіки та піклування, службами у справах дітей.

Непоодинокими є випадки, коли служба у справах дітей, орган опіки та піклування не тільки не сприяють захисту прав дитини, приймають рішення та надають висновки без урахування інтересів дитини, а злочинно нехтують правами дитини. При цьому притягти винних осіб до відповідальності за такі дії або відмінити ці рішення або/та висновки на практиці, за умов, які склалися, практично неможливо, якщо вони не стосуються майна дитини.

Про нехтування правами та інтересами дітей під час здійснення обов'язків органами опіки та піклування, службами з прав дітей свідчить та кількість судових рішень, які на сьогодні ухвалюються без урахування висновків зазначених органів відповідно до ч. 6 ст. 19 СК України.

Підтвердженням неефективності зазначених уповноважених державою органів свідчить окрема Ухвала Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 02 червня 2010 р., в якій було зазначено про неприпустимість неякісного виконання органами опіки та піклування покладених на них повноважень та наголошено на тому, що висновок органу опіки та піклування має бути належно оформлений та підписаний головою або заступником голови адміністрації. Відсутність такого висновку є підставою для скасування судових рішень та передання справи на новий розгляд [8].

З урахуванням вищезазначеного та з огляду на те, що дитячий омбудсмен фактично інтегрований в існуючу систему державних органів, вбачається за доцільне визначити місце Уповноваженого в системі юрисдикційного захисту суб'єктивних прав дитини як найвищого повноваженого суб'єкта владних повноважень, який на загальнодержавному рівні має право здійснювати не тільки постійний моніторинг додержання в Україні конституційних прав дитини, а й вживати заходи, визначені законом, які спрямовані як на запобігання порушень прав та законних інтересів дітей, запобігання повторення таких порушень, так і на припинення порушення прав та законних інтересів дітей, які мали місце при здійсненні органами опіки та піклування або/і служби у справах дітей.

Закріпити в чинному законодавстві право дитячого омбудсмена на ветовання, перегляд, скасування висновків та/або рішень органів опіки та піклування, які прямо порушують права та законні інтереси дитини.

Внести до ст. 16 Закону України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей», яка визначає органи, уповноважені здійснювати контроль за діяльністю органів і служб у справах дітей, спеціальних установ і закладів соціального захисту для дітей, такі зміни: закріпити слова «Уповноважений Президента України з прав дитини» перед словами «Кабінет Міністрів України».

Запропоновані зміни чинного законодавства дозволять не тільки визначити місце дитячого омбудсмена в системі юрисдикційного (спеціального порядку) захисту суб'єктивних прав дитини, а й значно удосконалити її, створити реальний дієвий механізм захисту суб'єктивних прав дитини.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Левківський Б. К. Окремі аспекти здійснення суб'єктами сімейних правовідносин права на самозахист / Б. К. Левківський // Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження». – 2013. – № 1–2. – С. 224–230.
2. Левківський Б. К. Удосконалення порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини / Б. К. Левківський // Електронне наукове фахове видання «Порівняльно-аналітичне право». – 2013. – № 3/1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rap.in.ua.
3. Указ Президента України «Питання Уповноваженого Президента України з прав дитини» від 11.08.2011 р. № 811/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 63. – Ст. 2494.
4. Закон України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» від 24.01.1995 р., № 20/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 6. – Ст. 35.
5. Ковалко Н. М. Щодо правового статусу Уповноваженого Президента України з прав дитини / Н. М. Ковалко // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2. – С. 94–96.
6. Левківський Б. К., Решетник Є. М. Захист інтересів дитини суб'єктом владних повноважень: сучасний стан та перспективи інституту дитячого омбудсмена в Україні / Б. К. Левківський, Є. М. Решетник // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – 2013. – № 3. – Розділ 2. – С. 79–88.
7. Марцеляк О. Омбудсмен з прав дитини: проблеми формування і розвитку у світі і в Україні / О. Марцеляк [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravoznavec.com.ua/period/article/1147/%CC#chapter> – Заголовок з екрану (дата звернення: 21.01.2014).
8. Ухвала Колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 02 червня 2010 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultation.kiev.ua/?p=454> (дата звернення: 23.01.2014).

The article discusses some aspects of the protection of rights of the child's President Commissioner for Children's Rights (ombudsman for children). The article focuses on a special creature features (administrative) procedure for the protection of subjective rights and interests of the child the individual subjects of powers. A critical legal analysis of the current legislation of Ukraine, suggest ways to improve it.

В статье рассмотрены отдельные аспекты защиты субъективных прав ребенка Уполномоченным Президента Украины по правам ребенка (детского омбудсмена). В статье уделяется внимание особенностям существующего специального (административного) порядка защиты субъективных прав и интересов ребенка отдельными субъектами властных полномочий. Проведен критический правовой анализ норм действующего законодательства Украины, предложены пути его совершенствования.

РОЗСУД, ІНТЕРЕС І СУБ'ЄКТИВНЕ ПРАВО У ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ І СПІВВІДНОШЕННІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Литовченко Л. А.,

кандидат історичних наук,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті з'ясовується взаємозв'язок і співвідношення категорій розсуду, інтересу та суб'єктивного права в цивільному праві України. Визначається правова природа розсуду в цивільному праві як простого

легітимного дозволу на вибір учасником цивільних відносин варіанта правової поведінки щодо здійснення суб'єктивного права і реалізації приватного інтересу.

Ключові слова: розсуд у цивільному праві, інтерес, воля, суб'єктивне право.

Розвитком науки цивільного права, цивільного законодавства і практики його застосування зумовлено зростання дослідницького інтересу до ряду ключових понять, які набули категоріального змісту, серед яких, зокрема, категорія розсуду. Зрозуміла, на перший погляд, ця категорія залишається ще terra incognita, адже в сучасній науковій літературі проблема розсуду в цивільному праві ще не дістала належного висвітлення.

Більше ніж століття тому Г. Ф. Шершеневич висловив думку про те, що суб'єктивне право як юридична влада (можливість і забезпеченість відповідної поведінки) нерозривно пов'язане з його здійсненням [11, с. 614]. За радянських часів С. М. Братусь сформулював поняття суб'єктивного цивільного права, що стало класичним, визначивши суб'єктивне право як визнану і забезпечену законом міру можливої поведінки особи [1, с. 33]. На формування сучасної доктрини змісту суб'єктивного цивільного права та його здійснення плідно вплинув В. П. Грибанов [3, с. 44–46], який сформулював і обґрунтував принципове положення про те, що «різниця між змістом суб'єктивного права і його здійсненням полягає передусім у тому, що зміст суб'єктивного права включає в себе лише можливу поведінку управомоченої особи, тоді як здійсненням права є учинення реальних, конкретних дій, пов'язаних з перетворенням цієї можливості у дійсність» [3, с. 44].

Суб'єктивне цивільне право, як слушно зауважив Є. О. Харитонов, належить певній особі, що виступає як суб'єкт цивільних правовідносин, є конкретним і означає наявність точно визначених правомочностей стосовно цілком певних благ [10, с. 18]. Крім того, суб'єктивне право не тільки стосується конкретного виду цивільних відносин, воно завжди персоніфіковано.

Очевидно, що в усіх випадках, обираючи певне цивільне право і реалізуючи надані ним правомочності, особа виявляє власний, приватний інтерес. Сенс інтересу тут полягає у набутті особою права на певне цивільне благо. Інтерес постає чинником свідомої, цілеспрямованої, мотивованої поведінки суб'єкта правовідношення, що виникло, отже, виступає передумовою здійснення суб'єктивного права.

Концептуальний підхід стосовно співвідношення суб'єктивного права, інтересу і розсуду, що для нас є важливим, сформулював Г. Ф. Шершеневич, розуміючи суб'єктивне право як правовідношення, у якому суб'єкт, якому належить право, наділений забезпеченою законом можливістю вчинювати на власний розсуд у дозволеніх межах вольові дії на реалізацію власного інтересу [11, с. 601–609]. Щодо співвідношення інтересу і суб'єктивного права учений слушно зауважував, що «суб'єктивне право являє собою юридичну можливість здійснення інтересу» [12, с. 59].

Важливого висновку дійшла І. В. Венедіктова про те, що «за своєю сутністю охоронюваний законом інтерес є домаганням (претензією), яке означає скерування особи на досягнення певного блага або статусу, а за правовою природою – дозволом, оскільки особа вільна у своїх діях за принципом *in favorem* – дозволено все, що не заборонено законом» [2, с. 15].

У контексті зазначеного розсуд розуміємо як елемент змісту правовідносин, тобто як елемент механізму здійснення суб'єктивних цивільних прав і у такий спосіб реалізації законних інтересів. Нормою ч. 1 ст. 12 ЦК розсуд прямо пов'язується із здійсненням цивільних прав. При цьому варто зазначити, що однією з істотних ознак цивільних правовідносин є їх вольовий характер. Вільне волевиявлення особи як учасника цивільних відносин впливає із її свідомої, інтелектуально-вольової діяльності, без чого суб'єктивне право залишається нездійсненим.

Виходячи з етимологічного аналізу терміна «розсуд», що використовується у ЦК України, пропонуємо розуміти змістове (етимологічне) значення цього терміна як акта інтелектуально-вольової діяльності особи, що виражений у певному умовиводі (висновку, рішенні) особи, прийнятому на основі власного досвіду, уявлення, оцінки, розмірковування про сутність об'єкта, на який він спрямований [5, с. 145]. Терміном «розсуд» у ЦК України позначено спеціальне поняття щодо суттєвих ознак цивільних відносин, яке відображає нормативне санкціонування державою можливості вибору правомочними учасниками цих відносин варіантів правової поведінки при здійсненні ними суб'єктивних прав для задоволення своїх законних інтересів [5, с. 144].

Крім того, розсуд в цивільному праві варто також розуміти у суб'єктивному і об'єктивному його значеннях. У суб'єктивному значенні розсуд – це є саме акт інтелектуально-вольової діяльності учасника цивільних відносин, об'єктивований у його умовиводі (рішенні) стосовно вибору певного варіанта правової поведінки, а в об'єктивному значенні – це безпосередній вияв учасником цивільних відносин особистого рішення назовні, що втілюється у свідомому виборі ним певного варіанта правової поведінки і виражається у його конкретних діях як суб'єкта права. Відповідно, можна говорити про внутрішній розсуд і зовнішній його вияв, які є нероздільними. У практичній площині «зовнішній» (в об'єктивному значенні) розсуд є «матеріалізованим» у юридично значущих діях суб'єкта права, тоді як «внутрішній» (у суб'єктивному значенні) розсуд втілює внутрішній психічний процес, який обіймає свідомість (інтелектуальна складова) і потребу, бажання досягти значущої мети (вольова складова) [4, с. 76–86].

Вольова діяльність особи є свідомо спрямованою діяльністю, що у комплексі відображає вибір мети і мотивацію поведінки, прагнення до досягнення мети, здатність регулювати спонукання і гальмувати поведінкові

реакції, можливість приймати рішення тощо. Зазначене характеризує специфічні властивості волі. У такому сенсі воля тісно, безпосередньо пов'язана з розсудом і визначає його вольову складову.

Іншою складовою розсуду є інтелектуальна складова. Особливістю розсуду як акта мислення є вираження в ньому умовиводу особи стосовно можливості певної її поведінки (діяльності). Умовивід у поєднанні з прагненням до досягнення певної мети втілюється у рішенні – тепер вже як акті інтелектуально-вольової діяльності особи. Суб'єкт права усвідомлює можливість вибору певного варіанту поведінки для реалізації свого інтересу. На рівні своєї правосвідомості суб'єкт «включає» механізм пізнання правових засобів, за допомогою яких він зможе досягти поставленої мети, створює «мисленнєву» модель своєї правової поведінки. У процесі міркувань він обирає найбільш прийнятний для себе варіант правової поведінки, що впливає зі змісту норм об'єктивного права, з урахуванням певних обставин, які впливають чи могли б уплинути на реалізацію його інтересу. Результатом розумових дій постає рішення про вибір суб'єктивного права, здійсненням якого суб'єкт зможе задовольнити свій інтерес. Цей вибір відображає інтелектуальну сторону розсуду суб'єкта. Мотивація поведінки, намір учинити дії із здійснення свого суб'єктивного права і готовність докласти до цього певних зусиль характеризують вольову сторону розсуду суб'єкта. Отже, пізнавальний та вольовий процеси психіки особистості, з психологічної точки зору, поєднуються у процесі розсудової активності особи як суб'єкта правовідносин, і тому ми розглядаємо природу розсуду, враховуючи як етимологічне, так і психологічне його значення, як акт інтелектуально-вольової діяльності особи, виражений в умовиводі (висновку, рішенні) стосовно вибору конкретного варіанта правової поведінки для досягнення певної мети, отже, і реалізації інтересу [4, с. 76–86].

Розсуд (в об'єктивному сенсі) виявляє своє значення і роль як чинник персоніфікації суб'єктивного права, у механізмі здійснення суб'єктивного права – як інструмент індивідуалізації моделі правової поведінки, визначеної нормами об'єктивного права. У такому розумінні юридичне значення розсуду зумовлено виявом свідомого вибору учасником цивільних відносин певного варіанта правової поведінки, об'єктивованого у його діях як суб'єкта права. У такому самому розумінні розсуд передуює волевиявленню суб'єкта у процесі здійснення ним свого суб'єктивного цивільного права.

Наукова аргументація висновку про те, що за своєю правовою природою охоронюваний законом інтерес – це простий легітимний дозвіл [2, с. 15], а також надана у Рішенні Конституційного Суду України від 01.12.2004 р. № 18-рп/2004 (далі – Рішення КСУ) [7] інтерпретація поняття «інтерес» у вузькому розумінні («інтерес, який ... перебуває виключно у логічно-смысловому зв'язку із суб'єктивними правами, але прямо ними не опосередковується, тобто виходить за межі останніх» [7, п. 3.3, абз. 2, 3 п. 3.6]) підводять також до розуміння правової природи розсуду в цивільному праві як простого легітимного дозволу (нормативного дозволяння). На обґрунтування даної думки наведемо такі міркування.

По-перше, у мотивувальній частині Рішення КСУ зазначається, що охоронюваний законом інтерес перебуває під захистом не тільки закону, а й об'єктивного права у цілому, що панує у суспільстві, зумовлюється загальним змістом такого права і є його складовою (п. 3.4); інтерес є самостійним об'єктом правовідносин, реалізація якого задовольняється чи блокується нормативними засобами (п. 3.1). Так само і суб'єктивне право, логічно-смысловий зв'язок між яким та інтересом є очевидним, опосередковується об'єктивним правом, гарантується і охороняється державою (п. 3.6) [7].

По-друге, у п. 3.6 мотивувальної частини Рішення КСУ зазначається, що і суб'єктивне право, і пов'язаний з ним інтерес є дозволами. Суб'єктивне право є особливим дозволом, тобто дозволом, що відображається у відомій формулі: «Дозволено все, що передбачено у законі», а інтерес – простим дозволом, тобто дозволом, до якого доречно застосовувати відоме правило: «Дозволено все, що не забороняється законом». Суб'єктивне право забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони, а інтерес, навіть перебуваючи під охороною закону чи права, не має такої правової можливості, оскільки відображає лише легітимне прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, а отже – не юридичну, а фактичну (соціальну) можливість [7].

У наведених визначеннях важливими для нас є елементи, які вказують на дозвільний характер законного інтересу у межах сфери правового регулювання. Теоретичний зміст цих визначень використано нами для з'ясування правової природи розсуду в цивільному праві. Вважаємо, що за своєю правовою природою розсуд в цивільному праві також доречно характеризувати як простий легітимний дозвіл, тобто дозвіл, який закріплений в законі чи впливає з його змісту, на вибір учасником цивільних відносин певного варіанта правової поведінки щодо здійснення суб'єктивного права для реалізації приватного інтересу.

Цей вибір є вільним, за загальним правилом, свідомим і об'єктивується у діях учасника цивільних відносин – носія суб'єктивного права. У такому виборі виявляється розсуд у його об'єктивному сенсі, який саме і має юридичне значення як чинника персоніфікації суб'єктивного права, а у механізмі здійснення суб'єктивного права – як інструмента індивідуалізації моделі правової поведінки, визначеної нормами об'єктивного права. У такому розумінні розсуд притаманний волездатній особі – суб'єкту права і відсутній у неволездатній особі, хоча при цьому така особа може бути носієм суб'єктивного права. Останнє міркування, на перший погляд, вторить висловленій Р. А. Майдаником думці про те, що інтерес суб'єкта в окремих випадках може розумітися в такому самому значенні, що і воля суб'єкта, і тому інтерес відсутній в особі неволездатній, яка все ж може бути носієм суб'єктивного права [6].

Отже, розсуд, як і інтерес, відображає не юридичну, а фактичну можливість. Таким чином, розсуд як простий дозвіл, встановлений актами цивільного законодавства (нормативне дозволення), входить до системи механізму правового регулювання цивільних відносин як правовий спосіб [8, с. 498], що впливає на здійснення суб'єктивних прав та реалізацію законних інтересів учасниками цивільних відносин. Зважаючи на правову природу цивільних відносин, можна говорити про іманентність їм розсуду їх учасників, а зважаючи на сутність правового регулювання цивільних відносин – про те, що розсуд як легітимний дозвіл включається до механізму їх правового регулювання.

Специфічним є зв'язок інтересу, розсуду і суб'єктивного права. У такому зв'язку суб'єктивне право виявляє свою функцію як правовий засіб реалізації приватного інтересу, а розсуд – як легальний спосіб персоніфікації суб'єктивного права та індивідуалізації визначеної нормами об'єктивного права моделі правової поведінки для реалізації суб'єктом права свого приватного інтересу.

Розуміння розсуду як простого легітимного дозволу, на нашу думку, надає можливість визначити місце розсуду, опосередковано через правовідносини, серед елементів механізму правового регулювання. Саме через правовідносини, адже вони впливають на поведінку особи, а розсуд суб'єкта правовідносин якраз і виявляється у виборі ним певного варіанта своєї поведінки. У теорії права дозволу характеризуються як різновид способів впливу на правовідносини у механізмі правового регулювання і тому належать до його елементів [8, с. 498].

По-третє, легальність розсуду в цивільному праві логічно привертає увагу до питання про його захищеність законом. Проте говорити про самостійний захист розсуду правовими засобами так само, як про захист інтересу чи суб'єктивного права, було б некоректно. Як вже зазначалось, розсуд як простий легітимний дозвіл не формалізований у конкретному суб'єктивному праві, не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони правовідношення, тому не має такої правової можливості, яку має суб'єктивне право або інтерес, на самостійний його захист правовими засобами.

Так, у ст. 15 ЦК визначено об'єкти захисту в цивільному праві, якими є суб'єктивні права у разі їх порушення, невизнання або оспорювання, та інтереси учасників цивільних відносин, які не суперечать загальним засадам цивільного законодавства. Отже, інтерес і суб'єктивне право перебувають під захистом закону, і те й інше гарантується і охороняється державою. Важливо також акцентувати на тому, що інтерес розуміється як самостійний (поряд з суб'єктивним правом) об'єкт правовідносин, реалізація якого задовольняється чи блокується нормативними засобами, а відтак, інтерес є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони [7].

Вважаємо, що у процесі захисту порушеного суб'єктивного права правомочна особа у певних випадках також може посылатись на порушення її можливості здійснювати своє суб'єктивне право вільно, на власний розсуд. У такому разі розсуд, як визначену законом можливість вільного вибору учасником цивільних відносин варіанта правової поведінки щодо здійснення суб'єктивного права, припустимо розглядати як об'єкт захисту лише опосередковано, тобто у контексті захисту порушеного суб'єктивного права.

Підсумовуючи вищесказане, зазначимо, що розсуд, інтерес та суб'єктивне право є взаємопов'язаними категоріями в цивільному праві. Зазначені правові явища функціонують в межах цивільно-правового регулювання як елементи змісту цивільних правовідносин. Їх співвідношення виявляється через механізм здійснення цивільних прав. За правовою природою суб'єктивне право, інтерес і розсуд є легітимними дозволами.

У своєму взаємозв'язку суб'єктивне право виявляє свою функцію як правовий засіб реалізації приватного інтересу, а розсуд – як легальний спосіб персоніфікації суб'єктивного права та індивідуалізації визначеної нормами об'єктивного права моделі правової поведінки для реалізації суб'єктом права свого приватного інтересу. У механізмі здійснення цивільних прав розсуд є суто опосередкованим як інструмент цього механізму.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Братусь С. Н.* О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав / С. Н. Братусь // Советское государство и право. – 1949. – № 8. – С. 30–37.
2. *Венедіктова І. В.* Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві / І. В. Венедіктова: Автореферат дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03 / Міністерство освіти і науки України; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2013. – 44 с.
3. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. – М.: Статут, 2000. – 411 с.
4. *Литовченко Л. А.* Взаємозв'язок і співвідношення категорій розсуду і волі в цивільному праві / Л. А. Литовченко // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 3. – С. 76–86.
5. *Литовченко Л. А.* Окремі підходи щодо дослідження проблеми розсуду в цивільному праві / Л. А. Литовченко // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна № 1028. Серія «Право». Випуск № 12 / Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України; Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна. – Харків, 2012. – С. 142–146.
6. *Майданик Р. А.* Цивільне право. Загальна частина: підручник / Р. А. Майданик; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, юрид. ф-т. – К.: Алерта, 2012. – Т. 1: Вступ у цивільне право. – 2012. – 471 с. [Електронний ресурс]: http://pidruchniki.ws/1924070146535/pravo/interes_tsivilnomu_pravi#623.

7. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 01.12.2004 р. № 18-рп/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 50. – Ст. 67.*

8. Скакун О. Ф. Теорія держави і права. Підручник / О. Ф. Скакун / Пер. з рос. [Бураковський С. О.]. – Харків: Консум, 2009. – 656 с.

9. Цивільний кодекс України: Кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

10. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубевої. – 2-е вид., перероб. та доп. – К.: Правова єдність, 2009. – 744 с.

11. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1910–1912. – Вып. 1–4, VII. – 805 с.

12. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Вступительная статья, Е. А. Суханов. – М.: Фирма «СПАРК», 1995. – 556 с.

The article deals with relationship and correlation of categories of discretion, interest and subjective right in civil law of Ukraine. The legal nature of the discretion in civil law as simple legitimate permission for the civil relations participant' choice of the legal behavior variant in realization of subjective right and private interest.

В статтє вьясняется взаимосвязь и соотношение категорий усмотрения, интереса и субъективного права в гражданском праве Украины. Определяется правовая природа усмотрения в гражданском праве как простого легитимного разрешения на выбор участником гражданских отношений варианта правового поведения в осуществлении субъективного права и реализации частного интереса.

ПРАВО НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА

Миронова Г. А.,

кандидат філософських наук,

старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті досліджуються окремі цивільно-правові характеристики права на медичну допомогу в Україні. Автором пропонується юридичний критерій виокремлення особистих немайнових прав фізичної особи в сфері надання медичної допомоги. Сформульовано цивільно-правову дефініцію поняття «пацієнт».

Ключові слова: особисті немайнові права в сфері надання медичної допомоги, критерій угруповання особистих немайнових прав фізичної особи, цивільно-правова дефініція поняття «пацієнт».

В результаті розвитку медичних технологій, а також із ускладненням суспільних відносин та зростанням значення індивідуального інтересу інтенсифікуються правовідносини в сфері надання медичної допомоги, які, до того ж, помітно переорієнтуються на реалізацію приватного інтересу окремої особи. Вказані процеси потребують ґрунтовного наукового осмислення та адекватного правового забезпечення засобами цивільного права. Об'єктом даної роботи є особисті немайнові права фізичної особи в сфері надання медичної допомоги, предметом – проблема підставності виокремлення та угруповання особистих немайнових прав фізичної особи в сфері надання медичної допомоги. Вказані питання останнім часом все частіше привертають до себе увагу цивілістів, які працюють над проблематикою суб'єктивних цивільних прав. Так, методологічною основою для авторських пошуків є праці таких видатних дослідників: Р. Стефанчука [6], З. Ромовської [1], Л. Красицької [2], М. Малєїної [3]. Зокрема, сформульовані Р. Стефанчуком в його фундаментальній праці «Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві: поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту» методологічні позиції та висновки стали відправним пунктом для аналізу автором цієї статті місця і ролі права на медичну допомогу в системі суб'єктивних цивільних прав.

На практиці співвідношення та розмежування приватного та публічного у правовому регулюванні відносин медичної сфери є непростю справою. Адже при наданні медичної допомоги суб'єкти (пацієнти, медичні працівники, медичні установи) 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.

Особисте немайнове право на медичну допомогу в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України). Цивільно-правові відносини в сфері медичної діяльності виникають за ініціативою юридично рівних і економічно незалежних суб'єктів. То ж особливості цивільно-правової складової полягають в тому, що вона

орієнтована на «регулювання відносин з обороту продукту медичної діяльності між юридично та економічно незалежними суб'єктами за допомогою властивих цивільному праву форм та методів» [4, с. 4].

В основі особистих немайнових відносин в сфері надання медичної допомоги лежать нематеріальні невідчужувані блага особистості – життя, здоров'я, гідність, цілісність, недоторканність. Вказані та однопорядкові до них блага становлять виключний інтерес особистості, і саме як такі охороняються та захищаються суспільством і державою. Приватноправовий характер даних особистих немайнових відносин надає всі підстави для включення їх до предмета цивільно-правового регулювання. Адже для них характерні всі ознаки особистих немайнових відносин, зокрема, ці відносини: (а) складаються стосовно закріплення, використання, охорони та захисту особистих немайнових благ: життя, здоров'я, гідність, цілісність, недоторканність, приватність; (б) спрямовані на забезпечення приватного немайнового інтересу – збереження, підтримання, відновлення вказаних немайнових благ; (в) ґрунтуються на засадах юридичної рівності та автономії волі та волевиявлення учасників – лікарів та пацієнтів; (г) мають абсолютний характер, зокрема, належать всім учасникам відповідних правовідносин та мають визначене у Конституції коло підстав для обмеження; (д) позбавлені економічного (майнового або грошового) змісту.

У цивільному законодавстві України право на медичну (лікувально-профілактичну) допомогу посідає важливе місце серед особистих немайнових прав фізичної особи, що забезпечують її природне існування. Це право закріплено у ст. 49 Конституції України, ст. 284 ЦК України, ст. 33–53 Основ законодавства України про охорону здоров'я. Право на медичну допомогу в тому вигляді, в якому воно сформульовано в конструкції ст. 284 ЦК України, фактично складається із сукупності прав: право на надання медичної допомоги; право на вибір лікаря та методів лікування, право відмовитися від лікування. Цей перелік прав, що стосуються медичної сфери, продовжується у ст. 285 та 286. Тобто в ЦК України йдеться про низку суб'єктивних цивільних прав щодо відповідних особистих немайнових благ у межах певної сфери суспільної діяльності – медичної.

Таких особистих немайнових прав суб'єктів правовідносин з надання медичної допомоги (ст. 284–286 ЦК України), як мінімум, виявляється: вісім стосовно пацієнтів (право фізичної особи на надання їй медичної допомоги; право на звернення за наданням медичної допомоги, право на вибір лікаря та лікувального закладу, право на вибір методів лікування; право на згоду на медичне втручання; право на відмову від медичного втручання; право на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я; право на таємницю про стан свого здоров'я і факт звернення за медичною допомогою) і два стосовно лікаря (право на надання рекомендацій щодо методів лікування, право надавати медичну допомогу без згоди пацієнта). Ці права стосуються відповідних благ, які охороняються засобами цивільно-правового регулювання – здоров'я, життя, медичної допомоги, автономії вибору, недоторканності, приватності тощо.

З одного боку, право на медичну допомогу є об'єктивним та конституційним правом, метою закріплення якого в Основному Законі є декларація певних соціальних досягнень та утвердження у зв'язку з цим правових підстав для громадянина вимагати від держави конкретних соціально-правових гарантій та правових механізмів їх дотримання. Але з іншого, – суб'єктивне цивільне право на відміну від об'єктивного права є не абстрактною можливістю, а конкретними межами і точною мірою дозволеної поведінки. До того ж, суб'єктивне цивільне право юридично забезпечене кореспондуючим йому обов'язком. Саме тому з метою запобігання змішування публічного та приватного аспектів доцільно відокремити групу спеціальних особистих немайнових прав фізичної особи, що виникають у сфері медичних відносин, та у такий спосіб об'єднати права, що визначені у ст. 284, 285, 286, 287 ЦК України загальною назвою «Особисті немайнові права фізичних осіб, що виникають в сфері надання медичної допомоги».

Така переструктуризація актуалізує практично важливе питання систематизації особистих немайнових прав залежно від юридично значущого критерію, який об'єднує вказані права у групи. Угрупування може надати додаткові нормативні переваги для цивільно-правового регулювання відносин медичної сфери, що передбачає створення більш ефективного юридичного механізму, чутливого до специфіки конкретного виду відносин (благ, прав). До того ж, завдяки системі спеціальних правових засобів створюється найбільш привабливий правовий «клімат» для забезпечення та захисту приватного інтересу фізичної особи у визначеній сфері діяльності.

Критерій виокремлення особистих немайнових прав у сфері надання медичної допомоги в спеціальну групу. В сучасній цивілістичній літературі усталеною є концепція, за якою особисті немайнові права поділяються на загальні та спеціальні (окремі). Такий розподіл має рацію та виконує важливу соціально-правову функцію – виокремлення як загальних засад (універсальних нормативних принципів) цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин, так і найбільш важливих базових сфер, які потребують спеціального правового впливу, з метою гармонізації загального та спеціального приватного інтересу. Цей підхід є виправданим та навіть необхідним з огляду на подвійну сутність фізичної особи, яка вступає в різноманітні правові відносини, поєднуючи в собі два «обличчя» одночасно. З одного боку, фізична особа завжди має універсальний соціально-правовий статусу людини та громадянина певного суспільства, з іншого – вона виступає суб'єктом визначеного виду відносин, що потребують додаткового правового впливу з огляду на специфіку та особливе соціальне навантаження. Хоча окремі сфери спеціального приватного інтересу підпорядковуються загальним засадам правового устрою, все ж таки для більш ефективного регулювання

необхідно створювати додаткові правові інструменти, які не конкурують із загальним засадничим рівнем, а конкретизують та доповнюють його.

У цьому питанні автор повністю солідаризується із Р. Стефанчуком, який теж відстоює доцільність виокремлення груп особистих немайнових прав фізичної особи, які мають правовий статус спеціальних. Ці права характеризуються, як і всі інші, основними ознаками, що характерні для загальних (універсальних) особистих немайнових прав фізичної особи, але вони мають низку факультативних ознак, що визначаються залежно від різновиду даних прав [5, с. 137–140]. На доктринальному рівні такою факультативною ознакою, що відокремлює одну групу особистих немайнових прав від іншої та, відповідно, об'єднує окремі права в одну групу, є функціональна спорідненість спеціальної групи прав за сферою суспільної діяльності, в якій вони «живуть».

Така позиція обґрунтовується переконливим аргументом, що система особистих немайнових прав фізичних осіб може бути поділена на органічні складові, якими є загальне й окреме. При цьому до особистих немайнових прав, що складають підсистему «загальне», слід віднести ті, яким притаманний базовий характер та які наділені універсальністю, тобто належать всім фізичним особам. На відміну від загальних окремі (або спеціальні) особисті немайнові права не мають ознаки універсальності, навпаки, функціонально прикріплені до конкретної сфери суспільної діяльності та тісно пов'язані зі спеціальним правовим статусом фізичної особи, який юридично ідентифікується за допомогою спеціальної правосуб'єктності.

Саме така функціональна прикріпленість окремої групи прав до певної сфери діяльності, що означає їхню ефективну «роботу» у справі забезпечення приватного інтересу у певній сфері суспільної діяльності, слугує необхідною підставою для їх об'єднання в правове угруповання. Завдяки такому угрупованню досягається суспільно корисна мета найповнішого рівня правової регламентації (регулювання, охорони та захисту) приватних прав учасників окремої сфери відносин. Пов'язана з першою друга мета, яка теж здійснюється, полягає в тому, що прозора система правового регулювання дає можливість оцінити повноту охоплення правового забезпечення проголошених у законодавстві правомочностей суб'єктів відповідного немайнового блага. Це, в свою чергу, дозволить вчасно виявляти та ліквідувати невідповідності та прогалини, що спотворюють ефективність благоволодіння та благовикористання суб'єктами відповідних прав.

Звісно, як відмічає Р. Стефанчук, «з огляду на можливу кількість варіантів поведінки фізичної особи, а також можливої кількості існування спеціальних правових статусів, можна дійти до висновку, що і кількість окремих (спеціальних) особистих немайнових прав фізичної особи може наближатись до нескінченності» [6, с. 258]. Але насправді, такого безмежного збільшення правових статусів, що потребують особливих способів правового впливу, не відбувається. Річ у тім, що підставою для законодавчого відокремлення групи спеціальних особистих немайнових прав фізичної особи має бути не функціональна відокремленість сфери дії приватного інтересу як така, а додатковий *критерій особливої уразливості приватного інтересу*, що потребує посилення правових гарантій охорони та захисту такого інтересу. Така особлива уразливість (або незахищеність) приватного інтересу характерна для певних сфер суспільної діяльності або/та для окремих соціально-демографічних груп фізичних осіб.

Хоча у ЦК України немає формального розподілу особистих немайнових прав на універсальні та спеціальні, все ж чинне законодавство надає підстави для відокремлення груп спеціальних особистих немайнових прав фізичної особи, які доцільно розподілити саме за критерієм особливої уразливості приватного інтересу. Правовий статус учасників відповідних особистих немайнових відносин має низку факультативних ознак та потребує додаткового правового впливу на ці правовідносини з метою найбільш ефективної правової охорони їхніх прав та інтересів у гармонійному поєднанні із охороною публічного порядку. Той факт, що критерій особливої уразливості має виражену вирізняльну здатність, отже наукову цінність найвищого ґатунку, підтверджується його застосовністю до такої важливої та складної наукової діяльності, як розподіл особистих немайнових прав фізичної особи на спеціальні групи. Такими особливими групами прав у ЦК України є:

— Особисті немайнові права фізичної особи в сфері інтелектуальної діяльності. Уразливість приватного інтересу як вирізняльна ознака прав даної групи проявляється у наявності специфічних умов благоволодіння та благовикористання стосовно особливого немайнового об'єкта – процесу та продукту інтелектуальної діяльності людини.

— Особисті немайнові права фізичної особи в сфері сімейних відносин. Уразливість приватного інтересу в даній групі прав пов'язана з особливостями правової охорони інтимної та сімейної сторін приватного життя фізичної особи та необхідністю додаткових правових гарантій для народження та повноцінного розвитку людини.

— Особисті немайнові права дітей та інших фізичних осіб, що мають дефекти дієздатності, об'єднуються у групу спеціальних прав за критерієм особливої уразливості інтелектуальних та вольових здатностей окремих суб'єктів цивільних відносин та підвищеною небезпекою неправомірного втручання у приватну сферу даної категорії фізичних осіб. Така уразливість суттєво впливає на можливість здійснення цими суб'єктами суб'єктивних прав, то ж потребує особливих цивільно-правових механізмів здійснення, охорони та захисту їхніх особистих немайнових прав.

— Особисті немайнові права фізичної особи в сфері медичної діяльності. Аналогічно можна говорити про існування спеціального приватного інтересу фізичних осіб як учасників правовідносин медичної сфери, який за критерієм своєї уразливості потребує спеціальних правових способів охорони та захисту. Критерій особливої

уразливості приватного інтересу, за яким виокремлюється група особистих немайнових прав фізичної особи в сфері медичної діяльності, проявляється в даній сфері дії приватного інтересу в вигляді підвищеного ризику для неправомірного вторгнення в сферу приватності фізичної особи (як пацієнта, так й лікаря). Така уразливість пов'язана як з особливою властивістю об'єкта особистих немайнових відносин – інтимністю людського організму, так із особливим контактним впливом на цей об'єкт шляхом втручання засобами медицини у тілесну (соматичну) та психічну сфери людського організму.

Актуальна необхідність виокремлення групи спеціальних особистих немайнових прав фізичної особи в сфері надання медичної допомоги також обґрунтовується такими соціальними та правовими факторами, які підвищують рівень вразливості приватного інтересу в цій сфері діяльності: 1) існуючими загрозами з боку сучасних біомедичних технологій для прав, гідності, цілісності людини, які потребують особливих гарантій дотримання прав учасників відносин та спеціальних засобів правового впливу; 2) небувалим розширенням кола суб'єктів відносин медичної сфери, яке наближається до кола учасників цивільних відносин, в результаті чого до спеціальної соціальної групи пацієнтів тією або іншою мірою (в той або інший період життя) відноситься все населення країни.

Цивільно-правова дефініція поняття «пацієнт». Виникнення та регламентація особистих немайнових прав фізичної особи в сфері медичних відносин пов'язано із набуттям суб'єктами цих відносин специфічного правового статусу «пацієнт». Попри те, що як у законодавстві, так і в правовій науці нині немає єдності щодо визначення поняття «пацієнт», така проблематичність видається штучною. У ст. 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я зазначено, що «пацієнт – фізична особа, яка звернулася за медичною допомогою та/або якій надається така допомога». Проте окремі дослідники додають інші суттєві ознаки, які слід, на їхню думку, взяти до уваги. Так, А. Зелінський пропонує доповнити дефініцію поняття «пацієнт» в аспекті можливої «участі в медичному експерименті в якості досліджуваного» [7, с. 143]. Інші автори вважають, що «пацієнт – це особа, яка звернулася за наданням профілактичної, діагностичної, лікувальної чи реабілітаційно-відновної допомоги до закладу охорони здоров'я будь-якої форми власності чи медичного працівника індивідуальної практики незалежно від стану здоров'я або добровільно погодилася на проведення медико-біологічного експерименту» [8, с. 68]. Перелік окремих ознак, які складають поняття «пацієнт», можна продовжувати з огляду на виникнення нових видів медичної допомоги, медичну або мовну ерудицію автора. Проте існує реальна небезпека того, що в правову дефініцію включаються несуттєві ознаки, або ж не включаються суттєві.

На шляху визначення правової дефініції поняття «пацієнт» слід зазначити, що в правовому контексті не йдеться про «людину, яка страждає» та потребує медичної допомоги. Пацієнт у правовому вимірі це, перш за все, спеціальний правовий статус фізичної особи, яка перебуває у правових відносинах з іншими учасниками медичної сфери. Отже, правовим критерієм для виокремлення правового статусу «пацієнт» слугують дві визначальні ознаки: 1) фізична особа вступила у правовідносини із закладом охорони здоров'я; 2) її організм є об'єктом надання медичної допомоги. Враховуючи те, що правовий статус пацієнта прямо пов'язаний із участю фізичної особи у правовідносинах із суб'єктами медичної діяльності, слід взяти за основу таку правову дефініцію. Пацієнт – це фізична особа, яка є стороною правовідношення з приводу надання медичної допомоги та організм якої є об'єктом здійснення медичної діяльності. Отже, пацієнтом фізична особа стає з того моменту, як вона вступила у правовідносини із будь-яким суб'єктом системи охорони здоров'я незалежно від того, чи вона потребує такої медичної допомоги чи фактично така допомога їй надається. Наведене визначення містить необхідні та достатні характеристики правового статусу фізичної особи як пацієнта та є належними правовим ґрунтом для подальшого аналізу особистих немайнових прав фізичної особи в сфері медичної діяльності.

Таким чином, право на медичну допомогу за своєю правовою природою належить до групи особистих немайнових прав та має як загальні ознаки цієї категорії суб'єктивних цивільних прав, так і низку спеціальних. У структурі об'єкта особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги присутні не одне або два немайнових блага (життя і здоров'я), але й низка інших – автономія волі, приватність, гідність, недоторканність, які охороняються засобами цивільного права. Юридичною підставою для законодавчого відокремлення групи спеціальних особистих немайнових прав фізичної особи є критерій особливої уразливості приватного інтересу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Ромовська З. В. Українське цивільне право: загальна частина. Академічний курс: Підручник. – К.: Атіка, 2005. – 560 с.
2. Красицька Л. В. Цивільно-правове регулювання особистих немайнових прав громадян: монографія. – Донецьк: Вид-во ДІВС МВС України, 2002. – 164 с.
3. Малеина М. Н. Содержание и осуществление личных неимущественных прав граждан: проблемы теории и законодательства // Государство и право. – 2000. – № 2. – С. 16–21.
4. Первова Л. Т. Гражданско-правовые проблемы регулирования медицинского обслуживания граждан в Российской Федерации: автореферат диссертации ... кандидата юридических наук: 12.00.03. – Москва, 2006. – 25 с.
5. Стефанчук Р. О. Загальнотеоретичні проблеми поняття та системи особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному праві України. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2006. – 170 с.

6. 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. – 627 с.

7. Зелінський А. До питання про поняття «пацієнт» // Університетські наукові записки. – 2006. – № 2. – С. 139–143.

8. Стеценко С. Г., Стеценко В. Ю., Сенюта І. Я. Медичне право України: підручник / За заг. ред. д.ю.н., проф. С. Г. Стеценка. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 507 с.

The article explores some civil law characteristics of the right to health care in Ukraine. The legal criterion for distinguishing individual non-property rights of a person in the sphere of medical assistance delivery is provided by the author. The civil law definition of the term "Patient" is stated.

В статті розглядаються деякі характеристики права на медичну допомогу в Україні. Автор пропонує юридичний критерій для личних немайнових прав фізичного лица в сфері надання медичної допомоги. Дано громадянсько-правове визначення поняття «пацієнт».

РОЗУМІННЯ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВ ОСІБ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Мічурін Є. О.,

доктор юридичних наук, професор,

провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Кожевникова В. О.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри охорони інтелектуальної власності

цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті досліджуються особливості обмежень у цивільному праві в різних аспектах. Автори визначають, що виявлені обмеження пронизують різні підгалузі цивільного права. Обмеження прав розглядаються у різних аспектах, зокрема як механізм, що сприяє формуванню правомірної поведінки особи.

Ключові слова: обмеження в цивільному праві, механізм правового регулювання, цивільні правовідносини.

Поступовий розвиток сучасного цивільного законодавства пов'язаний з подальшим вдосконаленням механізму правового регулювання, в якому обмеження посідають певне місце. Останнім часом вчені дедалі більше приділяють увагу теоретичній розробці проблем, пов'язаних із обмеженням цивільних прав. Незважаючи на це, вказана тематика потребує подальшого розроблення для більш повного розуміння природи обмежень прав осіб. Такі обмеження притаманні механізму правового регулювання. У ньому обмеження втілюються задля сприяння формуванню правомірної поведінки в особи. Додержання обмежень особами має йти на користь суспільству. Утім залишається відкритою проблема того, в яких аспектах слід розуміти категорію «обмеження» у цивільному праві, як вони впливають на зміст цивільного права та правовідносини. Виникає необхідність доктринального дослідження різних аспектів розуміння категорії обмежень в цивільному праві.

Останнім часом дослідженню проблематики категорії обмежень в цивільному праві приділялася певна увага. Серед праць зі вказаної проблематики слід відзначити праці О. Ю. Косової «Проблеми обмеження особистих немайнових та майнових прав у сімейному праві» (2005) [3], Н. А. Гуляєвої «Проблеми здійснення особистих немайнових та майнових прав неповнолітніх» (2011) [4], Є. О. Мічуріна «Межі та обмеження майнових прав фізичних осіб» (2009) [5]. Більшість із зазначених наукових досліджень стосувалось того чи іншого аспекту розуміння обмежень у цивільному праві в цілому, окремих цивільних прав, зокрема у сімейному праві. Кожен з вказаних дослідників більш уваги приділяв власному баченню категорії «обмежень» у праві, утім про різні аспекти розуміння цієї категорії, що просувало б її цілісне розуміння, майже не йшлося. Тому вбачається за необхідне проаналізувати сучасний стан розроблення проблематики обмежень та дослідити різні аспекти розуміння обмежень.

Мета цієї статті – виявити особливості обмежень прав осіб у різних аспектах їхнього розуміння та виявити їх вплив у різних проявах цивільного права (об'єктивного, суб'єктивного). Завданнями є аналіз доктринальних підходів до категорії обмежень в цивільному праві, дослідження тенденцій формування різних аспектів їхнього розуміння, зокрема, дії обмежень у механізмі правового регулювання, визначення їхнього впливу на суб'єктивне цивільне право.

Щодо визначення локальної проблеми, то вона стосується змісту обмежень у праві, адже різні аспекти їхнього прояву ще недостатньо досліджені. Доведення існування обмежень у механізмі правового регулювання залишає проблему їхнього впливу на суб'єктивне цивільне право. Все це впливає на зміст категорії обмежень у цивільному праві. Як зазначає І. С. Канзафарова, для правознавства проблема категорій є однією з гострих проблем.

З використанням понять, точніше – правил оперування поняттями, пов'язані великі досягнення правознавства, такі як точність формулювань та надійні дедуктивні висновки [1, с. 63]. На сьогодні є різні аспекти тлумачення категорії обмежень у праві.

У різних галузях права обмеження мають специфіку. Очевидно, що у праві обмежується не сама особа, а її права. Навіть якщо йдеться про обмеження чи позбавлення волі як кримінальне покарання, йдеться про обмеження права вільного пересування особи у просторі. Отже, право особи на пересування може обмежуватися за вироком суду, якщо особа вчиняє кримінальний злочин. На відміну від кримінального права, у цивільному праві обмеження є не санкцією, а превентивним заходом, щоб запобігти порушенню інтересів суспільства чи інших осіб. Так, обмеження на перепланування у багатоквартирному будинку запобігають руйнуванню житла та сприяють охороні інтересів сусідів. Тобто у цивілістиці йдеться, передусім, про обмеження певних прав, але і це буде не повним визначенням цієї категорії. Обмеження в цивільному праві є також і обмеженнями права вибору для особи діяти на її власний розсуд, що встановлено нормою цивільного права. Ці складові категорії «обмежень» надають можливість зрозуміти їхню сутність та завдання у праві. Все інше: обумовленість обмежень, юридична техніка їхнього встановлення, мета можуть бути різними залежно від зміни політичних, економічних умов, що складаються у державі. Адже право є надбудовою економічних базисних відносин. Політика ж, у свою чергу, певним чином визначає економічні засади діяльності держави.

Утім, підіймаючи проблему обмежень у різних аспектах їхнього розуміння, ми виходимо з генеральної ідеї про те, що право пронизано обмеженнями з точки зору не їхньої тотальності – говорити так у правовій державі не можна. Мається на увазі, що обмеження стосуються окремих цивільних прав, їхньої широкої гами з різних інститутів цивілістики. Обмеження так чи інакше прямо чи опосередковано впливають на об'єктивне, суб'єктивне цивільне право, цивільні правовідносини.

Обмеження у цивільному праві щодо його інститутів виявляється, зокрема, щодо речових прав. Так, обмеження власників житла зобов'язують їх не проводити демонтаж внутрішніх комунікацій, не переобладнувати житло, якщо це порушує будівельні норми і правила, без відповідних дозволів; дотримуватись санітарних, пожежних, епідеміологічних норм та правил, що впливає з ч. 2 ст. 383 ЦК України. У договірному праві існують обмеження соціальних потреб при встановленні індикативних прав, регулюванні цін на житлово-комунальні послуги тощо (зазначимо, що не завжди ці тарифи відповідають економічно обґрунтованим розрахункам). Характерними є обмеження в інституті недоговірних зобов'язань. Наприклад, ст. 1204 ЦК України врегульовує обмеження обсягу відшкодування шкоди, заподіяного фізичною особою, незалежно від її матеріального стану, крім випадків, коли шкода заподіяна злочином. Обмеження майнових прав постраждалої особи полягають в зменшенні для неї компенсації (обмеження розміру відшкодування). У спадковому праві існують обмеження щодо позбавлення права на спадкування осіб, які перебували на утриманні спадкодавця. Таким чином, кожний інститут цивільного права має обмеження, які встановлюються щодо окремих прав.

На високому науковому рівні аспект розуміння обмежень цивільних прав в механізмі правового регулювання вже був раніше доведений.

О. А. Підпригора зазначив, що ще за давньоримських часів встановлювались обмеження завдяки дозволу: там можна було власнику п'яти рабів відпускати одного, власнику десяти рабів – двох, а взагалі не більше трьох рабів [2]. Тобто спочатку йде дозвіл, а невідривно від нього – обмеження: не можна звільняти більше трьох рабів взагалі, незалежно від кількості рабів у рабовласника.

Сутність механізму правового регулювання щодо обмежень майнових прав фізичних осіб являє собою засновану на правових принципах систему правових засобів: велінь, дозволів, заборон, що встановлені в нормах актів цивільного законодавства та окремих індивідуальних установлень в актах застосування права, спрямованих на ускладнення здійснення суб'єктивних прав з урахуванням прав інших уповноважених осіб та суспільних інтересів.

Утім зрозуміти обмеження у цивільному праві (як і будь-яке юридичне явище) важливо з різних аспектів. У філософсько-правовому розумінні можна навіть стверджувати, що обмеження прав є там, де взагалі є право. Адже право однієї особи нерідко породжує обмеження вільного розсуду іншої особи діяти у сфері юридичного панування першої. Далі, розвиваючи попередню філософсько-правову ідею – що обмеження прав є там, де є право, дослідимо з цієї позиції обмеження у цивільному праві.

Право взагалі та цивільне зокрема мають різні форми існування. *Позитивне (об'єктивне) цивільне право* може існувати як у нормативних джерелах у письмовому вигляді – цивільному законодавстві, так і міститися у правових звичаях. Саме позитивно-правове розуміння обмежень у цивільному праві надає можливість досліджувати їх з точки зору механізму правового регулювання. *Суб'єктивне цивільне право* існує тоді, коли особа здійснює передбачену чи незаборонену цивільним правом поведінку, реалізуючи свій інтерес, виявляючи у реальних правовідносинах моделі поведінки, закладені у цивільному законодавстві.

Важливий аспект існування цивільного права ми бачимо у цивільних правовідносинах. Тут поєднуються об'єктивне (передбачене законом) та суб'єктивне цивільне право.

Оскільки у змісті цивільного права закладені певні обмеження, вони опосередковано (через дію закону щодо правовідносин) виявляються й при здійсненні цивільних прав, а також і у цивільних правовідносинах.

Отже, є підстави класифікувати обмеження цивільних прав на об'єктивні та суб'єктивні. Стверджувати, що обмеження є лише інструментом об'єктивного права – лише частина істини. Інша полягає у тому, що цивільне право існує в реальних правовідносинах. Від'єднати одне від іншого – об'єктивне цивільне право від суб'єктивного – можна доволі умовно. Це дві важливі грані чи сторони одного явища, правової дійсності, цивільного права як такого у різних аспектах його прояву. Якщо з філософської точки зору обмеження права є там, де є право, то чи можна говорити про обмеження на стадії суб'єктивного цивільного права? Вважаємо, що такий підхід теж має право на існування. Тоді розуміння обмежень лише як ланки у механізмі правового регулювання не стає єдино можливим. Адже у суб'єктивному цивільному праві, при здійсненні власних суб'єктивних цивільних прав, особа теж «вимірює» свою поведінку із правовими приписами, якими встановлені обмеження (психологічна концепція обмежень у праві).

Отже, обмеження можливо розглядати в об'єктивному та суб'єктивному розумінні. В об'єктивному розумінні обмеження у цивільному праві можуть досліджуватись як складова частина механізму правового регулювання, що як результат такого регулювання вміщується в окремих нормах цивільного законодавства. В суб'єктивному розумінні обмеження виявляються у поведінці суб'єкта цивільних прав, оскільки він ці права здійснює з урахуванням встановлених в законі обмежень, що мають суб'єктом враховуватись. Розуміючи ці обмеження, учасник цивільних правовідносин буде свою поведінку з урахуванням таких обмежень. Так, власник квартири, здійснюючи своє суб'єктивне цивільне право на розпорядження цим житлом, має враховувати існуючі обмеження. Якщо обмеження щодо перепланування житла у багатоквартирному житловому будинку, які встановлені в інтересах інших жильців (сусідів), ним при здійсненні суб'єктивного цивільного права ігноруються, це може призвести до виникнення шкоди і подальшої цивільної відповідальності.

Щодо подальшого поглиблення розуміння категорії обмежень у праві, то на достатньому рівні аспекти окремих різновидів обмежень також є недослідженими. Так, іноді використовується категорія «ліміт» – встановлене дозвільною нормою права обмеження (наприклад, з розпорядження майном) для особи діяти «у встановлених межах», як-от: «продавати не частіше одного разу на рік нерухомість» – інакше встановлено підвищене оподаткування. У законі нині існують комплексні обмеження, коли йдеться про обмеження окремих правовідносин, наприклад, заборона (мораторій) на відчуження земельних ділянок сільськогосподарського призначення, що встановлена у Земельному кодексу України. На підставі цього фактично припинені правовідносини вільної купівлі-продажу, міни, дарування, довічного утримання у цій сфері.

Отже, в окремих випадках йдеться про одиничні обмеження, в інших – вони можуть мати системний чи комплексний характер. Останнє – коли йдеться про обмеження у певній сфері правовідносин, які регулюються різними галузями права, наприклад, як земельною, так і цивільною.

Таким чином, обмеження сприяють ускладненню здійснення права одних осіб з метою охорони суспільних інтересів, а також прав інших осіб (сусідів власника, інших співвласників, «слабкої» сторони договору тощо). Обмеження прав сприяють встановленню такої моделі поведінки особи, що йде на користь суспільству чи не шкодить правам інших осіб, суспільним інтересам. Нині слід констатувати існування різних аспектів розуміння обмежень у цивільному праві, які можуть мати місце у механізмі правового регулювання, впливають на здійснення цивільних прав, окремі цивільні правовідносини.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Канзафарова І. С.* Теорія цивільно-правової відповідальності : монографія / І. С. Канзафарова. – Одеса: Астропрінт, 2006. – 264 с.
2. *Пидопригора А. А.* Основы римского частного права: учеб. пособ. для юридических вузов и факультетов / А. А. Пидопригора. – К.: Вища школа, 1990.
3. *Косова О. Ю.* Семейно-правовое регулирование отношений по предоставлению содержания членам семьи: дис. ... док. юрид. наук / О. Ю. Косова. – М., 2005.
4. *Гуляева Н. А.* Семейно-правовое регулирование отношений между ребенком и другими членами семьи, не являющимися его законными представителями: дис. ... док. юрид. наук / Н. А. Гуляева. – М., 2011.
5. *Мічурін С. О.* Обмеження майнових прав фізичних осіб (цивільно-правовий аспект : дис... док. юрид. наук / С. О. Мічурін. – К., НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009.

The article examines the restriction features in civil law in various aspects. Based on the analysis the author determines that the identified restrictions permeate one and all civil law subsectors. Restrictions serve as a mechanism that contributes to good behavior of a person who inures to the benefit of society.

В статье исследуются особенности ограничений в гражданском праве в разных аспектах. Авторы доказывают, что ограничения характерны для различных подотраслей гражданского права. Ограничения прав рассматриваются в разных аспектах, в частности, как механизм, способствующий формированию правомерного поведения лица.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ФОРМИ ГРОМАДСЬКОГО ОБ'ЄДНАННЯ

Парута Ю. І.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено аналізу проблемних аспектів визначення організаційно-правової форми юридичної особи. Висунуто пропозиції, які стосуються регламентації порядку визначення організаційно-правової форми громадського об'єднання.

Ключові слова: юридична особа, непідприємницьке товариство, громадське об'єднання, організаційно-правова форма, види громадського об'єднання.

На сучасному етапі розвитку нашої держави характерною рисою громадських об'єднань зі статусом юридичної особи є те, що вони активно вступають у відносини цивільно-правового характеру. Так, Цивільний Кодекс України (далі – ЦК України) відносить їх до непідприємницьких товариств, чим підтверджує, що вони є учасниками цивільно-правових відносин [1], а Закон України «Про громадські об'єднання» надає їм право набувати майнові та немайнові права, здійснювати підприємницьку діяльність тощо [2].

Правове становище громадських об'єднань також визначається й іншими нормативно-правовими актами, наприклад, законами України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» від 23. 10. 1998 р., «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» від 07. 10. 1997 р., «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15. 09. 1999 р., «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності» від 22. 06. 2012 р., і цей перелік не є вичерпним. А з цього випливає, що поняття «громадське об'єднання» охоплює чисельні суспільні утворення, і саме тому Закон України «Про громадські об'єднання» має бути правовою базою для нормативних актів, якими регулюється правове становище окремих видів громадських об'єднань, указуючи вектор їх розвитку.

Громадські об'єднання як суб'єкти цивільного права були предметом дослідження таких цивілістів як В. В. Кочина, Г. О. Кудрявцевої, Д. С. Лещенка, О. Ю. Літвіної, М. В. Менджул, В. Ф. Піддубної, А. М. Пономарьова, О. О. Серової, Т. М. Сойфер, І. В. Спасибо-Фатеевої та ін. Разом із тим у рамках цієї статті не будемо зупинятися на аналізі усіх проблемних питань цивільно-правового статусу громадських об'єднань, а зосередимо свою увагу на теоретико-правових аспектах визначення організаційно-правової форми громадського об'єднання зі статусом юридичної особи (далі – громадське об'єднання), характеристики підходів та концепцій щодо окреслення організаційно-правової форми громадського об'єднання, що й становитиме мету цієї статті.

Правильне визначення організаційно-правової форми юридичної особи видається досить важливим, оскільки саме вона «дає можливість дізнатися про спосіб формування майна юридичної особи, права засновників (учасників) і самої юридичної особи на таке майно, підстави виникнення та припинення прав учасників, порядок взаємодії засновників (учасників) що до управління юридичною особою» тощо [3, с. 106].

Слід звернути увагу на те, що Закон України «Про громадські об'єднання» неоднозначно підходить до вирішення питання організаційно-правової форми громадського об'єднання та певною мірою не відповідає ЦК України з даного приводу. Так, у ч. 2 ст. 1 вищезазначеного Закону закріплено, що громадське об'єднання «за організаційно-правовою формою утворюється як громадська організація або громадська спілка». А у ч. 3, 4 цієї самої статті читаємо, що засновниками та членами громадської організації є фізичні особи, засновниками громадської спілки виступають юридичні особи приватного права, а її членами можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Отже, з цього випливає, що законодавець виділяє суб'єктний склад громадського об'єднання як основу поділу, а це не є достатнім критерієм для виокремлення на цій підставі окремих організаційно-правових форм юридичної особи. На згаданому прикладі чітко простежується обґрунтованість твердження Д. М. Бікмурзіної, що при «створенні нових організаційно-правових форм непідприємницьких товариств дуже часто не зберігається правило переваг та недоліків, яке закріплюється конкретною організаційно-правовою формою, що підриває законодавчу систему юридичних осіб і перетворює її на набір неузгоджених між собою конструкцій» [4, с. 86].

З вищенаведеного випливає, що питання визначення організаційно-правової форми юридичної особи є дискусійним і не відзначається однозначністю поглядів. Але вважаємо, що такий стан речей є закономірним, адже, як слушно стверджує І. В. Спасибо-Фатеева, «зараз не існує і сталої теорії організаційно-правової форми, вона тільки формується шляхом висунування і прискіпливого обговорення в наукових дискусіях різноманітних точок зору» [5, с. 71].

Також не можна не наголосити на тому, що законодавець у ст. 83 ЦК України, закріпивши положення про можливість створення юридичних осіб у формі «товариств, установ та в інших формах, передбачених законом», зумовив тлумачення такої норми в широкому значенні. А це призвело до того, що науковці, досліджуючи правову природу певної юридичної особи, помилково відносять окремі види юридичних осіб, які існують у рамках однієї організаційно-правової форми, до самостійної організаційно-правової форми [6, с. 62]. Наприклад, визначають як самостійну організаційно-правову форму громадське об'єднання, релігійну організацію, благодійну організацію, споживчий кооператив тощо. З цього приводу повністю підтримуємо висловлену позицію

І. В. Спасибо-Фатєєвої, що в ЦК України «слід чітко визначити лише дві організаційно-правові форми юридичних осіб – товариства та установи» [5, с. 76].

Через те, що питання визначення організаційно-правової форми юридичної особи не зазнало належного вирішення на рівні нормативно-правових актів, слід звертатися до напрацювань цивілістичної доктрини. Фундаментальне дослідження організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права було здійснено І. М. Кучеренко, яка стверджує, що «організаційно-правова форма юридичної особи – це її видова характеристика, в основі виділення якої лежить визначена в законі сукупність пов'язаних між собою ознак, що дають підставу вирізняти одну юридичну особу від іншої у зовнішньому прояві» [7, с. 95]. Таким чином, в основу визначення організаційно-правової форми юридичної особи закладено зовнішні особливості, за якими можливе відмежування однієї юридичної особи від іншої. Схоже визначення наводить і В. М. Кравчук: «Організаційно-правова форма юридичної особи – це закріплена нормами права модель організації, яка може бути визнана юридичною особою і виражає всі істотні правові ознаки юридичної особи певного виду» [8, с. 31]. Водночас хочемо додати, що такі визначення організаційно-правової форми юридичної особи розкривають сутність даного поняття у широкому його розумінні. На думку Д. С. Лещенка, «організаційно-правова форма юридичної особи – це форма, яка охоплює організації, які мають схожі та взаємопов'язані ознаки, визначені законом» [9, с. 136]. Водночас при такому підході доволі складно визначити основні характеристики, які притаманні поняттю організаційно-правової форми юридичної особи.

Якщо ж характеризувати сутність організаційно-правової форми у вузькому розумінні, то слід указати, що найбільшою мірою характерні ознаки організаційно-правової форми юридичної особи закладені у визначенні Є. О. Мічуріна, на думку якого «організаційно-правовою формою визнається характер майнових прав юридичної особи, порядок їх набуття та спосіб здійснення управління нею» [10, с. 92]. Беручи за основу наведене визначення, вважаємо, що характерними ознаками організаційно-правової форми юридичної особи є наявність відносин членства у цій юридичній особі [11, с. 109]. Саме така ознака повинна братися за основу при відмежуванні однієї організаційно-правової форми юридичної особи від іншої.

Зрозуміло, що за умови відсутності точності, однозначності в загальному будуть виникати непорозуміння та суперечності в спеціальному. Таким чином, якщо немає єдиного підходу в теорії визначення організаційно-правової форми юридичної особи (як загального), то ще складніша ситуація із видами юридичної особи (як спеціального). Це можна простежити на прикладі визначення організаційно-правової форми громадського об'єднання. Так, І. М. Кучеренко обстоює позицію віднесення громадських об'єднань до непідприємницьких товариств, вона висловлює думку, що слід прийняти Закон України «Про громадські товариства», який би визначав правовий статус громадських товариств як самостійної організаційно-правової форми юридичної особи [7, с. 99, 279]. М. В. Менджул зазначає, що «громадська організація – це непідприємницьке товариство». Водночас зазначена авторка не відносить її до самостійної організаційно-правової форми, а визначає громадську організацію функціональним різновидом непідприємницького товариства [12, с. 70]. Але знову ж таки із поняття «функціональний різновид» не зрозуміло, у якій же організаційно-правовій формі, передбаченій ЦК України, створюється громадське об'єднання. Російський науковець Р. В. Уткін відносить громадські об'єднання до недержавних некомерційних організацій [13, с. 9], із чим, вважаємо, складно погодитися, оскільки у даному визначенні взагалі відсутня вказівка на те, чи це непідприємницьке товариство, чи установа. Поняття «некомерційна організація» охоплює установу, фонд, громадське об'єднання, споживче товариство, але вони не є однорідними за своєю природою, наприклад, в учасників споживчого товариства виникає право на пай, що є не чим іншим, як майновим правом, а для громадського об'єднання майнові права не є характерними, що не надає можливості поставити між ними знак рівності.

На нашу думку, громадське об'єднання створюється в організаційно-правовій формі товариства, яке є непідприємницьким. А громадська організація та громадська спілка є видами громадського об'єднання, а не окремими організаційно-правовими формами юридичної особи.

Вважаємо, що законодавець при визначенні поняття громадського об'єднання як учасника цивільних правовідносин має дотримуватися такої послідовності:

- 1) громадське об'єднання утворюється в організаційно-правовій формі непідприємницького товариства;
- 2) ЦК України повинен містити визначення громадського об'єднання, чітко закріплювати його організаційно-правову форму та види;
- 3) цивільно-правовий статус громадського об'єднання має бути деталізований у Законі України «Про громадські об'єднання»;
- 4) закони, якими встановлюються особливості окремих видів громадських об'єднань, мають відповідати ЦК України та Закону України «Про громадські об'єднання».

Відповідно до Закону України «Про громадські об'єднання» громадське об'єднання зі статусом юридичної особи є непідприємницьким товариством, основною метою якого не є одержання прибутку [2]. Отже, закони, якими встановлюються особливості окремих видів громадських об'єднань, мають відповідати цьому положенню. А що ж відбувається на практиці? Так, Закон України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» від 07. 10. 1997 р. закріплює положення, згідно з яким «творча спілка – добровільне об'єднання професійних творчих працівників», Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15. 09. 1999 р. визначає професійну спілку (профспілку) як «добровільну неприбуткову громадську організацію», згідно із

Законом України «Про торгово-промислові палати в Україні» від 02. 12. 1992 року торгово-промислова палата є «недержавною неприбутковою самоврядною організацією», а в Законі України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» від 05. 07. 2012 р. міститься положення, що «благодійна організація – це юридична особа приватного права». Як бачимо, вказівки на організаційно-правову форму цих утворень немає, що створює неоднозначність та додаткову плутанину в правозастосуванні, які, вважаємо, повинні бути усунуті шляхом внесення відповідних змін.

На підставі проведеного аналізу доходимо висновку, що громадське об'єднання створюється в організаційно-правовій формі товариства, яке є непідприємницьким. Вважаємо за необхідне закріпити на рівні ЦК України дві організаційно-правові форми: товариства та установи. Це, на нашу думку, стабілізує питання визначення організаційно-правової форми не тільки громадських об'єднань, а й інших учасників цивільно-правових відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс* України [прийнятий 16. 01. 2003 р.] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
2. *Про громадські об'єднання*: Закон України [прийнятий 22. 03. 2012 р.] // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4572-17/page>.
3. *Серова О. А.* Теоретико-методологические и практические проблемы классификации юридических лиц современного гражданского права России: монография / О. А. Серова // М.: Издательство «Юрист», 2011. – 328 с.
4. *Бикмурзина Д. М.* К вопросу оптимизации организационно-правовых форм некоммерческих организаций / Д. М. Бикмурзина // Проблемы права. – 2012. – № 6. – С. 85 – 87.
5. *Спасибо-Фатеева И. В.* Проблематика организационно-правовых форм юридических осіб (на приклади спільних підприємств) / І. В. Спасибо-Фатеева // Університетські наукові записки. – 2006. – № 1 (17). – С. 71 – 78.
6. *Пономарев А. М.* Общественные организации: понятие и особенности учреждения (гражданско-правовой аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Андрей Михайлович Пономарев. – Белгород, 2004. – 201 с.
7. *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03 / Ірина Миколаївна Кучеренко. – Київ, 2004. – 468 с.
8. *Кравчук В. М.* Сутнісні ознаки юридичної особи / В. М. Кравчук // Підприємництво, господарство і право. – 1999. – № 7. – С. 31–32.
9. *Лещенко Д. С.* Непідприємницькі юридичні особи: особливості організаційно-правових форм / Д. С. Лещенко // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ: збірник наукових праць. – 2008. – № 1 (37) – С. 135–142.
10. *Цивільне право в Україні.* Курс лекцій: у 6-ти томах. Т.1. / [Р. Б. Шишка, О. Л. Зайцев, Є. О. Мічурін та ін.]; за заг. ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. – Харків: Національний університет внутрішніх справ, 2004. – 417 с.
11. *Зозуляк О. І.* Непідприємницькі юридичні особи: ключові проблеми нормативного регулювання / О. І. Зозуляк // Проблеми цивільного права та процесу: матеріали. наук.-практ. конф., присвяченій пам'яті професора О. А. Пушкіна (25 травня 2013 р.). – Х.: Харківський національний університет внутрішніх справ. – 2013. – С. 107 – 111.
12. *Менджул М. В.* Громадські організації як суб'єкти цивільного права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Марія Василівна Менджул. – Київ, 2011. – 254 с.
13. *Уткин Р. В.* Развитие законодательства об общественных объединениях в Российской Федерации (вопросы теории и практики): автореф. дис. на соискания ученой степени канд. юрид. наук: специальность 12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право» / Р. В. Уткин. – Казань, 2007. – 30 с.

The article is devoted to the problematic aspects of the determination of legal person's form of incorporation. The motion which pertain regulation of the determination of public association's form of incorporation was suggested.

Статья посвящена анализу проблемных аспектов определения организационно-правовой формы юридического лица. Выдвинуты предложения, которые касаются регламентации порядка определения организационно-правовой формы общественного объединения.

ОРГАНИ ТА ПРЕДСТАВНИКИ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА ЯК УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Первомайський О. О.

*кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник відділу приватного права НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

У статті досліджуються представницькі цивільно-правові відносини за участю, з одного боку, суб'єктів публічного права, з іншого – їх органів та представників.

Ключові слова: цивільні відносини, органи, представники, суб'єкти публічного права, суб'єкти приватного права.

Главою 10 ЦК України [1, ст. 356] визначено суб'єктний склад представницьких відносин, в межах яких відбувається участь в цивільних відносинах таких суб'єктів публічного права як держава Україна та територіальні громади. Дотримуючись термінології зазначеного підрозділу ЦК України, особами, які представляють суб'єктів публічного права під час їх участі в цивільних відносинах, є: *органи та представники*.

З аналізу тексту ст. 170 – 173 ЦК України слідує, що різне термінологічне позначення суб'єктів, за посередництва яких відбувається участь держави Україна та територіальних громад в цивільних відносинах, є свідомим та ґрунтується на розмежуванні органів державної влади та органів місцевого самоврядування, з одного боку, та всіх інших суб'єктів – представників – з іншого боку. Останніми можуть бути суб'єкти приватного права, а саме, фізичні особи та юридичні особи приватного права.

Таким чином, з огляду на положення чинного цивільного законодавства, а саме воно регулює участь в цивільних відносинах будь-яких їх потенційних учасників, опосередкована участь в цивільних відносинах таких суб'єктів публічного права як держава Україна та територіальні громади може відбуватися через дві, доволі відмінних одна від одної, групи представників. Одна група таких представників складається з органів державної влади та органів місцевого самоврядування, інша – з суб'єктів публічного та приватного права, які позбавлені владних повноважень (компетенції).

Аналіз чинного законодавства, актів органів місцевого самоврядування надає можливість стверджувати про існування достатньо розгалуженої систематики органів державної влади та органів місцевого самоврядування, «через які» (мовою ст.170–172 ЦК України) та за представництва яких (термінологією ст.173 ЦК України) набувають і здійснюють цивільні права та обов'язки держава Україна та територіальні громади. В Україні створено та діє значна кількість органів державної влади, які за різними критеріями можуть бути поділені на: центральні та місцеві, органи законодавчої, виконавчої та судової влади, органи загальні та спеціалізовані (з особливим статусом) тощо. Законами України, наприклад, «Про місцеві державні адміністрації» [2, ст. 190], «Про місцеве самоврядування в Україні» [3, ст. 170], «Про Національний банк України» [4, ст. 238], «Про Конституційний Суд України» [5, ст. 272], «Про Центральну виборчу комісію» [6, ст. 448] тощо, підзаконними нормативно-правовими актами переважна більшість органів державної влади та органів місцевого самоврядування визнана юридичними особами (юридичними особами публічного права). Тобто ці організаційні утворення (органи влади) можуть розглядатися не лише як складові частини таких самостійних учасників відносин як держава Україна та територіальні громади, а також одночасно як наділені самостійною цивільною право- та дієздатністю суб'єкти. А отже, ці суб'єкти (органи влади) отримують статус самостійних учасників цивільних відносин.

Звісно, легалізація органів державної влади та органів місцевого самоврядування як юридичних осіб публічного права має свої особливості, але з моменту набуття такого статусу, на регулювання участі цих суб'єктів в цивільних відносинах, згідно зі ст. 82 ЦК України, поширюються положення цього Кодексу, якщо інше не встановлено законом.

При цьому поза межами тексту ЦК України залишилися питання щодо розмежування відмінностей в правовому регулюванні участі держави Україна та територіальних громад в цивільних відносинах, з одного боку, через свої органи, які або взагалі не мають власної цивільної право- та дієздатності, яскравим прикладом такого органу державної влади є Кабінет Міністрів України, або які (органи влади) не використовують її (власну цивільну право- та дієздатність), оскільки діють саме від імені держави Україна.

На нашу думку, зрозуміла принципова відмінність в подібних ситуаціях, а тому необхідним є удосконалення чинного законодавства з метою більш чіткого правового регулювання випадків, коли органи державної влади або органи місцевого самоврядування, навіть маючи статус юридичної особи публічного права, не будуть визнаватися учасником відносин, наприклад з відшкодування шкоди, завданої незаконними діями посадових чи службових осіб таких органів, а учасником таких відносин згідно з законодавством буде прямо визначена або держава Україна, або відповідна територіальна громада.

Участь держави Україна та територіальних громад в цивільних відносинах може відбуватися й за сприяння інших представників, якими, окрім органів державної влади та органів місцевого самоврядування, можуть бути: державні (казенні) й комунальні підприємства та установи, фізичні та юридичні особи. Частина з цих представників згідно з положеннями чинного законодавства, навіть не будучи органами влади, також може бути визнана суб'єктами публічного права. Йдеться про таких суб'єктів як: державні, казенні та комунальні підприємства, державні та комунальні установи.

Створювати державні, казенні чи комунальні підприємства або установи можуть лише органи влади в межах наданої їм чинним законодавством України компетенції. Правовою підставою для створення таких юридичних осіб як державні та казенні підприємства є ч. 2 ст.167 ЦК України та ст. 73–74, 76 ГК України. При цьому рішення про їх створення приймається компетентними органами державної влади. Так, згідно з постановою Кабінету Міністрів України «Про перетворення державних підприємств у казенні» від 30 червня 1998 р. № 987 (зі змінами та доповненнями) було перетворено у казенні підприємства велику кількість державних підприємств, які не підлягають приватизації. В результаті чого, наприклад, Харківське конструкторське бюро з машинобудування імені О. О. Морозова було перетворено на казенне підприємство «Харківське конструкторське бюро з машинобудування імені О. О. Морозова».

У свою чергу, державні підприємства також створюються за рішенням органів державної влади. Такі владні рішення можуть ухвалювати Президент України, Кабінет Міністрів України, міністерства тощо. Так,

згідно з постановою Кабінету Міністрів України від 22 липня 2009 р. № 791 було створено Державне комерційне підприємство «Науково-технологічний комплекс «Ресурс».

Публічно-правовою підставою для створення державного або казенного підприємства можуть бути одразу кілька рішень органів державної влади. Наприклад, Державне підприємство «Український інститут промислової власності» було створено за наказом Міністерства освіти і науки України від 07 червня 2000 р. № 175 на виконання (як зазначено в ньому) Указу Президента України «Про зміни у структурі центральних органів виконавчої влади» від 15 грудня 1999 р. № 1573/99 та Постанови Кабінету Міністрів України «Про утворення Державного Департаменту інтелектуальної власності у складі Міністерства освіти і науки України» від 4 квітня 2000 р. № 601.

Особливістю участі цих підприємств у цивільних відносинах є те, що вони наділені майном на праві повного господарського відання або оперативного управління, в той час як власником майна є держава Україна.

Чинне законодавство надає можливість державі Україна створювати й державні установи. При цьому розуміється створення юридичної особи саме в організаційно-правовій формі «установи» (ч. 3 ст. 83 ЦК України), а не в організаційно-правовій формі господарського товариства, частина з яких за традицією лише позначається як «установа», наприклад, «банківська установа».

Слід визнати наявність певної термінологічно-понятійної плутанини в питаннях змісту та назви організаційно-правової форми, внаслідок чого державними органами створюються підприємства в тих випадках, коли можуть бути створені установи. В результаті такої непослідовності створені, наприклад, Державне підприємство «Культурно-художній і музейний комплекс «Мистецький арсенал», Державне підприємство «Український інститут промислової власності», Державне підприємство «Український науково-дослідний інститут радіо і телебачення» тощо, хоча сутнісно ці організації за своєю організаційно-правовою формою є радше установами ніж підприємствами.

Звісно, є й інші більш вдалі приклади заснування державних установ. Наприклад, Постановою Кабінету Міністрів України «Про невідкладні заходи щодо запровадження зовнішнього незалежного оцінювання та моніторингу якості освіти» від 31.12.2005 р. № 1312 затверджено Положення «Про Український центр оцінювання якості освіти», який відповідно до положення визначено як бюджетну установу, що належить до сфери управління Міністерства освіти і науки України (п.1 Положення) та є юридичною особою (п. 13 Положення). В іншому вдалому прикладі «Державна установа «Агентство з розвитку інфраструктури фондового ринку України», яка створена в 1998 р. при Державній комісії з цінних паперів та фондового ринку відповідно до Рішення цієї Комісії № 94 від 29 липня 1998 р. позначена як «державна установа», що є юридичною особою згідно з п. 11 затвердженого Положення про неї [7].

Державні установи, як і державні та казенні підприємства, не є власниками майна, що перебуває у їх віданні. Майно державних установ є державною власністю, в свою чергу, державна установа володіє цим майном на праві оперативного управління.

Незважаючи на ту обставину, що частина державних підприємств та установ створюється органами державної влади, ці підприємства та установи не мають владних повноважень.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про холдингові компанії в Україні» [8, ст. 291] зараховуються до акціонерних компаній й створювані державні холдингові компанії, підтвердженням чого є порядок формування їх статутного капіталу. Наприклад, Постановою Кабінету Міністрів України від 25 лютого 2009 р. № 154 була створена «Державна холдингова компанія «Титан України», статутний фонд якої мав бути сформований шляхом передачі до нього 100 відсотків акцій, що належать державі у статутних фондах ВАТ «Сумхімпром» і «ДАК «Титан» та державного комерційного підприємства «Запорізький титано-магнієвий комбінат» після перетворення його у відкрите акціонерне товариство.

Створення державою господарських товариств, холдингових компаній в більшості випадків відбулося та відбувається шляхом корпоратизації (акціонування) вже існуючих державних підприємств (установ, організацій). Наприклад, на виконання розпорядження Президента України «Про акціонування Державного експортно-імпортного банку України» від 27 квітня 2000 р. № 189 Постановою Кабінету Міністрів України від 10 серпня 2000 р. № 1250 (зі змінами та доповненнями) на підтвердження перетворення державної банківської установи в господарське товариство було затверджено Статут публічного акціонерного товариства «Державний експортно-імпортний банк України». Згідно з п. 5 цього статуту вказано, що засновником банку є держава в особі Кабінету Міністрів України.

Державна Україна може бути як одиничним акціонером (учасником) господарського товариства, володіючи всіма акціями останнього чи його статутним капіталом, так й одним з акціонерів (учасників) товариства поряд з іншими учасниками цивільних відносин. Державна Україна може бути учасником господарських товариств й опосередкованим чином, тобто завдяки участі в статутному капіталі господарського товариства державної або національної акціонерної компанії тощо. Наприклад, Національна акціонерна компанія «Енергетична компанія України» є акціонером Акціонерної енергетичної компанії «Київенерго» [9].

Передбачена розгалужена система органів та представників й щодо таких первинних суб'єктів місцевого самоврядування як територіальні громади. Зокрема, в ст. 5 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» визначено систему місцевого самоврядування, яка, окрім територіальної громади, включає до свого

складу: сільську, селищну, міську раду, сільського, селищного, міського голову, виконавчі органи сільської, селищної, міської ради, районні та обласні ради, органи самоорганізації населення. Тобто наявні колегіальні та одноособові органи територіальних громад, представницькі та виконавчі. При цьому частина з цих органів має статус юридичної особи публічного права, а інша – ні.

В територіальних громадах великих міст, за рішенням представницького органу – місцевої ради, як правило, створено достатньо велику кількість виконавчих органів. Так, Київською міською радою прийнято рішення «Про утворення виконавчого органу Київської міської ради та затвердження його структури і загальної чисельності» від 20 червня 2002 р. № 28/28, відповідно до якого було затверджено створення (або підтверджено існування вже існуючих) більше п'ятдесяти органів місцевого самоврядування: головних управлінь, управлінь тощо, а відповідно до рішення Київської міської ради від 10 липня 2003 р. № 584/744 затверджено низку положень про головні управління, управління та інші структурні підрозділи виконавчого органу Київської міської ради (Київської міської державної адміністрації), відповідно до яких підтверджено статус юридичних осіб цих органів місцевого самоврядування. Згідно з затвердженими положеннями зазначені виконавчі органи місцевого самоврядування є юридичними особами та мають визначений обсяг повноважень для дій в інтересах відповідної територіальної громади.

Відповідно до ч. 2, 3 ст. 169 ЦК, ст. 78 ГК, п. 30, ч. 1 ст. 26 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» органи місцевого самоврядування мають повноваження на створення комунальних підприємств та установ. Так, рішенням Київської міської ради «Про створення комунального підприємства виконавчого органу Київради (Київської міської державної адміністрації) «Київтранспарксервіс» від 15 березня 2007 р. № 261/922 було створено відповідне спеціалізоване підприємство. За іншим рішенням Київської міської ради «Про створення комунальної установи «Київський міський центр соціально-психологічної допомоги» від 27.10.2005 р. № 257/3718 було створено відповідну комунальну установу.

Згідно з ч. 3 ст. 78 ГК майно комунального підприємства перебуває у комунальній власності й закріплюється за таким підприємством або на праві господарського відання (комунальне комерційне підприємство) або оперативного управління (комунальне некомерційне підприємство). Майно комунальної установи перебуває в останньої лише на праві оперативного управління.

Непоодинокими випадками є участь територіальних громад в особі їх органів місцевого самоврядування у створенні господарських товариств. В якості правової підстави для створення органами місцевого самоврядування таких господарських товариств як акціонерні, окрім ст. 169 ЦК України може розглядатися й ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства», згідно зі ст. 9 якої засновниками акціонерного товариства визнається, зокрема, територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном. Наприклад, рішенням Київської міської ради від 14 червня 2007 р. № 791/1452 було створено закрите акціонерне товариство «Київський Медіа Холдинг» шляхом реорганізації у формі злиття комунальних підприємств «Хрещатик», «Вечірній Київ», «Редакція газети «Українська столиця», «ТРК «Київ», «Радіо «Голос Києва» за умови закріплення у комунальній власності м. Києва 51% акцій товариства.

Територіальні громади можуть бути акціонерами (учасниками) господарських товариств, створених іншими суб'єктами. Наприклад, згадувана Акціонерна енергопостачальна компанія «Київенерго» була створена відповідно до Указів Президента України «Про заходи щодо ринкових перетворень в галузі електроенергетики України» від 21.05.1994 р. та «Про структурну перебудову в електроенергетичному комплексі України» від 04.04.1994 р. шляхом корпоратизації Виробничого енергетичного об'єднання «Київенерго». В подальшому Київська міська рада своїм рішенням від 23 вересня 1999 року № 39/541 надала згоду на прийняття у комунальну власність територіальної громади м. Києва пакета акцій, що належать державі, у статутному фонді акціонерної компанії «Київенерго» у розмірі 12,73 % статутного капіталу компанії.

Представниками територіальних громад у цивільних відносинах можуть бути й органи самоорганізації населення, які у випадку їх легалізації шляхом реєстрації відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону України «Про органи самоорганізації населення» набувають статус юридичної особи, тобто учасника цивільних відносин. Прикладом участі цих органів у цивільних відносинах в інтересах територіальної громади можуть бути відносини власності, оскільки згідно зі ст. 17 Закону органи самоорганізації населення за рішенням місцевої ради можуть бути наділені комунальним майном, що буде передане цим органам в оперативне управління.

Таким чином, підсумовуючи проведені дослідження, можемо констатувати, по-перше, різноманіття суб'єктів (органів та представників), за посередництва яких відбувається участь держави Україна та територіальних громад в цивільних відносинах, по-друге, існування потреби в більш чіткому регулюванні відносин з подібного представництва.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс* України від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003.– № 40–44.– Ст. 356
2. *Про місцеві державні адміністрації* : Закон України від 09.04.1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999.– № 20–21.– Ст. 190.
3. *Про місцеве самоврядування в Україні* : Закон України від 21.05.1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997.– № 24.– Ст. 170.

4. *Про Національний банк України* : Закон України від 20.05.1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 29. – Ст. 238.
5. *Про Конституційний Суд України* : Закон України від 16.10.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.
6. *Про Центральну виборчу комісію* : Закон України від 30.06.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 36. – Ст. 448.
7. *Офіційний сайт Державної установи «Агентство з розвитку інфраструктури фондового ринку України»*: Режим доступу: www.smida.gov.ua.
8. *Про холдингові компанії в Україні* : Закон України від 15.03.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 34. – Ст. 291.
9. *Офіційна Інтернет-сторінка АЕК «Київенерго»*: Режим доступу: [:http://me-press.kiev.ua/capital.php](http://me-press.kiev.ua/capital.php).

The article examines the representation of civil legal relationship with one hand entities of public law, on the other - their bodies and representatives.

В статье исследуются представительские гражданско-правовые отношения с участием, с одной стороны, субъектов публичного права, с другой – их органов и представителей.

К ВОПРОСУ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО СТАТУСА МЕДИЦИНСКОЙ ОРГАНИЗАЦИИ

Печников А. П.,

*доктор юридических наук,
профессор кафедры экономических и финансовых исследований
Высшей школы государственного аудита МГУ имени М. В. Ломоносова,
почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации*

Печникова О. Г.,

*кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета
Российского Государственного Университета нефти и газа имени И. М. Губкина.*

Статью посвящено новому субъекту правоотношений в медицинской сфере – медицинской организации.

Ключові слова: медична організація, медичний заклад, правосуб'єктність, юридична особа, медична допомога, лікувально-профілактичний заклад.

Один из важнейших вопросов, требующих своего решения – определение правового статуса медицинской организации, которая определена законодателем как юридическое лицо на замену ранее существовавшему названию – лечебно-профилактическое учреждение. Для определения правовой природы медицинской организации необходимо коснуться такой берущей свое начало с XIX в. категории, как правосубъектность.

По мнению Я. Р. Веберса, «правосубъектность следует рассматривать как обозначение субъекта права применительно к отдельным правоотношениям» [1, с. 23], в связи с чем особое значение приобретает вопрос о правовой регламентации возможности юридических лиц и, в частности, некоммерческих организаций, выступать в качестве субъектов правоотношений, предусмотренных законом. С правосубъектности, считает О. Н. Лебединец, начинается движение любой юридической материи, и именно при наличии признаваемой и предоставляемой государством правосубъектности возможно участие юридических лиц в гражданских правоотношениях [2, с. 94].

Позиция, основанная на психофизиологическом аспекте понятия «юридическое лицо», прослеживается у последователей «теории воли» О. Ф. фон Гирке, «теории интереса» Р. фон Иеринга, «теории целевого имущества» А. фон Бринца [3, с. 147–148]. Общим положительным качеством позиции является само обнаружение данного аспекта, позволившее заложить фундамент нового понятия. Именно эти теории позволили увидеть в «воле», «интересах», «цели» необходимые предпосылки для осуществления гражданской правосубъектности.

Эволюционирование понятия «юридическое лицо» происходило в соответствии с развитием социально-экономических условий функционирования общества [4, с. 77–79]. Понятия «воля», «интересы», «цели» развиваются в соответствии с существующей экономической организацией присвоения [5, с. 221]. Эту закономерность не смог увидеть и Ф. К. фон Савиньи, которому отводится историческое первенство среди теорий юридического лица [3, с. 147 – 148]. По его мнению, понятие о лице или субъекте права должно совпадать с понятием о человеке, так как «всякое право существует ради нравственной каждому человеку присущей свободы». [6, с. 20]. Р. фон Иеринг отмечал противоречия, существующие между основным постулатом

(субъект права – волеспособное лицо) и правовой действительностью (когда лица, лишенные разумной воли, признаются законом субъектом права) [6, с. 20]. Все вышеназванные авторы, будучи правоведами «первой волны», рассматривали правосубъектность через психофизиологическую составляющую. По оценке Л. С. Мамут, «большое влияние на общественное мнение оказала, в частности, эволюционная теория, которая сделалась господствующей фактически во всем естествознании» [7, с. 523]. Тот факт, что авторам не удалось рассмотреть экономическую составляющую в эволюционирующем субстрате юридического лица, на наш взгляд, и явилось основой их заблуждений.

Единые гносеологические корни с рассмотренными нами теориями можно обнаружить у последователей «теории директора», высказанной Ю. К. Толстым, который исходит из того, что главная цель наделения организации правами юридического лица – это обеспечение возможности ее участия в гражданском обороте. Директор уполномочен действовать от имени организации в сфере гражданского оборота, поэтому он и является основным носителем юридической личности государственного лица [3, с. 150]. Слабой позицией данной теории является то, что директор – это человек, который выступает в правовом качестве наемного работника, за ним юридически отрицается способность к экономическому присвоению, так как он не является субъектом гражданского права. Механизм доходности не будет функционировать, если сущность юридического лица будет сведена лишь к директору [8, с. 42].

В статье 48 Гражданского Кодекса Российской Федерации определено понятие юридического лица [9, с. 454]. Следует особо обратить внимание на отсутствие в данном определении одного из основных признаков юридического лица, каковым является «организационное единство». О. С. Иоффе писал, что «юридическим лицам свойственен признак организационного единства. Сущность его состоит в том, что внутри организации складывается такая система отношений, благодаря которой она становится единым целым, возглавляемая единоличным (например, директором) или коллегиальным (например, правлением) органом» [10, с. 130].

В связи с этим В. В. Пиляева выделяет классические признаки юридического лица, придерживаясь официальной трактовки законодателя. Такими признаками есть: 1. Организационное единство. 2. Наличие обособленного имущества. 3. Способность выступать в гражданском обороте от своего имени. Филиалы и представительства могут выступать только от имени юридического лица, к которому они относятся. Юридическое лицо по своим обязательствам отвечает своим имуществом. [11, с. 31].

В зависимости от формы собственности цивилистическая наука выделяет государственные и частные (негосударственные) юридические лица. По цели деятельности – коммерческие и некоммерческие. По составу учредителей – юридические лица (союзы и ассоциации), государство (унитарные предприятия и государственные корпорации) или любые субъекты права (все остальные юридические лица) [3, с. 166–167]. Следует определить гражданско-правовое положение государственных и муниципальных лечебно-профилактических учреждений среди множества других юридических лиц. Прежде всего, их следует отнести к государственным и некоммерческим. Учредителем государственных лечебно-профилактических учреждений являются центральные органы государственного управления Российской Федерации, а муниципальных – местные. По характеру прав участников – к организациям, на имущество которых учредители не имеют право собственности (являясь единственным видом некоммерческих организаций такого типа). По объему вещных прав организации – к юридическим лицам, обладающим правом оперативного управления на имущество (имущество, переданное учреждению собственником, забронировано от взысканий; взыскание по долгам может быть обращено лишь на его денежные средства и самостоятельно приобретенное имущество). По учредительным документам – к уставным юридическим лицам (устав утверждается собственником, а наименование должно включать в себя указание на собственника). По признаку членства – обычно создаются одним учредителем, который сам определяет и цели, и состав имущества, необходимый для их достижения [3, с. 168, 208].

В федеральном законе от 21 ноября 2011 г. № 323 «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» [12] дается понятие медицинской организации.

Несомненно, существуют и другие подходы к классификации лечебно-профилактических учреждений. Так, по уровню квалификации выделяют лечебно-профилактические учреждения, оказывающие первую помощь, доврачебную, первую врачебную, квалифицированную, специализированную и узкоспециализированную помощь. Иногда выделяют учреждения, оказывающие первичную, вторичную и третичную медико-санитарную помощь. Чаще всего лечебно-профилактические учреждения в зависимости от оказания помощи населению разделяют по следующим видам: внебольничные (амбулаторно-поликлинические учреждения), больничные (стационарные или госпитальные учреждения), учреждения скорой и неотложной помощи, реабилитационные и санаторно-курортные учреждения. Следует признать весьма условным и такую систематизацию, учитывая то обстоятельство, что структура лечебно-профилактических учреждений нам представляется как аморфный, постоянно эволюционирующий организм, составные части которого являются тесно взаимосвязанными.

Так, в структуре санаторно-курортных учреждений действуют курортные поликлиники, грязелечебницы, по своей сути являющиеся амбулаторно-поликлиническими учреждениями. В структуре поликлиник могут действовать дневные стационары, в систему учреждений скорой помощи входят больницы скорой помощи, а диспансеры и объединенные больницы имеют амбулаторно-поликлиническое и стационарное звенья. Лечебно-профилактическое учреждение является основным структурным элементом системы здравоохранения Российской Федерации.

Номенклатура этих учреждений (представлена в сокращенном виде) [13, с. 30–33]: 1.1. Больничные учреждения (больницы: городская, областная, районная, на водном транспорте и т. д.; госпиталь для ветеранов войн; медико-санитарная часть; специализированные больницы: восстановительного лечения, гериатрическая, детская инфекционная и т. д.; центральная медико-санитарная часть; центры: гериатрический, диабетологический, профессиональной патологии и т. д.; республиканское объединение по реабилитации и восстановлению детей-инвалидов). 1.2. Учреждения здравоохранения особого типа (бюро: медицинской статистики и т. д.; лепрозорий; хоспис; центры: медицинской профилактики, медицины катастроф и т. д.).

1.3. Диспансеры (кардиологический, наркологический и т. д.). 1.4. Амбулаторно-поликлинические учреждения (амбулатория; косметологическая лечебница; линейная амбулатория на железнодорожном транспорте; поликлиники: городская, стоматологическая и т. д.; фельдшерско-акушерские пункты; центры: диагностический, мануальной терапии и т. д.). 1.5. Учреждения скорой медицинской помощи и учреждения переливания крови: станция переливания крови, центр трансфузиологии и т. д. 1.6. Учреждения охраны материнства и детства (родильный дом, женская консультация, перинатальный центр и т. д.). 1.7. Санаторно-курортные учреждения (грязелечебница, детский санаторий, курортная поликлиника, санаторий-профилакторий и т. д.). 1.8. Клиники (клиника медицинской научной организации и др.).

Кроме этого, существует структура учреждений государственной санитарно-эпидемиологической службы и аптечных учреждений. Данная номенклатура, имеющая несомненное юридическое и функциональное значение, не является единственным методологическим подходом к систематизации. Можно использовать и другие принципы классификации лечебно-профилактических учреждений Российской Федерации: по организационно-правовой форме: юридические лица (коммерческие и некоммерческие организации), физические лица (граждане) и частные предприниматели (с образованием и без образования юридического лица); по форме собственности: государственные, муниципальные и частные; по территориально-административной подчиненности: федеральные, республиканские, окружные, областные, краевые, районные и т. д.; по ведомственной принадлежности: системы Министерства юстиции, Министерства внутренних дел и т. д.; по месту проживания обслуживаемого контингента: городские и сельские; по структуре: объединенные и необъединенные; по видам оказания лечебно-профилактической помощи: амбулаторно-поликлинические, больничные, скорой медицинской помощи и т. д.; по специализации: многопрофильные, специализированные и т. д.; по возрастному признаку: для подростков, гериатрические и т. д.; по интенсивности лечения: интенсивного лечения, восстановительного лечения, медико-социальной помощи и т. д.

Таким образом, по нашему мнению, в новый федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323 «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» следует внести четкое определение видов не только медицинской помощи, но и медицинских организаций, поскольку имеющееся определение медицинской организации в ст. 2 обозначено в законе весьма не конкретно и поверхностно.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ:

1. Веберс Я. Р. Основные проблемы правосубъектности граждан в советском гражданском и семейном праве / Я. Р. Веберс. – Дис. ... докт. юрид. наук. – М., 1974.
2. Лебединец О. Н. Вопросы правосубъектности юридических лиц на современном этапе. Актуальные проблемы частно-правового регулирования / О. Н. Лебединец. – Материалы IV Всероссийской научно-практической конференции молодых учёных. – Самара, 2004.
3. *Гражданское право*. Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. В 3-х томах. Т. 1. – М.: «Проспект».
4. *Гражданское и торговое право капиталистических государств*. Под ред. Е. А. Васильева. – М.: «Международные отношения», 1993.
5. Функ Я. И., Михальченко В. А., Хвалей В. В. Акционерное общество: история и теория / Я. И. Функ. – Минск: «Амалфея», 1999.
6. Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве / С. Н. Братусь. – М., 1947.
7. *История политических и правовых учений*. Под ред. В. С. Нерсесянца. – М.: «Инфра - М», 1996.
8. Грибанов В. П. Юридические лица / В. П. Грибанов. – М., 1961.
9. *Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации*. Под ред. М. И. Брагинского. – М.: «СПАРК», 1995.
10. Иоффе О. С. Советское гражданское право / Иоффе. – М., 1967.
11. Пиляева В. В. Гражданское право. Части общая и особенная. Учебник / В. В. Пиляева. – М.: «ТК Велби», 2003.
12. *Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) // [Электронный ресурс] Информационно-правовой портал «Гарант». – URL : <http://base.garant.ru/12191967/>.*
13. Медик В. А., Юрьев В. К. Курс лекций по общественному здоровью и здравоохранению. В трех частях. Часть 2. Организация медицинской помощи / В. А. Медик, В. К. Юрьев. – М.: «Медицина», 2003.

The article is devoted to the new legal subject in the medical field – medical organization.

Статья посвящена новому субъекту правоотношений в медицинской сфере – медицинской организации.

ПРИЗУПИНЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЯК СПОСІБ САМОЗАХИСТУ ПОРУШЕНИХ ПРАВ КРЕДИТОРА

Пленюк М. Д.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник

НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті проаналізовано специфіку призупинення виконання договірною зобов'язання як одного із видів способів самозахисту порушених прав кредитора.

Ключові слова: зобов'язання, самозахист, виконання зобов'язань, призупинення.

Національна кодифікація цивільного законодавства незалежної України, яка відбулася 10 років тому назад і вилилася у нормативно-правовий акт – Цивільний кодекс України (далі – ЦК України), як стверджують науковці, пройшла усі «кола законодавчого пекла» [15, с. 94]. Проте переводити дихання, зупинитись на досягнутому сьогодні є неприпустимим, адже з динамікою розвитку суспільства та ринкових відносин потрібно адекватно, а головне, своєчасно реагувати на найбільш болючі потреби сьогодення. Адже хороший кодекс, як зауважує Р. О. Стефанчук, – це «живий кодекс» [15, с. 95], який повинен динамічно розвиватися разом із суспільством. Серед багатьох позитивних моментів, які є в чинному ЦК України, варто відзначити, насамперед, й те, що найбільшу за обсягом частину становить зобов'язальне право, яке забезпечує, в першу чергу, належне, ефективне регулювання зобов'язань, які виникають із різного роду цивільно-правових договорів. Більше того, аналіз норм ЦК УРСР 1922 р., ЦК УРСР 1963 р. та ЦК України 2003 р. надав можливість дійти висновку, що в чинному ЦК України правові норми спрямовані на розширення свободи сторін у виборі щодо укладення різних за правовою природою видів договорів та способів (видів) забезпечення виконання зобов'язань, засобів здійснення цивільних прав та виконання обов'язків тощо. Про це, насамперед, свідчить такий вид забезпечення виконання зобов'язань як притримання, а також, відсутність вказівки на вичерпний перелік способів забезпечення виконання зобов'язань тощо. Адже, як зауважила О. С. Кізлова, взаємозв'язок і складність різних суспільних відносин, а також прагнення виробити доцільніші прийоми правового регулювання (поява яких викликана реальною практикою) обов'язково призводить до появи нетипових інститутів, до яких можна віднести й право притримання [7, с. 133]. М. І. Брагінський у своїх працях звертає увагу на те, що притримання є одним із найбільш ефективних способів забезпечення виконання зобов'язань замовником [2, с. 69].

Про призупинення виконання зобов'язань, як зазначається в юридичній літературі, згадується ще в далекому римському праві [6, с. 9]. Зауважимо, що в класичному римському праві зобов'язання сторін договору розглядалися як різні зобов'язання, які тісно не пов'язані між собою настільки, щоб це надавало право іншій стороні призупинити виконання своїх зобов'язань. Так, Р. Ціммерманн, аналізуючи інститут призупинення, стверджував, що в класичному римському праві для того, щоб у кредитора виникало право призупинити виконання зобов'язання в договорі, повинна бути спеціальна умова, попередня домовленість про призупинення зобов'язання. Проте, як зазначає автор, відсутність такої домовленості не перешкоджало судам того часу приймати рішення про право призупинення виконання умов договору на умовах доброї совісті [25, с. 801]. На думку І. А. Покровського, якщо договір купівлі-продажу оформлявся обома сторонами, то зобов'язання кожного контрагента було незалежне одне від одного, а тому застосування інституту призупинення видавалось недоречним, але, як виняток, застосовувалось у договорах купівлі-продажу [14, с. 327].

Аналізуючи розвиток і сучасні погляди щодо реалізації положень призупинення, слід зазначити, що у французькому праві даний механізм захисту прав кредитора успадкований з римсько-правового інституту. Як і в римському праві, французьке законодавство розглядає питання щодо застосування призупинення виконання зобов'язань виключно у двосторонніх (синалагматичних) договорах, в межах яких сторони взаємно приймають на себе зобов'язання. Це безпосередньо впливає із норми ст. 1102 Французького цивільного кодексу [17]. У свій час французький цивіліст М. Планіоль стверджував, що французькі суди зовсім не визнавали існування права призупинення виконання зобов'язань, проте під впливом політики права, правової справедливості, добросовісності та доктрини права в ХХ ст. суди поступово почали визнавати право кредитора на призупинення виконання зобов'язання [12, с. 340].

У німецькому цивільному праві призупинення застосовується виключно в синалагматичних договорах. Так, на сторінках юридичної літератури знаходимо твердження, що в договорах про виконання робіт замовник вправі відстрочити оплату виконаних робіт, якщо в отриманому результаті будуть виявлені дефекти і замовник вимагатиме їх усунення [24, с. 289]. Стає очевидним, що синалагматичний характер зобов'язань законодавець розуміє виключно по усуненню дефектів та оплати виконаних робіт, оскільки в аналогічній ситуації, при поставці неякісного товару, право покупця призупинити оплату товару до моменту усунення недоліків за німецьким законодавством є неприпустимим. Саме тому, аналізуючи судову практику Німеччини, А. Г. Карапетов зауважує, що якщо сторони зобов'язані одночасним виконанням своїх зобов'язань, при цьому одна із сторін заявила позов про примусове виконання зобов'язань, то інша сторона вправі заявити в суді заперечення про те, що заявник також не виконав зустрічного зобов'язання. В такому випадку на заявника покладатиметься обов'язок

довести, що він своє зобов'язання уже виконав, або довести вимогу про першочергове виконання свого зобов'язання іншою стороною [6, с. 35]. На думку автора, важливим є й те, що у випадку, якщо інша сторона не подасть до суду заперечення про виконання своїх зобов'язань заявником, то суди, зазвичай, виносять рішення щодо задоволення позову і зобов'язують відповідача виконати своє зобов'язання першим.

В англійському праві інститут призупинення виконання зобов'язань сприймається через призму класичної особливості загального права – інституту призупинення. Залежно від того, чи залежні в сторін зобов'язання один щодо одного, англійські суди приймають рішення щодо можливості застосування інституту призупинення. Так, англійський апеляційний суд в своєму рішенні по справі Channel Tunnels Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd [19] вказав на те, що в англійському праві давно прийнято, що у випадку, якщо одна сторона порушила умови договору, то інша сторона має право його розірвати. Проте в доктрині англійського права не існує усталених понять щодо призупинення чи відстрочення виконання свого зобов'язання, а тому англійський суд відмовив у справі призупинення будівництва у зв'язку з неотриманням проміжних платежів. Тому можна припустити, що в англійському праві, на сьогодні, ані в судовій практиці, ані в правовій доктрині не визнається право кредитора на призупинення виконання зобов'язання в цілому, натомість стороні надається право на розірвання договору у випадку його порушення.

У цивільному кодексі Нідерландів [5] сторона вправі призупинити виконання зобов'язання, якщо контрагент не здійснює виконання свого зобов'язання за умови, що між сторонами існує взаємозв'язок між двома зобов'язаннями (п. 1 ст. 6:52 Цивільного кодексу Нідерландів). Очевидним є те, що голландський законодавець не вимагає чіткого синалагматичного зв'язку між двома зобов'язаннями для використання механізму призупинення виконання. Адже, як вбачається із літератури, для застосування інституту призупинення необхідний взаємозв'язок, який визначається виходячи із принципів розумності та справедливості [23, с. 362]. Більше того, в цивільному праві Голландії відсутні будь-які перешкоди щодо застосування інституту призупинення до зустрічних реституційних зобов'язань [20, с. 191], а також відповідно до ст. 6:56 ЦК Нідерландів застосування інституту призупинення допускається й при закінченні строку позовної давності. Також в юридичній літературі трапляються твердження, що для застосування інституту призупинення має бути синалагматичний зв'язок, а у випадках відсутності такого зв'язку сторона може посилаючись на загальні правила, які надають кредитору право призупинити виконання, й тоді, коли зобов'язання не є синалагматичного характеру, але при цьому між сторонами існує взаємозв'язок [23, с. 301]. Тут очевидним є те, що законодавство Нідерландів як і законодавство Німеччини використовує два доповнюючі один одного режими призупинення виконання зобов'язань. Проте, якщо в законодавстві Німеччини поряд із правилом призупинення зустрічного виконання в рамках синалагматичності існує й інститут притримання виконання зобов'язань, який може бути використаний і за рамками синалагматичних договорів, то в законодавстві Нідерландів інститут призупинення роздвоюється і втілюється, по-перше, у більш строгій формі до синалагматичних зобов'язань, а по-друге, у ліберальній – до зобов'язань, які взаємопов'язані між собою. Інститут призупинення виконання зобов'язань використовується в голландському законодавстві й на випадок передбаченого порушення виконання зобов'язань. Таким правом може скористатися сторона, яка має виконати зобов'язання першою. Притримання за законами Голландії застосовується виключно щодо притримання конкретних речей. Більше того, в юридичній літературі зазначається, що у випадку, коли питання, які пов'язані з функціонуванням інституту притримання, прямо законом не врегульовані, то норми щодо призупинення виконання зобов'язань застосовуються субсидіарно [22, с. 158].

За нормами Цивільного кодексу Італії у двосторонніх договорах кожна із сторін має право відмовитися від виконання свого зобов'язання, якщо інша сторона одночасно не виконує свого зобов'язання, за умови, якщо послідовність виконання не встановлена в договорі або прямо не впливає із договору (ст. 1460 ЦК Італії). Очевидним є те, що зміст даної статті прямо не заперечує використання механізму призупинення виконання зобов'язань. Адже основна мета даного положення – надати стороні можливість призупинити виконання своїх зобов'язань в тих випадках, коли сторони зобов'язані виконати зобов'язання одночасно [18, с. 404]. Більше того, в Цивільному кодексі Італії в ст. 1461 зазначено, що сторона має право призупинити виконання свого зобов'язання у випадку, якщо фінансовий стан контрагента погіршився і це ставить під загрозу можливість виконання зустрічного зобов'язання [18, с. 405].

Відповідно до ст. 546 Цивільного кодексу Японії при двосторонній реституції до обох сторін застосовуються правила про призупинення виконання зобов'язань до отримання виконання зобов'язання від контрагента (ст. 533 ЦК Японії). В юридичній літературі Японії зазначається, що право на застосування механізму призупинення має місце і тоді, коли зобов'язання виконується не в повному обсязі. В цьому випадку кредитор, отримавши лише частину від основного зобов'язання, має право призупинити своє виконання зобов'язання пропорційно отриманому [4, с. 35].

В українському законодавстві, як і в дореволюційному, так і в радянському, право призупинення зобов'язання не розглядалося, проте окремі питання щодо можливості призупинення зустрічного зобов'язання вивчалися такими вченими як І. Г. Оршанський [11, с. 147] та К. П. Побєдоносцев [13, с. 148]. Проте доктрина того часу призупинення виконання зобов'язань не визнала в силу специфіки радянської моделі права, де односторонні дії осіб могли порушити планові схеми, якими радянські лідери ретельно намагалися замінювати закони, які регулювали ринкові відносини, стримуючи вивчення односторонніх засобів захисту прав кредитора.

У сучасній доктрині права призупинення виконання зобов'язання як спосіб захисту прав кредитора не набуло широкого розвитку, проте й не є заборонене в цілому. Адже нормами ЦК України передбачено, що у разі невиконання однією зі сторін у зобов'язанні свого обов'язку або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає свого обов'язку у встановлений строк чи термін або виконає його не в повному обсязі, інша сторона має право зупинити виконання свого обов'язку, відмовитися від його виконання частково або в повному обсязі (ч. 3 ст. 538 ЦК України). Так, замовник за договором будівельного підряду має право відмовитися від договору підряду та вимагати відшкодування збитків, якщо підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її у строк стає явно неможливим.

На сьогодні варто зауважити, що відповідно до норм Основного закону кожен має право захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань будь-якими незабороненими законом засобами (ч. 5 ст. 55 Конституції України). Саме тому ЦК України, розвиваючи конституційні положення, закріпив право особи на самозахист свого цивільного права та права іншої особи. Так, відповідно до ч. 1 ст. 19 ЦК України самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Тому прийнято вважати, що самозахист є різновидом захисту цивільних прав, при якому уповноважений суб'єкт захищає свої права самостійно, без звернення до того чи іншого юрисдикційного органу. Адже самозахист – це захист прав у позасудовому порядку, а це значить, самозахист завжди застосовується проти неправомірного посягання. Самозахист може бути здійснений у випадку виникнення небезпеки порушення прав кредитора.

Так, на думку Г. Стоякіна, самозахистом є передбачені законом односторонні дії юридичного (організаційно-правові санкції) або фактичного (ті, що припиняють правопорушення правовими заходами, наприклад, затримання вантажу до внесення вантажоодержувачем усіх належних платежів) характеру, які застосовуються уповноваженим на їх здійснення суб'єктом і спрямовані на припинення дій, що порушують його майнове або особисте право. Дії ж у стані необхідної оборони та крайньої необхідності не належать до заходів самозахисту, оскільки вони пов'язані не з правовим, а з «фізичним» впливом на правопорушника [16, с. 6–17]. С. Вавженчук та Г. Фулей вважають, що до самозахисту належать й заходи оперативного впливу, що мають передбачатися законом або договором, які можуть бути виражені у діянні (дії чи бездіяльності), що застосовуються в односторонньому порядку в разі допущення порушення або явної можливості його настання у майбутньому до контрагента в зобов'язанні уповноваженою особою без звернення до компетентних державних органів із метою захисту своїх порушених прав [3, с. 15]. З такою позицією можна погодитись, адже, як зазначає В. В. Луць, однією ознакою оперативного впливу є те, що вони спрямовані на запобігання конкретним порушенням у майбутньому, виконують забезпечувальну функцію, мають запобіжний характер [8, с. 62].

Слід зазначити, що в іноземному цивільному праві крім «самозахисту» (self – defence) вживається термін й «самодопомога» (self – help), де під самодопомогою розуміють дії приватних осіб, вчинення яких не забороняється законом і не є обов'язковими, із метою запобігання чи усунення правопорушень без допомоги державних органів [21, с. 744]. Інститут самодопомоги в англо-американській правовій сім'ї охоплює практично всі дії щодо забезпечення виконання зобов'язань і захисту прав у рамках договору, здійснення яких не вимагає звернення до суду. До нього, перш за все, відносять заставу, поруку, утримання, вимогу попередньої оплати тощо. В свою чергу, під самозахистом в англійському праві розуміють діяння в стані необхідної оборони та крайньої необхідності.

В романо-германській правовій сім'ї йдеться про єдину концепцію самозахисту, яка здійснюється за допомогою двох різних форм, а саме, самооборони та самодопомоги, де перша спрямована на запобігання та відображення порушення права і включає в себе дії в стані необхідної оборони, крайньої необхідності, оборонний самозахист власника. У свою чергу, самодопомога – це самостійне відновлення порушеного права, що полягає в знищенні чужого майна, затриманні зобов'язаної особи або захопленні його речей, якщо можливість своєчасно звернутися до органів влади відсутня або органи влади не реагують на звернення заінтересованої особи [9].

В договірному праві України односторонні засоби захисту прав кредитора за своєю правовою природою є різновидом самозахисту, серед яких виділяються міри майнового характеру та міри немайнового організаційного характеру. До першої категорії належать односторонні засоби захисту, які проводять так званий перерозподіл майна між кредитором та боржником у зв'язку із порушенням договору. До другої – односторонні засоби захисту, які не мають прямого майнового змісту. При цьому майновий зміст застосування таких мір забезпечення можливий, але носить другорядний, необов'язковий характер.

О. І. Антонюк, виділяючи характерні ознаки права на самозахист, стверджує, що самозахист, по-перше, надає особі можливість самостійно здійснювати захист, не звертаючись до юрисдикційного органу (що не виключає можливість товариської допомоги та сприяння органів, що не вирішують справу по суті); по-друге, це право виникає у разі порушення чи створення реальної загрози порушення прав або інтересів; по-третє, це право може реалізуватися за допомогою заходів, які відповідають загальним або спеціальним критеріям правомірності, що відрізняє самозахист від самоуправства, дії під час якого вчиняються з порушенням встановленого порядку; по-четверте, воно є цільовим правом і здійснюється з метою попередження, припинення порушення права або ліквідації наслідків порушення, що відрізняє самозахист від самосуду, спрямованого на покарання [1, с. 3].

В юридичній літературі самозахист розглядається у вузькому та широкому значеннях. Самозахист цивільних прав у вузькому значенні – це вчинення управомоченою особою не заборонених законом фактичних дій, спрямованих на ненастання, зменшення негативних наслідків правопорушення (наприклад, встановлення власником перешкод або застосування фактичних дій для безпідставного проникнення інших осіб у житловий будинок чи на земельну ділянку). До способів захисту у широкому значенні належать як фактичні, так і юридичні дії, зокрема, застосування стороною в договірних правовідносинах так званих оперативних санкцій на противагу невиконанню іншою стороною договірних обов'язків або притримання майна боржника кредитором (ст. 594, 856, 874, 916 ЦК України та ін.) [10, с. 45]. Більше того, за ч. 1 і 3 ст. 538 ЦК України виконання свого обов'язку однією зі сторін, яке відповідно до договору обумовлене виконанням іншою стороною свого обов'язку, є зустрічним виконанням зобов'язання. У разі невиконання однією зі сторін у зобов'язанні свого обов'язку або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконує свого обов'язку у встановлений строк чи термін або виконує його не в повному обсязі, інша сторона має право зупинити виконання частково або в повному обсязі. Враховуючи вищенаведене, вважаємо, що у випадку зупинення виконання зобов'язання однією зі сторін інша сторона має право вимагати розірвання договору, а у випадку призупинення виконання зобов'язань такого права в сторін не виникає. Призупинення виконання договірних зобов'язань застосовується у двосторонніх, взаємних (синалагматичних) договорах та є правом кредитора на самозахист.

Таким чином, підсумовуючи наведене, зауважимо, що призупинення виконання зобов'язання кредитором може бути застосоване лише у двосторонніх, взаємних (синалагматичних) договірних зобов'язаннях та являється правом кредитора на самозахист, оскільки за своїми ознаками призупинення виконання зобов'язання надає кредитору можливість, по-перше, самостійно здійснити захист, не звертаючись до юрисдикційного органу, а по-друге, захист здійснюється з метою попередження порушення умов договору і не тягне за собою розірвання договору, адже призупинення виконання зобов'язання, насамперед, полягає у стимулюванні боржника до особистого виконання умов договору належним чином.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Антонюк О. І.* Право учасників цивільних правовідносин на самозахист: автореф. дис... канд. юрид. наук / О. І. Антонюк. – Харків, 2004. – С. 3–4.
2. *Брагинский М. И.* Договор подряда и подобные ему договоры / М. И. Брагинский. – М.: «Статут». – 1999. – С. 69.
3. *Вавженчук С., Фулей Г.* Проблеми розуміння сутності заходів оперативного впливу в цивільному праві / С. Вавженчук С., Г. Фулей // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 10. – С. 12–15.
4. *Вагацума С., Ариидзуми Т.* Гражданское право Японии. В 2-х кн. – Кн. 2. – М., 1983. – С. 35.
5. *Гражданский кодекс* Нидерландов. Новая кодификация / Отв. ред. Ф. Й. Фельдбрюгге. Лейден, 1996.
6. *Карапетов А. Г.* Приостановление исполнения обязательств как способ защиты прав кредитора / А. Г. Карапетов. – М.: Статут, 2011. – 239 с.
7. *Кізлова О. С.* Застава в цивільному праві (питання теорії) : монографія / О. С. Кізлова. – Одеса: Фенікс, 2011. – С. 133.
8. *Луць В. В.* Контракты у підприємницькій діяльності / В. В. Луць. – К., 2001. – 560 с.
9. *Микшис Д. В.* Самозащита в гражданском праве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук [Электронный ресурс]. – Гражданское право / Д. В. Микшис. – Режим доступа <http://law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100092536>.
10. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. – 2-е вид., перероб. і доп.* / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.) Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. 1. – С. 45 (автор коментаря – С. М. Бервено).
11. *Оршанский И. Г.* К вопросу об exception non adimpleti contractus // Субежные вестник. – 1874. – № 166.
12. *Планиоль М.* Курс Французского гражданского права. Ч. 1: Теория об обязательствах / М. Планиоль. – 1911. – С. 340–341.
13. *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права / Под ред. В. А. Томсинова. Т. 3. – М., 2003. – С. 147–154.
14. *Покровский И. А.* История римского права / И. А. Покровский. – СПб., 1999. – 560 с.
15. *Стефанчук Р. О.* Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 94–105.
16. *Стоякин Г. Я.* Меры защиты в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1973. – 197 с.
17. *Французский гражданский кодекс* / Ассоциация юридический центр ; Пер. с фр. А. А. Жуковской, Г. А. Пашковской; Науч. ред. и предисл. Д. Г. Лаврова. – СПб. – Юридический центр Пресс, 2004. – 1100 с.
18. *Antoniolli L., Veneziano A.* Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary. The Hague, 2005. – P. 404.
19. *Carter J. W.* Suspending Contract Performance for Breach // Good Faith and Fault in Contract Law. – 2002. – P. 485.
20. *Hartkamp A. S., Tillema M. M.* Contract Law in the Netherlands. The Hague, 1995. – P. 191.
21. *Tom W. Bell.* Free Speech, Scrutiny, and Self-Help: How Technology Upgrades Constitutional Jurisprudence // Minnesota law review. – 2002. – № 12/18. – P. 743–778.

22. *The Netherlands Civil Cod. Book 6. The Law of Obligations. Draft Text and Commentary* / Ed. by The Netherlands Ministry of Justice. Leiden, 1977. – P. 158.

23. *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A. Commentary* / Ed. by D. Busch, E. H. Hondius, H. J. van Kooten, H. N. Schelhaas, W. M. Schrama. The Hague, 2002.

24. *Treitel G. H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account.* Oxford, 1998. <http://www.iuscomp.org/gd/courses/pct01rea.htm>.

25. *Zimmerman R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition.* Oxford. – 1996. – P. 801 // <http://www.twirpx.com/file/407493>.

The article analyzes the specificity of suspension of enforcement of the contractual obligation as a form of self-defense methods violated rights of the creditor.

В статтє проанализирована специфика приостановления исполнения договорного обязательства как одного из видов способов самозащиты нарушенных прав кредитора.

ПРАВО ДИТИНИ НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я

Резнік Г. О.,

молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті здійснюється загальнотеоретичний аналіз особистого немайнового права дитини на охорону здоров'я та розглядається поняття «прав на здоров'я» та «прав на охорону здоров'я». Окрема увага приділяється праву дитини на медичну допомогу.

Ключові слова: право на охорону здоров'я, право на здоров'я, право на медичну допомогу.

Відповідно до положень Конституції України Україна є соціальною державою, політика якої спрямована на створення необхідних умов для забезпечення гідного життя і вільного розвитку кожної людини. В Україні визнаються і гарантуються права і свободи людини і громадянина відповідно до загальнозвизнаних норм і принципів міжнародного права. Одним із загальнозвизнаних соціально-економічних прав є право на охорону здоров'я та медичну допомогу. Основу даного права визначають норми міжнародних актів, які відповідно до положень Основного Закону є частиною національного законодавства. Вбачається, що одного лише конституційного проголошення права на охорону здоров'я недостатньо, оскільки для практичної реалізації і захисту даного права, у випадку його порушення, необхідно залучення цивільно-правових механізмів регулювання.

Відповідно до ст. 283 ЦК України право кожної фізичної особи на охорону здоров'я є особистим немайновим правом, що забезпечує її природне існування. Окремі положення, пов'язані з правом на охорону здоров'я, закріплені також у ст. 282, 284–287 ЦК України.

Базовим нормативно-правовим актом, який регулює відносини у сфері здоров'я, є Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», норми якого розглядають як одну з можливих гарантій здійснення даного права громадянами, в тому числі і неповнолітніми, а також встановлюють надання безоплатної медичної допомоги в державній системі охорони здоров'я. Крім того, даний Закон закріплює право дітей на визначені пільги в галузі охорони здоров'я та встановлює основні гарантії прав і законних інтересів дитини, передбачених Конституцією України, з метою створення правових і соціально-економічних умов для їх реалізації.

Дослідження проблем, пов'язаних з правами, які стосуються здоров'я фізичних осіб, як у вітчизняній, так і в зарубіжній науці є досить поширеними. Ці проблеми висвітлювали С. Б. Булеца, Р. О. Стефанчук, О. О. Пунда, З. В. Ромовська та ін. Серед зарубіжних авторів, які займаються вивченням проблем у сфері охорони здоров'я, є: Л. О. Красавчикова, М. М. Малєїна, Р. Б. Салтман, К. А. Флейшиц, Дж. Фігейрас та ін.

Незважаючи на велику кількість наукових праць з цієї проблематики, право дитини на охорону здоров'я не стало самостійним науковим дослідженням, а тому потребує додаткового і детального вивчення.

Насамперед, слід зазначити, що в літературі зберігається увага до дискусійності окремих аспектів проголошення права, яке передбачає одну з найвищих соціальних цінностей – здоров'я, у тому числі його визначення. Зокрема, І. Я. Сенюта наголошує, що в міжнародно-правових актах і науковій літературі на позначення цього поняття вживаються різні терміносполучення – «право на здоров'я» і право на «охорону здоров'я», що супроводжуються різними дефініціями [10, с. 17]. Певна зовнішня схожість цих термінів проте не усуває того, що науковці по-різному розуміють цю проблему.

Так, на думку З. Гладуна, М. Малєїної, Р. Стефанчука, А. Зелінського, одним із природних прав людини є право на здоров'я. В. Акопов, С. Дюжиков, Є. Маслов, А. Савицька, А. Юнусов вважають, що людина має природне право на охорону здоров'я. Деякі автори, наприклад, А. Глашев і А. Тихомиров, вживають обидва терміни [10, с. 17–18]. Для того, щоб з'ясувати, яке ж право дитина може реалізовувати і захищати, спробуємо розібратися у термінах і поняттях.

Право на здоров'я як особисте немайнове право полягає у сукупності можливостей фізичної особи вільно на власний розсуд визначати свою поведінку щодо індивідуального здоров'я [6, с. 64]. Стосовно цього Н. В. Павловська зазначає, що праву людини на здоров'я відповідає обов'язок всіх інших осіб стримуватися від дій, що порушують це право: право на охорону здоров'я припускає наявність відповідних цьому праву обов'язків зі сторони спеціальних суб'єктів, що, в свою чергу, зобов'язані згідно із законодавством вживати необхідних заходів для збереження і зміцнення здоров'я кожної людини, підтримання її життя і надання їй медичної допомоги у випадку втрати здоров'я [4, с. 44].

При цьому Л. А. Ольховик право дитини на здоров'я трактує як природне право фізичної особи перебувати в стані повного фізичного та душевного благополуччя, що реалізується закріпленими у праві правомочностями та гарантується державою [3, с. 123].

Підтримуючи думку дослідниці, зауважимо, що здоров'я дитини – не лише стан повного фізичного та душевного благополуччя у розумінні відсутності хвороби та психологічних чи фізичних відхилень у розвитку. Необхідно підкреслити, що здоров'я дитини – стан, який залежить від багатьох факторів. Здоров'я дітей не може банально зводитися лише до констатації факту відсутності хвороби, оскільки здоров'я – стан, який надає дитині можливість розвиватись в умовах здорового способу життя. А тому здоров'я дитини є поєднанням не лише біологічних, а й соціальних якостей.

На нашу думку, вирішальним моментом для здоров'я дитини є умови, в яких дитина росте (побут) і розвивається, умови відпочинку, безпечне навколишнє середовище, соціально-психологічний клімат, у якому дитина росте і розвивається.

Поряд із викладеним вище, поділяємо точку зору, відповідно до якої, аналіз термінологічної визначеності поняття права, покликаного забезпечувати таке благо людини, як здоров'я, дає підстави для визнання існування саме права людини на охорону здоров'я [10, с. 19].

Охорона здоров'я – це система заходів, спрямованих на збереження, зміцнення, розвиток та, у разі порушення, відновлення максимально досяжного рівня фізичного й психічного стану людського організму, яких зобов'язані вживати органи державної влади й органи місцевого самоврядування, підприємства, установи й організації, а також людина і населення в інтересах як кожної фізичної особи, так і всього суспільства [9].

Право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування належать до соціальних прав і свобод, які правомірно вважаються найменш дослідженою групою прав, до того ж найскладнішими для правового захисту [5, с. 120].

Аналіз визначень поняття природного права людини в загальнотеоретичній науковій літературі в сукупності з іншими аспектами дослідження цього питання дав можливість І. Я. Сенюті запропонувати удосконалене визначення права людини на охорону здоров'я як природного права. Так, право на охорону здоров'я як загальносоціальне (природне) право людини – це можливість людини використовувати усі соціальні, насамперед державні, засоби, спрямовані на збереження, зміцнення, розвиток та, у разі порушення, відновлення максимально досяжного рівня фізичного й психічного стану її організму [10, с. 26].

При цьому, досліджуючи особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві, Р. О. Стефанчук звертає увагу на те, що право на здоров'я є значно ширшим, аніж передбачено Конституцією України право на охорону здоров'я. На думку автора, позитивний зміст права на здоров'я становлять повноваження з володіння, користування й обмеженого розпорядження своїм здоров'ям, як соматичним, так і психічним. Володіння та користування тісно пов'язані з особистістю фізичної особи, і відсутність можливості володіти, користуватися своїм здоров'ям фактично буде означати смерть для неї [7, с. 43].

При цьому висловлена думка, що право на здоров'я включає такі елементи: 1) право на укладання договору про надання медичної допомоги; 2) виношування та народження жінкою дитини, зачатой шляхом імплантації в її організм чужої заплідненої яйцеклітини, з наступною передачею народженого його біологічним батькам; 3) право на участь у медичному експерименті; 4) право на відмову від медичного втручання або вимога на його отримання; 5) право на укладання договору донорства; 6) право на участь у конкурсах [1, с. 133].

Однак вважаємо, що права дитини в частині, яка стосується її здоров'я, має певні особливості. Так, правомочність щодо володіння і використання здоров'я здійснюється, наприклад, шляхом звернення особи до закладу охорони здоров'я та підписання відповідного договору на надання медичної допомоги. Ще одним способом використання свого здоров'я є донорство та виношування і народження дитини, зачатой шляхом уведення в організм жінки чужої заплідненої яйцеклітини (сурогатне материнство). Ясна річ, нічого з наведеного вище самостійно дитина здійснити не може. Дитина як суб'єкт, повністю залежний на певному етапі свого розвитку від батьків або осіб, які їх замінюють, не може самостійно, повною мірою користуватися і, тим більше, розпоряджатися своїм здоров'ям. Тому стосовно дітей доречніше розглядати право на здоров'я крізь його соціальну складову, використовуючи термін «право на охорону здоров'я та медичну допомогу», тим більше, що це поняття офіційно закріплене в національному законодавстві.

Охорона здоров'я дитини є комплексним інститутом, який включає в себе не лише підготовку медичних кадрів та проведення різного роду організаційних, соціальних, науково-медичних заходів, а й профілактичні заходи, які держава зобов'язана проводити в інтересах попередження захворюваності дітей на різні хвороби. У такому розумінні право дитини на охорону здоров'я означає належне виконання окреслених вище заходів і

обов'язків з метою створення доступної системи охорони здоров'я. А тому дане право передбачає наявність спеціальних суб'єктів, зобов'язаних забезпечувати виконання необхідних заходів для збереження і зміцнення здоров'я кожної дитини і надання відповідної медичної допомоги у випадках втрати здоров'я. Безперечно, профілактичні заходи в системі охорони здоров'я мають вирішальне значення. Своєчасна діагностика і корекція різноманітних порушень і відхилень у стані здоров'я вагітної жінки дозволяє попередити розвиток хвороб і збільшують шанси на народження здорової повноцінної дитини. Водночас, здоров'я дитини при народженні значною мірою визначається станом здоров'я вагітної жінки (мама).

Відповідно, специфіка здійснення дитиною права на охорону здоров'я та надання медичної допомоги полягає у тому, що кожному праву дитини кореспондує відповідний обов'язок її батьків або осіб, які їх замінюють. Чинне законодавство України наділяє батьків правами і обов'язками стосовно дотримання права дитини на охорону здоров'я.

За таких умов відповідно до періодів онтогенезу (від грец. онтос – існуюче та генезіс – походження – це індивідуальний розвиток організму з моменту його зародження (зиготи) до природної смерті) обов'язки батьків щодо забезпечення здійснення права дитини на охорону здоров'я, на нашу думку, доцільно виділити як *антенатальні (допологові)* та *постнатальні (післяпологові)*.

Відповідно, до *антенатальних* обов'язків батьків варто віднести: відмову від шкідливих звичок та дотримання здорового способу життя; медичне спостереження під час вагітності, планування сім'ї.

Основним *постнатальним* обов'язком батьків є своїми діями або бездіяльністю не завдавати шкоди фізичному і психічному здоров'ю дітей; забезпечити дітям вільний доступ до закладів охорони здоров'я, проходження медичних оглядів, комісій. Крім цього, батьки мають забезпечити належні умови життя, необхідні для нормального розвитку дитини.

За змістом ст. 49 Конституції України виявляються такі права: право на охорону здоров'я, право на медичну допомогу та медичне страхування. Очевидно, що ці права не тотожні, а тому співвідносяться як родове (право на охорону здоров'я) та видове відповідно до нього (право на медичну допомогу та медичне страхування).

Право на медичну допомогу як частина права на охорону здоров'я гарантує індивіду широкий спектр публічно-владних і приватних заходів щодо збереження та зміцнення його здоров'я, незалежно від того, має чи не має місце втрата здоров'я або його розлад [2, с. 220].

Медична допомога – діяльність професійно підготовлених медичних працівників, спрямована на профілактику, діагностику, лікування та реабілітацію у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також у зв'язку з вагітністю та пологами.

У даному випадку суб'єктивне право дитини на охорону здоров'я включає право дитини на отримання інформації про стан свого здоров'я (результати обстеження, діагноз, варіанти медичного втручання) та право давати згоду на медичне втручання. У випадках підписання договору про надання медичних послуг дитині батьками або особами, які їх замінюють, ще одним елементом змісту розглядуваного нами права має бути суб'єктивне право батьків на отримання інформації про стан здоров'я, діагноз, надання згоди на медичне втручання щодо дитини.

Враховуючи положення ст. 12 Конвенції «Про права дитини»: «дитині, що може сформулювати свої погляди, має надаватись право вільно висловлювати ці погляди пз усіх питань, які її стосуються»; п. 9 проекту Оттавської декларації прав дитини-пацієнта [8]: «Дитина, яка за висновком лікаря є достатньо зрілою, має право на власну думку про охорону свого здоров'я»; ст. 34 Конституції України (право кожного (в тому числі і дитини) на вільне вираження своїх поглядів і переконань); СК України (право дитини висловлювати свою думку при вирішенні в сім'ї будь-якого питання, що стосується інтересів дитини), необхідно передбачити способи фіксації думки дитини у питаннях, пов'язаних із наданням їй медичної допомоги.

Попри те, що дитина є особою несамостійною і фізично, і розумово незрілою, вважаємо доречним в окремих питаннях, а саме при вирішенні питання про згоду на медичне втручання або відмову від нього, враховувати все ж певну незалежність дитини.

Пропонуємо враховувати думку дитини в залежності від наведених далі вікових груп, оскільки цивільним законодавством України передбачені різні групи неповнолітніх (дітей) відповідно до різного обсягу потреб та їх правового регулювання. Тому пропонується такий перелік:

– частково дієздатна дитина, від 0 до 14 років. Безперечно, що згоду на медичне втручання або відмову від нього надають батьки або особи, які їх замінюють, однак діти з певного віку, наприклад, мають брати участь у процесі прийняття рішення;

– дитина від 14 до 18 років (неповна цивільна дієздатність). Дитина має право самостійно давати згоду на медичне втручання або відмову від нього за умови, що дитина не страждає на будь-яку форму неповноцінності.

Цікаво, що ст. 38 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (далі – Закон «Про охорону здоров'я») надає право з 14 років обирати методи лікування за порадою лікаря, а ст. 39 лише повнолітнім надає право на повну інформацію про стан свого здоров'я. Як тоді можна обирати спосіб лікування, не маючи інформації про стан здоров'я?

Дану правову колізію вбачається можливим усунути шляхом внесення змін до ст. 39 Закону «Про охорону здоров'я», зазначивши: «Пацієнт, який досяг чотирнадцяти років, має право на отримання достовірної і повної інформації про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються його здоров'я».

Конституційні положення про необхідність турботи про дітей конкретизуються в Законі «Про охорону здоров'я». Так, стосовно пацієнтів віком до 14 років передбачена необхідність надання згоди законних представників на медичне втручання. При цьому може бути ситуація, коли інтереси дітей і їх законних представників можуть не збігатися.

На нашу думку, відмова батьків або осіб, які їх замінюють, від медичного втручання, яке може врятувати життя їх дитинні, має кваліфікуватися як злісне невиконання батьками своїх обов'язків. У цьому контексті немотивована відмова батьків від медичного втручання за умов, коли є загроза життю дитини, може бути підставою для обмеження батьківських прав або навіть їх позбавлення. А тому в даній ситуації, без урахування думки батьків, лікарі зобов'язані діяти в інтересах дитини. Дана позиція підтверджується положеннями ст. 43 вищезазначеного Закону.

Оскільки на період вагітності дитина розвивається в материнському організмі і є залежною від загального стану здоров'я матері, на нашу думку, було б доречно запровадити обов'язкове медичне страхування вагітних жінок і новонароджених з подальшим забезпеченням медичною страховкою осіб віком до 18 років.

Узагальнюючи усе вищенаведене, вважаємо, що право на охорону здоров'я є природним невідчужуваним особистим немайновим правом дитини, яке визнається та охороняється не лише національними законодавчими актами, а й актами міжнародного права. Однак воно є одним із найбільш порушуваних прав дитини. Тому актуальними залишаються подальші теоретичні дослідження, на підставі яких необхідно розробити відповідні пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Малеина М. Н.* Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление и защита): диссертация на соискание учёной степени доктора юридических наук. – М., 1997.
2. *Нуденко Л. А.* Конституционное право на охрану здоровья и медицинскую помощь в России: содержание и проблемы реализации // *Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення): матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції.* – Львів, 2008. – С. 220–225.
3. *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. – 219 с.
4. *Павловська Н. В.* Теорія та практика захисту моральних благ цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Харків, 2002. – 212 с.
5. *Пазенюк А.* Конституційне право на охорону здоров'я: сучасний стан та перспективи розвитку // *Право України.* – 2010. – № 3. – С. 120–125.
6. *Пунда О. О.* Поняття та зміст права на здоров'я / О. О. Пунда // *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права.* – 2003. – № 3–4 (7–8). – С. 58–64.
7. *Право на здоров'я як особисте немайнове право фізичних осіб / Р. О. Стефанчук, А. М. Зелінський // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права: науковий часопис.* – 2003. – № 2 (6). – С. 40–45.
8. *Проект Оттавської декларації прав дитини-пацієнта (WMA Declaration of Ottawa on Child Health) [Електронний ресурс].* – Режим доступу: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/c4/index.html>.
9. *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с.
10. *Сенюта І. Я.* Медичне право: право людини на охорону здоров'я: монографія. – Львів: Астролябія, 2007. – 224 с.

The article is an analysis of general moral rights of the child to health and delimited the concept of the right to health and the right to health. Special attention is paid to the child's right to health care.

В статье осуществляется общетеоретический анализ личного неимущественного права ребенка на охрану здоровья и рассматриваются понятия «право на здоровье» и «право на охрану здоровья». Особое внимание уделяется праву ребенка на медицинскую помощь.

ЗАСТОСУВАННЯ ПІДСТАВ ПРИПИНЕННЯ ПОРУКИ ДО ПРАВОВІДНОСИН МАЙНОВОЇ ПОРУКИ

Солтис Н. Б.,

*кандидат юридичних наук, завідувач сектору проблем цивільного права
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

У статті досліджується положення про те, як співвідносяться між собою поняття «поручитель» та «майновий поручитель», а також можливість застосування конструкції змішаного договору до норм, що регламентують підстави припинення майнової поруки.

Ключові слова: порука, поручитель, майновий поручитель, спосіб забезпечення виконання зобов'язання, припинення поруки, іпотека, змішаний договір.

Застосування законодавцем у правовідносинах, що виникають із забезпечувальних зобов'язань поруки й іпотеки, понять «поручитель» та «майновий поручитель» призвело до неоднакового застосування судами норм у подібних правовідносинах, зокрема норм, що регламентують підстави припинення майнової поруки, що обумовлює необхідність з'ясування природи походження даних понять.

Поняття «порука» розтлумачується як: 1) запевнення, гарантія в чому-небудь; прийнята на себе відповідальність за когось; обітниця; 2) джерело, основа чого-небудь; умова, що забезпечує успіх чогось; записка [1, с. 596], а «заставник» – той хто віддає своє майно в заставу кредиторі [2, с.100].

Законодавче визначення поняття «майновий поручитель» трапляється в нормативних актах як окреме визначення поняття сторони у зобов'язанні, що забезпечує виконання зобов'язання іншої особи (боржника).

Так, згідно зі ст. 1 Закону України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р. № 898-IV; Стандартами надання, рефінансування та обслуговування іпотечних житлових кредитів від 13.02.2006 р. № 35 (витяг з протоколу засідання правління Державної іпотечної установи від 04.08.2005р. № 6) майновий поручитель – особа, яка передає в іпотеку нерухоме майно для забезпечення виконання зобов'язання іншої особи – боржника.

Згідно з п. 2 Інструкції Національного банку України «Про методичні рекомендації по застосуванню банками Закону України «Про заставу» від 08.10.93 р. № 23015/11 – майновий поручитель – особа, яка згідно з договором поручительства зобов'язується перед кредитором (банком) іншої особи відповідати за виконання останнім (боржником за кредитним договором) свого зобов'язання в повному обсязі чи в його частині за рахунок заставленого майна.

Трапляється згадування про «майнового поручителя» застави (закладу рухомого майна) як про «боржника» й у ст. 2 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», згідно з якою боржником є особа, яка має виконати на користь обтяжувача забезпечене обтяженням зобов'язання, або майновий поручитель за таким зобов'язанням; особа, у володінні якої перебуває майно, що належить обтяжувачу; особа, яка має виконати на користь обтяжувача зобов'язання за договором, на підставі якого виникло договірне обтяження; особа, яка відступила право вимоги, що є предметом обтяження.

Боржником у договорі застави (іпотеки) є іпотекодавець або інша особа, відповідальна перед іпотекодержателем за виконання основного зобов'язання (ст. 1 Закону України «Про іпотеку»).

Заставадавець може бути як сам боржник, так і третя особа (майновий поручитель) (ст. 11 Закону України «Про заставу»; п. 3 Інструкції Національного банку України «Про методичні рекомендації по застосуванню банками Закону України «Про заставу» від 08.10.93 р. № 23015/11).

Згідно з п. 2 Інструкції Національного банку України «Про методичні рекомендації по застосуванню банками Закону України «Про заставу» від 08.10.93 р. № 23015/11 – третя особа – це особа-боржник за кредитним договором, в інтересах якої укладається договір про заставу, коли заставадавець виступає майновий поручитель. Однак необхідно додатково зазначити, що законодавець при регулюванні відносин застави за участю третьої особи непослідовно використав термін «майновий поручитель». Так, більш вдало була сформульована норма ст. 182 ЦК УРСР, відповідно до якої заставадавець може бути як сам боржник, так і третя особа. Таким чином, законодавець визначає поручителя у договорі поруки і майнового поручителя у договорі застави як іншу особу або третю особу у взаємовідносинах кредитора з боржником у забезпечувальному зобов'язанні, якщо останній є відмінним від основного боржника.

Слід зазначити, що й доктринальне визначення поняття «майнового поручителя» виходить з того, що майновий поручитель є учасником іпотечних правовідносин, оскільки для договору іпотеки він є стороною – іпотекодавцем, хоча для основного договору, забезпеченого іпотекою, виступає третьою особою. Поручитель та майновий поручитель не є тією самою особою, а отже, до майнового поручителя, як сторони іпотечного договору, нотаріуси не можуть застосовувати положення чинного законодавства України, що регулюють питання поруки [3, с. 15, 17].

Основним обов'язком «іншої особи» або «третьої особи» у договорах поруки і застави є забезпечення основного зобов'язання перед кредитором у разі невиконання його основним боржником. А отже, правова природа як договору поруки, так і договору майнової поруки є забезпечувальною, що передбачає відповідальність третьої особи за зобов'язанням позичальника (боржника) своїм майном.

Забезпечувальний характер поруки полягає у зобов'язанні поручителя відповідати за виконання боржником зобов'язання у повному обсязі, що і боржник, а саме: сплату основного боргу, відсотків, неустойки, відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором поруки (ч. 2 ст. 554 ЦК). Обсяг зобов'язань поручителя визначається як умовами договору поруки, так і умовами основного договору (кредитного договору), яким визначено обсяг зобов'язань боржника, забезпечення виконання яких здійснює поручитель.

При майновій поруці майновий поручитель відповідає не всім майном, а виділяє з його складу одну або кілька речей – «визначене майно» (нерухомість, грошова сума, що знаходиться на рахунку у банку тощо). Визначення в договорі поруки майна, за рахунок якого підлягає задоволенню вимога кредитора до поручителя, суперечить правовій конструкції поруки. Звернення стягнення на конкретне, наперед визначене майно, що має місце при майновій поруці (заставі), а не на будь-яке майно, як при поруці, реалізується в рамках інституту застави і жодного відношення попри лінгвістичну схожість до поруки, як такої, не має. Тому правові підстави

для застосування норм інституту поруки до правовідносин заставодавця (майнового поручителя) і заставодержателя за договором застави відсутні [4, с. 108].

Оскільки в законі не визначено інше, то поручитель у договорі поруки несе відповідальність за боржника усім своїм майном, на яке може бути звернено стягнення без попереднього виділення визначеної речі (майна). Тоді як забезпечувальний характер застави (іпотеки) передбачає відповідальність майнового поручителя не всім майном, а виділяє з його складу конкретне, наперед визначене майно.

За своїм змістом правовідносини, що виникають на підставі договору поруки та майнової поруки, відрізняються лише однією істотною умовою, а саме: обсягом відповідальності. Якщо поручитель відповідає всім своїм майном (ч. 2 ст. 554 ЦК), то майновий поручитель відповідає лише в межах заставленого майна.

Відповідно до ст. 11 Закону України «Про іпотеку» майновий поручитель несе відповідальність перед іпотекодержателем за виконання боржником основного зобов'язання виключно в межах вартості предмета іпотеки.

Згідно зі ст. 7 Закону України «Про іпотеку» при здійсненні оцінки предмета іпотеки у його вартість іпотекодержатель має право закласти вартість вимоги за основним зобов'язанням у повному обсязі або в частині, встановленій іпотечним договором, що визначена на час виконання цієї вимоги, включаючи сплату процентів, неустойки, основної суми боргу та будь-якого збільшення цієї суми, яке було прямо передбачене умовами договору, що обумовлює основне зобов'язання.

Відповідно до ст. 1056-1 ЦК України банк не може збільшувати встановлений договором розмір процентної ставки в односторонньому порядку. Зміни і доповнення до договору допускаються лише за згодою сторін (ст. 651, 652, 653 ЦК). Згідно зі ст. 19 Закону України «Про іпотеку» зміни і доповнення до іпотечного договору підлягають нотаріальному посвідченню та державній реєстрації. Будь-яке збільшення основного зобов'язання або процентів за основним зобов'язанням, крім випадків, коли таке збільшення прямо передбачене іпотечним договором, може бути здійснене після державної реєстрації відповідних відомостей про зміну умов обтяження нерухомого майна іпотекою (абз. 2 ст. 19 Закону). Отже, за умови волевиявлення сторін щодо надання згоди на збільшення основного зобов'язання обсяг відповідальності майнового поручителя не збільшується. Тоді як порушення зазначених норм має наслідком збільшення обсягу відповідальності майнового поручителя, оскільки майновий поручитель за договором іпотеки має право вчинити дії по погашенню боргу за основним зобов'язанням задля недопущення звернення стягнення на своє майно. Під вчиненням дій слід розуміти сплату збільшеної суми боргу за основним зобов'язанням у грошовому еквіваленті, що тотожно вчиненню дій поручителем за договором поруки.

Розмір цього погашення відповідно до змісту правовідносин поруки та майнової поруки має бути погоджений з поручителем. В іншому випадку боржник та кредитор отримують можливість для зловживань відносно майнового поручителя шляхом збільшення його обов'язків без його відома до розміру, за якого майновий поручитель вже не зможе погасити борг та буде змушений віддати заставне майно.

Згідно зі ст. 42 Закону України «Про іпотеку» майновий поручитель може виконати основне зобов'язання за боржника до дня продажу предмета іпотеки на прилюдних торгах разом з відшкодуванням будь-яких витрат та збитків, завданих іпотекодержателю, включаючи судові витрати, витрати на оплату винагороди залученим експертам (оцінювачам, юристам), витрати на підготовку до проведення прилюдних торгів тощо. Таке виконання є підставою для припинення реалізації предмета іпотеки на прилюдних торгах. Майновий поручитель, який виконав основне зобов'язання повністю або в частині, має право вимагати від боржника відшкодування сплаченої майновим поручителем суми.

У такому випадку будь-яке збільшення основного зобов'язання або відсотків за основним зобов'язанням без згоди на це поручителя чи майнового поручителя суттєво впливає на розмір погашення боргу, наслідком чого є збільшення обсягу відповідальності поручителя і майнового поручителя, внаслідок чого порука припиняється відповідно до ч. 1 ст. 559 ЦК. Тоді як для майнового поручителя такої підстави припинення іпотеки нормами, які регулюють припинення застави – ст. 593 ЦК України, ст. 17 Закону України «Про іпотеку», ст. 28 Закон України «Про заставу», не передбачено.

У разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає майновому поручителю письмову вимогу про усунення порушення та виконання порушеного основним боржником зобов'язання у не менш ніж тридцятиденний строк та попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги (ст. 35 Закону України «Про іпотеку»). Несвоєчасне повідомлення про порушення умов основного зобов'язання та несвоєчасне пред'явлення вимог про усунення недоліків за основним зобов'язанням призводить до унеможливлення погашення боргу майновим поручителем, наслідком чого є звернення стягнення на майно. Саме для недопущення таких зловживань та захисту прав поручителя та майнового поручителя і передбачено в Цивільному кодексі України положення ст. 559.

Відповідно до ст. 598 ЦК зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом. Підставами для припинення поруки згідно зі ст. 559 ЦК України є:

- 1) припинення забезпеченого порукою зобов'язання, а також припинення у разі зміни зобов'язання без згоди поручителя, внаслідок чого збільшується обсяг його відповідальності;
- 2) якщо після настання строку виконання зобов'язання кредитор відмовився прийняти належне виконання, запропоноване боржником або поручителем;
- 3) у разі переведення боргу на іншу особу, якщо поручитель не поручився за нового боржника;

4) після закінчення строку, встановленого в договорі поруки. У разі, якщо такий строк не встановлено, порука припиняється, якщо кредитор протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя. Якщо строк основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги, порука припиняється, якщо кредитор не пред'явить позову до поручителя протягом одного року від дня укладення договору поруки.

Вирішення питання про застосування норми ст. 559 ЦК до припинення правовідносин, що виникають із зобов'язання припинення іпотеки, залежить, передусім, від того, чи є їй альтернатива в зобов'язаннях, забезпечених іпотекою. Вбачається, що у такому випадку доцільно застосовувати конструкцію змішаного договору. Якщо ж укладений договір опосередковує два чи кілька різнорідних відносин та об'єднує умови, об'єктивно необхідні для формування зобов'язань різних типів, він стає змішаним договором [5, с. 60].

Суттєвими ознаками, що характеризують змішані договори в такому разі, вважаються поєднання елементів різних договорів і виникнення на цій основі двох і більше зобов'язань, до кожного з яких застосовуються правила про відповідний вид зобов'язань. Згідно з ч. 2 ст. 628 ЦК України сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). В даному випадку до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору. З даного правила можна зробити висновок, що спеціальні норми, які регулюють договори, що ввійшли до змішаного договору, мають пріоритет при колізії з нормами загальної частини зобов'язального права. Однак такий варіант рішення, як передбачено в тій самій нормі, не може бути застосований, якщо інше встановлено договором або впливає із суті змішаного договору [6, с. 60].

У згаданому випадку до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору.

Договір іпотеки є змішаним договором, який містить у собі елементи договорів застави і поруки. Елементи договорів поруки і майнової поруки не суперечать один одному, а навпаки, об'єднують умови, які є необхідними для формування забезпечувальних зобов'язань. Такою умовою є забезпечення обов'язку поручителя (майнового поручителя) відповідати перед кредитором за порушення основного зобов'язання боржником у визначеному законом та договором обсягу (для майнового поручителя – в межах предмета іпотеки). *Таким чином, у разі збільшення обсягу відповідальності майнового поручителя без його згоди або невчасного повідомлення про зміну умов основного зобов'язання задля недопущення звернення стягнення на майно майнового поручителя в іпотечних правовідносинах слід застосовувати альтернативні норми змішаного договору, що регулюють підстави припинення договору поруки, закріплені в ст. 559 ЦК України.*

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Новий тлумачний словник української мови.* У 4-х т. Т. 3. – К.: Видавництво «Аконіт», 2001. – 927 с.
2. *Новий тлумачний словник української мови.* У 4-х т. Т. 2. – К.: Видавництво «Аконіт», 2001. – 911 с.
3. *Рибачок В. А.* Процедура нотаріального посвідчення договору іпотеки: історія та сучасність: дис... на здобут. наук. ступ. канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.03. – К., 2011 – 24 с.
4. *Михальнюк О. В.* Порука у цивільному праві: теорія та практика. Монографія. – К.: КНТ, 2008. — 268 с.
5. *Иоффе О. С.* Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М.: Юридическая литература, 1975. – 880 с.
6. *Лідовець Р. А.* Змішані договори в цивільному праві України: дис.. на здобут ступеня канд. юрид. наук / Р. А. Лідовець. – Львів, 2005. – 203 с.

The paper investigates the relationship between the concepts «guarantor» and «property guarantor» as well as the possibility of applying the mixed contract to design standards that govern the grounds for termination property guarantees.

В статті досліджується соотношение понять «поручитель» и «имущественный поручитель», а также возможность применения конструкции смешанного договора к нормам, регламентирующим основания прекращения имущественного поручительства.

СУДОВІ ВИКЛИКИ І ПОВІДОМЛЕННЯ ЗА ЦПК, КАС ТА ГПК УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Хіміч С. П.,

молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті аналізуються засоби інформування учасників судового процесу про час і місце судового засідання згідно із ЦПК, КАС та ГПК України, зроблено порівняльний аналіз цих кодексів.

Ключові слова: судові виклики, судові повідомлення, судові повістки, судові повістки про виклик, судові повістки-повідомлення, ухвала, відкриття провадження.

Основним засобом інформування учасників судового процесу про час і місце судового засідання згідно з Цивільним процесуальним кодексом (далі – ЦПК) України та Кодексом адміністративного судочинства (далі – КАС) України є судові повістки, які поділяють на судові повісти про виклик і судові повісти-повідомлення [1]. Так, ЦПК і КАС України мають конкретні статті, які регламентують як судові повістки, так і судові повістки-повідомлення. Так, згідно з ч. 2 ст. 33 КАС України передбачено, що повістки про виклик до суду надсилаються особам, які беруть участь у справі, свідкам, експертам, спеціалістам, перекладачам, а повістки-повідомлення – особам, які беруть участь у справі, з приводу вчинення процесуальних дій, у яких участь цих осіб не є обов'язковою, і це все охоплено однією статтею [2]. А в ЦПК України приділено увагу окремо судовим повісткам-повідомленням (ст. 93), а також окремо повісткам про виклик (ст. 91–92, 94).

Отже, можна зробити висновок, що ЦПК та КАС України передбачають дві форми доведення до відома учасників процесу їх права чи обов'язку з'явитися до суду для участі в процесі чи процесуальній дії. Це судові виклики та судові повідомлення.

Метою цієї статті є порівняльний аналіз засобів і способів повідомлення судом учасників судового процесу, закріплених в ЦПК, КАС та ГПК України.

Що стосується Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України, то ним передбачено єдину форму доведення до відома учасників процесу їх права чи обов'язку з'явитися до суду для участі в процесі чи процесуальній дії – ухвалу. Так, суддя, прийнявши позовну заяву, не пізніше трьох днів з дня її надходження виносить і надсилає сторонам, прокурору, якщо він є заявником, ухвалу про порушення провадження у справі, в якій вказується про прийняття позовної заяви, призначення справи до розгляду в засіданні господарського суду, про час і місце його проведення, необхідні дії щодо підготовки справи до розгляду в засіданні. Ухвала про порушення провадження у справі надсилається зазначеним особам за повідомленою ними господарському суду поштовою адресою (ч. 1 ст. 64) [7].

У процесуальних кодексах, в цілому, дещо подібні засоби інформування учасників процесу, хоча і є відмінність в ЦПК і КАС України від ГПК України.

У ГПК України, на відміну від ЦПК та КАС України, чітко прописаний строк відкриття провадження у справі після отримання суддею позовної заяви (не пізніше трьох днів з дня її надходження), він виносить і надсилає сторонам, прокурору, якщо він є заявником, ухвалу про порушення провадження у справі, в якій вказується про прийняття позовної заяви, призначення справи до розгляду в засіданні господарського суду, про час і місце його проведення, необхідні дії щодо підготовки справи до розгляду в засіданні.

У ЦПК України йдеться про те, що судова повістка про виклик повинна бути вручена з таким розрахунком, щоб особи, які викликаються, мали достатньо часу для явки до суду і підготовки до участі в судовому розгляді справи, але не пізніше ніж за три дні до судового засідання, а судова повістка-повідомлення – завчасно. В КАС України взагалі не йдеться про строки, які зазначаються і в ЦПК, і в ГПК України.

У зв'язку з цим, вирішуючи питання про час і спосіб відправлення судової повісти, суду слід враховувати, що учасники процесу повинні мати достатньо часу для явки до суду і підготовки до участі в судовому процесі у вчиненні окремої процесуальної дії. Саме тому строк вручення судової повістки має визначитися судом окремо в кожному конкретному випадку з урахуванням характеру тої чи іншої справи, а також часу, об'єктивно необхідного для доставки повістки обраним судом способом (поштою, телеграмою, факсом тощо) і для з'явлення особи до зали судового засідання (на місце вчинення окремої процесуальної дії) [3].

Норми процесуальних кодексів стосовно ненадання сторонами інформації щодо їх поштової адреси є подібними. Так, у ГПК України ухвала про відкриття провадження у справі надсилається за адресою місцезнаходження (місця проживання) сторін, що зазначена в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців. У разі відсутності сторін за такою адресою, вважається, що ухвала про порушення провадження у справі вручена їм належним чином (ст. 64). У ЦПК і КАС України в разі ненадання особами, які беруть участь у справі, інформації щодо їх адреси, судова повістка надсилається: юридичним особам та фізичним особам – підприємцям – за адресою місцезнаходження (місця проживання), що зазначена в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців; фізичним особам, які не мають статусу підприємців, – за адресою їх місця проживання чи місця перебування, зареєстрованою у встановленому законом порядку. У разі відсутності осіб, які беруть участь у справі, за такою адресою, вважається, що судовий виклик або судові повідомлення вручене їм належним чином.

Слід зазначити, що в ЦПК України ширше розкривається питання стосовно ненадання сторонами інформації щодо їх поштової адреси. Так, Кодекс передбачає, що якщо насправді особа не проживає за адресою, повідомленою суду, судова повістка може бути надіслана за місцем її роботи (ч. 7 ст. 74) [6]. Також судова повістка юридичній особі направляється за її місцезнаходженням або за місцезнаходженням її представництва, філії, якщо позов виник у зв'язку з їх діяльністю (ч. 8 ст. 74). Відповідач, зареєстроване місце проживання (перебування), місцезнаходження чи місце роботи якого невідоме, викликається до суду через оголошення у пресі. З опублікуванням оголошення про виклик відповідач вважається повідомленим про час і місце розгляду справи (вчинення окремої процесуальної дії) (ч. 9 ст. 74).

Слід зазначити, що відповідне оголошення має бути опубліковане завчасно, тобто з таким розрахунком, щоб відповідач, місце знаходження якого невідоме, мав достатньо часу для явки до суду і підготовки до участі в судовому розгляді справи (при вчиненні окремої процесуальної дії), але не пізніше ніж за сім днів до судового засідання.

Друкований орган, у якому розміщуються оголошення про виклик відповідача протягом наступного року, визначається не пізніше 1 грудня поточного року в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України (ч. 10 ст. 74). Порядок визначення друкованого засобу масової інформації, в якому розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, третіх осіб, свідків, місце фактичного проживання (перебування) яких невідоме, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 25 січня 2006 р. № 52. Відповідно до цього Порядку оголошення про виклик до суду публікується в установлені законодавством строки у друкованому засобі масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та в друкованому засобі масової інформації місцевої сфери розповсюдження за останнім відомим місцем проживання (перебування) на території України відповідача, третіх осіб, свідків.

Перелік таких друкованих засобів масової інформації визначається Кабінетом Міністрів України щороку не пізніше 1 грудня. Зокрема, у своєму Розпорядженні «Про друковані засоби масової інформації загальнодержавної та місцевої сфери розповсюдження» від 19 листопада 2008 р. № 1443-р, в яких розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, третіх осіб, свідків, місце фактичного проживання (перебування) яких невідоме, Кабінет Міністрів України визначив друкованим засобом інформації загальнодержавної сфери розповсюдження, в якому розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, місце фактичного проживання (перебування) якого невідоме, газету «Урядовий кур'єр».

ЦПК і КАС України, на відміну від ГПК України, визначається детальний перелік обов'язкових реквізитів повістки про виклик, зокрема, вони мають містити: 1) ім'я фізичної особи чи найменування юридичної особи, якій адресується повістка; 2) найменування та адресу суду; 3) зазначення місця, дня і часу явки за викликом; 4) назву справи, за якою робиться виклик; 5) зазначення, в якості кого викликається особа (як позивач, відповідач, третя особа, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач); 6) зазначення, чи викликається особа в судове засідання чи у попереднє судове засідання, а у разі повторного виклику сторони у зв'язку з необхідністю дати особисті пояснення – про потребу дати особисті пояснення; 7) у разі необхідності – пропозицію особі, яка бере участь у справі, подати всі раніше неподані докази; 8) зазначення обов'язку особи, яка одержала судову повістку в зв'язку з відсутністю адресата, за першої можливості вручити її адресату; 9) роз'яснення про наслідки неявки залежно від процесуального статусу особи, яка викликається (накладення штрафу, примусовий привід, розгляд справи за відсутності, залишення заяви без розгляду), і про обов'язок повідомити суд про причини неявки.

Однак перелік КАС України, на відміну від ЦПК України, не містить інформації про те, чи викликається особа в судове засідання чи у попереднє судове засідання, а у разі повторного виклику сторони у зв'язку з необхідністю дати особисті пояснення – про потребу дати особисті пояснення.

У разі, якщо виклик особи здійснюється через засоби масової інформації, відповідне оголошення має містити ті самі реквізити, що й судова повістка про виклик, за винятком пункту про обов'язок особи, яка одержала судову повістку в зв'язку з відсутністю адресата, за першої можливості вручити її адресатові, адже інформації з оголошення буде сприйняття невизначеним колом суб'єктів. В оголошенні слід також зазначити, що з моменту його опублікування відповідач вважається повідомленим про час і місце розгляду справи (ч. 9 ст. 74 ЦПК України).

На відміну від судової повістки про виклик, до змісту судової повістки-повідомлення обидва Кодекси (ЦПК і КАС України) висувають менше вимог. Це зумовлено тим, що участь при вчиненні окремої процесуальної дії осіб, які інформуються за допомогою повістки-повідомлення, є необов'язковою.

Отже, судова повістка-повідомлення повинна містити найменування та адресу суду, назву справи, вказівку про те, яку дію буде вчинено, місце, день і час її вчинення, а також про те, що участь у її вчиненні для цієї особи не є обов'язковою.

Що стосується ГПК України, а саме, ухвали про порушення провадження у справі, яка надсилається зазначеним особам лише за повідомленою ними господарському суду поштовою адресою, або у разі ненадання сторонами інформації щодо їх поштової адреси, ухвала про відкриття провадження у справі надсилається за адресою місцезнаходження (місця проживання) сторін, що зазначена в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців, то в самій ухвалі про порушення провадження у справі визначається значно менший перелік обов'язкових реквізитів, ніж в ЦПК та КАС України, в якій вказується про прийняття позовної заяви, призначення справи до розгляду в засіданні господарського суду, про час і місце його проведення, необхідні дії щодо підготовки справи до розгляду в засіданні.

Згідно з ЦПК України (ч. 3 ст. 75) і КАС України (ч. 3 ст. 34) разом із судовою повісткою можуть також надсилатися копії процесуальних документів (наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 36 ЦПК України особам, які беруть участь у справі, разом із повісткою про виклик у попереднє судове засідання може бути надіслана копія заяви про залучення третьої особи). При цьому у повістці слід зазначити, які документи надсилаються і про право адресата подати заперечення та відповідні докази на їх підтвердження.

Згідно з ГПК України позивач, прокурор самі зобов'язані при поданні позову надіслати сторонам копії позовної заяви та доданих до неї документів відповідно до кількості відповідачів та третіх осіб листом з описом вкладення (ч. 1 ст. 56), тобто разом із ухвалою копії процесуальних документів не надсилаються.

Стосовно порядку вручення судових повісток, то ЦПК України та КАС України досить детально регламентують перелік щодо порядку вручення судових повісток. Стосовно ГПК України, то там такі норми відсутні.

КАС України чітко передбачає, що повістка може бути вручена безпосередньо в суді (ч. 1 ст. 35). Подібні норми в ЦПК та ГПК України відсутні.

Особа вважається належним чином повідомленою, якщо зафіксовано факт отримання нею судової повістки, її відмови в отриманні повістки з додержанням правил доставки та вручення судових повісток або в засобах масової інформації надруковано оголошення про виклик. Все це стосується лише ЦПК та КАС України, оскільки в Кодексах це чітко прописано та передбачено певними статтями. Що стосується ГПК України, то в ньому так чітко це не регламентується як стосовно ухвали про порушення провадження у справі.

ЦПК і КАС України містять ідентичні норми стосовно того, що для того, щоб суд отримав інформацію про одержання судової повістки, разом із нею адресату направляється розписка, яка має містити: найменування суду, ім'я (найменування) особи, якій адресована повістка, дату та час її з'явлення до суду, дату вручення повістки і підпис одержувача або причини невручення повістки тощо (додаток 36 до п. 6.5.1 Інструкції з діловодства в місцевому загальному суді, затвердженої наказом Державної судової адміністрації України від 27 червня 2006 р. № 68 [4]).

ЦПК України, на відміну від КАС України, передбачає також норму про те, що якщо особу, якій адресовано судову повістку, не виявлено в місці проживання, повістку під розписку вручають відповідній житлово-експлуатаційній організації або виконавчому органу місцевого самоврядування (ч. 3 ст. 76).

Порівняємо процесуальні норми про вручення судових повісток особі, яка бере участь у справі, але якщо вона, наприклад, перебуває під вартою, відбуває покарання у вигляді довічного позбавлення волі, позбавлення волі на певний строк, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, обмеження волі, арешту. В такому випадку згідно з ЦПК та КАС України повістка та інші судові документи вручаються їй під розписку адміністрацією місця утримання особи, яка негайно надсилає розписку цієї особи до суду (ч. 6 ст. 76 ЦПК, ч. 6 ст. 35 КАС).

Лише в КАС України чітко регламентується час вручення повістки (ст. 36), де зазначено, що часом вручення повістки вважається день заповнення розписки адресатом, його представником, повнолітнім членом сім'ї адресата, який проживає разом з ним, службовою особою органу, підприємства, установи, організації. В ЦПК України подібна норма передбачається (ч. 2 ст. 76), проте не окремою статтею як у КАС України. Що стосується ГПК України, то ст. 87 передбачено, що ухвали надсилаються сторонам, прокурору, третім особам, які брали участь в судовому процесі, але не були присутні у судовому засіданні, рекомендованим листом з повідомленням про вручення не пізніше трьох днів з дня їх прийняття або за їх зверненням вручаються їм під розписку безпосередньо у суді.

КАС України також передбачає виклик шляхом надсилання тексту повістки електронною поштою, факсимільним повідомленням (факсом, телефаксом), телефонограмою (ч. 1, 2 ст. 38). Отже, суб'єкту владних повноважень текст повістки надсилається електронною поштою (факсимільним повідомленням) на адресу електронної пошти або на номер факсу (телефаксу), які містяться у Єдиній базі даних електронних адрес, номерів факсів (телефаксів) суб'єктів владних повноважень. Суб'єкт владних повноважень повинен за допомогою електронної пошти (факсу, телефону) негайно підтвердити суду про отримання тексту повістки. Текст такого підтвердження роздруковується, а телефонне підтвердження записується відповідним працівником апарату суду і приєднується секретарем судового засідання до справи. Таке підтвердження є достатнім доказом належності повідомлення суб'єкта владних повноважень про дату, час і місце судового розгляду. Якщо протягом двох робочих днів з дня направлення тексту повістки підтвердження від суб'єкта владних повноважень не надійшло, секретар судового засідання складає про це довідку, що приєднується до справи і є достатнім доказом належності повідомлення суб'єкта владних повноважень про дату, час і місце судового розгляду.

У ЦПК України є така норма, що передбачає розшук відповідача (ст. 78), тобто, якщо місцеперебування відповідача в справах з позовами про стягнення аліментів або про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, невідоме, суд ухвалою оголошує його розшук. Розшук проводиться органами внутрішніх справ, а витрати на його проведення стягуються з відповідача в дохід держави за рішенням суду. В КАС та ГПК України такої норми не передбачено.

Листом Державного агентства з питань науки, інновацій та інформатизації України від 28.08.2013 р. № 1/06-1-805 як Генерального державного замовника Національної програми інформатизації погоджено Концепцію галузевої програми інформатизації судів загальної юрисдикції та інших установ судової системи (далі – Концепція), яка розроблена Державною судовою адміністрацією України на виконання вимог Порядку формування та виконання галузевої програми інформатизації і проекту інформатизації, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18.12.2001 р. № 1702. Відповідно до цієї Концепції, з метою створення необхідних умов для забезпечення громадян і суспільства своєчасною, достовірною та повною інформацією про діяльність судів шляхом широкого використання інформаційних технологій та на виконання законів України «Про судоустрій і статус суддів», «Про доступ до судових рішень», «Про Національну програму інформатизації», Положення про Єдину судову інформаційну систему України, погодженого рішенням Ради суддів України від 25.12.2009 р. № 106, Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затвердженого рішенням Ради суддів України від 26.11.2010 р. № 30, та з метою забезпечення відкритості, організаційного забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції та інших установ судової системи, одним із пріоритетних напрямів завдань Державної судової адміністрації України є здійснення заходів з реалізації державної політики в сфері інформатизації.

Отже, однією із складових цієї Концепції є проект «Електронний суд». Необхідність впровадження підсистеми «Електронний суд» відповідно до Концепції зумовлена, по-перше, забезпеченням своєчасного отримання повісток та повідомлень про розгляд судових справ; по-друге, це є значною економією коштів на здійснення поштової кореспонденції. Основними складовими цієї підсистеми є: забезпечення повної комп'ютеризації процесів судового діловодства, формування єдиного електронного архіву судових документів; забезпечення відкритого доступу учасників судового процесу до інформації шляхом створення відповідних Online-сервісів у мережі Інтернет і встановлення в приміщеннях суду інформаційно-довідкових кіосків; системи електронного відправлення та приймання процесуальних документів із застосуванням електронного цифрового підпису; налагодження системи електронного обміну з базами даних інших державних органів та установ.

Так, відповідно до наказу Державної судової адміністрації України «Про реалізацію проекту щодо обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу» від 31.05.2013 р. № 72 (далі – Наказ) з 17.06.2013 р. був запроваджений в місцевих та апеляційних судах загальної юрисдикції такий обмін електронними документами між судом та учасниками судового процесу, із застосуванням автоматизованої системи документообігу суду, відповідно до Тимчасового регламенту обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу, затвердженого наказом Державної судової адміністрації України від 07.09.2012 р. № 105. Тимчасовий регламент обміну електронними документами між судом і учасниками судового процесу (далі – Регламент) визначає порядок подання учасниками судового процесу до суду документів в електронному вигляді, а також надсилання таким учасникам процесуальних документів в електронному вигляді, разом із документами у паперовому вигляді, відповідно до процесуального законодавства. Проте це стосується лише ЦПК України та КАС України, а чинний ГПК України, на жаль, не передбачає такий порядок.

Ідея електронного інформування виникла ще наприкінці 80-х років ХХ ст. У 1988 р. Федеральні суди США започаткували нову систему PAPER. Вона забезпечувала цілодобовий доступ до судових актів через Інтернет. У 2001 р. кількома судами США було протестовано систему подання звернень Electronic Case Files (ECF), а в 2004 р. цю систему було впроваджено в усі окружні та апеляційні суди. Вона надає судам можливість відкривати доступ до документів через Інтернет.

Отже, порівняльний аналіз судових викликів і повідомлень свідчить про важливу гарантію захисту прав та інтересів учасників процесуальних правовідносин у цілому, у зв'язку з цим надає можливість навіть уніфікації загальних положень ЦПК, ГПК і КАС України щодо судових викликів і повідомлень.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що Україна як держава, яка намагається відповідати світовим та європейським стандартам здійснення правосуддя, не може стояти осторонь процесів інформатизації, які поступово проникають у кожен сферу діяльності людини та суспільства. Саме тому для створення ефективного електронного судочинства, заснованого на використанні новітніх сучасних технологій, необхідне прийняття змін до процесуальних кодексів України, які б чітко визначили процедуру електронної взаємодії судів й учасників процесу та зробили би її ефективною і зручною як для кожного громадянина окремо, так і для судівства в цілому.

Таким чином, з викладеного вище можна зробити висновок, що уніфікація процесуальних Кодексів (ЦПК, КАС та ГПК України) забезпечить реалізацію учасниками процесуальних правовідносин право на особисту участь у процесі, їх поінформованість про час і місце судового розгляду, повноту та своєчасність вирішення судових спорів усіх рівнів в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар* / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, В. І. Бірюков та ін.; За заг. ред. С. С. Бичкової. – 2-ге вид., допов. і перероб. – К.: Атіка, 2010. – 896 с.
2. *Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар* / За ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонової / Ківалов С. В., Харитонova О. І., Пасенюк О. М., Аракелян М. Р. та ін. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2005. – 552 с.
3. *Цивільне процесуальне право України: підручник* / Бичкова С. С., Бірюков І. А., Бобрик В. І. та ін.; За заг. ред. С. С. Бичкової. – К.: Атіка, 2009. – 760 с.
4. *Інструкція з діловодства в місцевому загальному суді* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/35502-vneseno_zmini_do_instrukcii_z_dilovodstva_u_miscevomu_zagaln.html.
5. *Кодекс адміністративного судочинства України (в редакції станом на 11.08.2013)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/page2>.
6. *Цивільний процесуальний кодекс України (в редакції станом на 11.08.2013)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/page3>.
7. *Господарський процесуальний кодекс України (в редакції станом на 11.08.2013)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/page>.

In the article facilities of informing of participants of trial are analysed about time and place of the judicial meeting, in obedience to CPK, CASHDESKS and GPK of Ukraine, the comparative analysis of these Codes is done.

В статті аналізуються средства інформирования участников судебного процесса о времени и месте судебного заседания согласно ЦПК, КАС и ГПК Украины, сделан сравнительный анализ этих Кодексов.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ У СПРАВАХ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТІВ, ЩО МАЮТЬ ЮРИДИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ РЕАЛІЗАЦІЇ, ЗМІНИ ЧИ ПРИПИНЕННЯ СІМЕЙНИХ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ

Чурпіга Г. В.,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільного права і процесу Національної академії внутрішніх справ

Статтю присвячено дослідженню процесуальних особливостей виконання судових рішень у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення для виникнення, зміни чи припинення сімейних прав та обов'язків.

Ключові слова: виконання судових рішень; встановлення фактів, що мають юридичне значення; сімейні права та обов'язки.

Одним із видів неспорного цивільного судочинства є окреме провадження, в порядку якого розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав. Встановлення спеціального порядку розгляду і вирішення зазначених справ пов'язане із тим, що вони мають свої специфічні риси, наприклад, щодо суб'єктного складу, дії принципів цивільного процесу, меж судового розгляду тощо.

Справи окремого провадження різноманітні. Кожна категорія справ окремого провадження відрізняється від іншої не тільки специфікою суб'єктного складу та особливостями процесуального механізму розгляду, а й особливою процедурою виконання судових рішень. Зокрема, у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення для виникнення, зміни чи припинення сімейних прав та обов'язків, особливість процедури виконання судових рішень знаходить прояв у тому, що ухвалені у таких справах рішення суду виконуються шляхом направлення копії рішення до органу, у якому встановлений судом факт підлягає державній реєстрації, та (або) є підставою для видачі відповідного документа.

Процесуальні особливості виконання судових рішень неодноразово були предметом наукових розвідок вчених-процесуалістів. Відповідні дослідження проводили М. І. Ан, С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, О. Г. Жуковський, І. Д. Колайгора, В. А. Кройтор, А. В. Нечаєв, В. Г. Олюха, М. І. Панченко, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, С. В. Щербак та інші вчені. Водночас зазначені науковці досліджували, здебільшого, особливості виконавчого провадження у цілому як завершальної стадії судового провадження. Процесуальні особливості виконання судових рішень, ухвалених у справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення для виникнення, зміни чи припинення сімейних прав та обов'язків, ще й досі не виступали предметом наукових розвідок.

Виходячи із зазначеного, *метою* цієї статті є виокремлення та дослідження процесуальних особливостей виконання судових рішень, ухвалених у справах про встановлення фактів, що тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення сімейних прав та обов'язків.

Враховуючи юридичну природу сімейних правовідносин, їх зміст та суб'єктний склад, а також положення ч. 2, 3 ст. 234, ч. 1, 2 ст. 256 ЦПК України, ст. 130 – 132 СК України, можна дійти висновку, що в порядку окремого провадження розглядаються справи про встановлення таких фактів, що тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення сімейних правовідносин: 1) родинних відносин між фізичними особами; 2) реєстрації шлюбу; 3) розірвання шлюбу; 4) усиновлення; 5) батьківства (материнства); 6) проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу.

Встановлення факту родинних відносин може мати місце, якщо в силу певних причин зазначений факт не був зареєстрований органами державної реєстрації актів цивільного стану (далі – органами ДРАЦСу), у реєстрації зазначеного факту органами ДРАЦСу було відмовлено, помилка органів ДРАЦСу в актовому записі має настільки давнє походження, що її виправлення має потягти за собою цілу низку виправлень у інших актових записах тощо [1, с. 80].

При цьому, як роз'яснив Пленум Верховного Суду України у п. 7 своєї Постанови «Про судову практику в справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення» від 31.03.1995 р. № 5, суд вправі розглядати справи про встановлення родинних відносин, коли цей факт безпосередньо породжує юридичні наслідки, наприклад, якщо підтвердження такого факту необхідне заявникові для одержання в органах, що вчиняють нотаріальні дії, свідоцтва про право на спадщину, для оформлення права на пенсію в зв'язку із втратою годувальника. Поряд із цим суд не може відмовити в розгляді заяви про встановлення факту родинних відносин з мотивів, що заявник може вирішити це питання шляхом встановлення неправильності запису в актах цивільного стану.

Суди можуть встановлювати факти усиновлення, реєстрації та розірвання шлюбу, якщо в органах ДРАЦСу не зберігся відповідний запис, у його відновленні було відмовлено або запис може бути відновлений лише на підставі рішення суду про встановлення факту реєстрації акта цивільного стану. Типова ситуація може виникнути при реєстрації шлюбу на судні, якщо на день звернення до органу ДРАЦСу для отримання свідоцтва про шлюб одна з осіб, з якою було зареєстровано шлюб на судні, померла.

Особливість даної категорії справ полягає у тому, що суд встановлює не сам факт усиновлення, реєстрації або розірвання шлюбу, а факт державної реєстрації зазначених фактів.

Відповідно до ст. 130–132 СК України факт батьківства (материнства) може бути встановлений за рішенням суду у разі смерті чоловіка, який не перебував у шлюбі з матір'ю дитини (смерті жінки, яка вважала себе матір'ю дитини), якщо запис про батька дитини у Книзі реєстрації народжень проведено за прізвищем матері, а ім'я та по батькові батька дитини записані за вказівкою матері (ч. 1 ст. 135 СК України) або запис про матір дитини, батьки якої невідомі, проведено за рішенням органу опіки та піклування (ч. 2 ст. 135 СК України).

Встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу здійснюється судом тільки у випадку, якщо цей факт породжує виникнення, зміну або припинення правовідносин, зокрема: виникнення права спільної сумісної власності на майно, набуте чоловіком і жінкою за час спільного проживання, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними, і, як наслідок, поширення на правовий режим такого майна положень гл. 8 СК України (ст. 74 СК України); виникнення права на утримання відповідно до положень ст. 76 СК України у того з них, хто став неприцездатним під час спільного проживання, якщо жінка та чоловік тривалий час проживали однією сім'єю (ч. 1 ст. 91 СК України); виникнення права врегулювати свої сімейні (родинні) відносини за договором, який має бути укладений у письмовій формі (ч. 2 ст. 9 СК України) тощо.

За результатами розгляду справ про встановлення фактів, що тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення сімейних правовідносин, суд ухвалює рішення. Відповідно до ч. 2 ст. 259 ЦПК України рішення суду про встановлення факту, який підлягає реєстрації в органах ДРАЦСу або нотаріальному посвідченню, не замінює собою документів, що видаються цими органами, а є тільки підставою для одержання зазначених документів.

Таким чином, особливість виконання рішень суду про встановлення фактів, що тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення сімейних правовідносин, полягає у тому, що в силу свого констатуючого характеру вони не потребують видачі виконавчого листа, а реалізуються шляхом направлення копії такого рішення, яке набрало законної сили, до органу, у якому встановлений судом факт підлягає державній реєстрації, та (або) є підставою для видачі відповідного документа [2, с. 491].

Відповідно до ч. 1–3 ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» державна реєстрація актів цивільного стану проводиться з метою забезпечення реалізації прав фізичної особи та офіційного визнання і підтвердження державою фактів народження фізичної особи та її походження, шлюбу, розірвання шлюбу, зміни імені, смерті. Державна реєстрація актів цивільного стану проводиться шляхом складення актових записів цивільного стану – документів органу державної реєстрації актів цивільного стану, які містять персональні відомості про особу та підтверджують факт проведення державної реєстрації акта цивільного стану.

Порядок внесення змін до актових записів цивільного стану регулюється Правилами внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 12 січня 2011 року за № 96/5.

Після ухвалення копії рішень суду про встановлення фактів родинних відносин між фізичними особами, реєстрації шлюбу, розірвання шлюбу, усиновлення, батьківства (материнства) направляються до органів ДРАЦСу за місцем зберігання відповідного актового запису цивільного стану і згідно із пп. 2.13.1, 3.17 Правил внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання є підставою для внесення змін до відповідних актових записів або їх поновлення.

На підставі рішення суду про внесення змін, доповнень або виправлень до актових записів цивільного стану вносяться відповідні зміни, які зазначені в рішенні суду. Зокрема, на підставі рішення суду про встановлення факту батьківства (материнства) в актовому записі про народження змінюються відомості про батька (матір) та вносяться пов'язані з цим інші зміни. Встановлення судом факту родинних відносин між фізичними особами, усиновлення, реєстрації або розірвання шлюбу, у свою чергу, є підставою для поновлення актового запису цивільного стану у відділі ДРАЦСу за місцем його первинного складання.

У разі, якщо актовий запис цивільного стану, до якого необхідно внести зміни у зв'язку з встановленням факту батьківства, материнства, а також доповненням і виправленням відомостей, що в ньому містяться, було складено компетентним органом іноземної держави, з якою Україною не укладено договору про правову допомогу та правові відносини у цивільних і сімейних справах, або якщо законодавством іноземної держави встановлено інший порядок внесення змін, відмінний від передбаченого законодавством України, або неможливості його направлення органами іноземної держави (стихійне лихо, військові дії тощо), що підтверджується відповідними документами, актовий запис цивільного стану попередньо поновлюється відділом ДРАЦСу за місцем проживання заявника. Про поновлення актового запису цивільного стану та внесення до нього відповідних змін повідомляється компетентному органу іноземної держави (2.28 Правил внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання).

Дещо інший порядок виконання судових рішень встановлено законом у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу. Зазначений факт не підлягає державній реєстрації, тому копія рішення суду про встановлення даного факту подається заявником у відповідні органи для досягнення бажаного правового результату.

Так, якщо метою встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу було виникнення права на спадкування за законом (ст. 1264 ЦК України), копія такого рішення суду подається нотаріусу, який відповідно до п. 4.1 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого

наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. за № 296/5 (далі – Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України), при видачі свідоцтва про право на спадщину за законом перевіряє наявність підстав для закликання до спадкування за законом осіб, які подали заяви про видачу свідоцтва. При цьому відповідно до п. 4. 2 зазначеного Порядку доказом родинних та інших відносин спадкоємців зі спадкодавцем можуть бути, у тому числі, копії рішень суду, що набрали законної сили, про встановлення факту родинних та інших відносин.

Якщо метою встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу було підтвердження правової підстави для ухвалення судового рішення про усиновлення ними дитини (ч. 4, 5 ст. 211 СК України), копія відповідного рішення, що набрало законної сили, подається разом із заявою про усиновлення до суду, який розглядатиме справу.

Залежно від мети встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу копія рішення суду про встановлення зазначеного факту може бути подана до інших органів.

Таким чином, у межах цієї невеликої наукової розвідки ми виокремили особливості процесуальної форми виконання судових рішень у справах про встановлення фактів, що тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення сімейних прав та обов'язків. Основні **висновки** нашого дослідження можна звести до таких положень:

1) рішення суду, ухвалені у справах про встановлення фактів, що тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення сімейних прав та обов'язків, в силу свого констатуючого характеру не потребують видачі виконавчого листа, а реалізуються шляхом направлення копії такого рішення, яке набрало законної сили, до органу, у якому встановлений судом факт підлягає державній реєстрації, та (або) є підставою для видачі відповідного документа;

2) після ухвалення копії рішень суду про встановлення фактів родинних відносин між фізичними особами, реєстрації шлюбу, розірвання шлюбу, усиновлення, батьківства (материнства) направляються до органів ДРАЦСу за місцем зберігання відповідного актового запису цивільного стану і є підставою для внесення змін до відповідних актових записів або їх поновлення. При цьому зміни, доповнення, виправлення вносяться до паперових носіїв актових записів цивільного стану та одночасно до Державного реєстру актів цивільного стану громадян, а заявникові повторно видається або надсилається для вручення до відділу ДРАЦСу за місцем його проживання свідоцтво про державну реєстрацію акта цивільного стану;

3) у разі подання до відділу ДРАЦСу рішення іноземного суду про внесення змін, поновлення, анулювання актових записів цивільного стану питання про його виконання вирішується згідно з чинним законодавством України та з урахуванням вимог міжнародних договорів України про надання правової допомоги, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;

4) копії рішення суду, ухваленого у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, виходячи з того, що зазначений факт не підлягає державній реєстрації, подаються заявником до відповідних органів (нотаріуса, суду тощо) для досягнення бажаного правового результату.

Усі інші питання, пов'язані із дослідженням процесуальних особливостей виконання судових рішень у справах про встановлення фактів, що тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення прав та обов'язків іншої юридичної природи, виходять за межі цієї статті і становлять *перспективні напрями подальших наукових розвідок*.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Меренкова Л. К.* Реализация процессуальных норм по делам об установлении родственных отношений граждан // Реализация процессуальных норм органами гражданской юстиции. – Свердловск, 1988. – С. 80–83.
2. *Осокина Г. Л.* Гражданский процесс. Особенная часть / Г. Л. Осокина. – М.: Норма, 2010. – 960 с.

This scientific article is devoted to the isolation and study of procedural peculiarities of the execution of judgments related to establishing the facts that have legal significance for the occurrence, change or termination of family rights and obligations.

Стаття посвящена дослідженню процесуальних особливостей виконання судових рішень по справах об установленні фактів, які мають юридичне значення для виникнення, зміни або припинення сімейних прав та обов'язків.

ОЗНАКИ ІНФОРМАЦІЇ ЯК ОБ'ЄКТА ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Яриш О. М.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглянуто питання ознак інформації як об'єкта цивільних прав. Представлено нові ознаки та охарактеризовано існуючі ознаки інформації як об'єкта цивільних прав.

Ключові слова: інформація, об'єкт цивільних прав, ознаки інформації.

Інформація є важливою складовою сучасних суспільних відносин. При нормативному врегулюванні обов'язково має враховуватись інформаційна складова, яка може бути представлена об'єктом правовідносин чи

виступати факультативною ознакою будь-якого іншого об'єкта правовідносин. Важливе значення інформація являє собою і в цивільних правовідносинах. Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) визначає інформацію як один з об'єктів цивільних прав з характерними для такого об'єкта ознаками [1]. З метою якісного нормативного врегулювання суспільних відносин важливим є визначення правової природи інформації та її ознак.

Мета статті полягає у дослідженні та узагальненні наукових розробок вчених правників, аналізі законодавства України у сфері цивільно-правового регулювання інформації та вирішенні таких завдань: з'ясування правової природи інформації як об'єкта цивільного права; визначення ознак інформації як об'єкта цивільних прав; розкриття ознак інформації в цивільно-правовому аспекті.

Дослідженням даної проблеми займалися такі науковці, як А. І. Марущак, О. В. Кохановська, В. О. Копилов, О. О. Кулініч, О. А. Зверева, І. Л. Бачило, В. М. Лопатін, М. О. Федотов.

Необхідність дослідження правової природи інформації як об'єкта цивільних прав вимагає використання діалектичного методу для розуміння такого поняття як правова природа. С. С. Алексєєв визначає правову природу як юридичну характеристику даного явища, що визначає його специфіку, місце та функції серед інших правових явищ відповідно до його соціальної природи [2, с. 227]. У свою чергу, Д. В. Перевалов вважає, що для розкриття правової природи явища необхідно звернутися до визначення його поняття [3]. О. Г. Комісарова звертає увагу на те, що зрозуміти правову сутність можна шляхом дослідження функцій явища та визначення правової характеристики [4, с. 23].

Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає природу як сукупність основних якостей, властивостей чого-небудь; суть, сутність [5, с. 1129]. Тобто правова природа є правовою сутністю, сукупністю правових ознак відповідного поняття. З метою повного розкриття правової природи необхідно дослідити ознаки інформації як об'єкта цивільних прав.

Конституція України встановлює, що кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на власний вибір [6]. Тобто Основний Закон закріплює в українському законодавстві таку юридичну категорію як «інформація».

Визначення інформації представлено у ЦК України та Законі України «Про інформацію», які інформацію визначають як будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді [7]. Дане визначення не повною мірою виокремлює інформацію серед інших нематеріальних об'єктів цивільних прав, що призводить до порушення меж між нематеріальними об'єктами цивільних прав, такими як результати інтелектуальної, творчої діяльності та особисті немайнові блага. Для точного визначення поняття інформації як об'єкта цивільних прав необхідно визначити його правові ознаки, тобто сукупність властивостей, що притаманні інформації та які визначають подібність та відмінність від інших об'єктів цивільних прав.

Першою властивістю, що вирізняє інформацію, є її *нематеріальність*. Матеріальність чи нематеріальність об'єкта цивільних прав має важливе значення для встановлення інституту права.

Іншою властивістю є *змістовність*, яка полягає у наповненості певним змістом. Інформація як нематеріальне благо містить у своїй внутрішній структурі будь-які відомості, які являють собою сукупність певних думок, знань, ідей. Вони, відбиваючись в людській свідомості, можуть змінюватися, наповнюючи інформацію новим змістом, тобто є прообразом для інформації. Цілком зрозуміло, що мозок людини не може бути матеріальним носієм в його юридичному значенні, а тим паче бути об'єктом електронного відображення. Тому необхідно погодитися з А. О. Самохваловим, який стверджує, що віднесення мозку до категорії носіїв інформації з точки зору права є неправильним, оскільки мозок людини не може бути предметом цивільного обороту являючи собою частину біологічного створіння, те саме правильно відносно людини [8].

Використовуючи такий вид наукового методу як аналіз, дослідимо ознаку, що характеризує *змістовність* інформації як об'єкта цивільних прав. Її характеризує корисність інформації для суб'єктів цивільних правовідносин, адже від змісту інформації залежить її економічна оцінка. Зважаючи не те, що корисність є економічною категорією, необхідно звернутися до спеціальних знань економіки, якщо взяти до уваги те, що об'єктами права вважаються блага в економічному розумінні [9, с. 876]. Споживач, використовуючи товари чи послуги, отримує задоволення своїх потреб, що є корисністю. Необхідно звернути увагу на те, що корисність – поняття виключно суб'єктивне, для різних споживачів корисність тих самих благ має суттєву різницю та залежить від особистих уподобань споживача. Наприклад, дим від цигарки для того, хто курить – благо, а для того, хто не курить – антиблаго. [10, с. 13]. Слід зазначити, що мультизмістовність інформації та різноплановість інтересів людей, головним чином економічних, утворюють ситуацію, за якої зміст інформації про ті чи інші явища є корисним для певних суб'єктів цивільних правовідносин, а для інших – ні, так і навпаки, що є безкорисним для перших – корисно для других. В даній ситуації доречною є думка Р. Роніна про те, що комусь видається інформацією (*мається на увазі ознака змісту інформації як корисність* – курсив наш – О. Я.), іншими може сприйматися як нікчемний та досить-таки звичайний шум [11, с. 6]. Тобто постає питання, чи може зміст загальнодоступної інформації мати корисність?

Вільний доступ без будь-яких правових обмежень. Але слід зазначити, що вільний доступ є не єдиною ознакою загальнодоступної інформації, оскільки поняття повинно розглядатися в широкому розумінні. В такому випадку необхідно зазначити всі правові властивості загальнодоступної інформації:

- право вільно збирати загальнодоступну інформацію;
- право зберігати загальнодоступну інформацію;
- право використовувати загальнодоступну інформацію;
- право поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на власний вибір. Тобто в тій сукупності ознак, якою інформація представлена в ст. 34 Конституції України [6].

Ще однією важливою властивістю є *здатність до трансформації* в інші нематеріальні об'єкти цивільних прав. Співвідношення нематеріальних об'єктів цивільних прав являє собою складне питання зі значною різноманітністю думок правників з цього питання. Вважається за необхідне з'ясувати, як саме законодавець вирішив це питання. Тому, використавши граматичний спосіб тлумачення ст. 177 ЦК України у зв'язку з тим, що пунктуація має важливе значення для правильного сприйняття а розумне застосування знаків пунктуації необхідне для правильної стилістики нормативно правового акта [12, с. 35].

Наприклад, стосовно такого особистого немайнового блага як право на таємницю про стан здоров'я у своїй монографії С. О. Сліпченко стверджує, що частина об'єктів особистих немайнових прав належить до об'єктивованих духовних благ, тобто деякі нематеріальні об'єкти можуть бути виражені в доступній для сприйняття органами людського чуття. [13, с. 290]. Відповідно, після об'єктивації в представленому випадку інформації про стан життя на матеріальному носії, а саме, в медичній картці інформація зберігається і після смерті суб'єкта цього нематеріального блага. Як бути в даному випадку, якщо беручи до уваги доктринальне поняття про невід'ємність особистих немайнових прав фізичної особи, стосовно інформації щодо стану здоров'я особи та яка об'єктивована на матеріальному носії інформації – медичній картці, коли особи більше не існує. Вбачається за доцільне зазначити, що інформація про стан здоров'я втратила ознаки такого об'єкта цивільних прав як особисте немайнове благо та, відповідно, набула ознак, властивих інформації. На підтвердження цього положення наведемо думку А. В. Панова, який стверджує, що оскільки розпорядником інформації про стан здоров'я померлого може бути будь-яка особа, за умови відсутності спеціального режиму захисту, якщо інше не встановлене законом, наприклад, як повага до тіла померлого [14]. Відповідно, правові відносини стосовно цієї інформації регулюються правовим режимом інформації як об'єкта цивільних прав.

Для з'ясування інших спеціальних властивостей інформації необхідно визначити залежність інформації від матеріального носія в правовому аспекті. У визначенні, представленому у ЦК України, інформація визначається як будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Проаналізувавши це поняття, доходимо висновку, що інформацією є відомості та/або дані, які можуть бути збережені, тобто інформація, яка має властивість до зберігання. З аналізу визначення також впливає динамічний характер інформації, відповідно до якого інформація як об'єкт цивільних прав вже існує до її збереження на матеріальному носії. Динамічність як властивість проявляється за умови, що інформація зберігається на нематеріальному носії, наприклад, звукова хвиля, електромагнітне поле. О. О. Городов стверджує, що з юридичної точки зору такі носії інформації матеріальними не являються, тому і зв'язку з матеріальним носієм не існує [15, с. 72–83]. Але те, що немає зв'язку, ще не значить, що така інформація не може бути зафіксована на матеріальному носії інформації. Нині вже ні в кого не виникає сумнівів щодо можливості фіксування на матеріальному носії звукових хвиль чи електромагнітного поля, відповідно отримуючи інформацію в статистиці.

Статика як властивість інформації проявляється при збереженні відомостей та/або даних на матеріальному носії інформації.

Спроектуювавши отримані властивості – динамічність та статичність на визначення, представлене в ЦК України, стає зрозуміло, що законодавець представив інформацію тільки в її динамічному прояві, тобто залишивши поза увагою інформацію, яка уже зафіксована на матеріальному носії інформації.

Розглядаючи думки інших науковців стосовно властивостей інформації, необхідно ще раз зазначити, що, розглядаючи інформацію як об'єкт цивільних прав, необхідно брати до уваги тільки ті властивості, які є спеціальними. Значна кількість науковців, визначаючи властивості інформації, вказують на її філософські властивості в різних аспектах та підміняють властивості інформації властивостями матеріального носія [8].

І. Л. Бачило, В. М. Лопатін, М. О. Федотов виділяють такі властивості, як матеріальність, віртуальність, здатність до знищення, ідеальність, невичерпність, системність, відокремленість [16, с. 79–81].

О. В. Кохановська та В. А. Копилов відмічають такі властивості, як фізична невідчужуваність, відокремленість, екземплярність, властивість інформаційного об'єкта, тиражованість, організаційна форма [17, с. 187; 18, с. 49–50].

В. М. Боєр та О. Г. Павельєва наводять такі властивості: субстанційна несамостійність, якість, селективність, спадковий характер інформації (*в розумінні утворення однієї інформації на основі іншої* – О. Я.), старіння в часі, масовість, невідповідність якісної оцінки кількісній, цінність інформації, трансформованість, універсальність, здатність до обмеження, системність, невичерпність, ідеальність.

А. О. Самохвалов стверджує, що такі властивості інформації як системність, селективність є філософськими характеристиками, а тиражованість, екземплярність, властивість інформаційної речі, властивість організаційної форми підміняють властивості інформації властивостями матеріального носія [8]. На нашу думку, до цього переліку варто додати спадковий характер інформації, ідеальність, субстанційну несамостійність, матеріальність як філософські характеристики та як властивості носія інформації: невичерпність, здатність до знищення.

Всі властивості, наведені авторами, зазначаються або в філософському аспекті, що є методологічно неправильно, або підміняються властивостями носія інформації, а решта є складовими частинами виведених нами властивостей. Наприклад, масовість, невідповідність якісної оцінки кількісній представлені в якісному аспекті [19, с. 7], а якість є ознакою такої властивості як змістовність, не говорячи вже про таку ознаку як безпосередньо якість та цінність. Щодо трансформованості як властивості інформації, у понятті незалежності змісту від форми фіксації та способу пред'явлення [19, с. 7], необхідно зауважити, що така властивість інформації як здатність до фіксації на матеріальному носіїві, являє собою збереження змісту при фіксації незалежно від форми фіксації. Універсальність також може бути виражена через таку властивість як змістовність, адже зміст інформації може бути будь-яким. Залишилися проаналізувати таку ознаку інформації як відокремленість. *Відокремленість* розглядається як здатність відокремитися від її творця чи виробника і набути незалежного існування та бути об'єктом цивільного обороту [17, с. 187; 18, с. 49]. Така властивість цілком відповідає правовому характеру інформації, адже оборотоздатність об'єкта цивільних прав є важливою категорією для цивільного права.

Підсумовуючи розглянуті питання, зазначаємо, що спеціальними властивостями, характерними для інформації як об'єкта цивільних прав, є: нематеріальність, змістовність, трансформованість у інші нематеріальні об'єкти цивільних прав, здатність до фіксації на матеріальних носіях інформації, змінний характер форми інформації (динамічність та статичність) та відокремленість.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356
2. *Алексеев С. С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. – М.: Юрид. лит., 1989. – 288 с.
3. *Перевалов Д. В.* Правовая природа контрразведывательной деятельности / Д. В. Перевалов // ЕврАзЮж. – 2010. – № 2 (21) – Режим доступа: http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_jcontentplus&view=article&id=4136:2013-04-15-09-57-23&catid=186:2010-12-13-14-28-03&Itemid=196.
4. *Комиссарова Е. Г.* Формально логические аспекты понятия «правовая природа» / Е. Г. Комиссарова // Вестник Пермского университета. – 2012. – Вып. 2(16). – 240 с.
5. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
6. *Конституція України* // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
7. *Закон України «Про інформацію»* // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650
8. *Самохвалов А. А.* Информация как объект гражданских прав [Электронный ресурс] / А. А. Самохвалов // Право: теория и практика. – 2003. – № 15 – Режим доступа: <http://www.yurclub.ru/docs/pravo/1503/4.html>.
9. *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права: хрестоматия / В. Н. Хропанюк ; под. ред. Т. Н. Редько. – М.: Интерстиль, 1998. – 944 с.
10. *Наливайко А. П., Євдокимова Н. М., Задорожна Н. В.* Мікроекономіка: навч.-метод. посібник для самост. вивч. дисц. / За заг. ред. А. П. Наливайка. – К.: КНЕУ, 1999. – 208 с.
11. *Ронин Р.* Своя разведка: способы вербовки агентуры, методы проникновения в психику, форсированное воздействие на личность, технические средства скрытого наблюдения и съема информации. Практическое пособие. – М.: – АСТ, Мн.: Харвест, 2002. – 368 с.
12. *Бія-Сабадаш І. О.* Мовностилістичні правила вираження змісту нормативних правових актів / І. О. Бія-Сабадаш // Форум права. – 2009 – № 1. – 606 с.
13. *Сліпченко С. О.* Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів: монографія / С. О. Сліпченко. Х.: Діса плюс, 2013. – 552 с.
14. *Панов А. В.* Пациент умер. Врачебная тайна осталась? [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://bono-esse.ru/blizzard/Socprom/Pravo/vr_tajna.html.
15. *Городов О. А.* Информация как объект гражданских прав / О. А. Городов // Правоведение. – 2001. – № 5. – С. 72–83.
16. *Бачило И. Л.* Информационное право: учеб. / И. Л. Бачило, В. Н. Лопатин, М. А. Федотов ; под ред. Б. Н. Топорнина. – 2-е изд., с изм. и доп. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2005. – 725 с.
17. *Кохановська О. В.* Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві. Монографія. – К.; Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – 463 с.
18. *Котлов В. А.* Информационное право: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2003. – 512 с.
19. *Боер В. М., Павельева О. Г.* Информационное право: учеб. пособие. Ч. 1 / В. М. Боер, О. Г. Павельева; ГУАП. – СПб., 2006. – 116 с.

The characteristics of information as a civil matter are considered in the article. It is presented new features and existing features described information as a civil matter.

В статье рассмотрен вопрос признаков информации как объекта гражданских прав. Представлены новые признаки и дана характеристика существующим признакам информации как объекта гражданских прав.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ

Біленко М. С.,

кандидат юридичних наук,
науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено важливому та актуальному питанню – визначенню юридичної природи договору будівельного підряду. Розкривається зміст поняття «договір будівельного підряду».

Ключові слова: зобов'язання, договір, будівельний підряд, договір підряду, підрядник, замовник.

На сучасному етапі виробництва і розподілу товарів, робіт і послуг договори становлять складну, багатогалузеву глобальну систему, що охоплює практично всі види взаємодії у державі. В системі суспільних відносин договори виконують низку важливих правових функцій, насамперед, це упорядкування цих відносин та формування їхньої правової основи. Вони також сприяють стабільності правопорядку, підтримці миру та безпеки, розвитку співробітництва на засадах рівноправності, а отже, роль і значення їх неухильно зростає.

У науковій літературі прийнято висвітлювати будь-який договір, починаючи з його юридичної характеристики, яка включає в себе вказівку на те, як розподіляються права та обов'язки між контрагентами, чи передбачає договір зустрічне задоволення, а також, з якого моменту він вважається укладеним. Як слушно зазначає Р. Б. Шишка, слід розрізняти саме явище, тобто договір та його властивості – характеристику [1, с. 8].

Як зазначає Є. Білоусов, підрядні роботи у будівництві можуть здійснюватися підрядним, господарським та змішаним способом. Підрядний спосіб будівництва характеризується залученням спеціалізованих, монтажних та інших організацій. Господарський спосіб здійснюється забудовником самостійно, а змішаний – припускає використання як підрядного, так і господарського [2, с. 987]. Однак слід зазначити, що переважна більшість будівництва здійснюється саме підрядним способом.

За договором будівельного підряду підрядник зобов'язується збудувати і здати у встановлений строк об'єкт або виконати інші будівельні роботи відповідно до проектно-кошторисної документації, а замовник зобов'язується надати підрядникові будівельний майданчик (фронт робіт), передати затверджену проектно-кошторисну документацію, якщо цей обов'язок не покладається на підрядника, прийняти об'єкт або закінчені будівельні роботи та оплатити їх (ч. 1 ст. 875 ЦК України).

Аналіз визначення договору будівельного підряду дає достатні підстави для висновку про те, що це – консенсуальний, двосторонній (взаємний) та оплатний договір. Так, консенсуальність договору будівельного підряду означає, що він визнається укладеним у момент одержання особою, що направила оферту, акцепту. Як зазначає О. С. Іоффе, якщо деякі інші консенсуальні договори (наприклад, купівля-продаж) іноді виконуються в момент їх укладення, то для договору будівельного підряду така можливість виключена: момент здійснення операції і момент виконання передбачених ним робіт обов'язково відокремлені один від одного більш-менш тривалим проміжком часу [3, с. 158].

Ознака двосторонності означає, що обов'язки та права мають обидві сторони договору будівельного підряду. Так, для підрядника – це обов'язок побудувати за завданням замовника певний об'єкт або виконати інші будівельні роботи, а для замовника – обов'язок зі створення необхідних умов для виконання робіт, прийняття результату і сплати обумовленої ціни. Ознака оплатності впливає з того, що підрядник, який побудував за завданням замовника певний об'єкт або виконав інші будівельні роботи, вправі вимагати від замовника виконання його обов'язку щодо оплати виконаних робіт.

Договір будівельного підряду, будучи видом договору підряду, має всі родові ознаки, властиві останньому. По-перше, договір будівельного підряду спрямований на виконання робіт відповідно до завдання замовника. По-друге, договір будівельного підряду спрямований на виконання тільки таких робіт, які передбачають одержання результату, відокремленого від самої роботи. По-третє, результат робіт має індивідуальний характер.

Крім названих ознак, договір будівельного підряду, як зазначає Г. М. Гриценко, має ряд видових відмінностей, а саме: виконання робіт на об'єкті нерухомості, що нерозривно пов'язаний із землею; виконання робіт, спрямованих на підвищення міцності, стійкості, надійності будинку і спорудження та (або) монтажу обладнання на зазначених об'єктах [4, с. 39].

М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський вважають, що у складі ознак, які є необхідними і достатніми для виділення підряду, може бути названо три: по-перше, виконання роботи відповідно до завдання замовника; по-друге, обов'язки підрядника виконати роботу і передати результат замовникові, а також кореспондуючі їм обов'язки замовника – прийняти результат та оплатити його; по-третє, предмет договору має завжди індивідуальний характер [5, с. 15]. Однак ознаки, виділені цими авторами у перших двох пунктах, певною мірою властиві і договорам про надання послуг.

На думку О. Л. Абрамцової, істотними, характерними ознаками договору підряду є такі: а) предметом договору підряду є результат роботи; б) підрядник має виконати роботу власними коштами, тобто із власного матеріалу, власними силами і засобами, якщо інше не передбачено договором; в) робота повинна бути виконана

підрядником на власний ризик, якщо інше не передбачено договором або законом; г) замовник має оплатити роботу підрядникові за умови, що вона виконана належним чином, тобто доброякісно і в обумовлений строк, а не будь-яку роботу [6, с. 11].

Як зазначає М. Д. Пленюк, загальними ознаками договорів про виконання робіт є те, що: а) предметом договору підряду є результат роботи, виконаної підрядником належним чином і в установлений (розумний) строк; б) робота виконується підрядником на власний ризик, якщо інше не передбачено договором або законом; в) виконання роботи підрядником здійснюється його коштами: матеріалами, силами і засобами, якщо інше не передбачено договором або законом; г) широке використання системи «генерального підряду», за якої підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучати до виконання робіт інших осіб (субпідрядників), залишаючись відповідальним перед замовником за результати їхньої роботи [7, с. 6].

Однією із ознак підрядних договорів є покладення на підрядника ризику випадкового знищення предмета договору підряду або неможливості закінчення роботи [8, с.15]. Суть ризику підрядника, як впливає зі змісту ч. 1 ст. 855 ЦК України, полягає в тому, що якщо предмет підряду до здавання його замовникові випадково знищений або закінчення роботи стало неможливим без вини сторін, підрядник не має права вимагати плату за виконану роботу. Відповідно до ч. 5 ст. 321 ГК України, якщо договором не передбачено попередньої оплати виконаної роботи або окремих її етапів, замовник зобов'язаний сплатити підряднику зумовлену договором ціну після остаточного здавання об'єкта будівництва за умови, що робота виконана належним чином і в погоджений строк або, за згодою замовника, – достроково.

Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження (псування) матеріалу до настання строку здавання підрядником визначеної договором підряду роботи несе сторона, яка надала матеріал, а після настання цього строку – сторона, яка пропустила строк, якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 842 ЦК України).

Як зазначено у ст. 857 ЦК України, робота, виконана підрядником, має відповідати умовам договору підряду, а в разі їх відсутності або неповноти – вимогам, що зазвичай ставляться до роботи відповідного характеру на момент передання її замовникові. Якщо робота виконана підрядником з відступами від умов договору підряду, які погіршили роботу, або з іншими недоліками, які роблять її непридатною для використання відповідно до договору або для звичайного використання роботи такого характеру, замовник має право, якщо інше не встановлено договором або законом, за власним вибором вимагати від підрядника: а) безоплатного усунення недоліків у роботі в розумний строк; б) пропорційного зменшення ціни роботи; в) відшкодування власних витрат на усунення недоліків, якщо право замовника усувати їх встановлено договором.

Підрядник має право замість усунення недоліків роботи, за які він відповідає, безоплатно виконати роботу заново з відшкодуванням замовникові збитків, завданих простроченням виконання. У цьому разі замовник зобов'язаний повернути раніше переданий йому результат роботи підрядникові, якщо за характером роботи таке повернення можливе. Якщо відступи у роботі від умов договору підряду або інші недоліки у роботі є істотними та такими, що не можуть бути усунені або не були усунені у встановлений замовником розумний строк, замовник має право відмовитися від договору та вимагати відшкодування збитків.

Підрядник, як і будь-який інший суб'єкт підприємницької діяльності, самостійно несе ризики порушення ним або його контрагентами (замовником, субпідрядниками тощо) договірних зобов'язань та інших правил здійснення будівельної діяльності. Проте навіть у випадку належного виконання контрагентами своїх зобов'язань його діяльність у результаті може виявитися збитковою. Тобто діяльність підрядника підпадає під категорію нормального ризику.

На нашу думку, у законодавчому визначенні договору будівельного підряду мають бути відображені його характерні ознаки, у тому числі щодо виконання роботи підрядником самостійно та на власний ризик.

Істотною ознакою, яка характеризує договори підряду, є те, що підрядник зобов'язується виконати роботи власними силами і засобами, якщо інше не передбачено договором. За загальним правилом, закріпленим у ч. 1 ст. 839 ЦК України, підрядник повинен виконати роботу, визначену договором підряду, із власного матеріалу і власними засобами, якщо інше не встановлено договором. При цьому підрядник відповідає за надання доброякісних матеріалів, а також за надання матеріалів чи устаткування, обтяженими правами третіх осіб (ч. 2 ст. 839 ЦК України).

За діючим сьогодні цивільним та господарським законодавством матеріально-технічне забезпечення будівництва покладається на підрядника. Якщо робота повністю або частково виконується з матеріалу замовника, то в договорі, крім інших умов, мають бути передбачені норми витрат матеріалів, строки повернення залишків та основних відходів, а також відповідальність підрядника за невиконання або неналежне виконання обов'язків. Підрядник повинен вживати усіх заходів щодо забезпечення збереження наданого йому замовником майна та відповідати за будь-який недогляд, що призвів до втрати або пошкодження цього майна.

Як зазначає А. П. Сергеев, у сфері здійснення будівництва та укладення договору будівельного підряду виконання функцій замовника, зокрема здійснення ефективного контролю за діяльністю підрядника, потребує спеціальних знань та навичок, а іноді особливого дозволу на цей вид діяльності. Тому на практиці функції замовника досить часто передаються спеціалізованим організаціям, які діють як представники тих осіб, для яких призначається об'єкт, що будується [9, с. 333]. Так, міжнародний досвід повністю підтверджує ефективність залучення на стороні замовника спеціалізованої організації – «інженера» (інженерної організації), особливо

якщо будівництво є тривалим та масштабним. Функції «інженера» (інженерної організації) відповідно до Міжнародних умов договору про будівництво 1977 р. [10, с. 189–193] зводяться до контролю за будівельними роботами, надання консультацій замовнику та обов'язкових для підрядника вказівок від імені замовника тощо.

Слід зазначити, що даним міжнародним досвідом скористалися розробники ЦК РФ, у ст. 749 якого передбачено, що замовник з метою здійснення контролю і нагляду за будівництвом і прийняття від його імені рішень у взаєминах з підрядником може укласти самостійно без згоди підрядника договір про надання замовникові послуг такого роду з відповідним «інженером» (інженерною організацією) [11, с. 305]. У цьому випадку у договорі будівельного підряду визначаються функції такого «інженера» (інженерної організації), пов'язані з наслідками його дій для підрядника.

Не секрет, що у вітчизняній практиці використовуються схожі правовідносини. Йдеться якраз про можливість замовника передавати право управління виконанням договору підряду іншій юридичній чи фізичній особі, яка на цьому спеціалізується. Таке запозичення видається доцільним, оскільки, по-перше, чітко передбачить право замовника на залучення до виконання умов договору більш компетентної особи – інженера (інженерної організації); по-друге, у диспозитивній формі передбачить напрям діяльності інженера (інженерної організації); по-третє, визначить умову про обов'язковість включення до договору підряду змісту прав та обов'язків інженера (інженерної організації), що лише сприятиме швидшому вирішенню спорів між сторонами.

Договірні відносини з виконання робіт, як зазначає В. В. Луць, складаються за схемою прямого договору між замовником і підрядником або за конструкцією генерального підряду [12, с. 213]. 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 ст. 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. На нашу думку, така вимога законодавця на отримання генпідрядником згоди замовника є доречною.

Отже, враховуючи вищевикладене, можна визначити особливості договору будівельного підряду, а саме: а) як на стороні підрядника, так і на стороні замовника можлива участь кількох осіб; б) підрядник має право залучати до виконання роботи третю особу за погодженням із замовником; в) генеральний підрядник виступає одночасно як підрядник за договором генерального підряду і як замовник за договором субпідряду; г) підрядник сам вибирає засоби і способи досягнення обумовленого договором результату; д) замовник зобов'язаний сприяти підрядникові у виконанні роботи у випадках, в обсязі та порядку, встановленому договором; е) ціна договору визначається кошторисом; ж) для виконання окремих видів робіт, передбачених законом, субпідрядник зобов'язаний одержати спеціальний дозвіл на ведення цих робіт; з) до вимог щодо неналежної якості роботи, виконаної за договором будівельного підряду, застосовується позовна давність в один рік, а щодо будівель і споруд – три роки від дня прийняття роботи замовником. Якщо договором підряду або законом встановлений гарантійний строк і заява з приводу недоліків роботи зроблена у межах гарантійного строку, перебіг позовної давності починається від дня заявлення про недоліки. Якщо ж відповідно до договору підряду роботу було прийнято замовником частинами, перебіг позовної давності починається від дня прийняття роботи в цілому (ст. 864 ЦК України).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Шишка Р. Б.* Проблема видів та характеристики цивільних та господарських договорів // Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності / За ред. академіка АПрН України В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – С. 76 – 88.
2. *Хозяйственный кодекс Украины: научно-практический комментарий* / Под общ. ред. А. Г. Бобковой. – Х.: ФЛ-П Вапнярчук Н. Н., 2008. – 1296 с.
3. *Иоффе О. С.* Советское гражданское право: курс лекций / О. С. Иоффе. – Л.: Пол. Издат, 1961. – Т. 2. – 780 с.
4. *Гриценко Г. М.* Правове регулювання капітального будівництва за державні кошти: дис. ... канд. юрид. наук.; 12.00.04 / Інститут економіко-правових досліджень / Г. М. Гриценко. – Донецьк, 2011. – 187 с.
5. *Брагинский М. И, Витрянский В. В.* Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2007. – 1088 с.
6. *Абрамцова Е. Л.* Договор подряда в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. Л. Абрамцова. – М.: РГБ, 2005. – 213 с.
7. *Пленюк М. Д.* Цивільно-правове регулювання строків (термінів) у договорах про виконання робіт: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України / М. Д. Пленюк. – К., 2011. – 210 с.
8. *Луць В. В.* Хозяйственный договор и качество продукции / В. В. Луць // Сов. гос-во и право. – 1985. – № 1. – С. 36 – 43.
9. *Сергеев А. П.* Договор строительного подряда // Гражданское право. Учебник. Ч. 2 / Под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. – 784 с.
10. *Международное частное право: сборник нормативных материалов и документов* // Сост. Н. Ю. Ерпылеева. – М.: Манускрипт, 1994. – 597 с.

11. Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. О. Н. Садилов. – М.: Юридическая фирма КОНТРАК–ИНФРА, 1998. – 800 с.

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

The article is devoted to the important and topical issue – the definition of the legal nature of building contract. It reveals the meaning of contract construction contracts.

Стаття посвящена важному и актуальному вопросу – определению юридической природы договора строительного подряда. Раскрывается содержание понятия «договор строительного подряда».

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ТА ВИДИ ІПОТЕЧНОГО СЕРТИФІКАТА

Вавженчук С. Я.,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного та трудового права юридичного факультету Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

У статті звертається увага на сутність іпотечного сертифіката, а також його особливості. Окремо увага приділяється доктринальним підходам щодо розуміння іпотечного сертифіката.

Ключові слова: цінні папери, об'єкти цивільних прав, іпотечний сертифікат.

Одним із головних показників розвинутого суспільства залишається те, яку увагу приділяють розвитку вчення про цінні папери. Правовідносини, де іпотечні сертифікати, як різновид цінних паперів, виступають об'єктом цивільних прав, мають змогу динамічно розвиватися лише за наявності відповідних чинників. Неможливо не погодитися і з тим, що до останніх варто віднести адекватний нормативно-правовий базис, що окреслює регулювання обігу іпотечних сертифікатів.

Відома у правових колах абстрактність поняття іпотечного сертифіката не сприяє належному праворозумінню правової категорії, що розглядається. Як наслідок, вказаний стан породжує недостатню сформованість наукових підходів до розуміння юридичної природи іпотечного сертифіката.

Саме тому зазначений стан розвитку суспільних відносин та регламентації іпотечних сертифікатів є поштовхом для здійснення наукової розвідки у заданому правовому векторі.

Метою даної статті є розкриття сутності та видів іпотечних сертифікатів з огляду на доктринальні здобутки та нормативно-правову складову.

Серед правників, які займалися з'ясуванням окремих аспектів сутності іпотечних сертифікатів, є такі науковці: В. А. Белова, О. В. Кологойда, Н. С. Кузнєцова, І. Р. Назарчук, Н. М. Спаських, В. Л. Яроцький та інші.

Стандартизація умов іпотечних кредитних договорів дала поштовх до розвитку іпотечних сертифікатів. Іпотечні сертифікати входять до групи іпотечних цінних паперів. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р. [1] іпотечний сертифікат – це іпотечний цінний папір, забезпечений іпотечними активами або іпотеками.

Зазначене досить лаконічне визначення, надане законодавцем, не дає можливості визначити основні характеристики іпотечного сертифіката, що створює в правових колах суперечки.

Для з'ясування сутності іпотечних сертифікатів слід виділити їх основні ознаки.

По-перше, іпотечний сертифікат *належить до іпотечних цінних паперів*. По-друге, іпотечний сертифікат є *неподільним*. По-третє, випуск іпотечного сертифіката *забезпечений іпотечним покриттям* у вигляді іпотечних активів або іпотеки. По-четверте, іпотечний сертифікат наділений ознакою *оборотоздатності*, її ще називають ознакою вільного обігу. Вказана ознака проявляється у тому, що юридичні та фізичні особи наділені правом укладати правочини купівлі-продажу іпотечних сертифікатів, а також здійснювати будь-які операції з ними за умови, що вони будуть законними та не суперечитимуть інформації про випуск таких сертифікатів. По-п'яте, іпотечний сертифікат належить до *емісійних* цінних паперів. Причому рішення про випуск сертифікатів може містити умову, за якою випуск може розподілятися на окремі транші. По-шосте, іпотечні цінні папери належать до *конвертованих* цінних паперів. Відповідно до ч. 8 ст. 20 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» конвертація іпотечних сертифікатів здійснюється емітентом шляхом вилучення з обігу сертифікатів одного випуску, їх анулювання та обміну на сертифікати іншого випуску. По-сьоме, іпотечні сертифікати наділені *формалізмом*. Відповідно до ч. 4 ст. 14 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» обов'язковими реквізитами сертифіката мають бути: слова «іпотечний сертифікат» як складова частина його назви; повна назва й місцезнаходження емітента; вид сертифіката (іменний або на пред'явника); для іменних сертифікатів: назва і юридична адреса власника – для юридичних осіб або прізвище, ім'я, по батькові та номер і серія паспорта власника (для нерезидентів – найменування та реквізити належним чином легалізованих документів, що відповідно до законодавства засвідчують особу) – для фізичних осіб; номер та

серія сертифіката; номінальна вартість сертифіката з фіксованою дохідністю або частка консолідованого іпотечного боргу, що припадає на один сертифікат участі на дату реєстрації випуску; строк обігу сертифіката, порядок та строк виплати платежів; інформація про забезпечення даного випуску сертифіката; інформація про страхування власника сертифіката від валютних та інших ризиків; підпис керівника емітента або уповноваженої на це особи емітента; скріплення печаткою (за її наявності). Втім у згаданій нормі невдалим є формулювання законодавця шляхом використання словосполучення «обов'язковими реквізитами сертифіката *мають бути*». Адже за такого формулювання можна припустити, що на даний момент можуть існувати й інші реквізити іпотечного сертифіката. По-восьме, іпотечні сертифікати належать до *строкових* іпотечних цінних паперів. Кожний випуск іпотечних сертифікатів має власний строк обігу, що прямо залежить від двох строків: 1) від строку існування забезпечувальних іпотечних активів; 2) від строку відчуження іпотечних активів. По-дев'яте, емітентом іпотечних цінних паперів може бути лише суб'єкт цивільного права із *спеціальним статусом* фінансової установи. Однак, щоб бути емітентом лише статусу фінансової установи не достатньо. Відповідно до ч. 2 ст. 40 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» така фінансова установа має одержати дозвіл на право здійснення емісії сертифікатів. По-десяте, іпотечний сертифікат посвідчує право грошової вимоги до емітента.

Як наслідок, під *іпотечним сертифікатом* слід розуміти емісійний конвертований іпотечний цінний папір, забезпечений іпотечним покриттям, що має визначений строк обігу та емітується в дозвільному порядку фінансовою установою.

З огляду на ст. 15 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» іпотечні сертифікати поділяються на два види.

До першого виду належать сертифікати із фіксованою дохідністю. Одразу варто звернути увагу на те, що законодавство деяких держав не містить такого виду іпотечних цінних паперів. Наприклад, відповідно до ст. 2 Федерального закону Російської Федерації «Про іпотечні цінні папери» до іпотечних цінних паперів належать лише облігації з іпотечним покриттям та іпотечні сертифікати участі [2]. Таким чином, російський законодавець окремо не виділяє такий вид іпотечних сертифікатів як сертифікат із фіксованою дохідністю.

Враховуючи вищевказане та ч. 1 ст. 23 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати», зазначаємо, що *сертифікати з фіксованою дохідністю* – це іпотечні сертифікати, які забезпечені іпотечними активами та посвідчують такі права власників: право на отримання номінальної вартості в передбачені умовами випуску сертифікатів терміни; право на отримання процентів за сертифікатами на умовах інформації про випуск сертифікатів; право на задоволення вимог – у разі невиконання емітентом прийнятих на себе зобов'язань – з вартості іпотечних активів, що є забезпеченням випуску сертифікатів з фіксованою дохідністю, переважно перед іншими кредиторами емітента.

До другого виду іпотечних сертифікатів належать сертифікати участі. Випуск сертифікатів участі є досить поширеним у багатьох державах. Зокрема, на американському фондовому ринку їх випуск з 1971 р. почало здійснювати агентство, що формувало пули та емітувало цінні папери – «Фредді Мак», причому значна їх частина була забезпечена пулом некваліфікованих іпотек, а агентство гарантувало тільки отримання в строк процентного доходу [3].

У доктрині існує точка зору, за якою сертифікат участі посвідчує частку його володільця у праві загальної власності на іпотечне покриття, право вимагати від особи, що його видала, належного довірчого управління іпотечним покриттям, право на отримання грошових коштів, отриманих на виконання зобов'язань, вимоги за якими становлять іпотечне покриття, а також інші права, передбачені законом. Більше того, вказані автори, базуючись на російському законодавстві, вважають, що іпотечні сертифікати участі не належать до емісійних цінних паперів [4, с. 119]. Водночас, виходячи із аналізу розділу 4 «Процедура емісії іпотечних сертифікатів», ст. 15, 24, 25 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» сертифікати участі за національним законодавством належать до емісійних цінних паперів. Так, ст. 15 згаданого Закону чітко вказує на те, що іпотечні сертифікати можуть бути випущені у вигляді сертифіката участі, а розділ 4 Закону є загальним, адже стосується процедури *емісії* усіх іпотечних сертифікатів. Як наслідок, законодавець сертифікати участі визначає як емісійні цінні папери.

Законодавство України про цінні папери містить легальне визначення сертифікатів участі. Відповідно до ч. 2 ст. 24 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» *сертифікати участі* – це сертифікати, які відповідно до вказаного Закону забезпечені іпотеками та посвідчують частку його власника у платежах за іпотечними активами.

Якщо детально проаналізувати наведене легальне визначення, можна помітити, що законодавець доволі широко сформулював визначення сертифікатів участі, оскільки вказав на дві ознаки із високим рівнем юридичної абстракції: 1) забезпеченість іпотеками; 2) посвідчення частки власника сертифіката участі у платежах за іпотечними активами.

Дещо інше бачення з цього питання у законодавця Республіки Казахстан. Так, відповідно до ст. 32-4 Закону Республіки Казахстан «Про ринок цінних паперів» сертифікати участі називаються ісламськими сертифікатами участі, якими є ісламські цінні папери, що випускаються ісламською спеціальною фінансовою компанією із заздалегідь встановленим при їх випуску строком обігу з метою використання залучених засобів для організації нового інвестиційного проекту, розвитку існуючого інвестиційного проекту або фінансування

підприємницької діяльності на підставі договору простого товариства або із створенням юридичної особи в організаційно-правовій формі акціонерного товариства або товариства з обмеженою відповідальністю [5]. З одного боку, наведене визначення є громіздким, що викликає сумнів у доцільності такого підходу. Його аналіз дає підстави стверджувати про звужене розуміння поняття «сертифікат участі» за рахунок чіткого окреслення мети випуску сертифіката участі у визначенні поняття. У цьому контексті цікавим є нормативний підхід Російської Федерації. Окремо варто відмітити, що російський законодавець у Федеральному законі Російської Федерації «Про іпотечні цінні папери» використовує дещо іншу термінологію, адже називає сертифікати участі іпотечними сертифікатами участі [2].

Національний законодавець у ч. 5 ст. 40 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» ставить окрему вимогу до випуску емітентами сертифікатів участі. Відповідно до згаданої норми емітент сертифікатів участі здійснює випуск таких сертифікатів, платежі за якими забезпечені надходженнями платежів від боржників за договорами про іпотечний кредит, реформованими в іпотечний актив.

Власник сертифікатів участі окремого випуску також наділений статусом установника довірчої власності. Крім цього, він наділений двома основними видами прав. У першу чергу, він має право на отримання частки у платежах за іпотечними активами відповідно до договору про придбання сертифікатів. Також власник сертифікатів участі має право на задоволення вимог – у разі невиконання емітентом взятих на себе зобов'язань – з вартості іпотечних активів, які перебувають у довірчій власності управителя. Якщо має місце факт призначення або факт зміни особи управителя, власник сертифіката набуває додаткове право пред'явити сертифікати участі для дострокового погашення. Разом із набуттям вищенаведених прав до власника сертифікатів участі переходить ризик дострокового виконання зобов'язань боржниками за договорами про іпотечний кредит, реформованими в іпотечний актив.

Узагальнюючи результати нашого дослідження, слід констатувати, що мета даної статті досягнута, адже розкрито сутність та види іпотечних сертифікатів з огляду на доктринальні здобутки та нормативно-правову складову. Разом із тим автор дійшов висновків. По-перше, виокремлено основні ознаки іпотечного сертифіката. По-друге, на підставі згаданих ознак сформовано авторське визначення іпотечного сертифіката. Так, під іпотечним сертифікатом слід розуміти емісійний конвертований іпотечний цінний папір, забезпечений іпотечним покриттям, що має визначений строк обігу та емітується в дозвільному порядку фінансовою установою. По-четверте, виявлено схожість між сертифікатом участі та CDO.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р. № 979-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 1. – Ст. 1.
2. Федеральный закон Российской Федерации «Об ипотечных ценных бумагах» от 11 ноября 2003 г. № 152 – ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2003. – № 46. – Ст. 4448.
3. Спаських Н. М. Зарубіжний досвід розвитку іпотечного кредитування / Н. М. Спаських. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Znpchdtu/2008_21_2/articles/18_Spaskih_N.pdf.
4. Энциклопедия будущего адвоката: учебное пособие для подготовки к квалификационному экзамену на присвоение статуса адвоката / Федер. палата адвокатов Рос. Федерации; под общ. ред. И. Л. Трунова; рук. авт. коллектива – Л. К. Айвар. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 1344 с.
5. Закон Республики Казахстан «О рынке ценных бумаг» от 02 июля 2003 г. № 461-III // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2003. – № 14. – Ст. 119.

The article focuses the essence of bill and their features. Particular attention is paid to dogmatic approaches to understanding bill.

В статье обращается внимание на сущность ценных бумаг, а также на их особенности. Отдельное внимание обращается на доктринальные подходы понимания ценных бумаг.

ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТНОГО СКЛАДУ У ДОГОВОРІ ПОБУТОВОГО ПІДРЯДУ

Ганчева А. М.,

*здобувач НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

У статті досліджено деякі особливості суб'єктного складу у договорі побутового підряду.

Ключові слова: договір, побутовий підряд, споживач, виконавець, виробник, замовник.

З переходом до ринкової економіки та скасуванням безпосереднього державного управління сферою обслуговування, здавалося б, що норми побутового підряду повинні теж докорінно змінитись, проте більша

частина норм відтворює вже відомі раніше правила правового регулювання договору побутового підряду. Цю обставину в юридичній літературі пояснюють причинами, які не усуваються при переході від планової до ринкової економіки, а лише змінюють мотивацію і форми впливу на дані відносини [3, с. 321]. Так, на сьогодні, за умовами договору побутового підряду, підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призначену для задоволення побутових та інших особистих потреб, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу (ч. 1 ст. 865 ЦК України). Як бачимо, законодавець, визначивши договір побутового підряду, у більшості норм § 2 гл. 61 ЦК України акцентує увагу на суб'єктному складі правовідношення, тобто контрагентів за договором. Так, відповідно до ст. 685 ЦК України підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призначену для задоволення побутових та інших потреб, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Як бачимо, сторонами у договорі побутового підряду є замовник та підрядник. У свою чергу, підрядником визначається особа, яка бере на себе обов'язок виконати замовлену роботу, а замовником – особа, що замовляє виконання певної роботи та бере на себе обов'язок прийняти та оплатити її результат [5, с. 386]. Погодитись із згаданим визначенням в цілому ми не можемо, оскільки таке загальне визначення не враховує специфіки суб'єктного складу договірних відносин за договором побутового підряду. Адже у цих відносинах підрядником завжди виступає особа, яка здійснює відповідну підприємницьку діяльність. Таким чином, у контексті норм ЦК України можна дійти висновку, що законодавець, говорячи про підрядника, який здійснює підприємницьку діяльність, визначив специфіку суб'єктного складу, вказавши на те, що підрядником завжди виступає суб'єкт підприємницької діяльності, діяльність якого спрямована на виконання робіт на замовлення громадян, тобто здійснює діяльність з обслуговування громадян.

Отже, підрядник у договорі побутового підряду – це особа, яка має статус підприємця і основний напрям діяльності якої є виконання робіт на замовлення громадян. Такого висновку можна дійти і з огляду на ознаку публічності договору побутового підряду. Тому для розкриття суб'єктного складу договірних відносин за договором побутового підряду необхідно зробити певний аналіз ключових термінів, які потрапляють у сферу регулювання побутових відносин згідно з ЦК України та законодавством про захист прав споживачів.

Так, Закон України «Про захист прав споживачів» виділяє суб'єктів підприємницької діяльності називаючи їх як «споживач», «виконавець», «виробник», «продавець». Сукупність зазначених осіб утворює суб'єктний склад правовідносин за участю споживачів.

Найважливішою особливістю у договорі побутового підряду є мета, оскільки вона полягає у виконанні робіт та переданні їх результату замовнику. Проте за умовами даного договору такі результати робіт мають обов'язково бути призначені для задоволення особистих потреб.

Основоположним поняттям у Законі України «Про захист прав споживачів», зрозуміло, є термін «споживач». Так, споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Як бачимо, термін «споживач», як правова категорія, має відповідати таким правовим ознакам:

1. Споживач – це, в першу чергу, громадянин, (розширене тлумачення впливає зі змісту ст. 26 Конституції України), тому інші суб'єкти права (юридичні особи, публічно-правові утворення) не є споживачами, а отже, і замовниками за договором побутового підряду. Надаючи оцінку замовнику як споживачу за договором побутового підряду, не слід забувати й про те, що фізична особа може вважатися замовником лише тоді, коли вона володіє усіма правами та обов'язками, за загальним правилом, яке встановлено у ст. 203 ЦК України. Отже, особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності, а також правоздатність, яка не згадується законодавцем так само, проте є необхідною умовою при укладенні правочину, оскільки право на укладання договорів є елементом цивільної право- та дієздатності фізичних, юридичних осіб та інших суб'єктів цивільного права [4, с. 59].

С. О. Бродовський визначає, що правоздатність є абстрактною можливістю набувати права і обов'язки в певній державі, тому вона наявна в усіх фізичних осіб незалежно від віку і стану їх психічного чи фізичного здоров'я, оскільки можливість фізичної особи вступати в певні види цивільних відносин і набувати в них юридичних обов'язків потребує наявності розуміння значення своїх дій, можливості керувати ними, розуміння наслідків цих дій тощо. Таких властивостей фізична особа набуває в силу досягнення певного віку та отримання життєвого досвіду. Проте фізичні особи за своїми психофізіологічними особливостями є різними, а тому, відповідно, їх розвиток також є різним. Тому, на думку вченого, законодавцем встановлено презумпцію щодо дієздатності фізичної особи з досягненням нею вісімнадцятирічного віку [2, с. 160]. На підставі цього можна зауважити, що, укладаючи договір побутового підряду, замовник має відповідати таким критеріям як вік та психічне ставлення до вчинених дій. Проте не слід забувати й про норму ст. 35 ЦК України, за якою повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором або є суб'єктом підприємницької діяльності. Крім того, згідно з ч. 1 ст. 35 ЦК України ще одна з підстав надання повної дієздатності є факт запису неповнолітньої особи матір'ю або батьком дитини. Зважаючи на це, робимо висновок, що стороною за договором побутового підряду не можуть бути фізичні особи, які

мають часткову дієздатність, а також фізичні особи, які визнані недієздатними, оскільки від обсягу дієздатності фізичної особи залежить можливість бути учасником підрядних договірних відносин.

2. Споживач – це фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Виходячи з цього споживачем визнається фізична особа, яка вже придбала чи замовила товар, роботу, послугу, тобто уклала відповідний договір, або ще має намір укласти договір. З цього можна зробити висновок, що у певних відповідних ситуаціях особа визнається споживачем і до укладення договору, а це, в свою чергу, як правильно зазначає М. А. Абрамова, є одним із головних ознак, оскільки можна бути споживачем і при цьому не бути замовником [1, с. 13]. Адже споживачем фізична особа буде виступати у випадку надання їй інформації про товари, роботи та послуги. Наприклад, усіма правами споживача буде володіти і та фізична особа, яка використовує отриманий від іншої фізичної особи за договором дарування товар, який дарувальник придбав у магазині.

3. Споживач – це фізична особа, яка товари, роботи, послуги придбаває, замовляє, використовує виключно для особистих та інших потреб, не пов'язаних із підприємницькою діяльністю. Так, відповідно до Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» під господарською діяльністю розуміється будь-яка діяльність, в тому числі і підприємницька, юридичних осіб, а також фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язану з виробництвом (виготовленням) продукції, торгівлею, наданням послуг, виконанням робіт [6]. Можна припустити, що уточнення «виключно» свідчить про те, що за наявності одночасного задоволення потреб суб'єкта, які пов'язані з підприємницькою діяльністю, а також не пов'язані з нею, фізична особа формально не може бути визнана споживачем.

Аналізуючи законодавство України, варто зауважити, що термін «споживач» використовується неоднозначно. Зокрема, у деяких актах під споживачем розуміється не тільки фізична особа, а й юридична. Наприклад, у Законі України «Про рекламу» визначено, що споживачами реклами є невизначене коло осіб, на яких спрямовується реклама. Таким чином, за нормами ст. 869 ЦК України, в якій вказано, що до реклами та інших пропозицій щодо роботи, яка виконується за договором побутового підряду, застосовуються положення статті 641 ЦК України, за якими реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, є запрошенням робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано у рекламі або інших пропозиціях. На підставі цього розуміємо, що під «невизначеним колом осіб» слід розуміти як фізичних осіб в цілому, так і юридичних осіб зокрема.

Наступною особою в суб'єктному складі законодавець називає виконавця, якому притаманні такі ознаки: 1) виконавець виконує роботу або надає послуги споживачам; 2) робота та послуги виконуються або надаються виконавцем за договором.

Завершує суб'єктний склад законодавства про захист прав споживачів – продавець – суб'єкт господарювання, який згідно з договором реалізує споживачеві товари або пропонує їх до реалізації. Вважаємо за потрібне звернути увагу на цього суб'єкта господарювання, оскільки можливі ситуації, коли особа разом з функціями виробника виконує функції і виконавця, і продавця. Так, відповідно до норми ст. 874 ЦК України у разі нез'явлення замовника за одержанням виконаної роботи або іншого ухилення замовника від її прийняття підрядник має право, письмово попередивши замовника, зі спливом двох місяців від дня такого попередження продати предмет договору побутового підряду за розумну ціну, а суму виторгу, з вирахуванням усіх належних підрядникові платежів, внести у депозит нотаріуса, нотаріальної контори на ім'я замовника.

Розглядаючи правочиноздатність сторін, зауважимо й те, що підрядником за договором побутового підряду завжди виступає суб'єкт підприємницької діяльності, адже чинне законодавство передбачає, що певні види діяльності може здійснювати лише юридична особа. Більше того, на думку А. Б. Гриняка, юридичні особи приватного права створюються саме для того, щоб розширити можливості фізичної особи для здійснення тих видів діяльності, які не може вчинити самостійно фізична особа [4, с. 142].

Підсумовуючи все вищенаведене, доходимо висновку, що споживачами у договорі побутового підряду можуть бути як фізичні особи, в тому числі й фізичні особи-підприємці, так і юридичні особи, адже відповідно до ст. 91 ЦК України юридична особа може мати такі самі цивільні права і обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Абрамова М. А.* Теоретико-правовий аналіз прав потребителів як межотраслевого інститута в російському праві: автореф. на соискание ученої ступені канд. юрид. наук: 12.00.03 / М. А. Абрамова. – Ростов-на-Дону, 2001. – 25 с.
2. *Бородовський С. О.* Правочиноздатність фізичної особи як елемент її правосуб'єктності / С. О. Бородовський // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Василя Павловича Маслова «Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства». – Харків, 2011. – С. 159–162.
3. *Гражданское право.* Учебник. Часть II / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: «ПРОСПЕКТ», 1998. – С. 321.
4. *Гриняк А. Б.* Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб / Монографія / А. Б. Гриняк. – Тернопіль, Підручники та посібники, 2008. – С. 142.

5. *Договірне право* України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: За заг. ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 386.

6. *Закон України* «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» / Відомості Верховної Ради України від 08.09.2000. – № 36. – Ст. 299.

The article explores some of the peculiarities of the subject of the contract of domestic independent.

В статтє исследованы некоторые особенности субъектного состава в договоре бытового подряда.

СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН

Гриняк А. Б.,

доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,

учений секретар НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті акцентується увага на обговоренні ідей судової нормотворчості. Відзначається, що судовій практиці як джерелу судового регулювання властиво поєднання формально-юридичних, позаюридичних джерел і договірної саморегуляції.

Ключові слова: *судова практика, судовий прецедент, договірні правовідносини, джерела права, суддівська правотворчість.*

При розгляді джерел правового регулювання договірних відносин, насамперед, слід зазначити, що розуміння джерел права залишається предметом дискусії в теорії права та галузевих юридичних науках. В теоретичній науці під формою (джерелом) права розуміють спосіб внутрішньої організації, а також зовнішнього прояву правових норм, який засвідчує їх державну загальнообов'язковість; способи вираження і доведення рішень правотворчих органів про прийняття відповідних норм права до зацікавлених осіб. Тобто наразі спори щодо правильності застосування термінів «форма права» та «джерело права» можна вважати вирішеними, оскільки ці терміни застосовуються в одному і тому самому значенні [1, с. 264]. До джерел права в юридичній літературі пропонують відносити самі обставини, явища, які породжують норми права (соціальні умови, наукові джерела, економічні інтереси). Під формою права розуміють об'єктивовані (виражені назовні) способи фіксації правових норм.

Діяльність судів є одним з найважливіших елементів правового регулювання життя будь-якого сучасного демократичного суспільства. Ю. С. Шемшученко, розглядаючи причини недостатньої ефективності законодавства України, вказує на головні з них: внутрішня суперечливість законодавства, його колізійність та декларативність. Подолання цих явищ може здійснюватись як шляхом підвищення рівня підготовки проєктів нових нормативно-правових актів і здійснення заходів по систематизації вже діючих актів, так і через діяльність судових органів, які застосовують юридичні норми відносно конкретних ситуацій, і тому швидше, ніж інші суб'єкти, виявляють недоліки правового регулювання [2, с. 4]. Наприклад, вплив норм гл. 61 ЦК України на спірну ситуацію має вертикальний характер, оскільки норми містять абстрактний припис із побічною вказівкою на коло відносин та їх суб'єктів. Натомість вплив суду на спірну ситуацію має конкретно виражений характер, оскільки спрямований на вирішення спірної ситуації, що виникла між сторонами договірної зобов'язання, в найкоротші строки та зважаючи на існуючі реалії. А основне завдання судової влади полягає у здатності вирішити спір між учасниками договірних правовідносин навіть у випадку відсутності відповідної норми закону чи договірної положення, захистити порушені суб'єктивні права, які не дістали законодавчого чи індивідуального закріплення. Як наслідок, постає необхідність у створенні судом норм права, що використовуються при вирішенні всіх аналогічних справ та підтримуються державою.

Водночас в юридичній літературі є й протилежні думки з приводу того, що судді не створюють право, оскільки вони не є законодавцями, а основний їх обов'язок займатися правосуддям і нічим іншим [3, с. 189]. Більше того, такі думки, як зазначає М. М. Ясинок, є основою сьгоднішніх науковців процесуального права в Україні, що пояснюється відсутністю наукових праць у цьому напрямі [4, с. 43–44]. Іншими словами, українські правники є позитивістами, що не визнають «de facto» прямої дії норм про права людини на основі свободи у так званих важливих справах, коли ці норми не можуть застосовуватися судами безпосередньо, а потребують конкретизації шляхом прийняття законів [5, с. 40].

Зважаючи на це, доцільно підкреслити особливий інтерес до обговорення ідей судової нормотворчості в юридичних колах як вітчизняної науки, так і практики. Тобто сам факт наукової постановки цих питань та тривалість дискусії свідчать про те, що судова практика не може бути віднесена ані до нормативно-правових джерел, ані до інших (позаюридичних) джерел права, оскільки судовій практиці як джерелу судового регулювання притаманне поєднання формально-юридичних, позаюридичних джерел та договірної саморегуляції.

Разом з тим необхідно звернути увагу на те, що в нашій державі лише Верховний Суд України має право за рахунок аналітичного аналізу доказів у справі та конкретних обставин створювати своїм обґрунтуванням, по

суті, нові норми права не змінюючи при цьому вже існуючих, оскільки існуючі законодавчі норми та передбачені сторонами договірні положення не завжди в змозі передбачити всі можливі життєві ситуації.

В теорії права, як і в цивілістичній науці, тривають дискусії з приводу можливості ототожнення чи, навпаки, розмежування понять «судовий прецедент» та «усталена судова практика». Не вдаючись до аналізу існуючих поглядів на це питання, все ж зазначимо, що ці поняття не слід ототожнювати. Такого висновку можна дійти проаналізувавши усталене розуміння судового прецеденту в країнах загального права. Так, рішення суду країн загального права, як побічний результат здійснення правосуддя, в окремих випадках може створити загальнообов'язкове правило («binding case»). Таке рішення має застосовуватись нижчими судовими інстанціями (вертикальна дія прецеденту) або тим же судом чи іншими судами того самого рівня (горизонтальна дія прецеденту) при вирішенні «аналогічних» справ. Решта прецедентного рішення, зокрема і правові позиції, сформульовані судом «між іншим», не є обов'язковою [6, с. 137].

Крім того, слід наголосити, що прецедентне право не позбавлене і певних недоліків. Зокрема, прецедентне право може бути транслятором вже застарілих позицій, оскільки попередні рішення як прецедентні не можуть точно відтворювати матеріально-правовий спір. Вони беруть до уваги лише предмет спору, а тому прецедентні рішення, як правило, грішать своєю неуточнюваністю, намагаючись охопити за рахунок їх невизначеності всі справи певної категорії [4, с. 45].

Натомість судова практика, по-перше, не може бути сформована на підставі одного судового рішення. У конкретних судових рішеннях можуть знаходити відображення вироблені нею положення права, які в подальшому мають виступити юридичною основою вирішення цілої низки справ. По-друге, на відміну від закріплених підходів у країнах загальної системи права, за якими закріплено обов'язок судів враховувати свої попередні рішення, в Україні кожний суддя, якому відома правова позиція вищої судової інстанції з того чи іншого питання, не може не брати її до уваги, виходячи з авторитетності вищої судової інстанції і з огляду на можливе оскарження та скасування його рішення [7, с. 7]. Водночас ситуація, за якої суддя нижчої інстанції, не погоджуючись із позицією вищих судових органів, приймає своє рішення всупереч, наприклад, позиціям Постанов Пленуму Верховного Суду України не суперечить чинному законодавству України. У той же час існування різних рішень з аналогічних справ на рівні вищих спеціалізованих судів є підставою для їх перегляду у Верховному Суді України. Тобто будь-яке судове рішення може виступати так званим зразком при прийнятті інших судових рішень лише в тому випадку, якщо в ньому правильно витлумачені застосовані відповідні нормативно-правові акти та договірні положення сторін.

Більше того, зважаючи на прагнення України щодо вступу до Європейського співтовариства, доцільно зазначити, що в межах кожної правової системи держав – членів Європейського Союзу склалося власне уявлення про значення судового прецеденту та судової практики у регулюванні приватних відносин загалом та договірних зокрема. Так, в юридичній літературі зазначається про поступове взаємопроникнення, конвергенцію романо-германського та англосаксонського права. Це пояснюється спільністю історичних коренів обох систем: вони впливають із римського права і того правового порядку, який встановився згодом у Європі, а також аксіоми про належність складових частин до єдиного права, яке є загальноцивілізаційним надбанням [8, с. 39].

Так, на сучасному етапі в Європі проводиться доволі інтенсивна робота щодо підготовки єдиного Європейського цивільного кодексу, який може стати кульмінацією в уніфікації однієї з найважливіших галузей законодавства [9, с. 10]. Як прогнозує А. С. Довгерт, поява даного кодифікованого акта очікується до 2020 року, який, без сумніву, матиме надзвичайно важливе значення і, можливо, стане прообразом Всесвітнього цивільного кодексу [10, с. 17]. Певною передумовою в цьому слугуватиме уніфікація договірного права ЄС, здійснена на основі порівняльного аналізу правових систем ЄС та зростання ролі судових органів у процесі правового регулювання. Солідаризуючись із позицією А. С. Довгерта¹, слід наголосити на необхідності проведення Україною таких реформ чинного законодавства у приватноправовій сфері, які б сприяли викоріненню існуючих сьогодні суперечностей між сучасним міжнародним підходом до регулювання договірних відносин та внутрішнім інструментарієм їх правового регулювання. Більше того, результати діяльності судової влади з розгляду справ, що впливають із договірних правовідносин, дедалі більше визнаються джерелом права ЄС. Такий висновок можна зробити з огляду на особливе місце судів ЄС в інституційній системі та значенні рішень судів у правопорядку ЄС.

Отже, особливе місце в системі регулювання цивільних правовідносин загалом та договірних зокрема займають рішення Конституційного Суду України. Відповідно до ст. 147, 150 Конституції України до його відання належать: 1) вирішення питань про відповідність Конституції України законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; 2) офіційне тлумачення Конституції та законів України. З цих питань Конституційний Суд України ухвалює рішення, які є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не підлягають оскарженню. Зрозуміло, що його рішення щодо актів цивільного законодавства є джерелом цивільного права. Тобто, як зазначає Р. А. Майданик, у вітчизняній доктрині набуває поширення

¹ Вчений відстоює ідею життєздатності всесвітнього цивільного права та вказує на необхідність кожної держави, яка проводить приватноправові реформи, враховувати цю ідею як правову методологію досліджень і законотворення та своїми засобами робити внесок у формування всесвітнього цивільного права.

концепція судової правотворчості, підтверджена практикою Конституційного Суду України, який шляхом посилань на свої попередні рішення надав мотивуванню (обґрунтуванню) частини своїх рішень якості судового прецеденту [11, с. 52].

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» практика цього суду є джерелом права в Україні. Таким чином, практика Європейського суду з прав людини має методологічне значення та є ефективним інструментом національного судового тлумачення правових норм та договірних положень. Саме тому для обґрунтування своїх правових позицій при прийнятті відповідних рішень Конституційний Суд України застосовує комплексний підхід, а саме, крім Конституції України та інших актів національного законодавства використовує потенціал Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Принципів Європейського договірної права, інших міжнародно-правових договорів, а також рішення Європейського суду з прав людини.

Більше того, норми зазначеної Конвенції та протоколів до неї взято за зразок при розробці і прийнятті Конституції України. Відповідні конституційні норми щодо прав і свобод людини і громадянина та їх гарантій, як зазначає В. П. Тихий, є якщо не тотожними, то аналогічними конвенційним нормам. Тому правові положення Європейського суду з прав людини необхідно застосовувати і при тлумаченні відповідних норм Конституції України [12, с. 69].

Крім того, у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини з'ясовує і роз'яснює конвенційні норми, конкретизує їх зміст і обсяг. Такі загальні позиції щодо розуміння конвенційних норм мають загальну дію, тобто поширюються на невизначене коло осіб і на необмежену кількість подібних випадків, і тому в подальшому Європейський суд з прав людини спирається на них при розгляді інших аналогічних справ.

Зважаючи на те, що Конвенція і протоколи до неї є частиною норм міжнародного приватного права, відповідно, Європейський суд з прав людини, вирішуючи спір між сторонами договірної зобов'язання, повинен тлумачити їх на основі загально визнаних принципів договірної права і шляхом застосування правил, закріплених в ст. 31 і 32 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., а саме, договір повинен тлумачитись добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору. Поряд з контекстом враховуються: будь-яка наступна угода між учасниками щодо тлумачення договору або застосування його положень; подальша практика застосування договору, яка встановлює угоду учасників щодо його тлумачення; будь-які відповідні норми, які застосовуються у відносинах між учасниками.

Аналізуючи питання можливості визнання судової практики джерелом правового регулювання договірних відносин, доцільно зазначити, що в наукових працях радянських часів заперечувалась свобода «суддівського розсуду», яка розумілася як можливість суддівської правотворчості. Щоправда, і в той час траплялись окремі погляди на судову практику як на джерело права. Так, в підручнику з цивільного процесу 1948 р. зазначалось про можливість нормотворчої діяльності Пленуму Верховного Суду СРСР шляхом видання керівних вказівок Пленуму Верховного Суду СРСР з питань судової практики [13, с. 299]. Тобто пропонувалось керівні вказівки Пленуму Верховного Суду СРСР визнавати джерелом судового рішення і одночасно підкреслювалося, що така правотворча діяльність при виданні деяких постанов не означає наділення вищого судового органу законодавчими функціями.

Однак в юридичній літературі ця позиція була піддана жорсткій критиці. Наприклад, П. О. Недбайло з цього приводу писав, що в соціалістичному суспільстві волю народу виражає законодавець і суд не може його випереджувати; у суду немає і не може бути такого привілею, аби на свій лад пристосовувати закон до нових обставин шляхом його тлумачення [14, с. 341]. Іншим доволі поширеним аргументом щодо неможливості визнання за судовою практикою джерела права є те, що судові рішення стосується конкретно-визначених осіб, а його дія припиняється з його виконанням. Однак і ці аргументи, на нашу думку, не є безспірними хоча б тому, що судові рішення може стати основою (джерелом) для винесення рішень по однорідних справах. Так, сьогодні непоодинокими є випадки, коли судді в окремих справах очікують винесення рішення в схожій за предметом та правовими підставами позову справі і аж тоді виносять власне рішення, опираючись на правову позицію, що викладена там.

Останніми роками на сторінках юридичної літератури поживалася дискусія щодо можливості визнання якщо і не судового прецеденту як джерела права, то, принаймні, прецедентного характеру судової практики [15, с. 279]. В юридичній літературі обговорюється можливість і необхідність прецедентного способу регулювання цивільно-правових відносин. Як зазначає І. В. Спасибо-Фатеева, на сучасному етапі розвитку цивільного права і законодавства України казуальні норми активно використовуються. Проте судові органи формують практику на основі старих законів із минулої економічної системи, в які втиснуто норми про якісно нові відносини [16, с. 137].

На думку М. К. Галантича, роз'яснення Пленуму Верховного Суду України мають правову силу, стають обов'язковими для виконання всіма учасниками судочинства і є джерелом житлового права [17, с. 54]. На думку ж О. В. Дзери, такі роз'яснення вищих спеціалізованих судових органів є більше підстав розглядати лише як форми тлумачення чинного законодавства, що застосовуються судами [18, с. 39–40]. Тобто автор не визнає роз'яснення вищих судових органів джерелом права. С. М. Бервено вважає, що якщо ЦК України визнає джерелом права звичай, то не визнавати джерелом права роз'яснення Пленуму Верховного Суду України

нелогічно і юридично некоректно. Більше того, на думку дослідника, контрагенти відповідного договору не позбавлені права передбачити у договорі застереження про вирішення між ними спорів з урахуванням відповідного роз'яснення Верховного Суду України чи вищого спеціалізованого суду [19, с. 85–86]. Проте в чинному законодавстві України такі зрушення у поглядах на судову практику як джерело права поки що не знайшли закріплення [15, с. 279].

Яскравим прикладом трансформування правила судової практики у законодавчу норму виступає положення постанови Пленуму Верховного Суду Української РСР «Про практику застосування судами Української РСР ст. 105 Цивільного кодексу УРСР» від 19 вересня 1975 р. та зміст ст. 376 ЦК України. У постанові Пленуму зазначалося, що самовільно споруджені будинки чи прибудови не можуть бути об'єктом права особистої власності, а у ст. 105 ЦК 1963 р. йшлося лише про неможливість розпорядження. Однак судова практика виходила з роз'яснень постанови, і суди не приймали до розгляду вимоги про визнання права власності на такі об'єкти за відсутності правової підстави. У ч. 2 ст. 376 ЦК України передбачено, що особа, яка здійснила або здійснює самочинне будівництво нерухомого майна, не набуває права власності на нього. Тобто наведена норма має своїм джерелом правило судової практики і нині не викликає сумнівів щодо її застосування, як і раніше не викликала сумнівів, будучи прописаною лише у постанові Пленуму Верховного Суду Української РСР. У ст. 105 ЦК 1963 р. і ст. 376 ЦК України застосовуються такі поняття: грубе порушення будівельних норм і правил (ст. 105), істотне порушення будівельних норм і правил (ст. 376) [20, с. 78].

Отже, підсумовуючи вищевикладене, можна стверджувати, що постанови, роз'яснення, правові позиції вищих судових інстанцій повинні знайти належне відображення в системі форм права України, а судова практика як джерело правового регулювання договірних відносин займає важливе місце в соціальному регулюванні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Общая теория* государства и права: академ. курс в 2-х т. / Под ред. М. Н. Марченко. – Т. 2. – М.: Юридическая литература, 1998. – С. 264.
2. *Шемшученко Ю. С.* Юридична наука на межі століть / Ю. С. Шемшученко // *Правова держава: щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.* – К.: Вид. дім «Юридична книга», 2000. – Вип. 11. – С. 4.
3. *Geldart W.* Element of English Law / W. Geldart | Prepared by D. C. M. Yandle. – L.: Oxford University Press, 1995. – P. 189.
4. *Ясинок М. М.* Теоретичні основи прецедентного права Англії та їх вплив на формування прецедентного права в Україні / М. М. Ясинок // *Проблеми цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяченій пам'яті професора О. А. Пушкіна (25 травня 2013 р.).* – Х.: Харківський національний університет внутрішніх справ; Золота миля, 2013. – С. 43 – 44, 45.
5. *Шевчук С.* Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні / С. В. Шевчук. – К., 2007. – С. 40.
6. *Стрельцова О.* Співвідношення понять судового прецеденту та судової практики (теоретичний аспект) / О. Стрельцова // *Право України.* – 2004. – № 10. – С. 137.
7. *Майданик Р.* Прецедентні рішення вищих судів і система права України / Р. А. Майданик // *Юрид. вісн. України.* – 2009. – 7–13 листопада (№ 45). – С. 7.
8. *Дашковська О.* Судовий прецедент і судова практика як джерела права / О. Дашковська // *Вісник Академії правових наук: зб. наук. пр. / Редкол.: В. Я. Тацій та ін.* – Х.: Право, 2011. – № 1 (64). – С. 39.
9. *Луць В.* Тенденції розвитку договірних права України в сучасних умовах / В. В. Луць // *Право України.* – 2009. – № 8. – С. 10.
10. *Довгерт А.* Методологічне значення ідеї наднаціонального цивільного права / А. С. Довгерт // *Право України.* – 2009. – № 8. – С. 17.
11. *Майданик Р. А.* Поняття і види джерел цивільного права України / Р. А. Майданик // *Приватноправове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Одеса, 19 – 20 квітня 2012 року.* – К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. – С. 52.
12. *Тихий В. П.* Правові позиції Європейського суду з прав людини та проблеми відповідальності органів державної влади і їх посадових осіб за порушення прав на вільні вибори / В. П. Тихий // *Трансформація політики в право: різні традиції та досвід: матеріали міжнародної наукової конференції / За редакцією академіка НАН України, академіка АПрН України В. Я. Тація.* – Х.: Право, 2006. – С. 69.
13. *Гражданский процесс: учебник / Под общ. ред. С. Н. Абрамова.* – М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. – С. 299.
14. *Недбайло П. Е.* Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. – М.: Госиздат, юрид. лит., 1960. – С. 341.
15. *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): монографія / О. А. Беляневич. – Юрінком Інтер, 2006. – С. 279.
16. *Спасибо-Фатеева І.* «Трансцендентна судова мімікрія», або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці / І. В. Спасибо-Фатеева // *Вісник Академії правових наук України.* – 2003. – № 4 (35). – С. 137.
17. *Галянтіч М. К.* Житлове право України / М. К. Галянтіч. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – С. 54.

18. *Цивільне право* України: підручник: у 2-х кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 1. – С. 39 – 40.

19. *Бервено С. М.* Проблеми договірних права України: монографія / С. М. Бервено. – К.: Юрінком Інтер, 2006 – С. 85 – 86.

20. *Яворська О. С.* Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія / О. С. Яворська. – Підручники і посібники, 2009. – С. 78.

This article focuses on the discussion of ideas judicial norm creation. It is noted that the jurisprudence as a source of legal regulation peculiar combination of formal and legal, contractual extralegal sources and self-regulation.

В статті акцентується увага на обговоренні ідей судового нормотворчества. Отзначається, що судової практиці як джерелу судового регулювання присуще поєднання формально-юридических, внеюрідических джерел і договірної саморегуляції.

ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У КОРИСТУВАННЯ ЗА УЧАСТЮ ОСОБИ, УПОВНОВАЖЕНОЇ НА УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ НАЙМУ (ОРЕНДИ)

Калаур І. Р.,

кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті визначено особливості договірних відносин найму, у яких наймодавцем є особа, яка уповноважена на укладання договору найму.

Ключові слова: орендодавець, розпорядження майном, договір управління майном, оренда державного майна, оренда земельної частки (паю).

Відносини найму майна, як і інші цивільні правовідносини, встановлюються внаслідок вольової взаємодії членів суспільства. Така взаємодія, в кінцевому результаті, увінчується укладанням договору найму, сторони якого у майновому обороті називаються наймодавцем і наймачем. Наймодавець – це особа, яка передає або зобов'язується передати на певний строк майно у користування іншій стороні. Відповідно, особа, котра приймає майно для користування, користується цим майном та здійснює плату за користування, називається наймачем.

Коло осіб, які можуть вступати у договірні відносини найму на стороні наймодавця, визначене у ст. 761 ЦК України. Такими є власники речей, особи, яким належать майнові права, та особи, які уповноважені на укладання договору найму.

Першочергово, змістовне навантаження вказаної статті зумовлене статусом власника майна, адже моделюючи її положення, законодавець виходив з того, що передання майна у найм є однією із форм розпорядження ним, а тому наймодавцем може бути лише той, хто має право розпоряджатися майном за власною волею, незалежно від волі інших осіб. У царині приватного права така можливість належить лише власнику, оскільки зміст права власності складає тріада речових правомочностей, до складу якої входить розпорядження майном. «Недаремно у дореволюційному законодавстві наймодавець називався «хазяїном», чим підкреслювалося його найбільш повне право на річ» [1, с. 176].

Водночас значимість положень ст. 761 ЦК України у правовому регулюванні відносин найму проглядається також у визначенні правових наслідків передання за договором речі у користування особою, яка не є її власником чи особою, яка не уповноважена на укладання договору найму. У таких випадках на основі ч. 1 ст. 203 та ч. 1 ст. 215 ЦК України вказаний договір вважатиметься недійсним, як такий, що суперечить ст. 761 ЦК України.

Отже, закріплюючи у ЦК України розглянуту норму, законодавець мав на меті задекларувати, що у сфері приватноправових відносин єдиною правовою основою передання майна у найм є титул власника. Відтак, будь-яка інша особа, яка не є власником, може вступати у відносини найму на стороні наймодавця за умови, що вона уповноважена на укладання договору найму. Таке розпорядче повноваження повинно слідувати із закону або бути засноване на спеціальному волевиявленні власника. Прикладом останніх є договір управління майном та договір піднайму, кожному з яких властиві свої особливості передання майна у користування.

Щодо першої договірної конструкції, то можливість управителя виступити в ролі наймодавця обумовлена сутністю договору управління майном, яку Р. А. Майданик визначив як самостійний договірний спосіб (тип) цільового здійснення права власності в чужому інтересі, якому притаманні підвищена довірливість та особливе значення особистості його учасників [2, с. 862]. Таким чином, юридичні та фактичні дії, які здійснює управитель на виконання своїх договірних обов'язків, є нічим іншим як реалізацією повноважень володіння, користування та розпорядження майном, переданого в управління, без переходу до управителя титулу власника.

У встановлених законом і договором межах управитель самостійно визначає характер і види таких дій, однією із яких є укладання договору найму (оренди) щодо довіреного йому майна.

Правова природа відносин управління та статус управителя як титульного володільця майном, який діє від власного імені та в інтересах власника або призначеної ним особи, визначили деякі особливості передання цього майна на договірних умовах найму (оренди). По-перше, гл. 70 ЦК України, норми якої регулюють відносини управління майном, не містить жодних заборон і обмежень щодо можливості укладання управителем договору найму (оренди) як одного із способів управління майном. Через те заборона вчинення такої дії може бути встановлена лише у самому договорі управління майном. По-друге, будучи невласником переданого йому майна та укладаючи щодо цього майна договір найму (оренди), управителю не потрібно попередньо отримати згоду на вчинення такої дії від установника управління, оскільки такого роду обмеження законодавчо встановлені тільки на випадок відчуження майна, яке передано в управління, та укладання щодо нього договорів застави (ч. 1 ст. 1037 ЦК України). Таким чином, згода установника управління на укладання управителем договору найму (оренди) щодо довіреного йому майна презюмується внаслідок укладання договору управління майном, за умови, якщо правило про отримання згоди не передбачено у самому договорі. По-третє, плату, яка справляється з наймача за користування майном, отримує не управитель як наймодавець, а включається до складу переданого в управління майна, що слідує з ч. 4 ст. 1030 ЦК України. Четверта особливість договору найму (оренди), що укладається управителем майна, пов'язана із строковістю обох договірних конструкцій. Договір управління майном вважається строковим в силу прямої вказівки закону. Строк управління майном визначається за домовленістю сторін у договорі (ч. 1 ст. 1036 ЦК України). Втім умова про строк не включена до переліку істотних умов вказаної договірної форми. Проте з метою уникнення укладання удаваних правочинів, що приховуватимуть передачу майна у власність, законодавець відступив від загальних положень про строк (термін) виконання зобов'язань і визначив спеціальну норму для відносин управління майном, відповідно до якої, якщо сторони не визначили строк договору управління майном, він вважається укладеним на п'ять років. З огляду на сказане доходимо висновку, що строк договору найму (оренди) майна, про який йдеться, не може перевищувати строк договору управління цим майном. На відміну від загальних положень про строк договору найму (оренди), які надають можливість укласти договір на невизначений строк, строк договору найму (оренди), який укладає управитель задля виконання своїх договірних завдань, завжди визначений або домовленістю сторін, або законом.

Правило про те, що право передання майна у найм має власник речі, поширюється на всіх суб'єктів права власності, оскільки сучасне цивільне законодавство (ч. 2 ст. 318 ЦК України) вслід за Конституцією України (ст. 13) визначило юридичну рівність перед законом усіх суб'єктів права власності та рівні умови здійснення ними своїх прав (ч. 3 ст. 319 ЦК України). Тому, за загальним правилом, наймодавцями можуть бути всі суб'єкти права власності, які визначені ч. 1. ст. 318 ЦК України.

У договорі фінансового лізингу обмеження суб'єктного складу лізингодавця зумовлене сутністю фінансового лізингу як фінансової послуги [3]. З огляду на це лізингодавцем може бути лише юридична особа, яка набула статусу фінансової установи. Оскільки виключним видом діяльності будь-якої фінансової установи є надання фінансових послуг, лізингова компанія не має права здійснювати іншу, окрім лізингу, підприємницьку діяльність. Тим часом поряд із лізинговими компаніями лізингодавцями можуть виступати також і комерційні банки [4, с. 319].

Участь на стороні наймодавця лише юридичної особи передбачена також у договорі оренди житла з викупом, який визначений у ст. 810-1 ЦК України та Постанові Кабінет Міністрів України «Про затвердження Порядку оренди житла з викупом» [5]. Наймодавцем за цим договором визначено підприємство-орендодавець, яке набуває право власності на попередньо обране особою-орендарем житло з метою подальшої передачі такого житла у довгострокову оренду з викупом. Слід зауважити, що запропонована законодавцем спеціальна назва наймодавця у цій договірній конструкції не відповідає, по-перше, змістовному навантаженню поняття «підприємство», яке розробники ЦК України визначили як єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, по-друге, класифікації юридичних осіб приватного права. На нашу думку, немає потреби у ЦК України для визначення наймодавця за договором оренди житла з викупом використовувати термін «підприємство», тож пропонуємо залишити усталену назву «орендодавець», визначивши такими юридичних осіб.

Реформування аграрного сектора економіки зумовило появу нової договірної конструкції оренди, у якій орендодавцями можуть бути лише громадяни України. Йдеться про договір оренди земельної частки (паю). Аналізуючи положення Указу Президента України «Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям» від 08.08.1995 р. [6], А. Г. Брунь слушно зауважує, що «орендодавцями земельного паю можуть бути тільки громадяни, оскільки право власності на земельну частку (пай) мають особи, які працюють у недержавних колективних сільськогосподарських підприємствах і організаціях. Разом із працюючими членами право на земельну частку (пай) мають і особи, які раніше працювали у вказаних підприємствах і вийшли на пенсію, залишаючись їхніми членами відповідно до списку, що додається до акта про перехід землі у колективну власність» [7, с. 77].

Обмеження щодо розпорядження речами шляхом передання їх у користування іншій особі встановлені також і у випадку безоплатного користування. Так, юридична особа, яка здійснює підприємницьку діяльність, не може передавати речі у безоплатне користування особі, яка є її засновником, учасником, керівником, членом

її органу управління або контролю (ч. 2 ст. 829 ЦК України). Вказана норма є легальною перешкодою для зловживань з боку осіб, які прямо або побічно впливають на формування волі підприємницької юридичної особи, і покликана забезпечувати інтереси останньої [4, с. 347–348].

Право державної власності визначено ст. 326 ЦК України. Здійснення права державної власності відбувається за допомогою різних правових форм – як у процесі здійснення управління державною власністю, так і шляхом створення певних організаційно-правових форм [8, с. 158–159].

Одним із юридичних способів забезпечення ефективності використання державного майна як в процесі організації належного управління ним, так і в процесі здійснення господарської діяльності суб'єктів господарювання, які діють на основі відокремленої частини державного майна, є договір оренди. Беручи до уваги запропонований О. А. Беляневич поділ договорів у сфері державного господарювання [9, с. 438–439], можна виділити два види договорів оренди державного майна:

1) договори оренди за участю безпосередньо органів держави, які укладаються ними в межах їхніх повноважень, і суб'єктами господарювання різних форм власності. Саме ці договірні конструкції є одним із правових засобів перспективного опосередкування співпраці держави з підприємництвом у рамках державно-приватного партнерства;

2) договори оренди, які укладаються суб'єктами державного сектора господарювання (зокрема державними унітарними підприємствами) щодо майна, яке їм належить на праві господарського відання (оперативного управління).

Перша група договорів зумовлена законодавчо визначеним механізмом здійснення права власності від імені та в інтересах держави відповідними органами влади (ч. 2 ст. 326 ЦК України).

Особливе місце в системі органів, уповноважених управляти державною власністю, посідає Фонд Державного майна України (ФДМУ). Його повноваження щодо передання державного майна в оренду визначені ст. 287 ГК України, ст. 5 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [10], ст. 7 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» [11].

Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва виступають орендодавцями щодо цілісних майнових комплексів підприємств, їх структурних підрозділів та нерухомого майна, а також майна, що не увійшло до статутного (складеного) капіталу господарських товариств, створених у процесі приватизації (корпоратизації), що є державною власністю, крім майна, що належить до майнового комплексу Національної академії наук України та галузевих академій наук, а також майна, що належить вищим навчальним закладам та/або науковим установам, що надається в оренду науковим паркам та їхнім партнерам (ст. 5 Закону України «Про оренду державного та комунального майна»). Він також здійснює контроль за використанням орендованих цілісних майнових комплексів державних підприємств, організацій, їх структурних підрозділів, виконанням умов договорів оренди цілісних майнових комплексів державних підприємств, поверненням цілісних майнових комплексів державних підприємств до сфери управління уповноважених органів управління після закінчення строку дії договорів оренди (ст. 7 Закону України «Про управління об'єктами державної власності»).

Органи державної виконавчої влади, які здійснюють розпорядження земельними ділянками державної власності в межах повноважень, визначених Земельним кодексом України, є орендодавцями водних об'єктів (ст. 51 Водного кодексу України [12]), лісів (ст. 18 Лісового кодексу України [13]).

Другу групу договорів оренди державного майна складають ті договірні конструкції, які укладають унітарні державні підприємства, установи, організації в процесі здійснення ними господарської діяльності. Свобода розпорядження державним майном на умовах оренди вказаними суб'єктами господарювання залежить від виду майна та його правового режиму. Кожному із них майно держави передане на одному із двох видів обмежених речових прав. Зокрема, майном, яке належить до основних фондів на праві господарського відання, державні комерційні підприємства мають право розпоряджатися (за винятком відчуження) лише у межах повноважень, визначених ГК України та іншими законами (ч. 5 ст. 75 ГК України), а казенні підприємства, за якими державне майно закріплене на праві оперативного управління, можуть розпоряджатися цими фондами лише за згодою органу, до сфери управління якого вони входять (ч. 4 ст. 77 ГК України).

До числа підприємств-орендодавців державного майна належить і державне підприємство із забезпечення функціонування дипломатичних представництв та консульських установ іноземних держав, представництв міжнародних міждержавних організацій в Україні Державного управління справами, яке створене на базі комунального підприємства «Генеральна дирекція Київської міської ради з обслуговування іноземних представництв».

Таким чином, аналізуючи новели суб'єктного складу орендодавців державного майна, доходимо висновку, що вітчизняний законодавець з метою оптимізації управління державною власністю посилює централізацію орендних відносин державного майнового сектора.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Байгушева Ю. В.* Гражданское право: учебник: в 3-х томах. Том 2. Ч. 1. – 2010. – 880 с.
2. *Договірне право* України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 1200 с.

3. *Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг*: Закон України від 12.07.2001 р. № 2664-III / Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 1. – Ст. 1.
4. *Цивільне право: підручник: у 2-х т.* / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького – Х.: Право. – 2011. – Т. 2. – 816 с.
5. *Про затвердження Порядку оренди житла з викупом*: Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.2009 р. № 274 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/274-2009-%D0%BF>.
6. *Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям*: Указ Президента України від. 08.08.1995р. № 720/95 / Урядовий кур'єр. – 1995. – № 121. – 12 серпня.
7. *Брунь А. Г.* Договір оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Алевтина Геннадіївна Брунь; Національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2003. – 173 с.
8. *Вінник О. М.* Господарське право: курс лекцій / О. М. Вінник – К.: Атіка, 2004. – 624 с.
9. *Господарське договірне право України (теоретичні аспекти)*. Монографія. – Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
10. *Про оренду державного та комунального майна*: Закон України в редакції Закону від 14.03.95 р. № 98/95-ВР // Відомості Верховної Ради. – 1995. – № 15. – Ст. 99.
11. *Про управління об'єктами державної власності*: Закон України від 21.09.2006 р. № 185-V // Відомості Верховної Ради. – 2006. – № 46. – Ст. 456.
12. *Водний кодекс України* // Відомості Верховної Ради. – 1995. – № 24. – Ст. 189.
13. *Лісовий кодекс України*: Кодекс в редакції Закону від 08.02.2006 № 3404-IV // Відомості Верховної Ради. – 2006. – № 21. – Ст. 170.

The work determines some peculiarities of interest-free loan relations in which a lender is a person who is authorized to make the contract.

В статье определены особенности договорных отношений аренды, в которых арендодателем является лицо, уполномоченное на заключение договора аренды.

ПРЕДМЕТ ЯК ІСТОТНА УМОВА ДОГОВОРІВ СТРАХУВАННЯ

Міловська Н. В.,

кандидат юридичних наук, доцент,

науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті охарактеризовано особливості предмета як однієї з істотних умов договорів страхування, здійснено систематизацію поглядів науковців щодо предмета договору страхування.

Ключові слова: договір страхування, предмет договору, об'єкт страхування, майнові інтереси, страховий інтерес, страхувальник, страховик, істотні умови договору.

На сьогодні правове регулювання страхових відносин здійснюється одночасно Цивільним кодексом України (далі – ЦК України) [1], Господарським кодексом України (далі – ГК України) [2], Законом України «Про страхування» [3] та іншими нормативно-правовими актами, не всі норми яких є взаємоузгодженими. У практиці вітчизняних судів справи за позовами про порушення договірних зобов'язань зі страхування є *непоодинокими*.

У ЦК України під договором страхування розуміється такий договір, за яким одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити іншій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору (ст. 979) [1]. Аналогічне визначення договору страхування міститься і в ч. 1 ст. 354 ГК України.

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про страхування» договір страхування – це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання у разі настання страхового випадку здійснити страхову виплату страхувальнику або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником, на користь якої укладено договір страхування (подати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору.

ЦК України відносить договір страхування до договорів про надання послуг (гл. 62 «Послуги. Загальні положення») [1]. Хоча деякі автори стверджують, що договорами про надання послуг не можуть називатися будь-які договори, яким у книзі 5 відведено окремі глави чи параграфи, оскільки гл. 63 включена до кодексу поряд із іншими главами, зокрема й гл. 67, присвяченою страхуванню, а не як загальна [4, с. 363–364]. Однак, ознайомившись із кількома класифікаціями цивільно-правових договорів, можна перекоонатися у неоднозначності позицій дослідників щодо розгляду договору страхування як договору про надання послуг. Так, О. С. Іоффе виділяє зобов'язання із страхування в окрему категорію і тим самим розмежовує цей вид зобов'язань із

наданням послуг. У своїй класифікації договорів Ю. В. Романець також виокремлює страхування в окрему групу [5, с. 338, 344–345.]. Водночас інші автори відносять договори страхування до договорів про надання послуг, відповідно до точки зору яких будь-який договір страхування є договором про надання послуг (фінансового характеру). При цьому визнається, що страхувальник у будь-якому випадку отримує впродовж строку дії договору страховий захист [5, с. 336].

Відповідно до ст. 628 ЦК України зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Залежно від юридичного значення в змісті слід вирізняти істотні, типові, звичайні та випадкові умови [5, с. 177].

Істотними умовами договору є умови, без погодження яких договір взагалі не вважається укладеним. Істотні умови договору визначаються в законі, разом з тим ними можуть стати будь-які умови, на погодженні яких наполягає та чи інша сторона [6, с. 5].

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони у належній формі досягли згоди з усіх істотних умов. Істотними є умови про предмет і ті умови, які визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. Особливістю договору страхування є визначений законом перелік його істотних умов. Так, згідно зі ст. 982 ЦК України істотними умовами договору страхування є: предмет договору страхування, страховий випадок, розмір грошової суми, в межах якої страховик зобов'язаний провести виплату у разі настання страхового випадку (страхова сума), розмір страхового платежу і строки його сплати, строк договору та інші умови, визначені актами цивільного законодавства.

Поряд із загальними нормами ЦК України про істотні умови договору страхування ст. 16 Закону України «Про страхування» містить спеціальні норми щодо умов даного виду договору. Серед зазначеного переліку умов мають місце як істотні умови, серед яких і умова про предмет договору страхування, і ті умови, що визначають необхідні реквізити і не є істотними умовами договору страхування, зокрема, назва документа, назва та адреса страховика, прізвище, ім'я, по батькові або назва страхувальника та застрахованої особи, їх адреси, підписи сторін тощо.

До типових умов слід відносити умови, які оприлюднені у встановленому порядку як типові для договорів певного виду (ч. 1 ст. 630 ЦК України). При цьому вони можуть міститися як у типових формах цивільно-правових договорів, що прийняті відповідними органами державної влади, так і окремим переліком для конкретного договору. Їх значення полягає в тому, що у випадку тлумачення змісту договору вони можуть враховуватися навіть тоді, коли в договорі на них немає посилення (ч. 2 ст. 637 ЦК України) [7, с. 177].

Звичайні умови – це ті умови, які передбачаються у законі чи іншому нормативному акті й стають обов'язковими для сторін внаслідок самого факту укладення договору. Від істотних звичайні умови відрізняються тим, що вони не потребують окремого узгодження і про них не обов'язково застерігати у тексті договору страхування. Випадковими, у свою чергу, вважаються такі умови, які узгоджені сторонами, відходячи від положень диспозитивних норм або з метою вирішення питань, що взагалі не врегульовані законодавством. Усі умови – істотні, звичайні, випадкові після укладення договору стають однаково обов'язковими і мають додержуватися його сторонами.

Однією із найважливіших істотних умов договору страхування відповідно до ст. 982 ЦК України, що неодмінно має бути погодженою, є його предмет. Не визначивши точно предмет договору страхування, не можна встановити його правову природу та зміст. Відсутність єдиного розуміння предмета досліджуваного договору може викликати і практичні проблеми, що полягають, зокрема, у можливості визнання в судовому порядку неукладеними договорів, у яких предмет визначено не досить чітко.

Предметом договору страхування згідно зі ст. 980 ЦК України та ст. 4 Закону України «Про страхування» можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані з: 1) життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування); 2) володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування); 3) відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником (страхування відповідальності).

До внесення змін Законом України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям ЦК України» ст. 4 Закону України «Про страхування» при тому самому змісті мала назву «Об'єкти страхування», що слугує яскравою ілюстрацією змішування цих понять [8]. Спроба визначення об'єкта договору страхування стосується лише окремих видів договорів та міститься у Типових формах договорів, затверджених Кабінетом Міністрів України. Так, у ст. 5 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» [9] визначено, що об'єктом обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності є майнові інтереси, що не суперечать законодавству України, пов'язані з відшкодуванням особою, цивільно-правова відповідальність якої застрахована, шкоди, заподіяної життю, здоров'ю, майну потерпілих внаслідок експлуатації забезпеченого транспортного засобу. Таке визначення об'єкта майже збігається з визначенням предмета договору страхування у п. 3 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про страхування». Тому закономірно постає питання щодо співвідношення понять «предмет договору страхування» та «об'єкт страхування».

В. М. Никифорак вважає, що поняття об'єкт та предмет, зокрема договору страхування відповідальності, не є тотожними. Під об'єктом страхування відповідальності слід розуміти законні майнові інтереси страхувальника, пов'язані з ризиком настання цивільно-правової відповідальності за ненавмисно завдану третім особам шкоду, а предметом договору страхування відповідальності виступає особливого роду послуга, яку страховик надає страхувальнику і яка полягає в прийнятті на страхування ризику в межах страхової суми [10, с. 55].

Об'єктом страхування, на думку Ю. Б. Фогельсона, є інтерес, причому, якщо об'єктом майнового страхування є майновий інтерес, то об'єктом особистого страхування – інтерес, пов'язаний з можливим заподіянням шкоди особистому нематеріальному благу застрахованої особи. Предметом же договору страхування є зобов'язання страховика виплатити певну грошову суму при настанні визначеної події. Інакше кажучи, предметом договору страхування є грошове зобов'язання [11, с. 5].

Проблема неоднозначного розуміння предмета та об'єкта пов'язана також зі складною юридичною природою договору. Як зазначає О. В. Дзера, договір у цивілістичній науці вживається у кількох правових значеннях: як правочин, як правовідношення, як підстава виникнення зобов'язання, як документ, а інколи – як саме зобов'язання [5, с. 39].

Розгляд цивільного правовідношення – це аналіз його основних елементів. Такими елементами є суб'єкти, зміст та об'єкт правовідношення. Як бачимо, у правовідношенні не прийнято виділяти предмет – лише об'єкт, і з цим цілковито погоджується сучасна теорія права [12, с. 105].

У доктрині під об'єктом правовідносин розуміють те, на що дані правовідносини спрямовані та здійснюють певний вплив. Як суспільний зв'язок між людьми, що встановлюється в результаті їх взаємодії, цивільні правовідносини опосередковують поведінку особи, тому в якості об'єкта цивільних правовідносин інколи розглядають поведінку його суб'єктів, що спрямована на різного роду матеріальні та нематеріальні блага [13, с. 85]. Тим не менш вітчизняні цивілісти однак у поглядах на об'єкт цивільних правовідносин, що ототожнюється з об'єктом цивільних прав, як на матеріальні та (або) нематеріальні блага, з приводу яких складаються цивільні правовідносини [14, с. 176].

Деякі цивілісти під об'єктом розуміють реальні предмети матеріального світу, продукти духовної творчості в об'єктивованій формі [15, с. 23]. У цьому сенсі, на думку Ю. П. Сторова, між поняттям предмета договору й поняттям об'єкта правовідношення за умови, що останнє не зводиться до прав та обов'язків, слід поставити знак рівності [16, с. 194–195].

М. М. Марченко визначає такі найбільш поширені підходи до визначення об'єкта правовідношення: 1) це матеріальні й духовні блага, наданням і використанням яких задовольняються інтереси управленої сторони правовідносин; 2) те, на що спрямоване правовідношення, або з приводу чого воно виникає; 3) це будь-які життєві явища, що обумовили виникнення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків; 4) різноманітні мотиви та види поведінки людей, спрямовані на задоволення їх різноманітних життєвих потреб [17, с. 599–600].

О. Ф. Скакун вважає об'єктом правовідносин матеріальні й нематеріальні блага, щодо яких суб'єкти вступають у правовідносини, здійснюють свої суб'єктивні права та суб'єктивні юридичні обов'язки [18, с. 366]. Видається цілком слушним те, що О. Ф. Скакун певною мірою розмежовує об'єкт правовідносин та інтерес, який відноситься до матеріальних (загальних) передумов виникнення правовідносин, а не до об'єктів [18, с. 349–350].

О. С. Іоффе у своїй поглядах на об'єкт цивільних правовідносин еволюціонував від моністичної концепції, за якою об'єкт – це виключно поведінка осіб, до розмежування трьох видів об'єктів – юридичного, вольового та матеріального. Юридичним об'єктом цивільного зобов'язального правовідношення науковець визнає певну поведінку зобов'язаної особи. Під вольовим об'єктом можна розуміти волю окремих осіб як учасників правовідносин. Матеріальний зміст правовідношення складають ті суспільні відносини, які ним закріплюються [12, с. 230–231].

Таким чином, вищезазначене надає можливість зробити висновок, що при аналізі договору страхування слід розмежовувати його предмет та об'єкт правовідносин, які ним породжуються. До об'єктів страхових правовідносин можна віднести матеріальні та грошові цінності (майно, доходи, ризики підприємницької діяльності, цивільну відповідальність з приводу можливої шкоди), нематеріальні особисті блага людини – життя, здоров'я, працездатність, тобто ризик втрати сімейних доходів у зв'язку із втратою здоров'я або настанням смерті у період страхування.

При аналізі предмета договору страхування привертає до себе увагу та обставина, що законодавець взагалі не вживає поняття страхового інтересу, застосовуючи поняття майнові інтереси. Проте страховий інтерес займає важливе місце як категорія в системі страхових відносин. Загальновизнано, що за відсутності страхового інтересу відсутня і можливість настання або завдання шкоди (збитків), а в такому випадку страхування втрачає сенс.

Страховий інтерес – це законний майновий інтерес, що є в наявності у страхувальника щодо певного об'єкта страхування і є безпосередньою основою для визначення предмета договору страхування. Наявність страхового інтересу є необхідною умовою для формування страхового зобов'язання, оскільки визначає всі найважливіші його елементи: суб'єктивний склад, об'єкт, права й обов'язки суб'єктів, його виконання, відповідальність за невиконання або за неналежне виконання [19, с. 136].

У процесі історичного розвитку страхування спостерігалось різне тлумачення сутності страхового інтересу. Найбільш консервативним було трактування, згідно з яким страховий інтерес є притаманний винятково майновому страхуванню [20, с. 35]. Проте можливість визнання страхового інтересу в сфері особистого страхування абсолютно законна й обумовлена тим, що як майнове, так і особисте страхування об'єднує захисне (забезпечувальне) призначення страхування, що проявляється в задоволенні майнових потреб, які виникають у результаті обставин, що мають ознаки страхового випадку.

Висновки. Істотними умовами договору страхування слід вважати такі, що є необхідними та достатніми для закріплення домовленості сторін щодо встановлення взаємних прав та обов'язків з метою досягнення власного

інтересу. В основі такої домовленості є зобов'язання, яке є предметом договору, що опосередковує правовий зв'язок страховика та страхувальника з приводу об'єкта їх прав. Таким чином, предмет договору страхування зводиться не лише до майнового інтересу. Предмет договору, а точніше сказати, предмет зобов'язання, що випливає з договору, являє собою дії (або бездіяльність), які повинна вчинити зобов'язана сторона (або, відповідно, утриматися від їх здійснення). Страховий інтерес виступає різновидом майнового інтересу, тому його можна визначити як забезпечену страховим захистом майнову потребу особи, що є стороною у договорі страхування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України*: Прийнятий 16 січня 2003 року. – К.: Істина, 2003. – 368 с.
2. *Господарський кодекс України*. Офіційний текст. – К.: Кондор, 2004. – 208 с.
3. *Закон України «Про страхування»* від 7 березня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78.
4. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України*: в 4-х т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань; Акад. суддів України. – К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., – Т. 3: Договірні зобов'язання. Недоговірні зобов'язання. Спадкове право. – 2006. – С. 363 – 364.
5. *Договірне право України*. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзери, Н. С. Кузнецова та ін. За ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.
6. *Зазуляк І. І.* Істотні умови договору: теоретичний аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І. І. Зазуляк; НДІ приватного права і підприємництва АПрН України. – Київ, 2009. – 17 с.
7. *Цивільне право*: навчальний посібник / За заг. ред. Р. О. Стефанчука. – К.: Наукова думка, 2004. – 448 с.
8. *Закон України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям ЦК України»* від 27 квітня 2007 року // Урядовий кур'єр. – 2007. – № 108.
9. *Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»* від 1 липня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 1. – Ст. 1.
10. *Никифорак В. М.* Договір страхування відповідальності: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 224 с.
11. *Фогельсон Ю. Б.* Договір страхування в російському громадянському праві: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03 / Ю. Б. Фогельсон. – М., 2005. – 387 с.
12. *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. – М.: Юрид. лит-ра, 1961. – 380 с.
13. *Гражданское право*. Учебник. Ч. 1; 3-е изд-е, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1999. – 632 с.
14. *Харитонов С. О.* Цивільне право України. Підручник; вид. 2, перероб. і доп. / Є. О. Харитонов, О. В. Старцев. – К.: Істина, 2007. – 816 с.
15. *Агарков М. М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. – М.: Юриздат, 1940. – С. 23.
16. *Егоров Ю. П.* Правовой режим сделок как средств индивидуального регулирования. – Новосибирск: Наука, 2004. – С. 194–195.
17. *Марченко М. Н.* Теория государства и права. Учебник. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – 640 с.
18. *Скакун О. Ф.* Теория держави і права. Підручник / Пер. з рос. – Х.: Консум, 2001. – 656 с.
19. *Горіславська І.* Специфіка договору страхування у сільському господарстві / І. Горіславська // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 136 – 137.
20. *Безсмертна Н.* Договір страхування в системі цивільно-правових договорів / Н. Безсмертна // Право України. – 2004. – № 3. – С. 35 – 37.

The scientific article describes the features of the object as one of the essential conditions of insurance contracts, by systematizing the views of scientists on the object of insurance contract.

В статті охарактеризовані особливості предмета як одного з суцільних умов договорів страхування, осуцільнена систематизація взглядов ученых относительно предмета договора страхования.

РОЗМЕЖУВАННЯ ДОГОВОРУ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ ЗАЛІЗНИЧНИМ ТРАНСПОРТОМ З ІНШИМИ ВИДАМИ ДОГОВОРІВ

Нечипоренко Н. С.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті аналізуються положення чинного законодавства, що регулює вантажні перевезення залізницею, а також інші договірні відносини, що виникають під час перевезення вантажів залізницею.

Ключові слова: договір перевезення вантажу, договір зберігання, договір підряду, договір оренди.

Основним видом транспорту в Україні є залізничний, на його частку припадає 88,7 % усього вантажообігу. Залізничний транспортний процес – це сукупність організаційно і технологічно взаємозв'язаних дій та операцій, що виконуються залізницею, вантажовідправником, вантажоодержувачем і експедиторською організацією при підготовці, здійсненні і завершенні залізничних перевезень. Оскільки залізничні перевезення віднесено до природної монополії, це визначає особливі умови розвитку і функціонування залізничного транспорту.

Згідно зі ст. 909 ЦК України за договором перевезення вантажу одна сторона (перевізник) зобов'язується доставити довірений їй іншою стороною (відправником) вантаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання вантажу (одержувачеві), а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату [1, с. 526–527].

ГК України визначає перевезення вантажів як вид господарської діяльності, пов'язаної з переміщенням продукції виробничо-технічного призначення та виробів народного споживання залізницями, автомобільними дорогами, водними та повітряними шляхами, а також транспортування продукції трубопроводами.

Договір перевезення належить до групи договорів про надання послуг, особливість яких полягає в тому, що надання послуг невіддільне від діяльності особи, яка їх надає. Загалом транспортна діяльність не супроводжується створенням нових речей – предметів матеріального світу. Її цінність в тому економічному ефекті, який створюється в результаті переміщення вантажу в визначене місце.

Вважаємо, що транспортування вантажу з точки зору економіки являє собою виконання певної роботи, що є спільним між договором перевезення та договором підряду. Зокрема, виконання навантажувально-розвантажувальних робіт, які на підставі укладених договорів виконує залізниця (в особі структурного підрозділу), дозволяє припустити думку про існування підрядних відносин в процесі перевезення.

Крім того, враховуючи те, що вагони, контейнери надаються вантажовідправнику до початку транспортування в користування (доцільно згадати Правила користування вагонами і контейнерами, затверджені наказом Міністерства транспорту України від 25 лютого 1999 року № 113), а рухомий склад в період транспортування вантажу фактично використовується в інтересах клієнтури, виникає спільність елементів перевезення з договором оренди, хоча, враховуючи реальний стан справ, в залізничній галузі саме договір оренди рухомого складу набуває значного поширення.

Слід звернути увагу, що зміст договору перевезення вантажу становить сукупність прав та обов'язків сторін, при цьому правам однієї сторони кореспондують обов'язки іншої. Обов'язки перевізника можна поділити на основні, які передбачаються законом, та додаткові, що можуть встановлюватись за домовленістю між сторонами в договорі. Так, до основних обов'язків перевізника слід віднести такі обов'язки: а) доставити ввірений йому відправником вантаж до пункту призначення і видати його уповноваженій особі; б) надати транспортні засоби під завантаження у строк, встановлений договором, за умови їх придатності для перевезення цього вантажу; в) забезпечити цілісність і схоронність прийнятого до перевезення вантажу; г) своєчасно доставити вантаж до пункту призначення та видати його одержувачеві.

Крім того, сторони можуть покласти на перевізника й виконання додаткових обов'язків, зокрема: здійснити завантаження (вивантаження) вантажу в строки, встановлені договором, якщо вони не встановлені транспортними кодексами (статутами), іншими нормативно-правовими актами та правилами, що видаються відповідно до них; надати послуги зберігання доставленого вантажу та ін. Більш того, процедура видачі транспортною організацією вантажу вантажоотримувачу, зазначеному вантажовідправником, має ознаки виконання агентського договору. Однак тотожність економічної складової тих чи інших відносин не обов'язково тягне за собою тотожність їх юридичного виразу і, відповідно, правового регулювання.

Те, що економічно представляє собою взагалі роботу, юридично виступає як виконання робіт чи надання послуг, а саме – послуги можуть мати як фактичний, так і правовий, а також змішаний характер. Тому, незважаючи на спорідненість економічної природи відносин, покладених в основу договорів перевезення та підряду, між ними є істотні розходження, що не дають можливості заміни одного виду договорів іншим договором. Обидва договори направлені на регулювання майнових відносин, корисний ефект від яких виражається в їх результаті. Однак обидва види послуг мають спільну ознаку – для досягнення результативності послуги необхідно здійснити ряд дій, не маючих матеріального відображення. Тому при наданні послуг не відчувається результат, а фактично «продається» дія, яка призводить до виникнення цього результату.

Крім того, в зобов'язаннях на виконання робіт результат виражається в певній речовій об'єктивній формі і, як правило, призводить до збільшення матеріальних чи інтелектуальних цінностей суспільства, оскільки виникає не існуючий на момент виникнення правовідносин результат.

Договір перевезення в силу специфіки самого процесу транспортування опосередковує відносини, що виникають в сфері перетворення, а його метою є доставка вантажу його отримувачу. Звідси інша особливість договору перевезення – він слугує процесу перетворення і є засобом у правовій формі виконання зобов'язань по передачі вже готової продукції та товарів.

Таким чином, розбіжності не тільки в характері економічних відносин, які є основою договорів підряду і перевезення, а й у їх предметах не надають змоги розглядати договір перевезення вантажу як різновидність договору підряду. З іншого боку, підрядні відносини неможливо розглядати як складові договору перевезення.

В силу своєї специфіки (вантаж розміщується в рухомому складі) договір перевезення вантажу має ознаки, тожотні з договором оренди. Особливість послуг, що надаються транспортом при перевезенні вантажу, полягає в тому, що вони не можуть бути надані без використання відповідних матеріальних об'єктів – вагонів, контейнерів, платформ. Рухомий склад, що належить одній особі, на певний час передається вантажовідправникам в користування для завантаження, перевезення та вивантаження вантажу. За цей час стягується плата за користування вагонами відповідно до укладених договорів. Тобто встановлено, що користування рухомим складом шляхом його безпосередньої експлуатації є використання його корисних властивостей.

Після завантаження або вивантаження рухомого складу вантажовідправники зобов'язані повернути рухомий склад згідно з укладеним договором про організацію перевезення вантажу (управляючій компанії, перевізнику, експедитору тощо). Однак володіння та користування індивідуально визначеним рухомим складом та використання перевізних засобів в інтересах клієнтури не можуть розглядатись як відносини оренди, оскільки таке рішення не відповідає сутності відносин, що складаються між вантажовідправником та транспортною організацією. Ці відносини мають своїм предметом не надання в користування перевізних засобів, а територіальне переміщення вантажів за допомогою цих засобів. Надання перевізних засобів є лише умовою виконання зобов'язань по перевезенню. Без зазначених перевізних засобів послуги по перевезенню втрачають свою специфіку і перетворюються в операторські послуги.

Згідно з Правилами видачі вантажів, затвердженими наказом Міністерства транспорту України від 21 листопада 2000 року, вантажі, що перевозяться навалом, наливом та швидкокопсувні, видаються одержувачу на місцях незагального користування під схоронну розписку. Виникнення таких відносин є ознакою договору зберігання, що підлягає спеціальному розгляду, оскільки в процесі перевезення транспортна організація несе особливу відповідальність за несхоронність вантажів під час перевезення. Статутом залізниць України передбачена відповідальність залізниці за недотримання зобов'язань по збереженню вантажу від часу його прийняття для перевезення і до моменту видачі одержувачу або передачі згідно з Правилами іншому підприємству.

Крім того, обов'язки збереження, супроводження та охорони особливо цінних та небезпечних вантажів, перелік яких встановлюється Правилами, покладаються на відправника (ст. 110 Статуту залізниць України). Тому перевізник відповідає за збереження вантажу і тоді, коли вантаж прийнятий до перевезення, тобто після оформлення накладної, але ще не навантажений на рухомий склад, а перебуває на складах, а також протягом часу, зазначеному в договорі після прибуття на станцію призначення без стягнення обов'язкової плати за зберігання вантажу; після закінчення терміну часу – визначеному в договорі – зберігання вантажу здійснюється за плату. Однак необхідно розрізняти зберігання як одну з форм економічної діяльності по наданню послуг від зберігання в розрізі технічної операції, без якої не можуть бути здійснені певні види господарської діяльності.

В першому випадку відносини по зберіганню отримують самостійне правове значення – послуга зберігача виражається в зберіганні наданого йому майна і поверненні його іншій стороні в належному стані, в другому – не отримують. Такий стан співвідношення має місце і в договорі перевезення, до якого застосовується зберігання вантажів в процесі перевезення – це не зберігання в економічному і, відповідно, правовому відношенні, а одне з умов виконання перевізної операції, технологія процесу перевезення вантажу.

Вважаємо, що одні й ті самі права можуть включатися до умов основного договору або можуть виникнути і на підставі додаткової домовленості. В іншому випадку підлягають застосуванню норми, що регулюють відносини додаткового договору.

Як зазначають Ю. А. Павлодський та Т. Л. Левшина, договір зберігання на товарному складі є самостійним договором, при виконанні якого зберігач здійснює свою професійну діяльність як підприємець. Характерною правовою ознакою договору зберігання є те, що цей договір укладається в інтересах поклажодавця, тобто власника товару, переданого на зберігання [2, с. 297].

Важливою правовою розбіжністю договорів перевезення, зберігання є момент укладання договору. Наприклад, якщо доставлений вантаж не отримано вантажоодержувачем, але залізниця фактично здійснює дії щодо його зберігання, хоча окремо договір зберігання не був укладений. При безпосередньому договорі зберігання подальше збереження однією стороною переданого іншою стороною майна є основним виконанням предмета договору зберігання, а за договором перевезення вантажу предметом договору є саме територіальне переміщення вантажу. Такою метою в договорі перевезення є доставка вантажу в пункт призначення та видача його одержувачу, а виконання сукупних дій – лише сукупні умови належного виконання основного зобов'язання перевізника.

Зобов'язання договору перевезення вантажу є специфічними, тому і потребують їх спеціального правового регулювання, вони суттєво відрізняються від відносин по виконанню робіт за договорами підяду, відносин по наданню послуг договорів зберігання, поруки, комісії тощо. Вважаємо, що правові норми, які регулюють наведені види договорів, жодною мірою не можуть бути застосовані при правовому регулюванні зобов'язань, що виникають при перевезенні вантажів залізничним транспортом. Може йтися лише про схожість окремих обов'язків перевізника, які спрямовані на виконання основного зобов'язання – доставлення вантажу до пункту призначення та його вручення одержувачу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Науково-практичний* коментар Цивільного Кодексу України у двох томах, за редакцією О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – Київ: Юрінком Інтер, 2011.– Т. 2. – 1055 с.

2. *Договори в предпринимательской деятельности* / Отв. ред. Е. А. Павлодский, Т. Е. Левшина; Ин-т законод. и сравнит. правоведения. – М.: Статут, 2008. – 509 с.

This article analyzes the provisions of current legislation regulating freight traffic, as well as other contractual relationships that occur during the transport of goods by rail.

В статье анализируются положения действующего законодательства, регулирующего грузовые перевозки по железной дороге, а также другие договорные отношения, возникающие при перевозке грузов по железной дороге.

ДОГОВІР АУТСОРСИНГУ ТА СФЕРИ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ

Резніченко С. В.,

*кандидат юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільного права та процесу ОДУВС*

У статті проаналізовано основні підходи до визначення аутсорсингу в сучасній науковій літературі. На підставі цього сформульовано авторське визначення терміна «договір аутсорсингу».

Ключові слова: аутсорсинг, договір аутсорсингу, непойменований договір, змішаний договір, аутсорсингова компанія.

Для успішного ведення бізнесу сьогодні, в умовах світової кризи, необхідно застосовувати методи, пов'язані з позбавленням необхідності виконання другорядних функцій, розпорощенням зусиль компанії на врегулювання тих проблем, яких можна уникнути, передавши ці функції іншим, спеціалізованим компаніям.

На підставі проведеного аналізу законодавства і емпіричного матеріалу необхідно встановити дефініцію договору аутсорсингу, його місце у цивільно-правових відносинах, а також переваги і недоліки застосування.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають у зв'язку з укладанням договору аутсорсингу.

Предметом дослідження є теоретичні та практичні питання правового регулювання договору аутсорсингу.

Теоретичною основою дослідження слугували праці Д. І. Азаревича, Р. В. Афанасієва, М. І. Брагінського, О. В. Дідуха, І. А. Єщенко, О. С. Іоффе, В. В. Луця, Р. А. Майданика, Л. В. Мигалюк, О. І. Микало, Є. О. Харитонова, Р. Б. Шишки та ін.

З переходом України до ринкових відносин виникла необхідність у розширенні кола договірних відносин. До Цивільного кодексу 2003 року [1] було включено деякі види договорів, яких ЦК УРСР не передбачав, наприклад, комерційна концесія, факторинг, лізинг тощо. Але, звичайно ж, жодний кодекс не може охопити усі різновиди договірних відносин, які виникають між суб'єктами господарювання. Тому договори, які укладаються ними, але їх немає у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) або в інших нормативно-правових актах, називаються непойменованими чи безіменними [2, с. 131–132; 3, с. 179; 4, с. 22].

До таких договорів і належить договір аутсорсингу. Частина 1 ст. 6 ЦК України допускає можливість укладання договорів, які не передбачені актами цивільного законодавства, але не суперечать загальним засадам цивільного законодавства, вимогам добросовісності, розумності та справедливості. Укладання таких договорів є результатом автономної правотворчості сторін, що здійснюється на засадах аналогії закону та аналогії права. У ст. 11 ЦК України зазначено також, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, які не передбачені актами цивільного законодавства, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки. Ці норми вказують на можливість укладання непойменованих договорів як регуляторів нових видів діяльності.

Непойменований договір є досить гнучкою конструкцією, але його оформлення та стабільність часто носять непередбачуваний характер, оскільки він є договором, де умови, які він вміщує, є досить новими, а тому їх тлумачення може бути різним. Усі непойменовані договори можна поділити на дві категорії: ті, які певним чином згадані в законодавстві, в силу їх більшого використання, і договори, взагалі не відображені в актах цивільного законодавства.

Зокрема, Л. В. Мигалюк визначає непойменований договір як домовленість сторін, заснована на принципі свободи договору та вільному волевиявленні сторін щодо врегулювання відносин, які виникають з нових не врегульованих законодавством видів діяльності, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків для досягнення необхідного результату й усунення недоліків правового регулювання нових правовідносин [5, с. 36–40].

У наукових джерелах не вироблено єдиної точки зору щодо визначення договору аутсорсингу. Автори розглядають його як аутсорсинг, тобто певне явище, а не договірні відносини між двома сторонами. Так, А. Загородній та Г. Партіна під аутсорсингом розуміють передачу частини функцій з обслуговування діяльності підприємства сторонньому підряднику чи постачальнику за умови гарантування ними відповідного рівня якості та ефективності їх виконання на основі трансформації чи оновлення бізнес-процесів і технологій та з можливістю переходу частини персоналу підприємства до аутсорсера [6, с. 88].

О. В. Дідух бачить аутсорсинг як інструмент управління підприємством, спрямований на поліпшення ефективності та конкурентоспроможності діяльності, який передбачає укладання контракту між замовником та постачальником (аутсорсером) з метою виконання останнім як основних, так і другорядних функцій замовника за певну плату, що зумовлює реорганізацію і оптимізацію підприємницької діяльності, а в окремих випадках тимчасове залучення персоналу [7, с. 177, 178].

Дж. Кросс визначає аутсорсинг як стратегію управління компанією, а не просто як вид партнерської взаємодії, він припускає певну реструктуризацію внутрішньокорпоративних процесів і зовнішніх відносин компанії [8].

Цієї точки зору дотримується і О. Єрмошина, вважаючи такий вид відносин стратегією управління, яка надає можливість оптимізувати функціонування організації за рахунок зосередження діяльності на основному напрямі через передачу на договірній основі непрофільних функцій іншим організаціям, які спеціалізуються на конкретній сфері і мають відповідний досвід та знання у ній [9]. Точки зору інших авторів дещо повторюються.

О. І. Микало стверджує, що аутсорсинг – це інструмент посилення конкурентоспроможності підприємства за рахунок концентрації на ключових, виходячи з ринкових умов, для підприємства компетенціях, функціях та/або бізнес-процесах [10].

Проаналізувавши їх позиції, можна зробити спробу дати доктринальне визначення договору аутсорсингу. *За договором аутсорсингу одна сторона (замовник) делегує або зобов'язується делегувати на певний період часу свої повноваження з виконання певних функцій чи видів діяльності іншій стороні (аутсорсеру), яка має для цього необхідний кваліфікований персонал, а аутсорсер зобов'язується за плату надавати відповідні послуги (виробничі, сервісні, фінансові, інформаційні, технологічні, організаційні, фінансово-економічні, маркетингові тощо).*

Договір є двостороннім, оскільки замовник і аутсорсер мають один перед одним певні обов'язки. Замовник, делегуючи свої повноваження, надає аутсорсеру право здійснювати ту чи іншу діяльність. Також він зобов'язується сплатити певну суму, тобто вчинити зустрічне задоволення аутсорсеру, а це свідчить про відплатність договору.

Договір є консенсуальним тому, що сторонам достатньо досягти домовленості, щоб договір вважався укладеним, а у випадку невиконання умов договору однією із сторін, вона буде нести відповідальність.

Істотною умовою договору є умова про предмет. Предметом договору може бути виконана робота чи надання послуг. Якщо це робота, то має бути матеріалізований предмет, а якщо послуга, то вона має бути спожита під час надання послуги. Що саме входить до переліку послуг аутсорсера, має бути відображено в договорі детально.

Аутсорсинг вважається змішаним договором. Змішані непомінені договори – це договори, які містять елементи двох і більше непоміневаних видів договорів. Договір аутсорсингу належить до груп договорів про надання послуг та договорів підряду, а на думку І. А. Єщенко, ще й носить елементи трудового договору, тобто виходить за межі цивільно-правового регулювання [11, с. 8].

У договорі крім умови про предмет договору можуть бути вимоги замовника стосовно кваліфікації фахівців, ступеня відповідальності сторін тощо.

Сторонами договору є замовник (юридична чи фізична особа, що делегує частину своїх непрофільних функцій контрагенту) та аутсорсер – особа-виконавець, що спеціалізується на переданій йому діяльності та бере на себе обов'язок добросовісно згідно з договором за плату виконувати доручену йому функцію.

У договорі зазначається порядок здавання робіт фірмою-виконавцем. Як правило, документом, що підтверджує виконання робіт з боку компанії, що надає аутсорсингові послуги, та їх прийняття з боку замовника є підписаний акт здавання-приймання робіт. Особливу увагу слід звернути на дату пред'явлення документів, які є підставою для розрахунку за надання послуги аутсорсингу.

У якій сфері застосовується договір аутсорсингу?

По-перше – це ринок ІТ-аутсорсингу. Найбільш характерним проявом специфіки індустрії програмного забезпечення (ПЗ) стало широке використання провідними світовими ІТ-компаніями фахових ресурсів з інших країн (так званий ІТ-аутсорсинг). ІТ-аутсорсинг – це аутсорсинг інформаційних технологій, зокрема робіт зі створення та супроводу програмних продуктів. Очевидним чином можливість зменшення витрат при цьому пов'язана з великою зарплатнею програмістів (та в цілому з вартістю інтелектуальної праці) в країнах з розвинутою економікою. Відповідно, й утримання ІТ-підрозділів великих корпорацій вимагає колосальних витрат. Щоб їх зменшити, доцільно відмовитися від повного штату програмістів і передати якусь частину їхньої роботи (а в багатьох випадках – усю таку роботу) іншим фірмам, в багатьох випадках – за кордон (офшорне програмування), що обходиться набагато дешевше. Так на різниці в оплаті праці «всередині» компанії та «зовні» (за межами країни) зародилося «офшорне програмування» як бізнес-напрямок.

За даними аналізу «Щорічної глобальної аутсорсингової доповіді GS100» Україна перебуває на 11-му місці в топ-20 найбільших світових центрів за кількістю зайнятих у цій галузі людей. Україна є першою також у списку серед країн Центральної та Східної Європи, випереджаючи Росію, Білорусь і Польщу.

По-друге, договір аутсорсингу застосовується в збройних силах різних країн світу. З переходом України на контрактну службу не можна обійтися без підрядників, які будуть виконувати функції, котрі раніше виконували тилові служби Збройних сил України. Сюди можна віднести харчування персоналу, постачання та інші функції, які забезпечують не тільки життєдіяльність армії, а й обороноздатність країни.

По-третє, до аутсорсингу вдаються і на рівні окремих банківських процесів: багатоканальне обслуговування й взаємодія із клієнтами, рахівництво, оплата й страхування життя персоналу, іпотечне кредитування та ін.

Перспективним для банків аутсорсингом напрямом є передача проблемної заборгованості колекторським організаціям. На рівні окремих операцій до аутсорсингу вдаються при створенні й обслуговуванні баз даних, систем розподілу й збуту, при керуванні мережами й позиками, кліринговими операціями, при оплаті або постачанні цінних паперів, веденні електронного бізнесу тощо [12, с. 28–31].

Практики зазначають, що застосування аутсорсингу має свої переваги та недоліки. До позитивних сторін можна віднести:

- ріст рентабельності. Аутсорсинг надає можливість скоротити витрати на обслуговування бізнес-процесів;
- надійність та стабільність. Аутсорсингова компанія несе відповідальність за роботу, яку виконує згідно з договором на обслуговування та поточним законодавством;
- концентрацію всіх зусиль на основному бізнесі. Передача супутніх бізнес-процесів на аутсорсинг надає змогу спрямувати зусилля на основні справи фірми;
- залучення чужого досвіду. Аутсорсингова компанія спеціалізується на визначеному виді діяльності та обслуговує велику кількість організацій, що надає їй можливість досконало розбиратися в усіх поточних питаннях і використовувати напрацьований досвід;
- і, останнє, це гнучкість масштабів бізнесу. При збільшенні (скороченні) масштабів бізнесу підприємству необхідно наймати або скорочувати співробітників, нести витрати на їхнє навчання, обладнання робочого місця, платити додаткові податки, компенсації тощо. Це все потребує часу та додаткових витрат і може призвести до зниження мобільності бізнесу і зростання витрат. Для аутсорсингової компанії збільшення або скорочення масштабів бізнесу супроводжується тільки переглядом вартості послуг, які передані на аутсорсинг.

Крім зазначених позитивних положень є і певні недоліки застосування аутсорсингу:

По-перше, вартість аутсорсингу досить часто може бути вища за вартість ведення обліку внутрішніми працівниками.

По-друге, загроза невиконання конфіденційності. Аутсорсингова фірма гарантує, що витік інформації про замовника неможливий, але виконання цього пункту не може гарантуватися стовідсотково. В аутсорсинговій фірмі діє положення про комерційну таємницю клієнта, порушення якої несе збитки, перш за все, самій аутсорсинговій компанії. Передача інформації про діяльність клієнта виконується тільки згідно з поточним законодавством.

По-третє, загроза банкрутства аутсорсингової компанії. Як будь-яка фірма, аутсорсингова компанія потенційно може збанкрутувати, що породжує додаткові проблеми з пошуку іншої аутсорсингової фірми і передачі їй всіх справ.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, можна зробити висновки, що за договором аутсорсингу одна сторона (замовник) делегує або зобов'язується делегувати на певний період часу свої повноваження з виконання певних функцій чи видів діяльності іншій стороні (аутсорсеру), яка має для цього необхідний кваліфікований персонал, а аутсорсер зобов'язується за плату надавати відповідні послуги (виробничі, сервісні, фінансові, інформаційні, технологічні, організаційні, фінансово-економічні, маркетингові тощо). Аутсорсинг закріплюється на найважливіших позиціях у діяльності підприємств будь-яких форм власності. Він має досить гнучку конструкцію. Договір аутсорсингу є змішаним непойменованим договором, який не передбачений ЦК України, але не суперечить йому та на практиці застосовується підприємцями як у більшості країн світу, так і в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України* // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
2. *Иоффе О. С., Мусин В. А.* Основы римского гражданского права / Иоффе О. С., Мусин В. А. – Ленинград: Из-во Ленинградского университета. – 1975. – 156 с.
3. *Азаревич Д. И.* Система римского права. Т. II ч.1. / Д. И. Азаревич. – Варшава: Тип. М. Земкевич, 1888. – 288 с.
4. *Брагинский М. И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах / М. И. Брагинский. – М.: Статут, 2007. – 79 с.
5. *Мигалюк Л. В.* Непойменовані договори в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Мигалюк Людмила Василівна. – К., 2013. – 230 с.
6. *Загородній А. Г.* Аутсорсинг та його вплив на витрати підприємства / А. Г. Загородній, Г. О. Партин // *Фінанси України.* – 2009. – № 9 (166). – С. 87–97.
7. *Дідух О. В.* Сутність аутсорсингу та перспективи його застосування в Україні / О. В. Дідух // *Економічний простір,* 2001. – № 54. – С. 173–182.
8. *Кросс Дж.* Аутсорсинг: British Petroleum's / Дж. Кросс // *Гарвард Бизнесревью.* – 73(3).
9. *Ермошина Е. А.* Что такое аутсорсинг? [Електронний ресурс] / Е. А. Ермошина // НКО «ИНКАХРАН» [сайт]. – Режим доступу: <http://audit-it.ru/account5/audar29.php>.
10. *Микало О. І.* Підходи до визначення терміна «аутсорсинг» / О. І. Микало // *Економічний вісник НТУУ «КПІ».* – С. 111–115.
11. *Ещенко И. А.* Договор аутсорсинга в гражданском праве: автореф. дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук: 12.00.03 «гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / И. А. Ещенко. – М. – 2009. – 20 с.

12. Кузнецова А. І., Афанасієв Р. В. Договірне регулювання відносин банківського аутсорсингу / А. І. Кузнецова, Р. В. Афанасієв // Молодіжний науковий вісник Української академії банківської справи НБУ. Серія «Юридичні науки». Збірник наукових праць студентів, магістрантів та молодих вчених. — 2012. — № 2(3). — Суми, С. 28–31.

This paper analyzes the main approach to the definition of outsourcing in today's scientific literature. On this basis, the author formulated a definition of «outsourcing contract».

В статті проаналізовані основні підходи к определению аутсорсинга в современной научной литературе. На основании этого сформулировано авторское определение термина «договор аутсорсинга».

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ СТРАХУВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШКОДУ, ЗАПОДІЯНУ ДЖЕРЕЛОМ ПІДВИЩЕНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

Соботник Р. В.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті охарактеризовано правову природу договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки.

Ключові слова: договір страхування, цивільна відповідальність, джерело підвищеної небезпеки, страхувальник, страховик, умови договору, правова природа договору.

Договорами страхування опосередковуються відносини, що виникають між особами, зацікавленими у страхуванні свого життя, майна, відповідальності та інших майнових інтересів, що не суперечать чинному законодавству України, та особами, які здійснюють страхування. Згідно з вітчизняним законодавством страхування, де об'єктами є майнові інтереси, пов'язані з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди юридичній або фізичній особі, її майну, належить до страхування відповідальності. Так, згідно зі ст. 980 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) та ст. 4 Закону України «Про страхування» предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, які не суперечать закону і пов'язані, зокрема, з відшкодуванням шкоди, завданої страхувальником (страхування відповідальності).

Страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, спрямоване як на захист майнових прав осіб, постраждалих у результаті дії або бездіяльності страхувальника, так і на захист фінансового стану самого страхувальника. На сьогодні правове регулювання страхових відносин здійснюється на рівні ЦК України, Господарського кодексу України (далі – ГК України), Закону України «Про страхування». Особливості правового регулювання відповідальності володільців джерел підвищеної небезпеки визначені на рівні спеціальних нормативно-правових актів, зокрема, законів України «Про об'єкти підвищеної небезпеки», «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів», «Про охорону навколишнього природного середовища». Відносини щодо цивільної відповідальності за ядерну шкоду регулюють закони України «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду та її фінансове забезпечення», «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку», а також ратифікована Україною Віденська конвенція «Про цивільну відповідальність за ядерну шкоду».

У ЦК України під договором страхування розуміється такий договір, за яким одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити іншій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору (ст. 979). У ч. 1 ст. 354 ГК України передбачено аналогічне визначення договору страхування.

Відповідно до ст. 16 Закону України «Про страхування» договір страхування – це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання у разі настання страхового випадку здійснити страхову виплату страхувальнику або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником, на користь якої укладено договір страхування (подати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору.

Поєднання та взаємодія цивільно-правового інституту відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, і страхування цивільної відповідальності найбільш ефективно забезпечують охорону майнових інтересів осіб, які постраждали у зв'язку з використанням джерела підвищеної небезпеки [1, с. 6].

Визначення поняття джерела підвищеної небезпеки закріплено у ст. 1187 ЦК України, відповідно до якої під джерелом підвищеної небезпеки є діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогнебезпечних та інших речовин, утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для осіб, які цю діяльність здійснюють, та інших осіб.

У свою чергу, правові, економічні, соціальні та організаційні основи діяльності, пов'язаної з об'єктами підвищеної небезпеки, передбачено Законом України «Про об'єкти підвищеної небезпеки», відповідно до ст. 1 якого визначено, що об'єкт підвищеної небезпеки – це об'єкт, на якому використовуються, виготовляються, переробляються, зберігаються або транспортуються одна або кілька небезпечних речовин чи категорій речовин у кількості, що дорівнює або перевищує нормативно встановлені порогові маси, а також інші об'єкти як такі, що відповідно до закону є реальною загрозою виникнення надзвичайної ситуації техногенного та природного характеру.

Основні ознаки джерела підвищеної небезпеки наведено у п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди», згідно з якою джерелом підвищеної небезпеки належить визнавати будь-яку діяльність, здійснення якої створює підвищену імовірність заподіяння шкоди через неможливість контролю за нею людини, а також діяльність щодо використання, транспортування, зберігання предметів, речовин і інших об'єктів виробничого, господарського чи іншого призначення, які мають такі ж властивості.

Відносини, що виникають у результаті завдання шкоди джерелом підвищеної небезпеки, традиційно виділяють у спеціальний делікт у зв'язку з особливостями механізму завдання шкоди, а також умовами виникнення обов'язку таку шкоду відшкодувати.

У свою чергу, страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, здійснюється як в обов'язковій, так і в добровільній формі. Положеннями договору страхування відповідальності визначаються умови виникнення відповідальності страхувальника (перелік страхових ризиків, винятки зі страхового покриття, ліміт відповідальності, страховий тариф тощо).

У науковій літературі прийнято висвітлювати будь-який договір, починаючи з його юридичної характеристики, яка включає в себе вказівку на те, як розподіляються права та обов'язки між контрагентами, чи передбачає договір зустрічне задоволення, а також з якого моменту він вважається укладеним. Як слушно зазначає Р. Б. Шишка, слід розрізняти саме явище, тобто договір та його властивості – характеристику [2, с. 78]. Про особливості правової природи договорів можна говорити з огляду на саме явище та на властивість: реальні і консенсуальні, оплатні (відплатні) та безоплатні, каузальні і абстрактні та інші договори.

Проаналізувавши визначення договору страхування та особливості страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, можна зазначити: 1) відповідний договір є оплатним договором, оскільки страхувальник сплачує страховику страхову премію, а страховик при настанні страхового випадку виплачує страхове відшкодування; діям страхувальника відповідає обов'язок страховика вчинити зустрічну дію; 2) даний договір є двостороннім, оскільки у кожній із його сторін виникають права та обов'язки; важливо, що права однієї сторони співвідносяться з обов'язками іншої сторони таким чином, що відповідному обов'язку страховика кореспондує відповідне право страхувальника і навпаки; 3) договір страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, є реальним, оскільки він набирає чинності з моменту внесення першого страхового платежу, якщо інше не встановлено договором (ст. 18 Закону України «Про страхування», ст. 983 ЦК України).

Диспозитивність даної норми надає можливість сторонам визначити інший момент набрання чинності договором страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки. Таким чином, обов'язок страховика виплатити страхове відшкодування, як правило, виникає після вступу договору в дію, однак не виключено й інший варіант: наприклад, якщо в договорі страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, вказано, що він вступає в дію після сплати премії страховику, а страховий випадок настав до її сплати, але вже після досягнення сторонами згоди. У цьому випадку договором може бути передбачена одна з таких умов: 1) страхове відшкодування виплачується, але страховик має право при визначенні розміру страхового відшкодування вирахувати несплачену суму страхової премії (зокрема, таке правило закріплене в п. 4 ст. 954 ЦК РФ); 2) страхове відшкодування не виплачується у зв'язку з тим, що в договорі сторони передбачили поширення страхового захисту лише на ті страхові випадки, які мали місце після вступу договору в дію. Закріплення такої умови найчастіше відбувається через оформлення страхової коверноти, яка є тимчасовим документом, що підлягає обов'язковому обміну на страховий поліс [3, с. 72–73].

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про страхування» страхувальники можуть укладати із страховиками договори про страхування третіх осіб (застрахованих) та призначати фізичних або юридичних осіб для одержання страхових сум або страхового відшкодування (вигодонабувачів), а також змінювати їх до настання страхового випадку. У зв'язку з цим договір страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, може бути договором на користь третьої особи.

Договір страхування належить до алеаторних (ризикових) договорів. Специфіка алеаторних договорів полягає в тому, що залежно від настання чи ненастання встановленої обставини виграє одна сторона, а програє інша [4, с. 318]. Умова про страховий ризик не встановлюється сторонами зобов'язання, а визначається імперативними нормами закону, внаслідок чого страховий ризик набуває значення обов'язкового елемента будь-якого зобов'язання зі страхування, в тому числі й договору страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки.

Елемент ризику, який бере на себе кожна зі сторін у ризиковому договорі, полягає у вірогідності того, що чи один, чи інший контрагент фактично отримає зустрічне задоволення меншого обсягу, ніж ним самим надано.

Так, страховик не знає, чи буде він платити за договором, чи ні, не знає також ні суми, ні часу платежу. В такому стані він перебуває до тих пір, поки не настала передбачена договором подія. Тому, якщо подія, передбачена договором, уже настала чи стала неможливою ще до укладення договору, страховик відповідальності не несе. Тобто страховик несе відповідальність за шкоду, яка є наслідком події, що настала протягом дії договору. Ризик несе і страхувальник, який, сплачуючи страховий платіж, невпевнений, чи отримає він або вигодонабувач страхову виплату.

Складність у визначенні умов страхування та ризиків, що страхуються, викликана тим, що ризики, які призводять до заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки, досить важко точно оцінити.

Умовами страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, є: компенсація страхувальникові усіх сум, присуджених за законом постраждалим третім особам у зв'язку з настанням страхового випадку; страхуванням покривається лише випадкове заподіяння шкоди. Навмисні дії або помилки, які можуть збільшити ймовірність шкоди третім особам, страхуванням виключаються – суми штрафів не включаються до страхового покриття.

Слід враховувати, що страхувальник за договором страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, несе ризики настання значних, щоправда, нечастих збитків. Оцінюючи ризик та розробляючи умови страхування, враховуються фінансові можливості страхової компанії, наявність програм перестрахування, загальна місткість ринку.

Поліс страхування може покривати не тільки випадкове заподіяння шкоди, а й ризик поступового його заподіяння. Однак, якщо страхувальник змінив кількох страховиків, важко визначити, хто та в якому розмірі повинен відшкодувати збитки у зв'язку з поступовим заподіянням шкоди джерелом підвищеної небезпеки. Під час ризику поступового заподіяння шкоди гостро постає питання про ступінь відповідальності інших можливих заподіювачів.

Договір страхування укладається в письмовій формі. У ст. 981 ЦК України визначено, що у разі недодержання письмової форми договору страхування такий договір є нікчемним. Факт його укладення може посвідчуватися страховим свідоцтвом (полісом, сертифікатом), що є формою договору страхування. Страховий поліс (свідоцтво) є письмовим документом, що видається страховиком у відповідь на усну чи письмову заяву страхувальника, містить всі істотні умови договору страхування, регулює відносини між страховиком і страхувальником та з достовірністю свідчить про наявність договірних зв'язків між ними [5, с. 5].

Наприклад, форма укладання договору обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів залежить від виду цього договору. Відповідно до ст. 10 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» передбачено два види таких договорів: внутрішній договір обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності та договір міжнародного обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності.

Договори міжнародного страхування, які діють на території країн – членів міжнародної системи автомобільного страхування «Зелена картка», посвідчуються відповідним уніфікованим сертифікатом «Зелена картка», що визнається і діє в цих країнах (п. 1.11. ст. 1 Закону). Відповідно до п. 1.8. ст. 1 Закону єдиною формою внутрішнього договору страхування, яка посвідчує укладення такого договору, є страховий поліс.

Для отримання страхової виплати страхувальник повинен пред'явити страховикові страховий поліс, тобто документ, який посвідчує особистість страхувальника (вигодонабувача) перед страховиком для отримання страхових виплат. Відповідно до ст. 21 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» на території України забороняється експлуатація транспортного засобу без чинного поліса обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності.

Договір страхування, в тому числі й договір страхування відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, містить істотні умови, якими є, згідно зі ст. 982 ЦК України, предмет договору страхування, страховий випадок, розмір страхової суми, розмір страхового платежу і строки його сплати, строк договору.

Статтею 16 Закону України «Про страхування» визначено умови, які повинні міститися в будь-якому договорі страхування, а також передбачається, що договори страхування укладаються відповідно до правил страхування – локальних нормативних актів страховика, які містять умови конкретного виду страхування і підлягають реєстрації в Державній комісії з регулювання ринків фінансових послуг при видачі ліцензії на право здійснення відповідного виду страхування.

Досліджуючи правову природу договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, варто зазначити, що в системі цивільно-правових договорів договір страхування загалом належить до договорів про надання послуг, принаймні такий висновок можна зробити із конструкції ЦК України, оскільки глави, які стосуються послуг перевезення, зберігання тощо, слідує за главою 62 «Послуги. Загальні положення». Хоча деякі автори стверджують, що договорами про надання послуг не можуть називатися будь-які договори, яким у книзі 5 відведено окремі глави чи параграфи, оскільки глава 63 включена до кодексу поряд із іншими главами, зокрема й главою 67, присвяченою страхуванню, а не як загальна [6, с. 363–364]. Однак, ознайомившись із кількома класифікаціями цивільно-правових договорів, можна переконатися у неоднозначності позицій дослідників щодо розгляду договору страхування як договору про надання послуг. Так, О. С. Іоффе виділяє зобов'язання із страхування в окрему категорію і тим самим розмежує цей вид

зобов'язань із наданням послуг. У своїй класифікації договорів Ю. В. Романець також виокремлює страхування в окрему групу [7, с. 338, 344–345]. Водночас інші автори відносять договори страхування до договорів про надання послуг, відповідно до точки зору яких будь-який договір страхування є договором про надання послуг (фінансового характеру). Головна особливість цієї групи договорів полягає в тому, що надання послуги невіддільне від діяльності особи-послугодавача, а корисний ефект такої діяльності полягає в самому процесі надання послуги [8, с. 336]. Крім цього, Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» відносить послуги у сфері страхування та накопичувального пенсійного забезпечення до фінансових послуг.

Отже, цивільна відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, виступає особливим об'єктом страхування. Страхування такої відповідальності спрямоване як на захист майнових прав осіб, постраждалих у результаті дії або бездіяльності страхувальника, так і на захист фінансового стану самого страхувальника.

Договір страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, – це письмова домовленість між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик зобов'язується у разі настання страхового випадку (заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки) здійснити страхове відшкодування третім особам, а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Никифорак В. М.* Договір страхування відповідальності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. М. Никифорак. – К., 2002. – С. 6.
2. *Шишка Р. Б.* Проблема видів та характеристики цивільних та господарських договорів / Р. Б. Шишка // Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності / За ред. академіка АПрН України В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – С. 78.
3. *Бланд Д.* Страхование: принципы и практика / Д. Бланд. – М.: НОРМА, 1998. – С. 72–73.
4. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 1997. – С. 318.
5. *Блащук Т. В.* Цивільно-правове регулювання особистого страхування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т. В. Блащук. – К., 2003. – С. 5.
6. *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України.* В 4-х т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань; Акад. суддів України. – К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж. – Т. 3: Договірні зобов'язання. Недоговірні зобов'язання. Спадкове право. – 2006. – С. 363–364.
7. *Договірне право України.* Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін. / За ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 338, 344–345.
8. *Безсмертна Н. В.* Договір страхування в системі цивільно-правових договорів / Н. В. Безсмертна // Право України. – 2004. – № 3. – С. 35–37.

In the scientific article described the legal nature of the contract of civil liability insurance for damage caused by a source of increased danger.

В статтє охарактеризовано правову природу договору страхування гражданскої ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности.

ЗАХИСТ ПРАВ БОРЖНИКА В ІПОТЕЧНИХ ВІДНОСИНАХ: СТАН ВИВЧЕННЯ ПРОБЛЕМАТИКИ

Софронкова Н. О.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено визначенню актуальності дослідження захисту прав боржника в іпотечних правовідносинах та встановленню рівня вивчення цього аспекту захисту цивільних прав.

Ключові слова: захист цивільних прав та інтересів, способи захисту, захист прав боржника, іпотека, іпотечні правовідносини, судова практика.

Право на отримання ефективного юридичного захисту забезпечує фундаментальні потреби людини, оскільки відсутність або декларативність цього права ставить під сумнів наявність будь-якого права. Саме тому дослідження різних форм захисту цивільних прав та інтересів взагалі та судового захисту зокрема було та залишається актуальним впродовж багатьох років. І якщо раніше про захист прав боржника в іпотечних правовідносинах можна було обговорювати лише теоретично, то в сучасних умовах кризового стану економіки, результатом

якого стало різке коливання курсу валюти, суттєве зменшення доходів населення і, як наслідок, платоспроможності за взятими на себе зобов'язаннями, з'являється велика кількість спорів щодо невиконання кредитних зобов'язань, звернення стягнення на іпотечне майно, визнання іпотечних договорів недійсними тощо.

Окремі питання заставних правовідносин були предметом низки дисертаційних досліджень, що здійснювались, зокрема, І. Й. Пучковською, Д. О. Мальцевим, О. С. Кізловою, О. Т. Євтухом, К. В. Паливодою, В. Г. Першиним, М. М. Дяковичем, Т. С. Шкрум, І. О. Проценко, А. В. Журавель та іншими. На рівні окремих публікацій було розкрито деякі аспекти правового механізму звернення стягнення на заставне нерухоме майно.

Метою цієї статті є висвітлення сучасного стану розробки обраної проблематики у вітчизняній та іноземній літературі та окреслення основних напрямів для подальших наукових розвідок.

Загальні засади застави, як цивільного правового інституту, досліджувались в працях Д. І. Мейера, І. Й. Покровського, К. П. Побєдоносцева, Г. Ф. Шершеневича, Л. А. Кассо, Є. В. Васьковського та ін. За часи дії радянських цивільних кодексів 1922 та 1964 рр. проблеми, безпосередньо пов'язані з іпотекою, не регулювались у зв'язку з відсутністю приватної власності, однак правові питання, пов'язані з інститутом позико-кредитних відносин, були відображені у працях радянських цивілістів: А. А. Агаркова, С. І. Вільнянського, Л. А. Лунца, С. І. Флейшица, Б. Б. Черепакіна. Аналіз розвитку наукової думки щодо заставних відносин було сформульовано в наукових працях сучасних дослідників проблем цивільного права, серед яких слід назвати: Ч. Н. Азімова, Т. Е. Абову, М. І. Брагінського, В. В. Вітрянського, Б. М. Гонгало, О. В. Дзеру, Я. М. Шевченко, В. В. Луця, С. П. Гришаєва, Ю. К. Толстого, Є. О. Харитонова та інших провідних вчених української та російської цивілістики.

Окремі аспекти іпотечних правовідносин були розкриті у вітчизняних дисертаційних дослідженнях на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук І. Й. Пучковською, Т. С. Шкрум, О. С. Кізловою, М. М. Дяковичем, В. Д. Сидор, Д. О. Мальцевим, Н. В. Гришук, І. О. Проценко, А. В. Журавель, А. Р. Чанишевою та ін.

Безумовно, розвиток цивілістичної думки кожного періоду залежав від суспільно-економічних умов, які існували в країні, що багато в чому визначало спрямованість наукових досліджень. Разом з тим спрямованість на захист прав лише однієї договірної сторони – кредитора (іпотекодержателя) як провідна (головна) ідея проведених досліджень була характерна майже для усіх робіт з обраної проблематики. Так, розкриваються ризики банків, поряд з цим залишаються поза увагою ризики боржника. Яскравим прикладом наведеного є праця М. М. Дяковича «Цивільно-правові аспекти забезпечення майнових інтересів заставодержателя», в якій досліджуються переважно теоретичні проблеми задоволення майнових претензій кредиторів із заставленого майна, зокрема, здійснюється аналіз нормативних джерел, визначається правова природа застави та заставного правовідношення, виокремлюються види застав та пропонується класифікація застав за різноманітними підставами. Звертається увага на те, що в процесі задоволення вимог кредитора можлива ситуація, коли вартість заставленого майна на момент звернення стягнення істотно зменшилася і не покриває затрат заставодержателя. В таких випадках автор пропонує на законодавчому рівні передбачити право заставодержателя звернути стягнення на грошові кошти заставодавця, якщо зниження вартості предмета застави сталося з вини останнього [1].

В дисертаційній праці Т. С. Шкрум «Застава як речово-правовий спосіб забезпечення зобов'язань за законодавством України» (м. Київ, 1996 р.) авторка виділила певні принципи застави: 1) залежність від основного обов'язку та слідування застави за цим зобов'язанням; 2) дійсність застави; 3) спеціальний характер; 4) визначеність застави; 5) змінність предмета застави; 6) нерухомість застави; 7) гласність заставних відносин; 8) публічна віра договору застави; 9) пріоритет або старшинство раніше встановленої застави перед наступною; 10) економічність застави, тобто зменшення витрат, пов'язаних з заставою; 11) взаємне забезпечення інтересів заставодателя і заставодержателя при зверненні стягнення на заставлене майно. На підставі цих принципів, на думку Т. С. Шкрум, має розвиватися заставне законодавство [2].

У праці І. Й. Пучковської «Застава нерухомості – спосіб забезпечення виконання зобов'язань» визначається поняття нерухомого майна як предмета іпотеки, називаються її види, розкриваються основні принципи, котрі повинні регулювати систему іпотеки та реєстрації застав нерухомого майна. Звертається увага на правову природу іпотеки, зокрема, наводиться думка О. С. Звоницького, котрий вважав, що набуте заставодержателем право є ні речовим, оскільки можлива застава зобов'язань, ні зобов'язальним («правом на право»), оскільки застава все ж таки створює пряме й безпосереднє відношення, зв'язок із заставленим об'єктом [3]. З огляду на це І. Й. Пучковська пропонує розглядати заставу, враховуючи її двояку юридичну природу, речовим способом забезпечення виконання зобов'язань [4].

У праці А. Р. Чанишевої «Іпотечні цивільні правовідносини» звертається увага на загальні положення договору іпотеки, однак конкретних механізмів дії тих чи інших способів захисту кредитора чи боржника не розкривається [5].

У праці І. О. Проценко «Види забезпечення належного виконання зобов'язань у цивільному праві України: єдність та диференціація» звертається увага на те, що проблема не у встановленні зобов'язань, а в їх належному виконанні. Його антипод – неналежне виконання, спричинене недоліками та непослідовністю цивільного законодавства та доктрини, де проведені інколи полярні погляди, недосконалістю судової системи, нездатністю виконавчої служби виконати рішення суду. На тлі неповаги до закону та взятих на себе зобов'язань ці фактори спричиняють складнощі із самодостатністю та стабільністю приватноправового регулювання суспільних відносин [6].

А. В. Журавель в проведеному дисертаційному дослідженні «Розвиток інституту іпотеки в Україні: історичний досвід, проблеми та перспективи» підкреслює багатовекторний характер законодавства, що становить сучасну правову базу іпотеки земельних ділянок і включає: а) загальне законодавство, на підставі якого здійснюється функціонування і розвиток усіх правових інститутів; б) спеціальне земельне законодавство про заставу земельних ділянок; в) галузеве (земельне, аграрне, цивільне та ін.) законодавство, що закріплює певні однорідні суспільні відносини [7].

Поряд з цим у всіх вказаних працях прослідковується забезпечувальна сутність іпотеки, яка полягає в тому, що заставляється майновим поручителем конкретне майно, і на нього у разі порушення боржником зобов'язання кредитором може бути звернуто стягнення. Таке тлумачення базується на концепції відомого цивіліста радянських часів Б. Б. Черепакіна, який визначав, що суб'єктом заставного майнового права залишається заставодавець, а заставодержатель лише отримує можливість здійснювати певні правомочності, що входять до змісту заставного права. В юридичній літературі висловлюється думка про перехід зазначених правомочностей від заставодавця до заставодержателя, є так звані конститутивні правонабуття, сутність якого полягає в тому, що відбувається «у деякому роді «перехід» правомочностей від однієї особи до іншої, однак без втрати їх і відповідального права в цілому право попередником...; на підставі права праводавця утворюється право з іншим змістом (більш обмеженим)» [8].

Разом з тим правова природа іпотеки і досі залишається не вирішеною, за однією концепцією іпотеку як вид застави відносять до речового цивільно-правового інституту, за іншою – до зобов'язального. Окремі науковці наголошують на двоякій юридичній природі застави, називаючи її речовим способом забезпечення виконання зобов'язань.

З огляду на проведений аналіз наявних наукових досліджень за темою та суміжною проблематикою можна зробити загальний висновок про те, що дослідження захисту прав боржника в іпотечних правовідносинах не проводилось, проте воно є актуальним, наявні дослідження були спрямовані на удосконалення категоріального апарату, однак залишали поза увагою практичну складову.

Слід констатувати, що дослідження захисту прав і інтересів боржника та їх способів в іпотечних правовідносинах є актуальним, практично доцільним, та має виконуватися не тільки для вирішення теоретичних дискусійних питань, а й орієнтуватися на вдосконалення чинного цивільного законодавства, однорідність судової та нотаріальної практики його застосування, усунення розриву між теорією і практикою.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Дякович М. М. Цивільно-правові аспекти забезпечення майнових інтересів заставодержателя: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / М. М. Дякович. – К., 2003. – 17 с.
2. Шкрум Т. С. Застава як речово-правовий спосіб забезпечення зобов'язань за законодавством України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т. С. Дякович. – К., 1996. – 28 с.
3. Пучковська І. Й. Застава нерухомості – спосіб забезпечення виконання зобов'язань: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. Й. Пучковська. – Х., 1995. – 20 с.
4. Звоницкий А. С. О залоге по русскому праву / А. С. Звоницкий. – К.: Издание книжного магазина Н. Я. Оглоблина, 1912. – 386 с.
5. Чанишева А. Р. Іпотечні цивільні правовідносини: монографія / А. Р. Чанишева. – О.: Фенікс, 2009. – 146.
6. Проценко І. О. Види забезпечення належного виконання зобов'язань у цивільному праві України: єдність та диференціація: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. О. Проценко. – 2007. – 19 с.
7. Журавель А. В. Розвиток інституту іпотеки в Україні: історичний досвід, проблеми та перспективи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А. В. Журавель. – Х., 2009. – 19 с.
8. Черепакин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. – М.: Госюриздат, 1962. – 162 с.

The article provides an overview of the literature and research outlining the current level of protection of the rights of the debtor in the mortgage relationship.

Стаття посвячена определению актуальности исследования защиты прав должника в ипотечных правоотношениях и установлению уровня изучения этого аспекта защиты гражданских прав.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИПОТЕКИ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА В УКРАИНЕ

Усуб Ельчин Ариф оглы,

соискатель кафедры гражданского права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Статтю присвячено визначенню законодавчих підходів до нормативно-правового регулювання іпотеки нерухомого майна, акцентується увага на багаторівневному регулюванні відносин іпотеки і особливості її реалізації.

Ключові слова: нормативне регулювання, іпотека, нерухоме майно, іпотечний договір.

Современное украинское гражданское право установило общие правила об ипотеке, но как свидетельствует практика, этого недостаточно для нормального функционирования ипотечных отношений, при которых не всегда удается на уровне закона закрепить гарантии реализации прав и законных интересов участников этих отношений. Особую сложность вызывает регулирование ипотечных отношений, предметом которых является недвижимое имущество.

Целью этой статьи является необходимость определения особенностей законодательного подхода к нормативному регулированию ипотеки недвижимости в Украине и особенностей ее реализации.

В юридической науке общепризнано, что ипотека – важнейший институт цивилизованной рыночной экономики. Ипотечные отношения имеют многовековую историю [1, с. 37], и хотя Украина находится еще на пути становления этих отношений, но перспективный потенциал дает возможность развить, законодательно закрепить и ввести в экономику страны ипотечное кредитование.

Исследования проблем определения предмета ипотеки по договору были предметом дискуссий и научных исследований таких ученых и юристов-практиков: А. В. Дзеры, В. В. Луца, Е. С. Кизловой, И. И. Пучковской, Р. А. Майданика, О. Т. Евтуха, К. В. Паливоды, В. Г. Першина, М. М. Дяковича, Т. С. Шкрума и других.

В Украине вопрос об ипотеке регулируется рядом нормативно-правовых актов, основным среди которых является Закон Украины «Об ипотеке». В соответствии со ст. 1 Закона Украины «Об ипотеке» ипотека определяется как вид обеспечения выполнения обязательства недвижимым имуществом, которое остается во владении и пользовании ипотекодателя, согласно которому ипотекодержатель имеет право в случае невыполнения должником обеспеченного ипотекой обязательства получить удовлетворение своих требований за счет предмета ипотеки в преимущественном порядке перед другими кредиторами этого должника.

Как следует из Закона Украины «Об ипотеке», законодатель часто употребляет такие понятия, как «предмет» и «объект» ипотеки, однако не разделяет их. В этом случае целесообразно согласиться с В. Олейником, который считает, что недвижимое имущество является «предметом» ипотеки, а слово «объект» целесообразно использовать для определения того или иного недвижимого имущества в смысле элемента гражданских прав [2, с. 72]. Относительно предмета ипотеки, то уместно утверждение Л. Фоменко, что интересным нюансом Закона Украины «Об ипотеке» являются особенности конкретизации предмета ипотеки [3, с. 16]. Например, в ФРГ выделяют следующие виды ипотеки: обычную ипотеку и обеспечивающую ипотеку. Обычная ипотека, в свою очередь, делится на ипотеку, подтвержденную ипотечным актом, и ипотеку, зарегистрированную в поземельной книге [6, с. 43–44].

Гражданское законодательство Украины устанавливает, что предметом ипотеки могут быть: строения, сооружения, жилье, предприятие как целостный имущественный комплекс, а также имущество, отнесенное законом к недвижимому. Кроме того, предметом ипотеки могут быть земельные участки, принадлежащие гражданам на праве частной собственности, и многолетние насаждения.

Кроме того, предметом ипотеки также может быть: а) объект незавершенного строительства или другое недвижимое имущество, которое станет собственностью ипотекодателя после заключения ипотечного договора, при условии, когда ипотекодатель может документально подтвердить право на приобретение им в собственность соответствующего недвижимого имущества в будущем; б) часть объекта недвижимого имущества лишь после ее выделения и регистрации права собственности на нее как на отдельный объект недвижимости, если иное не установлено законодательством, в) право аренды или пользования недвижимым имуществом, которое предоставляет арендатору или пользователю право строить, владеть и отчуждать объект недвижимости.

По общему правилу, предметом ипотеки могут быть один или несколько объектов недвижимого имущества (ст. 5 Закона Украины «Об ипотеке»). Если иное не установлено ипотечным договором, недвижимое имущество передается в ипотеку вместе со всеми его принадлежностями и на условиях, которые определены ГК Украины и нормами Закона Украины «Об ипотеке». Вместе с тем законодательством установлены определенные ограничения относительно некоторых предметов. Предметом ипотеки не могут быть объекты в силу специальных законов: а) национальные культурные ценности, находящиеся в государственной собственности и занесены или подлежат занесению в Государственный реестр национального культурного наследия (законы Украины «О Национальном архивном фонде и архивных учреждениях», «О музеях и музейном деле»); б) объекты государственной собственности, приватизация которых запрещена законодательными актами, а также имущественные комплексы государственных предприятий и их структурных подразделений, находящихся в процессе корпоративизации (законы Украины «О приватизации государственного имущества», «О перечне объектов права государственной собственности, не подлежащих приватизации»); в) имущество благотворительных организаций (ст. 19 Закона

України «О благотворительности и благотворительных организациях»); г) имущество высших учебных заведений государственной и коммунальной собственности, обеспечивающее их уставную деятельность (ст. 63 Закона Украины «О высшем образовании») [4, с. 647].

В соответствии со ст. 79-1 Земельного кодекса Украины земельный участок может быть объектом гражданских прав исключительно с момента его формирования и государственной регистрации права собственности на него. Государственная регистрация прав на земельные участки осуществляется после государственной регистрации земельных участков в Государственном земельном кадастре. В п. 4 ст. 577 ГК Украины как необходимый элемент формы ипотеки указывается, что залог недвижимости подлежит нотариальному удостоверению и государственной регистрации. В тоже время, как указывает В. А. Белов, «Получается, что государственная регистрация прав имеет такое же юридическое значение, как и государственная регистрация перехода прав: все права на недвижимость возникают, прекращаются (переходят и ограничиваются) безотносительно к государственной регистрации. Регистрации же подлежат уже состоявшиеся возникновение и прекращение прав» [7, с. 40–42]. Однако в законодательстве не определено условие, при котором государственный орган отказывает в государственной регистрации.

Как отмечается в литературе, взаимные права и обязанности у сторон по ипотечному договору возникают не с момента государственной регистрации ипотеки, а с момента его нотариального удостоверения. Например, в случае ипотеки, возникающей на основании закона или решения суда, со дня совершения соответствующей сделки, на основании которой возникает ипотека, или со дня вступления в законную силу решения суда [4, с. 646]. Следует исходить из того, что государственная регистрация прав на ипотеку является правоудостоверяющим фактом существующих взаимоотношений, а не порождающим.

Законом Украины «Об ипотеке» установлен приоритет права ипотекодержателя на удовлетворение обеспеченных ипотекой требований. Такое преимущественное право возникает у ипотекодержателя перед другими лицами, права или требования которых на переданное в ипотеку недвижимое имущество не зарегистрированы в установленном законом порядке или зарегистрированы после государственной регистрации ипотеки. Приоритет такого права ипотекодержателя возникает с момента государственной регистрации ипотеки (ст. 3). Обременение недвижимого имущества ипотекой подлежит государственной регистрации на основании уведомления ипотекодателя, форма и содержание которого исчерпывающе предоставлены в ст. 4 Закона Украины «Об ипотеке», но законом могут быть установлены и дополнительные требования к этой информации.

В соответствии со ст. 33 Закона Украины «Об ипотеке» в случае невыполнения или ненадлежащего выполнения должником основного обязательства ипотекодержатель (в данном случае – кредитор) вправе удовлетворить свои требования по основному обязательству путем обращения взыскания на предмет ипотеки. Обращение взыскания на предмет ипотеки осуществляется на основании решения суда, исполнительный надписи нотариуса или согласно договору об удовлетворении требований ипотекодержателя [5, с. 99].

Сопоставление терминов «регистрация прав» и «регистрация перехода (возникновения, прекращения) прав» позволяет предположить, что законодатель имел в виду установить различное юридическое значение результатов данных «регистраций». Действительно, ведь говоря о возникновении, переходе или прекращении прав, мы указываем тем самым на уже состоявшиеся, свершившиеся, наступившие безотносительно к государственной регистрации факты. Те случаи, когда законодатель требует государственной регистрации перехода (возникновения, прекращения) прав на недвижимость – это случаи, когда такой государственной регистрации придается только и исключительно доказательственное значение.

В случаях, когда законодатель требует регистрации перехода, возникновения или прекращения прав на недвижимость, он признает, что сам переход, возникновение или прекращение этих прав могут и должны происходить до государственной регистрации данных фактов. Причем только до государственной регистрации, иначе и регистрировать-то будет нечего: не будет перехода, возникновения или прекращения.

Государственная регистрация ипотеки как обременения (ограничения) вещного права на недвижимое имущество влечет следующие практически значимые последствия. На основании ст. 3 Закона Украины «Об ипотеке», при наличии нескольких ипотек на один и тот же объект недвижимости, установленных в обеспечении разных обязательств, вопрос о том, какая из ипотек является первоначальной, а какая последующей, подлежит разрешению на основе данных единого государственного реестра прав о дате государственной регистрации ипотеки. Этой датой согласно ст. 3 Закона Украины «Об ипотеке» является день государственной регистрации прав. Следовательно, несмотря на то, что возникновение права залога не зависит от государственной регистрации ипотеки как обременения (ограничения) права собственности (хозяйственного ведения) на предмет ипотеки, разрешение вопроса о первоначальном или последующем характере ипотеки поставлено в зависимость именно от даты указанной регистрации.

В соответствии со ст. 5 Закона Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимость и их обременений» в государственном реестре прав регистрируются вещные права и их обременения на земельные участки, а также на объекты недвижимого имущества, а именно: предприятия как единые имущественные комплексы, жилые дома, здания, сооружения (их отдельные части), квартиры, жилые и нежилые помещения. Следует отметить, что легальное определение термина «здание» в законодательстве Украины не дается.

В тоже время в Общероссийском классификаторе основных фондов, утвержденном Постановлением Госстандарта РФ от 26.12.1994 г. № 359 [8], в соответствии с которым нежилые здания – «представляющие собой архитектурно-строительные объекты, назначением которых является создание условий (защита от атмосферных

воздействий и пр.) для труда, социально-культурного обслуживания населения и хранения материальных ценностей. Здания имеют в качестве основных конструктивных частей стены и крышу». Различный юридический статус объектов «нежилое помещение» и «здание» устанавливается также статьей 1 Федерального закона РФ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21.07.1997 г. № 122-ФЗ, согласно которой: «недвижимое имущество (недвижимость), права на которое подлежат государственной регистрации в соответствии с настоящим Федеральным законом, – земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все объекты, которые связаны с землей так, что их перемещение без соразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе здания, сооружения и нежилые помещения, леса и многолетние насаждения, кондоминиумы, предприятия как имущественные комплексы» [9].

Следует отметить, что правовой режим здания (сооружения) отличный от правовой природы нежилого помещения, поскольку первые являются недвижимостью только при наличии неразрывной связи с земельным участком, а вторые вне зависимости от такой связи.

Особый интерес заслуживает ситуация регистрации договора ипотеки незавершенного строительством объекта. Согласно ст. 5 Закона Украины «Об ипотеке» предусматривается залог незавершенного строительством недвижимого имущества, возводимого на земельном участке, отведенном для строительства, в том числе зданий и сооружений. Объектом в данном случае будет являться объект незавершенного строительства, и именно этот объект будет внесен в данные Единого государственного реестра. Возникнет вопрос: что считать объектом ипотеки, когда государственная регистрация уже проведена и данные объекта уже внесены в государственный реестр, определяющий именно объект незавершенного строительства [10, с. 144–145]. Данный вопрос на практике вызывает множество спорных моментов и, тем самым, заставляет задуматься о внесении соответствующих изменений как в нормы действующего законодательства, так и в процесс государственной регистрации.

Подытоживая проведенный анализ, можно сделать следующие выводы.

1. Особенности законодательного подхода к правовому регулированию отношений ипотеки отражаются в разных уровнях его регулирования, а именно, на уровне общих норм ГК, Закона Украины «Об ипотеке» и специальных норм Закона Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимость и их обременений», которые определяют особенности его реализации.

2. Содержание ипотеки составляет непосредственное господство лица над вещью. Ипотека может возникать вследствие прямого указания закона (законная ипотека) и на основании договора ипотеки (договорная ипотека).

3. В настоящий момент законодательством определяется различие таких объектов недвижимости как здание и нежилое помещение.

4. Свидетельство о приобретении недвижимого имущества является основанием для регистрации в установленном законом порядке права собственности покупателя на приобретенную недвижимость, права возникают с момента государственной регистрации.

5. Требуется усовершенствования проблема регистрации объекта незавершенного строительства в Законе Украины «О государственной регистрации вещных прав на недвижимое имущество и их отягощений».

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ:

1. Кассо Л. А. Понятие о залоге в современном праве / Л. А. Кассо. – Переизд. – М.: Статут, 1999. – С. 37.
2. Олійник В. Ще раз про предмет іпотеки / В. Олійник // Юрид. радник. – 2005. – № 4. – С. 72.
3. Фоменко Л. Кредиторский прорыв / Закон и бизнес / Л. Фоменко. – 2003. – № 26. – С. 16.
4. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 646, 647.
5. Ситарчук О. Договор ипотеки и его последствия / О. Ситарчук // Юридический журнал. – № 5 (107). – 2011. – С. 97 – 104.
6. Маслов С. Способы обеспечения обязательств по гражданскому кодексу Германии. – ВІЩВ // Суспільство. Держава. Право. – 2002. – № 1. – С. 43–44.
7. Белов В. А. Юридическая природа государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с недвижимостью / В. А. Белов // Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. Вып. 3. – М.: Статут, 2005. – 502 с.
8. Общероссийский классификатор основных фондов, утвержденный Постановлением Госстандарта РФ от 26.12.1994 г. № 359 [Электронный ресурс] / Режим доступа: <http://kodifikant.ru/class/okof>.
9. Федеральный закон РФ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21.07.1997 г. № 122-ФЗ [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://www.consultant.ru/popular/o_gosudarstvennoj_registracii_prav_na_nedvizhimoe_imuwestvo_i_sdelok_s_nim/.
10. Лютий І. О. Іпотека: навч. посіб./ І. О. Лютий, В. І. Савич, О. М. Калівошко. – К.: Знання, 2011. – 445 с.

Article is devoted to the definition of legislative approaches to legal regulation of real estate mortgage, focuses on the multi-level regulation of relations mortgages, and especially its implementation.

Статья посвящена определению законодательных подходов к нормативно-правовому регулированию ипотеки недвижимого имущества, акцентируется внимание на многоуровневом регулировании отношений ипотеки и особенности ее реализации.

СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ З НАДАННЯ ПОСЛУГ У ПРАВІ РАДЯНСЬКОГО ПЕРІОДУ

Федорченко Н. В.,

кандидат юридичних наук,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

В статті акцентується увага на питаннях становлення договірних зобов'язань з надання послуг в радянській період.

Ключові слова: договірні зобов'язання, надання послуг, договір, правове регулювання, захист прав споживачів, побутове обслуговування.

Після перемоги Жовтневої революції влада в Україні певний час залишалась у Центральній Раді, яка намагалась частково реформувати й цивільне законодавство тогочасної України [1, с. 19]. Так, до моменту прийняття ЦК УРСР 1922 р. деякі зобов'язання про надання послуг відокремилися і відобразились у таких правових інститутах як доручення, комісія, страхування. Однак після остаточного запровадження на більшій території України більшовицького режиму відбулась кардинальна переоцінка ролі права у суспільному житті, що відобразилось у націоналізації основних засобів виробництва, різкому скороченні сфери функціонування приватної власності, введенні всеохоплюючого контролю держави над цілими галузями промисловості. Наслідком цього було створення інституту соціалістичної власності та державного регулювання суспільного виробництва і розподілу продуктів, що призвело до нівелювання такого важливого принципу цивільного законодавства загалом та договірною зокрема як принципу свободи договору.

Державна монополія була поширена на всі сфери діяльності, в тому числі і на сферу надання послуг, оскільки підприємницькі зв'язки здійснювалися на підставі адміністративних розпоряджень державних органів.

У період воєнного комунізму (1917–1920 рр.) потреби громадян у послугах забезпечувалися переважно адміністративним методом при незначній ролі цивільно-правових засобів (зокрема договорів). Товарний обмін того часу характеризувався відмовою від системи торгівлі на користь системи соціалістичного обліку і планомірного розподілу найважливіших предметів продовольства і товарів широкого вжитку. Характерними рисами цього періоду були націоналізація основних засобів виробництва, загальнодержавне планування економіки, державна монополія на заготівлю найважливіших продуктів харчування, політика твердого товарного нормування і контролю, прямий позаринковий товарообмін між містом і селом і, як наслідок, скорочення всього цивільного обороту. Характерними рисами періоду воєнного комунізму були політика продрозверсток (вилучення у селян надлишків продовольства з метою першочергового задоволення потреб фронту і наступного розподілу за твердими цінами цивільному населенню), а також заходи щодо безкоштовного надання населенню деяких товарів широкого споживання і надання на безоплатній основі окремих послуг (зокрема, комунальних, транспорту, зв'язку тощо) [2, с. 136].

На початку нової економічної політики (1921–1923 рр.) деякі інститути договірного права були відновлені, однак з 1924 року договірні відносини з надання послуг поступово пристосовуються до державно-планової системи. Нівелювання правової суті договору відбувалося тепер в іншій площині, оскільки формально договірні відносини були відновлені всюди. Їх основою став так званий принцип госпрозрахунку, тобто самоокупності усіх комунальних підприємств у сфері надання послуг, при якій витрати за надані послуги відшкодовуються за рахунок доходів, що отримуються. Тобто договір з надання послуг стає своєрідним інструментом реалізації державного плану, а такі важливі принципи договірного права як принципи свободи договору, диспозитивності, економічності та співробітництва тощо замінялися господарською «самостійністю» виконавця – комунального підприємства.

Згідно з постановою про укладання договорів на 1934 рік державний план визначав практично всі істотні умови цивільно-правових договорів, а саме, умови про кількість, якість, ціну тощо. Усі наступні постанови уряду про укладання цивільно-правових договорів практично не допускали укладання інших, крім планових договорів [3, с. 64].

Характерною особливістю того часу була відсутність у ЦК УРСР 1922 р. норм, присвячених договорам з надання послуг, як типу договірних зобов'язань.

Такий сценарій нормотворчості був обумовлений відсутністю на ринку послуг вибору виконавця, що характерно для економічного життя першої половини ХХ століття. З цієї причини законодавець регулював ті види відносин з надання послуг, які стали реаліями економічного буття: послуг з перевезення, страхування, зберігання.

Разом з тим друга половина ХХ ст. відзначається бурхливим розвитком ринку послуг, а, отже, виникає і потреба цивільно-правового регулювання цих правовідносин (зазначений період іменуватимемо періодом трансформації). Зазначений період характеризується переглядом теоретичних положень договірного права, і вже на початку 60-х років було розроблено та прийнято Цивільний кодекс УРСР 1963 р., де з точки зору юридичної техніки та формального підходу питання цивільно-правового договору як правової категорії були достатньо глибоко розроблені.

Так, ЦК УРСР 1963 р., як і ЦК УРСР 1922 р., не містив норм, присвячених правовому регулюванню відносин з надання послуг. У ЦК УРСР 1963 р., крім закріплених у попередньому кодифікованому акті послуг доручення, комісії та страхування, самостійне регулювання отримали транспортні послуги, відносини у сфері банківського обслуговування, зберігання. Значна частина послуг, а саме, громадське харчування, зв'язок, побутові та житлово-комунальні послуги, регулювалася на рівні підзаконних нормативно-правових актів. Особливістю тогочасного законодавчого підходу було те, що в ньому основне місце займали норми, що регулюють порядок надання послуг спеціалізованими організаціями.

Інтенсивний розвиток цивільного законодавства в напрямі удосконалення механізму правового регулювання відносин з надання послуг розпочався у 70–80-ті роки ХХ ст. У цей час слідом за прийняттям ЦК УРСР 1963 р. вводяться в дію Правила побутового обслуговування населення. Про значимість сфери побутового обслуговування населення для цілей правозастосування свідчить широко відома в минулому Постанова Пленуму Верховного Суду Української РСР «Про застосування в судовій практиці деяких норм законодавства, яким регулюються відносини по побутовому обслуговуванню населення» від 06.07.1979 р. № 4, п. 5 якої закріплював, що коли окремі правила, що містяться у відомчих нормативних актах, які регулюють діяльність підприємств побутового обслуговування, суперечать закону, суду належить керуватися законом, а також визнавати недійсними умови угод, що обмежують права громадян у порівнянні з тим, як вони встановлені в законі або типовому договорі.

Поряд з типізацією різних послуг і їх більш конкретним регулюванням намітилася тенденція до зближення цивільно-правового регулювання різних послуг, про що свідчить поширення на такі відносини ряду аналогічних пільг. Наприклад, широкого впровадження набирає практика надання послуг у кредит, можливість пролонгації договорів, підвищення гарантій споживачам послуг, неприпустимість обмеження їх прав і нав'язування послуги тощо [4, с. 20].

В цей же час на сторінках юридичної літератури розгорнулася широка наукова дискусія про перспективи розвитку законодавства у сфері обслуговування. Результати цих наукових дискусій знайшли свою реалізацію: а) в «диференціальній» науковій концепції, що пропонує видання спеціальних законів із окремих галузей сфери обслуговування (О. М. Садиков, Ю. Х. Калмиков, М. О. Барінов); б) «інтегральній», суть якої зводилася до ідеї інтеграції в одному законі всієї охорони прав «громадян-споживачів» (В. П. Мозолін, О. Ю. Кабалкін); в) «гіпотезі спеціалізованих основ» (О. А. Пушкін, О. О. Красавчиков), пропонувалось видати Основи законодавства про торгівлю, громадське харчування, побутове обслуговування населення і відповідні кодекси союзних республік зі збереженням при цьому Основ цивільного законодавства [5, с. 14 – 18].

Як вбачається із вищенаведеного, саме «інтегральна концепція» знайшла своє відображення в Законі України «Про захист прав споживачів», значення якого у справі правового захисту непрофесійних учасників цивільного обороту складно переоцінити. Разом з тим доцільно зазначити, що запропоновані концепції моделей нормативно-правового регулювання відносин у сфері послуг мали на увазі послуги, спрямовані на задоволення саме споживчих потреб громадян, а не будь-яких видів послуг.

Надзвичайно прогресивною видається ще одна наукова концепція, запропонована О. О. Красавчиковим, Є. Д. Шешеніним, В. А. Плетньовим (пропонуємо іменувати «типізаційною»), суть якої зводилася до необхідності розробки проекту спеціальної глави «Послуги» і включення її до Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік [6, с. 94].

У працях цивілістів того періоду спостерігаються спроби вирішення проблеми комплексного вивчення зобов'язань з надання послуг, дослідження об'єктивно існуючих закономірностей і загальних ознак договірних зобов'язань з надання послуг, визначення шляхів розвитку правового регулювання відносин з оплатного надання послуг [7, с. 67].

Слід зазначити, що значна частина відносин, спрямованих на надання послуг, закріплювались в окремих главах ЦК УРСР 1963 р. Так, значна їх частина закріпилася в главі 28 ЦК УРСР 1963 р., що регулювала підрядні відносини. Як зазначалось в ч. 3 ст. 348 ЦК УРСР, по окремих видах обслуговування громадян Рада Міністрів Української РСР затверджує типові договори побутового замовлення. Згодом таке право було надане Укрсоюзсервісу згідно з Правилами побутового обслуговування населення від 16.05.1994 р. А в науковій літературі активно пропагувалася ідея щодо можливості регулювання побутових послуг населенню не тільки за допомогою побутового замовлення, а й на підставі інших цивільно-правових інститутів [8, с. 449].

Зважаючи на вищенаведене доходимо висновку, що ще за радянських часів у правовій доктрині почала формуватися концепція договору на обслуговування громадян як самостійного типу цивільно-правового договору, яка згодом так і не набула законодавчої формалізації.

Таким чином, економічні реформи 80-х років принесли позитивні зміни в напрямі перетворення відносин власності, відміною планового розподілу, відмовою від системи адміністративних приписів у формуванні умов договору і, як наслідок, розширенні договірної свободи та його поширення на нові сфери.

Одним з важливих інститутів, що надав імпульс розвитку правового регулювання відносин з надання послуг та його законодавчого відокремлення, став інститут захисту прав споживачів. Зважаючи на наведене, наступний період, що розпочався після розпаду СРСР та здобуття Україною незалежності, пропонуємо іменувати періодом розвитку. Так, період розвитку пов'язаний, насамперед, із фактичним крахом всієї існуючої в СРСР планової системи товарного забезпечення та обслуговування населення. Це започаткувало формування

самостійної сфери законодавства, законодавства про захист прав споживачів на підставі поступового запозичення, а потім і імплементації норм міжнародних конвенцій і кращих зразків законодавчих актів зарубіжних країн.

Закон України «Про захист прав споживачів» є спеціальним комплексним законодавчим актом, який містить особливі методи і способи захисту прав споживачів. Ці особливості, насамперед, полягають у встановленні, крім звичайних, ще і додаткових гарантій реалізації споживачами своїх прав та додаткових обов'язків і підвищеної відповідальності зобов'язаних по відношенню до споживачів осіб [9, с. 7].

Специфіка договору про надання споживчих послуг зумовлюється їх суб'єктивним складом та трансформується у наділенні споживача широким спектром споживчих прав, а також в наділенні вказаного договору природою договору приєднання. Так, як зазначається в юридичній літературі, договір про надання споживчих послуг у більшості випадків поєднує ознаки й договору приєднання, і публічного договору, відповідно, споживач (замовник) одночасно володіє правами, наданими в межах правових режимів публічного договору та договору приєднання. І тільки у випадку передання споживачем до суду розбіжностей, що виникли під час укладення публічного договору приєднання, останній повністю втрачає властивості договору приєднання (вважається, що споживач через суд бере участь у визначенні договірних умов) [10, с. 181 – 182]. Крім того, споживчі послуги, як зазначає В. С. Мілаш, на відміну від господарських (ділових) послуг, не залучаються до міжнародного обігу (міжнародної торгівлі послугами), тому більшість міжнародних договорів (конвенцій) прямо виключають їх зі сфери своєї дії (Конвенція ООН «Про міжнародний фінансовий факторинг» 1988 р., Конвенція ООН «Про міжнародний фінансовий лізинг» 1988 р. та ін.) [11, с. 175].

Отже, перетворення послуги в гідну споживчу вартість, що володіє рядом специфічних ознак, диверсифікація послуг в сучасній ринковій економіці і наростання цієї тенденції, посилення соціального навантаження послуг вимагали вдосконалення цивільно-правових форм регулювання відносин з надання послуг.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Богославец В. М.* Договори про надання правових послуг: монографія / В. М. Богославец. – Івано-Франківськ: Видавництво Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2009. – С. 19.
2. *Новицкий И. Б.* История советского гражданского права: курс советского гражданского права / И. Б. Новицкий. – М.: Госюриздат, 1957. – С. 136.
3. *Пархоменко Н. М.* Договір у системі права України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Н. М. Пархоменко. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 1998. – С. 64.
4. *Мирошник А. В.* Возмездное оказание услуг в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А. В. Мирошник. – Саратов, 2003. – С. 20.
5. *Красавчиков О. А.* Сфера обслуживания: гражданско-правовой аспект // Гражданское право и сфера обслуживания / О. А. Красавчиков. – Свердловск, 1984. – С. 14 – 18.
6. *Шешенин Е. Д.* О нормативном регулировании отношений по оказанию услуг // Актуальные проблемы гражданского права / Е. Д. Шешенин. – Свердловск, 1986. – С. 94.
7. *Шешенин Е. Д.* Общие проблемы обязательств по оказанию услуг / Е. Д. Шешенин // Вестник МГУ. Сер. 11, Право. – 1983. – № 1. – С. 67.
8. *Цивільний кодекс України* (науково-практичний коментар). – Х.: ООО «Одіссей», 2000. – С. 449.
9. *Іваненко Л. М.* Цивільно-правові засоби захисту прав споживачів: монографія / Л. М. Іваненко. – К.: Юмана, 1998. – С. 7.
10. *Груздев В. В.* Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву: монографія / В. В. Груздев. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 181 – 182.
11. *Мілаш В.* Правове регулювання договірних відносин із надання послуг за сучасних ринкових умов / В. С. Мілаш // Вісник Національної академії правових наук України: зб. наук. пр. / Редкол.: В. Я. Тацій та ін. – Х.: Право, 2013. – № 2 (73). – С. 175.

The article focuses on the issues of the formation of contractual obligations to provide services during the Soviet period.

В статті акцентується увага на питаннях становлення договірних обов'язків по оказанию услуг в советский период.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО

Бернацький М. В.,

молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються деякі, характерні виключно для держави, особливості та способи набуття, здійснення і припинення права власності держави на житло.

Ключові слова: житло, державна власність, приватизація, припинення права власності з мотивів суспільної необхідності.

З моменту визнання державою приватної власності, закріплення приватної власності та її недоторканності на законодавчому рівні виникають правовідносини власності, в яких державі як власнику майна протистоять інші особи-власники. До цього держава була власником майже всього майна, що знаходилось на її території. Це стосувалось і житла. Участь держави у приватноправових відносинах і нині викликає дискусії як у науці, так і на практиці.

Найбільш значущими серед сучасних наукових розробок права власності держави загалом і на житло зокрема є праці С. С. Алексєєва, М. К. Галянтича, О. В. Дзери, І. М. Кучеренко, О. О. Первомайського, М. К. Сулейменова.

Метою цієї статті є визначення особливостей набуття, здійснення та припинення права власності держави на житло.

Як зазначається у науковій літературі, в умовах ринкової економіки держава має діяти в приватних відносинах не як носій своїх політичних і господарських функцій або як особливий суб'єкт права, а в організаційно-правових формах, адекватних цим відносинам. Тобто, держава має діяти в цивільних відносинах як їх рівний учасник. Держава як суб'єкт цивільного права має праводієздатність. Але на відміну від праводієздатності юридичних осіб, правосуб'єктність держави має універсальний характер. Однак це не означає, що правосуб'єктність держави має безмежний характер. Держава може мати лише такі права та обов'язки, які дозволяє закон. Реалізує свою правосуб'єктність держава через систему своїх органів, тому що поза їхньою діяльністю вона діяти не може. Від імені держави у відносинах, що регулюються цивільним законодавством, беруть участь органи управління державним майном, фінансові та інші спеціально уповноважені державою органи. Названі бюджетні установи, хоч і є юридичними особами, діють у майновому обігу в багатьох випадках від імені держави. Також держава виступає суб'єктом цивільного права і в разі, коли її організації беруть участь у правовідносинах, але самі не є юридичними особами [1, с. 128–129].

Насправді, держава є досить специфічним учасником цивільних відносин, оскільки вона виступає, з одного боку, як регулятор правовідносин, започатковуючи нормативні акти, що регулюють відповідні правовідносини, а з іншого, відповідно до законодавства вона може бути учасником цивільних правовідносин, які засновані на рівності учасників цих відносин. Так само як й інші учасники правовідносин, держава може мати у власності майно, що набуто нею у встановлений законом спосіб.

Історично підставою до набуття державою права власності на майно стала націоналізація всього майна, що знаходилось у приватній власності. Так, з 1917 р. скасовуються приватноправові засади регулювання житлових проблем — діє експропріація капіталістичних домоволодінь [2] і вселення до них робітників, утримання цих будинків за рахунок держави [3], заборона угод з нерухомістю, скасування спадкування майна (крім спадкування непрацездатними дітьми майна батьків, на утриманні яких вони перебували). Одним із основних нормативних актів, який діє у цей період, стає Житловий закон [4]. Цей Закон встановлював: перехід у відання відділів комунального господарства всіх націоналізованих будівель; передання ненаціоналізованих будівель у користування і розпорядження домовласників; позбавлення деяких категорій громадян (жандармів, службовців та ін.) права власності на житло. Як зазначає С. І. Аскназій, це був час «великого переділу житла» [5, с. 20]. Від часу відмови держави від приватної власності, за часів Радянського Союзу відбувалося декілька змін щодо концепцій підходу як до власності взагалі, так і до вирішення питання приватної власності на житло, зокрема [6, с. 574–601].

З набуттям Україною незалежності та проголошенням курсу на перебудову економіки від адміністративно-планової до ринкової і визнанням права приватної власності базисом відносин власності розпочався процес приватизації. Першим поштовхом до реформування відносин власності стало прийняття Закону України «Про власність», який ст. 2 закріпив, що власність в Українській РСР виступає у таких формах: індивідуальна (особиста і приватна трудова), колективна, державна. Таким чином, на законодавчому рівні було закріплено існування приватної (трудової) власності, в тому числі й на житло. Наймачі житлових приміщень у будинках державного чи громадського житлового фонду та члени їх сімей мали право придбати у власність відповідні квартири або будинки шляхом їх викупу або на інших підставах, передбачених законодавством Української РСР.

Закон України «Про приватизацію державного житлового фонду» у своїй преамбулі зазначає, що метою приватизації державного житлового фонду є створення умов для здійснення права громадян на вільний вибір способу задоволення потреб у житлі, залучення громадян до участі в утриманні й збереженні існуючого житла та формування ринкових відносин. Відповідно до ст. 1 зазначеного Закону приватизація державного житлового

фонду (далі – приватизація) – це відчуження квартир (будинків), житлових приміщень у гуртожитках, призначених для проживання сімей та одиноких осіб, кімнат у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два і більше наймачів, та належних до них господарських споруд і приміщень (підвалів, сараїв і т. ін.) державного житлового фонду на користь громадян України. Приватизація є специфічним способом припинення права власності на житло, власником якого є держава. Такий спосіб припинення права власності на житло є характерним виключно для такого суб'єкта права власності як держава або територіальна громада (щодо житла, яке передано в комунальну власність сіл, селищ, міст).

Якщо існують суперечливі наукові підходи щодо таких категорій, як «державна власність», «комунальна власність», «приватна власність», то право власності держави на майно ніхто не заперечує. Так, зарубіжні науковці обґрунтовують дихотомічний поділ права власності за суб'єктами на державну та приватну власність.

З цього питання М. К. Сулейменов зазначає, що слід звернути увагу на те, що при визначенні приватної власності не виділяються які-небудь особливі ознаки, що характеризують її відмінність від державної власності за змістом.

На його думку, до відмінностей, зазвичай, відносять:

- те, що це не державна власність – все, що не державне, те є приватне;
- це власність приватних осіб, тобто основною класифікаційною ознакою є суб'єкт права власності.

Тому М. К. Сулейменов робить висновок, що відбувається поділ не форм власності, а суб'єктів власності. Власність при цьому є одною єдиною і на форми не поділяється. Те саме можна сказати й про право власності [7, с. 52–53].

Підтримуючи думку М. К. Сулейменова, слід зазначити, що насправді існування державної, комунальної та приватної власності обумовлене виключно суб'єктами права власності, а не відмінністю самого права власності. Такий поділ має значення, оскільки існують певні обмеження у здійсненні правомочностей власності, хоча самі правомочності не відрізняються.

С. С. Алексєєв, зазначаючи, що на практиці деякі «форми» та «види» власності позбавлялись своїх юридичних переваг, тоді як реальне значення, головним чином, зберігав поділ майна (власності) за суб'єктами. Також С. С. Алексєєв зазначає, що те, що називається «державною власністю» та її модифікацією, позбавлене повною мірою властивостей власності взагалі (приватної власності). Під цим кутом зору державна власність являє собою, головним чином, форму фіксації «надбань», «багатств», тою чи іншою мірою має риси публічного, державно-владного явища, переважно слугує основою для розподілу та владного перерозподілу матеріальних засобів серед апаратних структур та населення [8, с. 49–50].

Держава як власник є досить специфічним суб'єктом, оскільки вона не є ані фізичною, ані юридичною особою. Ототожнювати державу з її органами та зазначати, що вона є, наприклад, юридичною особою публічного права, є помилкою, оскільки всі державні органи та все державне майно все одно не можуть скласти повний обсяг такого правового явища, як держава.

Щодо такого об'єкта права власності, як житло, держава має певні особливості як власник.

Так само як і всі інші суб'єкти права власності, окрім фізичних осіб, держава не може безпосередньо використовувати житло як власник. Житло, що знаходиться у власності держави, може бути використане виключно опосередковано фізичними особами, що орендують таке житло або таке житло надане їм за договором соціального найму тощо.

Слід зупинитися на особливості перебування житла у власності держави. З одного боку, держава не позбавлена правомочності користуватись житлом, а з іншого – в силу своєї природи вона просто не може його здійснювати безпосередньо. За таких обставин можна дійти висновку, що житло, знаходячись у власності держави, виявляє певну особливість здійснення щодо нього прав власника, а саме – відсутність можливості здійснення суб'єктом права власності такої правомочності власника, як користування. Тобто, фактично можна говорити, що у держави як у власника щодо житла як об'єкта права власності залишається виключно дві правомочності: володіння та розпорядження.

Загалом житло, що знаходиться у власності держави, має бути розподілено між житлом, що буде приватизоване, та житловим фондом соціального призначення, що передбачений Законом України «Про житловий фонд соціального призначення».

Як специфічний суб'єкт правовідносин, держава може набувати у власність майно на законних підставах таким шляхом, що є неможливим для інших учасників правовідносин.

Так, ЦК України серед підстав припинення права власності зазначає таку, як реквізіція (ст. 353 ЦК України). Відповідно до зазначеної статті у разі стихійного лиха, аварії, епідемії, епізоотії та за інших надзвичайних обставин з метою суспільної необхідності майно може бути примусово відчужене у власника на підставі та в порядку, встановлених законом, за умови попереднього і повного відшкодування його вартості. Реквізоване майно переходить у власність держави або знищується.

Правовідносини з реквізіції нерухомого майна з метою суспільної необхідності регулюються нормами ЦК України, ЖК Української РСР та спеціального нормативного акта, Закону України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» (далі – Закон «Про відчуження земельних ділянок»).

Цим Законом саме й передбачено ті випадки, коли право власності може бути порушене, навіть незважаючи на те, що воно є непорушним. Відповідно до ст. 1 зазначеного Закону відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, для суспільних потреб або з мотивів суспільної необхідності – це перехід права власності на земельні ділянки, інші об'єкти нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у власності фізичних або юридичних осіб, за плату в державну чи комунальну власність шляхом їх викупу чи примусового відчуження для потреб держави, територіальної громади, суспільства в цілому. Тобто, такий перехід до державної власності має бути обумовлений суспільною необхідністю і здійснений виключно в порядку, передбаченому законом. Це може бути здійснено або в добровільному порядку (викуп) або в примусовому (за рішенням суду).

Звичайно ж, на відчужуваних земельних ділянках можливе розміщення житла, що знаходиться у приватній власності громадян.

Набуття державою права власності на відповідні об'єкти нерухомого майна можливе виключно у чітко регламентованому порядку та за наявності певних умов. Такими умовами є:

1. Житловий будинок має знаходитися у приватній власності. Тобто, по-перше, дана норма не застосовується до багатоквартирних будинків, а по-друге, будинок має бути у власності особи, тобто, відноситись до приватного житлового фонду.

2. Земельна ділянка, на якій знаходиться будинок, має бути вилученою для державних або громадських потреб. Законодавство не містить визначення ані поняття «державна потреба», ані «громадська потреба». Однак Закон «Про відчуження земельних ділянок» передбачає примусовий викуп земельних ділянок з мотивів суспільної необхідності або суспільної потреби, визначаючи ці поняття наступним чином:

– суспільна необхідність – обумовлена загальнодержавними інтересами або інтересами територіальної громади виключна необхідність, для забезпечення якої допускається примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, у встановленому законом порядку;

– суспільна потреба – обумовлена загальнодержавними інтересами або інтересами територіальної громади потреба у земельних ділянках, у тому числі тих, на яких розміщені об'єкти нерухомого майна, викуп яких здійснюється в порядку, встановленому законом.

3. Особами, права яких захищаються зазначеною статтею, є не тільки громадяни України – власники будинку, а й члени сім'ї таких власників або інші громадяни, що постійно проживають у зазначеному будинку.

Тільки у випадку наявності всіх умов держава може отримати у власність земельні ділянки та нерухоме майно, що на них знаходиться. Але знову ж таки, розпоряджатися таким майном держава має право виключно у межах, передбачених ст. 7 Закону України «Про відчуження земельних ділянок», а саме для задоволення таких суспільних потреб, як:

- забезпечення національної безпеки й оборони;
- будівництво, капітальний ремонт, реконструкція та обслуговування лінійних об'єктів та об'єктів транспортної і енергетичної інфраструктури (доріг, мостів, естакад, нафто-, газо- та водопроводів, ліній електропередачі, зв'язку, аеропортів, морських портів, нафтових і газових терміналів, електростанцій) та об'єктів, необхідних для їх експлуатації;
- розміщення іноземних дипломатичних представництв та консульських установ, представництв міжнародних організацій в Україні згідно з міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;
- розміщення та обслуговування об'єктів, пов'язаних із видобуванням корисних копалин;
- будівництво захисних гідротехнічних споруд;
- будівництво та обслуговування нафтових і газових свердловин та виробничих споруд, необхідних для їх експлуатації, споруд для підземного зберігання нафти, газу та інших речовин і матеріалів, захоронення шкідливих речовин і відходів виробництва;
- створення міських парків, будівництво дошкільних навчальних закладів, майданчиків відпочинку, стадіонів та кладовищ;
- розташування об'єктів природно-заповідного фонду.

Зазначений перелік є вичерпним, що ще раз вказує на те, що держава, володіючи всіма правомочностями власника, не може розпоряджатися належним їй майном будь-яким чином.

Як зазначає О. О. Первомайський, можна дійти висновку про те, що йдеться, власне, не про різниці в сутності права власності, а про відмінність у суб'єктивному складі, механізмі формування та виявленні волі власника тощо [9, с. 109], і насправді воля держави як власника є нормативно обмеженою метою діяльності її та її органів. Набуваючи майно в порядку відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності, держава може розпоряджатися ними виключно у чітко передбачений спосіб, а за умови припинення підстави вилучення його у власників і необхідності подальшого володіння ним, держава має його повернути попереднім власникам.

З урахуванням викладеного, можна зробити такі висновки.

1. Приватизація житла є специфічним способом припинення права державної власності на житло. Крім держави та територіальної громади жоден із суб'єктів права власності на житло не може здійснити відчуження житла в такий спосіб.

2. Щодо житла держава, фактично володіючи всіма правомочностями власника, може здійснювати переважно дві: володіння та розпорядження, оскільки безпосереднє користування житлом виключається через природу такого суб'єкта правовідносин, як держава.

3. Житло, що знаходиться у власності держави, має бути розподілено між житлом, що буде приватизоване, та житловим фондом соціального призначення, що передбачений Законом України «Про житловий фонд соціального призначення».

4. Одним із специфічних способів набуття права власності на житло державою є відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності. Але таке відчуження на користь держави можливе виключно за наявності чітко визначених передумов та дотримання процедури з обов'язковою умовою попереднього та повного відшкодування вартості майна, що відчужується. За умови припинення підстави вилучення його у власників і необхідності подальшого володіння ним держава має його повернути попереднім власникам.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільне право України*: підручник. – У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 1. – 736 с.
2. *Постанова ВЦВК «Про відміну приватної власності на нерухомість у містах»* від 20 серпня 1918 р. // ЗУ РРФСР. – 1918. – № 62. – Ст. 954; *Положення про облік, ревізію і розподіл житлових та нежитлових приміщень в УРСР*: затв. 14 липня 1919 р. РНК УРСР // ЗУ УРСР. – 1919. – № 2. – Ст. 19; *Житловий закон* від 21 січня 1921 р. // ЗУ УРСР. – 1921. – № 22. – Ст. 641.
3. *Резолюція VIII з'їзду РКП(б) // КПСС в резолюціях і рішеннях*. – Ч. 1. – М.: Госполитиздат, 1953. – С. 427–428.
4. *Собр. узаконений и распоряжений Рабоче-крестьян. Правительства Украины*. – 1921. – № 22.
5. *Аскназий С. И. Советское жилищное право*: учеб. пособие / С. И. Аскназий. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – 184 с.
6. *Кучеренко І. М. Розвиток житлового законодавства України, його співвідношення і зв'язок з цивільним законодавством* / І. М. Кучеренко // *Правова система України: історія, стан та перспективи*: у 5-и т. – Х.: Право, 2008. – Т. 3. – Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. – 640 с.
7. *Сулейменов М. К. Избранные труды по гражданскому праву* / науч. ред. В. С. Ем. – М.: Статут, 2006. – 587 с.
8. *Алексеев С. С. Право собственности. Проблемы теории* / С. С. Алексеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2007. – 240 с.
9. *Первомайський О. О. Участь територіальної громади у цивільних правовідносинах*. – Серія «Юридичний радник». – Х.: Страйд, 2005. – 184 с.

This article researches some unique and especially ways of the state, of acquiring and implementing of the state housing ownership.

В статье рассматриваются некоторые, характерные исключительно для государства, особенности и способы приобретения, осуществления и прекращения права собственности государства на жилье.

ПОНЯТТЯ ТА СПІВВІДНОШЕННЯ ЖИТЛОВИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ

Галянтич М. К.,

доктор юридичних наук, професор,

заступник директора з наукової роботи НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті комплексно досліджуються визначення поняття та зміст житлових прав при реалізації житлових інтересів фізичних осіб.

Ключові слова: житло, житлові права, житлові інтереси, захист житлових інтересів.

Загальна декларація прав людини пов'язує поняття «гідний рівень життя» з наявністю у людини житла [1]. Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права встановлено, що держави, які беруть участь у ньому, визнають право кожного на достатній життєвий рівень для нього і його сім'ї, що включає і неухильне поліпшення умов житла (ст. 11) [2]. Зазначимо, що майже всі види особистих немайнових прав, визначених ст. 270 ЦК, їх реалізація тим чи іншим чином пов'язані з правом на житло, яке безпосередньо пов'язане з реалізацією житлового інтересу фізичних осіб. Саме через реалізацію та захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві України розглядає І. В. Венедиктова [3]. У широкому розумінні інтерес у праві визнається як прагнення особи повніше задовольняти свої потреби і бажання, що прямо не формалізовано в конкретному суб'єктивному праві, проте не суперечить праву як такому. Конституційний Суд України дав визначення поняттю «охоронюваний

законом інтерес» як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного права і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загально правовим засадам. При захисті прав людини та основних свобод в Європейському суді з прав людини, як зазначає Н. С. Кузнєцова, «суд бере до уваги принципи, що діють у правових системах» [4, с. 653].

У структурі законного інтересу виділяють два елементи: прагнення суб'єкта користуватися конкретним соціальним благом; звернення в деяких випадках за захистом до компетентних органів [5]. Як зазначає Н. С. Кузнєцова, прийняття ЦК України, попри всі ускладнення і ускладнення кодифікаційного процесу у приватноправовій сфері, можна розглядати як важливий етап реформування цивільного законодавства в цілому і окремих його інститутів [6, с. 144].

Слід зазначити, що охоронювані законом інтереси слід розглядати через права і свободи людини й громадянина. Так, П. П. Андрушко щодо співвідношення понять «права», «свободи», «охоронювані законом інтереси» людини й громадянина зазначив, що поняття охоронювані законом інтереси є найбільш широким і включає в себе також права і свободи людини й громадянина, які є різновидом інтересу, конкретизовані й чітко визначені в Конституції України [7, с. 86]. Стаття 47 Конституції України серед основних прав і свобод людини та громадянина проголошує право кожного на житло [8]. Воно є одним з основних прав, адже житло – важливе соціальне благо, яке лежить в основі життєдіяльності кожної людини й нормального розвитку суспільства. Житлова потреба важлива тому, що без її належного забезпечення неможливим є розвиток людини як соціальної особистості. Як слушно зазначили Є. О. Харитонов та Н. О. Санахметова, конституційне право громадян на житло – одне з найбільш значимих соціально-економічних прав, реальність якого визначається його багаточисельними гарантіями [9, с. 6].

Сучасне розуміння житлового інтересу ґрунтується на визнанні цього права як невід'ємної частини прав людини, тому відповідним чином має захищатися. Проте воно вимагає нормативного закріплення. Природний характер права на житло свідчить про те, що це право належить як дієздатній особі, так і особам, дієздатність яких є неповною внаслідок віку чи стану здоров'я, або повністю недієздатним особам [10, с. 108].

З огляду на зазначене, варто погодитись із Л. Г. Лічманом про те, що право на житло, яке закріплене в Конституції України, є одним з основних прав і свобод людини. Право на житло означає, насамперед, право особи мати житло для власного проживання і проживання членів його сім'ї або взяти в найм, набути право користування житлом в якості членів сім'ї власника жилого приміщення, а також в якості осіб, які постійно проживають із наймачем житла, яке забезпечується державними гарантіями недоторканності житла і недопущення свавільного його позбавлення. Крім того, особливу увагу необхідно звернути на те, що право на житло як природне право кожної людини дослідник визначає як таке, яке є одним з невід'ємних елементів правоздатності фізичних осіб [11, с. 15].

Термін «житловий інтерес» безпосередньо пов'язано з поняттям «реалізація права на проживання», яке безпосередньо пов'язано з задоволенням житлового інтересу. Як зазначає П. П. Андрушко [7, с. 87], інтерес – це, з одного боку, конкретне матеріальне та/або нематеріальне благо, отримати, набути яке чи досягти якого або зберегти яке чи мати можливість (потенційну) одержати чи набути яке або користуватись яким прагне (бажає) особа, а з іншого боку, – це прагнення особи отримати таке благо, користуватись ним. Житловий інтерес означає, що держава гарантує та бере на себе обов'язок сприяти тому, щоб кожен громадянин був забезпечений житлом.

Для того, щоб правильно вирішити питання про співвідношення суб'єктивного житлового права й інтересу, необхідно з'ясувати, що ж розуміється під поняттям інтерес. Прихильники включення інтересу в зміст суб'єктивного права оперують поняттям «інтерес» як загальновідомим поняттям, не намагаючись навіть розкрити його зміст. У юридичній літературі поняття «інтерес» вживається в різних значеннях [12, с. 154]. Взаємозв'язок інтересу та суб'єктивного права породив серед окремої частини юристів думку, що інтерес входить до самого змісту суб'єктивного права [13, с. 44]. Інші автори, хоча й відзначають важливе значення інтересу в праві, вважають інтерес моментом зовнішнім стосовно суб'єктивного права і не включають його до змісту останнього [14, с. 20–21]. Проте інтерес на відміну від суб'єктивного права, не має такої правової можливості, як останнє, оскільки не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони [7, с. 86].

В основі будь-якого суб'єктивного права лежить той чи інший типовий інтерес, спільний для всіх членів даного суспільства. Захист суб'єктивного права являє собою водночас і захист охоронюваного законом інтересу. Тому ми не будемо окремо відстоювати право щодо захисту інтересу, оскільки він захищається шляхом захисту відповідного суб'єктивного права. Так, суб'єкти житлового права можуть мати й такі інтереси, що не опосередковуються певними суб'єктивними правами, а існують самостійно, наприклад, у формі охоронюваних законом інтересів на поліпшення житлових умов.

Вивчаючи поняття «охоронюваний законом інтерес», В. І. Венедиктова, зокрема, визначає його в самому широкому розумінні як незаборонене домагання. Охоронюваний законом інтерес у цивільному праві авторка пропонує розуміти як усвідомлене суб'єктом права домагання отримати певне матеріальне (нематеріальне) благо або змінити правовий статус, що спонукає суб'єктів права вчиняти конкретні дії, знаходиться у правовому полі та забезпечене підтримкою держави, здійснюється у формі дозволу і відбивається в конкретних відносинах [15, с. 3].

Слід дійти висновку, що термін «право на житло» повністю відповідає поняттю інтересу у задоволенні житлової потреби. На думку В. П. Грибанова, термін «право на житло» необхідно розуміти: а) як право на задоволення потреби в житлі; б) як право на заняття приміщення; в) як право користування певним жилим приміщенням [16, с. 29], що виявляє інтерес (прагнення) фізичної особи, пов'язаний із житлом у широкому розумінні. Проте, на думку П. І. Седугіна, поняття «право на житло» слід відмежовувати від поняття право на користування певним житловим приміщенням, яке треба розуміти як суб'єктивне житлове право. Так, під правом на житлову площу дослідник розумів комплекс повноважень наймача щодо користування і розпорядження житловим приміщенням, наданим йому за договором чи на інших законних підставах. У той час як поняття права на житло є значно ширше за змістом і не зводиться лише до нього [17, с. 36].

Слід зазначити, що в юридичній літературі радянського періоду розгорнулася дискусія щодо права на житло як елемента цивільної правоздатності [18, с. 7], яке, на мою думку, збігається із поняттям існування житлового інтересу. Але право на житло як інтерес фізичної особи може перетворитися на суб'єктивне право тільки за наявності обставин, з якими держава пов'язує виникнення суб'єктивного права. У момент надання житлового приміщення у користування право на житло завершує своє формування і «трансформується у право користування даним житловим приміщенням» [19, с. 15], тобто, стає суб'єктивним житловим правом [20, с. 5–8]. Відносини у сфері захисту суб'єктивних прав та законних інтересів, що охороняються, є складовою частиною житлових прав.

Зважаючи на дискусії, що й нині тривають в юридичній літературі, стає цілком зрозуміло, що серед дослідників немає єдності і щодо змісту права на житло, яке можна розкрити і через поняття житлового інтересу. Так, В. А. Дозорцев та П. І. Седугін виділяли такі елементи права на житло: а) право громадян, які потребують поліпшення житлових умов, на одержання житла; б) закріплення житлової площі за громадянином у безстрокове користування [21, с. 7]. Натомість, С. М. Корнеєв розглядав як два основні елементи права на житло: а) гарантовану державою можливість користування громадянином наявним у нього житлом; б) обов'язок держави сприяти забезпеченню кожного громадянина житлом [22, с. 7]. В юридичній літературі зазначається, що охоронюваний законом у широкому розумінні інтерес (*в житловому праві – це, перш за все, право на житло, а також особисте немайнове право на недоторканність житла та вільний вибір місця проживання*) є об'єктом кримінально-правової, адміністративно-правової, цивільно-правової охорони, процесуально-правової охорони [7, с. 87]. Звужуючи це поняття, О. І. Чепис законні інтереси у цивільно-правовому розумінні пропонує розглядати лише як неопосередковані правом інтереси, що у широкому значенні збігаються за обсягом із соціально-економічними (фактичними) інтересами, що не суперечить нормам права, основам правопорядку й моральності та найбільше відповідає основним началам цивільного права, заснованого на диспозитивному регулюванні відносин юридично рівних суб'єктів [23, с. 551]. У той же час, у Конституції України, ЦК та деяких інших нормативних актах використовується поняття «інтерес», «правоохоронні інтереси», «законні інтереси» та «охоронювані законом інтереси» і неможливо зрозуміти, яке значення вкладається у поняття інтерес [3, с. 165]. Конкретизуючи поняття інтересу, Є. О. Мічурін розглядає право на житло в сукупності конституційно-правового і цивільно-правового аспектів. У свою чергу, складовий цивільно-правовий аспект включає дві основні правомочності: речове право на конкретне житлове приміщення і зобов'язальне право на поліпшення житлових умов [24, с. 6–7]. Л. Г. Лічман вважає, що праву на житло притаманні декілька юридичних можливостей: а) реалізувати своє природне право на житло; б) стабільно користуватися займаним легально приміщенням; в) постійно покращувати свої житлові умови різними способами; г) використовувати житлове приміщення не тільки для особистого проживання, а й для проживання інших осіб чи використання з комерційною метою; д) претендувати на здорове та безпечне для проживання середовище [11, с. 16].

Погоджуючись із вищенаведеними елементами змісту права на житло, яке має співвідноситися із поняттям *житлового інтересу* (виділене мною – М. Г.), вважаємо за можливе доповнити їх такими елементами, як: а) недопустимість незаконного (без достатньої правової підстави) вилучення житла; б) обмеження житлових прав фізичної особи; в) недоторканність житла; г) захист від будь-яких протиправних посягань всіма доступними засобами (юрисдикційними, неюрисдикційними, самозахистом в т.ч. і технічними тощо).

Отже, враховуючи проаналізовані нами погляди на сутність та зміст права на житло, під інтересом фізичних осіб на житло пропонуємо розуміти спрямований на забезпечення можливості набуття та правомірного користування фізичними особами житлом на тих чи інших підставах при існуванні державних гарантій дотримання прав на житло і недопущення свавільного його вилучення.

Розглядаючи зміст права на житло, Ю. К. Толстой звертає увагу на те, що це право може виникнути в силу різних підстав і завжди являє собою елемент житлових правовідносин, що є збірним поняттям, яке охоплює і відносини щодо експлуатації і управління житловим фондом, забезпечення його схоронності тощо, а також відносини щодо надання житлових приміщень [25, с. 215–216]. Тобто, зважаючи на те, що житлове законодавство регулює як житлові, так і пов'язані з ними інші майнові та немайнові відносини, поняття «житлові інтереси» охоплює різні види відносин, що виникають з приводу особливого об'єкта – житла.

В юридичній літературі виділяють такі риси, які притаманні житловим інтересам фізичної особи, зокрема: носіями цих прав є всі громадяни України, що впливає безпосередньо з Конституції України, та інші фізичні та юридичні особи залежно від наявності відповідних юридичних фактів; право на житло закріплює за

громадянином не тільки загальну можливість вступати в різні житлові відносини, а й юридичну можливість захищати їх [26, с. 13–14].

Таким чином, житлові інтереси необхідно також розуміти як передбачену законом можливість практичної реалізації житлових прав для задоволення власних житлових потреб, що полягають у володінні та користуванні житловими приміщеннями у будинках різних форм власності, при забезпеченні державою режиму недоторканності житлових приміщень [27, с. 90]. Разом із тим, С. О. Харитонов цілком правомірно вважає, що конституційне право на житло не є суб'єктивним правом, а елементом правоздатності фізичної особи, що розуміється як загальна можливість (здатність) мати права й обов'язки. Воно, як вважає автор, є лише передумовою для набуття конкретних суб'єктивних прав і обов'язків. При цьому суб'єктивні житлові права учасників відповідних відносин виникають у ході реалізації конституційного права на житло, а їх наявність або відсутність у певної людини не впливає на наявність і зміст його конституційного права [28, с. 78].

І. О. Дзера правомірно звертає увагу на те, що ні в ЦК, ні в інших актах законодавства не дається визначення поняття інтерес, проте є єдине застереження, яке міститься у ЦК про те, що захисту підлягає лише той інтерес, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства [29, с. 685]. Тому питання захисту житлових інтересів фізичних осіб вважаємо за доцільне розглядати і в контексті захисту належних суб'єктивних житлових прав фізичних осіб, тобто прав, які виникли в них у зв'язку із реалізацією ними права на житло. А під реалізацію права на житло слід розуміти не абстрактну, потенційну можливість користування житлом, а реальне здійснення особою прав проживання.

Виходячи із зазначеного, житлові інтереси можна класифікувати: 1) за матеріальною ознакою – як майнові відносини і немайнові; 2) за суб'єктивним складом – як двосторонні або багатосторонні; 3) за метою – в залежності від виду житлового фонду.

Як підсумок можна зробити висновок, що житловий інтерес фізичних осіб: 1) відображається в об'єктивному праві й впливає з його загальних засад; 2) відповідає загальному благу, спрямованому на забезпечення права кожного на житло, і законним інтересам фізичної особи на поліпшення житлових умов; 3) житловий інтерес – це конкретне житло та/або нематеріальне благо на нього, отримати, набути житлові права чи або їх зберегти, мати можливість (потенційну) одержати чи набути право на користування, або користуватись яким прагне (бажає) фізична особа. Житловий інтерес гарантує держава та бере на себе обов'язок сприяти тому, щоб кожен громадянин був забезпечений житлом; 4) правовий захист гарантується державою з метою забезпечення законних інтересів фізичних осіб. У зв'язку з тим, що житлові інтереси регулюються, перш за все, нормами приватноправового характеру, вони є різновидом цивільно-правових правовідносин і, відповідно, при порушенні або оспорюванні права користування житловим приміщенням фізична особа має право застосовувати способи захисту прав, передбачені ст. 16 ЦК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Загальна декларація* прав людини, проголошена Генеральною асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р.: док. ООН/PES/217 A // Інформаційно-пошукова система «Нормативні акти України». – К.: АТ Інформтехнологія, 2004.
2. *Міжнародний пакт* об економічних, соціальних і культурних правах. Резолюція, прийнята Генеральною асамблеєю ООН по докладу Третього комітета (A/6546) 2200 (XXI) // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2002. – № 2.
3. *Венедиктова В. І.* Охраняемый законом интерес в гражданском праве: монографія / И. В. Венедиктова. – Х: Точка, 2012. – 508 с.
4. *Кузнєцова Н. С.* Проблеми гармонізації цивільного та підприємницького законодавства та країн Європи // Еволюція цивільного законодавства : проблеми теорії і практики: матеріали міжнародної науково-практичної конференції. 29–30 квітня 2004 року. – К.: Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, 2004. – С. 653.
5. *Вікіпедія* // Інтерес (право) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://yandex.ua/yandsearch?lr=143&oprnd=7276685294&tex>.
6. *Кузнєцова Н. С.* Принципи сучасного зобов'язального права // *Методологія приватного права: зб. наук. праць (за матеріалами наук.-теор. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.)* / ред. кол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 144–152.
7. *Андрушко П. П.* Категорія «інтерес» у кримінальному праві // *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки.* – 81/2009. – С. 89.
8. *Конституція України* від 26 червня 1996 року // *Відомості Верховної Ради України.* – 1996. – № 30. – Ст. 15.
9. *Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А.* Правовое обеспечение надлежащей реализации права на жилище: учеб. пособие. – К.: УМКВО, 1990. – С. 6.
10. *Галянтич М. К.* Житлове право України: навч. посібник / М. К. Галянтич. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 528 с.
11. *Лічман Л. Г.* Судовий захист прав і інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Л. Г. Лічман. – Харків, 2005. – 20 с.
12. *Грибанов В. П.* Интерес в гражданском праве // *Осуществление и защита гражданских прав* / В. П. Грибанов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2001. – С. 154.

13. Толстой Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л.: ЛГУ, 1959. – С. 44.
14. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. – М.: Госюриздат, 1950. – С. 20–21.
15. Венедиктова І. В. Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві: автореферат дис. на здоб. наук. ступ. докт. юрид. наук: 12.00.03 / І. В. Венедиктова. – К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2013. – 40 с.
16. Грибанов В. П. Основы советского жилищного законодательства / В. П. Грибанов. – М., 1976. – С. 29.
17. Седугин П. И. Право на жилище в СССР / П. И. Седугин. – М., 1983. – С. 36.
18. Червонный Ю. С., Харитонов Е. О., Бровченко И. А. Правовое регулирование жилищных отношений в СССР / Ю. С. Червонный, Е. О. Харитонов, И. А. Бровченко. – Одесса, 1984. – С. 7.
19. Прокопченко И. П. Проблемы жилищного законодательства в СССР: автореф. дис... докт. юрид. наук: 12.00.03 / И. П. Прокопченко. – М., 1978. – 20 с.
20. Богданов Е. В. Правовое регулирование предоставления жилой площади в домах государственного фонда: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е. В. Богданов. – Харьков, 1979. – 20 с.
21. Советское жилищное законодательство: учебник / под ред. П. И. Седугина. – М., 1986. – С. 7.
22. Гражданское право. – Т. 2. – Учебник / под ред. Е. А. Суханова. – М., 1993. – С. 149.
23. Чепис О. І. Законний інтерес як категорія цивільного права / О. І. Чепис // Форум права. – 2009. – № 1. – С. 551–559 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-1/09hoikcp.pdf>.
24. Мичурин Е. А. Договоры с жильем. Анализ возникающих проблем и пути их разрешения // Юридический Харьков / Е. А. Мичурин. – 2001. – № 8. – С. 6–7.
25. Гражданское право. – Ч. II: учебник / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. – М., 1997. – С. 215–219.
26. Галянтич М. К. Приватноправові засади реалізації житлових прав громадян в Україні: автореф. дис. доктора юрид. наук: 12.00.03 / М. К. Галянтич. – К., 2007. – 40 с.
27. Галянтич М. К. Актуальні питання розвитку житлового законодавства / М. К. Галянтич // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Василя Пилиповича Маслова «Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства», 25 лютого 2011 р. – С. 88–91.
28. Харитонов Є. О. До визначення сутності права на житло / Є. О. Харитонов // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Василя Пилиповича Маслова «Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства», 25 лютого 2011 р. – С. 78–81.
29. Дзера І. О. Загальні правові засади захисту цивільних прав та інтересів. – Договірне право. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін / За ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 685.

The article explores the complex definition and content of housing rights in the understanding of the implementation of housing interests of individuals

В статтє комплексно исследуются определение понятия и содержание жилищных прав при реализации жилищных интересов физических лиц.

ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ ЖИТЛОВОЇ НЕРУХОМОСТІ

Корнієнко Ю. І.,

науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню особливостей теоретичних і практичних аспектів правового регулювання окремих питань припинення права власності на предмет іпотеки (житлової нерухомості), процедури проведення прилюдних торгів предмета іпотеки.

Ключові слова: іпотека житлової нерухомості, припинення права власності на предмет іпотеки.

Останнім часом наукові дослідження, присвячені іпотечним правовідносинам, демонструють кількісне зростання. Теоретичні й практичні питання зазначених відносин в своїх працях висвітлювали такі науковці, як: О. Т. Євтух, В. В. Носік, І. І. Пучковська, О. С. Кізлова, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, Р. А. Майданик та багато ін. Проте питання, які виникають на практиці й пов'язані з постійними змінами законодавства про нерухомість (іпотеку, зокрема), зумовлюють актуальність дослідження. Метою даної статті є аналіз останніх змін, внесених до іпотечного законодавства, що регулює відносини, які виникають із припиненням права власності на предмет іпотеки (житлову нерухомість).

Припинення права власності на предмет іпотеки можливе лише із настанням певної умови в тому розумінні, що для його здійснення має відбутися деяка подія – невиконання боржником (іпотекодавцем)

основного зобов'язання, що виявиться у зверненні стягнення суми боргу шляхом продажу предмета або передавання права власності на предмет іпотекодержателю в рахунок виконання основного зобов'язання [1, с. 97].

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про іпотеку» іпотека припиняється у разі:

- припинення основного зобов'язання або закінчення строку дії іпотечного договору;
- реалізації предмета іпотеки відповідно до цього Закону;
- набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки;
- визнання іпотечного договору недійсним;
- знищення (втрати) переданої в іпотеку будівлі (споруди), якщо іпотекодавець не відновив її.

Якщо предметом іпотечного договору є земельна ділянка і розташована на ній будівля (споруда), в разі знищення (втрати) будівлі (споруди) іпотека земельної ділянки не припиняється, та з інших підстав, передбачених цим Законом.

Наступна іпотека припиняється внаслідок звернення стягнення за попередньою іпотекою. Відомості про припинення іпотеки підлягають державній реєстрації у встановленому законодавством порядку.

Як вже зазначалося, відповідно до ст. 33 Закону України «Про іпотеку» у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання, іпотекодержатель (у даному випадку – кредитор) вправі задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки. Звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя [2, с. 99].

У разі порушення провадження у справі про відновлення платоспроможності іпотекодавця, визнання банкрутом або при ліквідації юридичної особи – іпотекодавця, іпотекодержатель набуває право звернення стягнення на предмет іпотеки незалежно від настання строку виконання основного зобов'язання [3]. При цьому слід враховувати, що згідно зі ст. 37 вказаного Закону договір про задоволення вимог іпотекодержателя, який передбачає передавання іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання, є правовою підставою для реєстрації права власності іпотекодержателя на нерухоме майно, що є предметом іпотеки.

Стаття 38 Закону України «Про іпотеку», яка містить норму, згідно з якою іпотекодержатель має право, якщо це передбачено рішенням суду або договором про задоволення вимог іпотекодержателя (відповідним застереженням в іпотечному договорі), продати предмет іпотеки будь-якій особі-покупцеві. При цьому іпотекодержатель зобов'язаний за 30 днів до укладення договору купівлі-продажу письмово повідомити іпотекодавця та всіх осіб, які мають зареєстровані у встановленому законом порядку права чи вимоги на предмет іпотеки, про свій намір укласти цей договір. При цьому дії щодо продажу предмета іпотеки та укладання договору купівлі-продажу здійснюються іпотекодержателем від свого імені на підставі іпотечного договору, який містить застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, що передбачає право іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки без необхідності отримання для цього будь-якого окремого уповноваження від іпотекодавця.

Необхідно підкреслити, що в разі порушення позичальником грошових зобов'язань за договором іпотеки кредитор реалізує предмет іпотеки шляхом застосування процедури продажу або шляхом проведення прилюдних торгів.

Після того як винесено судове рішення про стягнення боргу або стягнення на іпотечне житло, орган державної виконавчої служби за заявою стягувача (як правило, банку) відкриває виконавче провадження. Після з'ясування обставин щодо наявності коштів у боржника (яких, як правило, не вистачає) орган державної виконавчої служби описує нерухоме майно та накладає на нього арешт (заборону відчужувати). Орган державної виконавчої служби призначає експерта, який здійснює незалежну оцінку майна, проведення прилюдних торгів здійснює третя особа, яка виграла тендер у ДВС на проведення прилюдних торгів.

Фактично з цього моменту розпочинається процедура прилюдних торгів (реалізація іпотечного житла). Відповідно до ст. 43 Закону України «Про іпотеку» спеціалізована організація не пізніше ніж за 15 днів до дня початку прилюдних торгів публікує за місцезнаходженням предмета іпотеки принаймні в двох місцевих друкованих засобах інформації повідомлення про проведення прилюдних торгів [4]. Інформаційне повідомлення про проведення торгів, доведене неналежним способом або в неналежному друкованому засобі масової інформації, зменшує можливість участі в торгах потенційних покупців і, відповідно, впливає на формування ціни реалізації. Тому недотримання правил про інформованість невизначеного кола осіб щодо проведення торгів є істотним порушенням процедури.

Так, опублікування інформаційного повідомлення в неналежному виданні стало однією з підстав для задоволення позовних вимог ПАТ «Альфа-Банк» та визнання рішенням Київського районного суду м. Харкова від 20 липня 2012 року недійсними результатів прилюдних торгів від 30 грудня 2011 року з продажу нерухомого майна [5]. Дане рішення суду ухвалою судової колегії судової палати у цивільних справах апеляційного суду Харківської області від 22.10.2012 року залишено без змін.

У рішенні суд обґрунтовано послався на те, що оскільки майно, на яке звернуто стягнення, знаходиться у м. Харків, однак всупереч ст. 43 Закону України «Про іпотеку» оголошення про проведення прилюдних торгів розміщені в газетах «Вечірній Київ» та «Експрес-об'ява» (дані засоби масової інформації не є місцевими друкованими засобами масової інформації міста Харкова, а є засобами масової інформації із загальнодержавною та зарубіжною сферою розповсюдження), то таке неналежне повідомлення є підставою для визнання прилюдних

торгів недійсними, оскільки є істотними порушеннями процедури проведення прилюдних торгів, тому що впливають на формування ціни реалізації, а відповідно – на результати торгів [6, с. 90].

Правове регулювання проведення прилюдних торгів є заплутаним та неоднозначним. Існують правові ризики при здійсненні операцій з предметом іпотеки через прилюдні торги. Наявність хоча б одного ризику для набувача призведе до можливості визнання через суд недійсними прилюдних торгів та повернення боржнику майна, отже, як підтверджено практикою, необхідно звернути увагу на таке:

- чи надсилав банк боржнику/іпотекодавцю вимогу про усунення порушень кредитного договору;
- чи дотримано в рішенні суду про здійснення стягнення на майно вимог щодо: загального розміру вимог та всі його складові, опису нерухомого майна, способу реалізації майна, початкової ціни для проведення прилюдних торгів;
- чи вирішено питання виселення мешканців із житлового приміщення в разі такої необхідності;
- чи надіслана вимога мешканцям житлового приміщення про добровільне виселення із приміщення.

Якщо прилюдні торги проводились вдруге або втретє, то чи дотримано процедури зменшення ціни, розміру зменшення ціни, строків проведення повторних прилюдних торгів? Ще один важливий момент полягає у тому, що законодавство, яке регулює цю процедуру, за останні чотири роки багато разів змінювалось, тому в кожному випадку необхідно це враховувати та, у разі колізій між правовими нормами, визначатись, яка з правових норм підлягає застосуванню [7].

Стаття 8 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» зазначає:

- у разі реалізації предмета іпотеки іпотекодержателем відповідно до вимог ст. 6 цього Закону правовою підставою для реєстрації у встановленому законом порядку права власності покупця на нерухомість є договір купівлі-продажу;
- у разі реалізації предмета іпотеки відповідно до вимог ст. 7 цього Закону складається протокол, який підписують суб'єкт підприємницької діяльності, що організував реалізацію предмета іпотеки, та покупець предмета іпотеки.

У протоколі зазначаються: опис придбаного покупцем предмета іпотеки; ціна реалізації предмета іпотеки; інформація про покупця предмета іпотеки; дата, до якої покупець повинен повністю сплатити суму коштів за придбаний предмет іпотеки; банківський рахунок суб'єкта підприємницької діяльності, який організував реалізацію предмета іпотеки, для внесення покупцем суми коштів за придбаний предмет іпотеки. Копія протоколу надсилається іпотекодавцю, іпотекодержателю та органу державної виконавчої служби, який здійснює відчуження предмета іпотеки протягом п'яти днів з дати його реалізації. Покупець протягом десяти днів після підписання протоколу сплачує кошти за придбаний предмет іпотеки на зазначений у протоколі банківський рахунок суб'єкта підприємницької діяльності, який організував реалізацію предмета іпотеки. Суб'єкт підприємницької діяльності, який організував реалізацію предмета іпотеки, протягом п'яти днів після отримання коштів від покупця предмета іпотеки надсилає органу державної виконавчої служби повідомлення про здійснення такої оплати. Протягом п'яти днів з моменту отримання повідомлення про оплату придбаного предмета іпотеки орган державної виконавчої служби складає акт про реалізацію предмета іпотеки.

В акті про реалізацію предмета іпотеки зазначаються: положення про те, що реалізація предмета іпотеки відбулась із дотриманням вимог законодавства; ким, коли і де проводилася реалізація предмета іпотеки; характеристика реалізованого предмета іпотеки за даними служби, яка реєструє права власності на нерухомість; прізвище, ім'я та по батькові (найменування юридичної особи), адреса покупця; сума коштів, внесена за придбаний предмет іпотеки; відомості про документ, на підставі якого право власності на предмет іпотеки належало іпотекодавцю.

Орган державної виконавчої служби не може відмовити у видачі акта про реалізацію предмета іпотеки, якщо така реалізація відбулась відповідно до вимог законодавства. У разі відмови видати акт про реалізацію предмета іпотеки, орган державної виконавчої служби повинен протягом п'яти днів повідомити про це суб'єкта підприємницької діяльності, який організував реалізацію предмета іпотеки, іпотекодавця, іпотекодержателя та покупця. Повідомлення має містити посилання на підстави відмови. Відмова органу державної виконавчої служби видати акт про реалізацію предмета іпотеки може бути оскаржена в суді [3].

Відповідно до ст. 62-2 Закону України «Про виконавче провадження» після повного розрахунку покупця за придбану нерухомість на підставі протоколу про реалізацію предмета іпотеки та документів, що підтверджують розрахунок за придбану нерухомість, державний виконавець складає акт про реалізацію предмета іпотеки.

Затверджений начальником (заступником начальника) відділу державної виконавчої служби акт державний виконавець видає покупцеві, а копії акта надсилає стягувачеві й боржникові. На підставі копії цього акта нотаріус видає покупцеві свідоцтво про придбання нерухомого майна.

Свідоцтво про придбання нерухомого майна є правовою підставою для реєстрації у встановленому законом порядку права власності покупця на придбану нерухомість. У разі реалізації предмета іпотеки, який включає майнові права щодо нерухомості, зокрема права оренди (користування) нерухомості, таке свідоцтво є підставою для переведення на нового власника прав і зобов'язань іпотекодавця за договором, який визначає умови надання і здійснення таких прав.

Відповідно до ст. 48 Закону України «Про іпотеку» іпотекодержатель, іпотекодавець, боржник та будь-який учасник прилюдних торгів мають право протягом трьох місяців з дня проведення торгів оскаржити їх результати в суді за місцезнаходженням нерухомого майна.

Підсумовуючи викладене, необхідно зазначити, що правовими наслідками порушення обов'язків іпотекодавця, встановленими іпотечним договором згідно з ч. 1 ст. 12 Закону України «Про іпотеку», є те, що іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, а в разі його невиконання – звернути стягнення на предмет іпотеки. При цьому слід враховувати, що згідно зі ст. 37 вказаного Закону договір про задоволення вимог іпотекодержателя, який передбачає передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання, є правовою підставою для реєстрації права власності іпотекодержателя на нерухоме майно, що є предметом іпотеки. Оскільки іпотека носить похідний характер від зобов'язання, яке вона забезпечує, то з припиненням останнього припиняється й іпотека відповідно до ст. 17 Закону України «Про іпотеку». Отже якщо основне зобов'язання буде виконане належно й в повному обсязі, внаслідок чого воно припиняється відповідно до ст. 599 ЦК або припиняється з інших підстав згідно з гл. 50 ЦК, то припиняється у зв'язку цим й іпотека.

СПИСОК ВИКОРИТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Ходико Ю. Правова природа іпотечного правовідношення / Ю. Ходико // Вісник НАПрН України. – 2011. – № 2 [65]. – С. 97.
2. Сітарчук О. Договір іпотеки та його наслідки для позичальника / О. Сітарчук // Юридичний журнал. – 2011. – № 5 (107). – С. 99.
3. Щелкунов О. М. Ризики, пов'язані з реалізацією заставленого майна при виконанні виконавчих документів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/6625>.
4. Малінська С. М. Практика розгляду справ про визнання прилюдних торгів недійсними [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://hra.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/civil4/.
5. Рішення Київського районного суду м. Харкова від 20.07.2012 р. Справа № 2018/3265/2012н/п 2/2018/1557/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/25540712>
6. Гуменюк Н. Р. Механізм укладення договору на торгах у виконавчому провадженні // Університетські наукові записки. – Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2008. – Випуск 2. – С. 90.
7. Цепак І. Купуємо іпотечне житло. 23.04.2013 [Електронний ресурс]. – <http://juryst.lviv.ua/articles/category/3/message/117/>.

The article studies the characteristics of the theoretical and practical aspects of regulation for individual termination of ownership of the mortgaged (residential property) holding the public auction procedure of the mortgaged object.

Статья посвящена исследованию особенностей теоретических и практических аспектов правового регулирования отдельных вопросов прекращения права собственности на предмет ипотеки (жилищной недвижимости), процедуре проведения публичных торгов предмета ипотеки.

**БАЛАНС ІНТЕРЕСІВ У РЕГУЛЮВАННІ ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН
ЯК ПРАВОВИЙ ПРИНЦИП****Безух О. В.,**

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

Стаття відображає авторський погляд на правове регулювання господарських правовідносин, яке передбачає наявність балансу інтересів всіх учасників ринкових відносин (держави, суб'єктів господарювання, споживачів).

Ключові слова: господарські правовідносини, економічна конкуренція, державне регулювання господарської діяльності.

Державне регулювання господарської діяльності – це, насамперед, регулювання діяльності суб'єктів господарювання в умовах ринку. В процесі своєї господарської діяльності суб'єкти господарювання вступають у відносини з іншими учасниками ринку – органами держави, іншими суб'єктами господарювання – конкурентами та споживачами (фізичними і юридичними особами), що в подальшому визначає їх права та обов'язки.

Реалізація будь-яких індивідуальних прав учасників ринкових відносин є елементом більш складного явища – ринку відповідних товарів і послуг, який передбачає наявність ринкових відносин, визначення яких з правової точки зору в науковій літературі та законодавстві ще не надавалося. Ринкові відносини, у свою чергу, передбачають сукупність різнорідних відносин, які у взаємодії і створюють поняття «ринку товарів і послуг» як економічна й правова категорія та породжують складне явище – економічну конкуренцію. Відповідно до економічного розуміння ситуації рівноваги на ринку (наявність балансу) вона передбачає задоволення інтересів найбільшого кола учасників. При цьому інтереси (права в класичному розумінні) певних учасників ринку не будуть задоволені.

Інтересом суб'єктів господарювання є отримання найбільшого прибутку та частки на ринку, інтересом споживачів є отримання якісної та дешевої продукції, інтересом держави, в особі відповідних органів, є забезпечення соціальної стабільності, збільшення добробуту громадян та конкурентоспроможності економіки. Права, що надані відповідним суб'єктам відносин, є засобами реалізації відповідних інтересів, що встановлюють зв'язок між ними.

Саме поняття ринку як об'єкта державного регулювання не визначено в правовій науці однозначно. Наприклад, у п. 2.2 та п. 2.12 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» надається поняття аграрного ринку і організованого аграрного ринку. Спільним є їх визначення як сукупності правовідносин, пов'язаних з укладенням та виконанням цивільно-правових договорів щодо сільськогосподарської продукції. Організований ринок передбачає також застосування стандартизованих умов та реквізитів біржових договорів (контрактів) і правил Аграрної біржі. Для організованого ринку державою встановлено поняття ризиків – системних або стандартних, а також інструменти їх подолання. Хоча такі ж самі ризики діють і на неорганізованому ринку. Варто підкреслити, що і організований, і неорганізований ринки зазнають вплив у вигляді державного регулювання цін та встановлення низки інших обов'язкових умов і обмежень при укладанні договорів купівлі-продажу сільськогосподарської продукції, які не можуть бути змінені.

Характерною рисою ринку та його державного регулювання є визначення у п. 2.13 наведеного Закону поняття продовольчої безпеки як захищеності життєвих інтересів людини, яка виражається у гарантуванні державою безперешкодного економічного доступу людини до продуктів харчування з метою підтримання її звичайної життєвої діяльності. Незважаючи на те, що договори на аграрному ринку визначаються законом як цивільно-правові, тобто укладені для задоволення інтересів сторін договору, законом чітко визначено наявність в цих відносинах інтересів іншої особи – людини, що не є учасником цього конкретного договору, та держави, яка в законі надає гарантії захисту інтересів такої людини. При цьому захист інтересів проявляється не в можливості звернення такої людини до уповноважених органів держави за захистом, а в отриманні безперешкодного економічного доступу людини до продуктів харчування, які є предметом господарської діяльності.

Просимо звернути особливу увагу, що незважаючи на начебто формальну юридичну рівність учасників ринкових відносин, вони не мають економічної рівності, яка проявляється в наявності різних матеріальних можливостей для забезпечення дотримання своїх прав. Цей чинник фактичних суспільних відносин юридичною наукою майже не враховується, за виключенням певних ситуацій в економічній конкуренції, коли спроможність суб'єкта господарювання визначати умови обороту товарів на ринку, навіть без наявності монопольного становища, істотно впливає на кваліфікацію правопорушень у конкуренції. Коли формальну юридичну рівність учасників господарських ринкових відносин розглядають разом із економічною міцністю та можливістю суб'єктів таких відносин задовольняти свої фактичні інтереси, то такі відносини фактично не будуть рівними. В певних сферах суспільних відносин, в тому числі в сфері економіки (господарських відносин), держава з метою забезпечення стабільності таких відносин застосовує механізми контролю та асиметрії прав їх учасників. Прикладами в сфері економіки є застосування механізмів контролю за економічною концентрацією, щодо закупівлі товарів за державні кошти та захисту прав споживачів та тощо, які породжують додаткові зобов'язання та відносини стосовно суб'єктів господарювання.

Таким чином, сукупність відносин, які виникають із цивільно-правових договорів, де реалізуються інтереси тільки учасників договору, та сукупність відносин, які виникають із ринкових договорів, де крім учасників договору одночасно реалізуються також інтереси людини (будь-яких споживачів) та держави, як гаранта певних приватних інтересів осіб, що не є учасником даних договірних відносин, є різною. Чи можна такий ринковий договір вважати цивільно-правовим? Чи може один і той ж договір, який законом помилково визначений як цивільно-правовий, в залежності від сфери (наявність ринку) укладання породжувати різну сукупність відносин? Однозначно, ні.

Г. Ф. Шершеневич слушно зазначив, що юридичне відношення, яке примушує одну особу до здійснення дії на користь іншої особи, передбачає у останньої наявність інтересів у виконанні цього акта. Де немає такого інтересу, або де він припинився, хоча спочатку і був, там немає зобов'язання або з того часу воно припиняється, хоча до цього мало повну силу. Як приклад, Г. Ф. Шершеневич наводить укладення договору про усунення конкуренції, згідно з яким одна з осіб договору зобов'язується не вести однорідну стосовно контрагента торгівлю. Але коли особа, на користь якої встановлено обмеження, припиняє свою торгівлю, то припиняється «небезпека шкідливих наслідків конкуренції», втрачається інтерес і зобов'язана сторона звільняється [1, с. 11–12]. Наведена думка є цікавою з двох причин: по-перше, історично вважалося, що наслідки економічної конкуренції є шкідливими для цивільних відносин, з чим автор погоджується і нині; по-друге, будь-яке юридичне відношення передбачає наявність певного інтересу. Розглядаючи договірні відносини, ми аналізуємо правосуб'єктність, зобов'язання, що виникають між учасниками договору, інші аспекти правовідношення, але інтереси, які мають на меті учасники правочину при реалізації власних прав, інтереси інших осіб, яких тим чи іншим чином стосуються укладені правочини, часто-густо залишаються поза увагою.

За визначенням О. Д. Крупчана, методологія приватного права повинна надавати відповідь, яким чином публічна влада зобов'язана враховувати окремі приватні права і інтереси юридично рівних осіб, які існують не тільки у єдності, а й в суперечностях, і визначити загальний публічний інтерес як опосередковано усереднений приватний інтерес, щоб забезпечити дієве правове регулювання і функціонування всіх приватних елементів суспільства [2, с. 5]. У цілому погоджуючись з наведеною думкою, маємо уточнити, що такий підхід у сфері економічних відносин не відображає повною мірою закономірності ринкових відносин, оскільки інтереси їх учасників не просто створюють конфлікт, а є різномірними та різновекторними, їх реалізація має різні правові та економічні наслідки. Навіть держава як суб'єкт ринкових відносин в сфері економіки, виступаючи регулятором та охоронцем суспільних відносин, одночасно вступає в приватні господарські відносини, при цьому, за визначенням К. Екштайна, державні структури на ринку завжди виступають як «недобросовісні конкуренти». Їм, як правило, властивий елемент «спрямованості на монополізацію» [3, с. 340]. Тобто, в цьому випадку зауваження про усереднений інтерес є дискусійним, оскільки у кожного суб'єкта ринкових відносин є конкретний інтерес.

З одного боку, інтерес заохочує суб'єктів відносин до вчинення тих чи інших дій, які мають наслідки як безпосередньо для таких відносин, так і для інших оточуючих. З іншого боку, інтерес не входить у зміст суб'єктивного права.

Разом із тим, як зазначив С. С. Алексєєв, значення інтересу виявляє себе як місток, що зв'язує право з реальними життєвими відносинами, з їх соціально-класовими основами. У цьому випадку правове забезпечення інтересів особи виявляється у законному інтересі, що притаманно загальним правовідносинам [4, с. 358–359].

Таким чином, приватні договори, що укладаються як ринкові, фактично мають інші властивості, ніж звичайні приватні цивільні договори. Тобто, перебуваючи в конкретних господарських відносинах з іншим суб'єктом ринку, суб'єкт господарювання стає учасником загальних правовідносин, обумовлених функціонуванням ринкового механізму в економіці та гарантуванням захисту, тобто, існування економічної конкуренції зумовлене тим, що суб'єктами відносин виступають всі суб'єкти ринку, між якими встановлюються не тільки приватні, а й публічні господарські зв'язки.

За визначенням С. С. Алексєєва, загальні правовідносини реально виявляються у тому, що становище кожного учасника правовідносин відрізняється особливим юридичним станом, особливими юридичними позиціями стосовно всіх інших суб'єктів. При цьому всі інші протистоять йому як єдине, нерозривне ціле [4, с. 347]. У сфері господарювання такими учасниками є конкуренти (в тому числі, державні органи і підприємства), споживачі та органи влади, які тим чи іншим чином спроможні впливати на економічні відносини та ринки товарів. Їх відносини між собою і створюють багатогранне поняття «ринок».

Як слушно зазначає О. Д. Крупчан, властивості підприємницької системи як системи інститутів і виникаючих між ними відносин більші, ніж властивості суми цих інститутів і відносин, які виникають відповідно до них як окремих одиниць. Відносини стосовно окремих інститутів або суб'єктів підприємництва обумовлюють тільки певні аспекти, рівні функціонування системи, а цілісне функціонування системи є результатом взаємодії всіх її рівнів. Системний об'єкт не можна розглядати на рівні окремих його елементів і відносин між ними [2, с. 6].

Таким чином, відмінністю договорів, укладених приватними особами в сфері господарювання, від цивільно-правових договорів, укладених між окремими особами, які не є учасниками ринку, є необхідність забезпечення балансу інтересів учасників ринку, які не можуть бути реалізовані всі одночасно. В умовах ринкової економіки такий баланс забезпечує економічна конкуренція, коли за класичним розумінням конкуренції результатом приватних дій підприємців є збільшення суспільного блага. Тобто, в економічному сенсі баланс інтересів учасників ринку та існування справедливої економічної конкуренції є поняттями рівнозначними. В суспільному, в

тому числі, правовому сенсі приватні відносини, що виникають при укладанні суб'єктами господарювання договорів у межах власної господарської діяльності, породжують публічний феномен – відносини економічної конкуренції, які є основою публічного господарського порядку в умовах ринкової економіки.

Приватні господарські відносини є частиною (елементом) більш складних публічних явищ (порядків) – економічної конкуренції, ринку, економіки, які об'єктивно на них впливають та динамічно трансформують приватні відносини під власні умови. Ринкові відносини як сукупність відносин передбачають наявність певного балансу, який є необхідним для задоволення інтересів (потреб) найбільшої кількості учасників ринку та існування певної стабільності, рівноваги. Для забезпечення цього приватні господарські відносини знаходяться під контролем, впливом та захистом держави в особі уповноважених органів та становлять сферу публічних інтересів.

Досліджуючи проблеми правового регулювання тих чи інших відносин в Україні, на нашу думку, вчені традиційно зосереджуються на предметі й методи правового регулювання, залишаючи поза увагою сутність і зміст права як сукупність правил поведінки загального характеру, які мають бути доповнені вказівкою на наявність у праві інтелектуальної і вольової сторін.

Як зазначає С. С. Алексєєв, інтелектуальне в змісті права відображає його приналежність до суспільної свідомості та є нормативним узагальненням ідеально-цінностного відображення суспільних відносин у вигляді загальних програм, моделей зразків таких відносин. Вольова сторона права, прямо виявляючи його статус як особливої частини надбудови, відмінної від суспільної свідомості, характеризує активно-державний, авторитарний початок у юридичних нормах, закладену здатність на практичне втілення у життя програм, моделей, зразків поведінки учасників суспільних відносин [4, с. 72].

У сфері господарювання такою моделлю поведінки в умовах ринкової економіки є справедливі конкурентні відносини. Для втілення цієї моделі в життя та забезпечення функціонування ринкових механізмів держава має забезпечити баланс інтересів всіх учасників ринкових відносин. У випадку ігнорування інтересів будь-яких суб'єктів ринкових відносин відбудеться збій, асиметрія у функціонуванні ринкових механізмів. Відносини між будь-якими суб'єктами ринку: між органами влади та суб'єктами господарювання; між суб'єктами господарювання як конкурентами; між суб'єктами господарювання і споживачами мають також забезпечувати інтереси інших суб'єктів ринку. Забезпечення такого порядку здійснюється за допомогою застосування відповідних правових режимів, одним з елементів яких є принципи права [5].

Таким чином, баланс інтересів як умова існування стабільних ринкових господарських відносин є відправним началом, незаперечною вимогою до регулювання відносин, що виникають у процесі здійснення господарської діяльності, в економічній конкуренції та мають забезпечуватися змістом норм господарського права. Враховуючи вищезазначене, баланс інтересів учасників ринкових (господарських) відносин, що забезпечує функціонування ринку та властиву ринковим відносинам економічну конкуренцію, необхідно вважати принципом правового регулювання господарських відносин. Необхідно принципово відмовитися від розгляду приватних господарських відносин як цивільно-правових, оскільки це вносить дисбаланс у регулювання господарських відносин, та розглядати приватні господарські відносини з точки зору забезпечення публічних явищ – економічної конкуренції та конкурентоспроможності, наявності справедливого ринку, що забезпечує права та потреби споживачів. Договори, укладені суб'єктами господарювання, породжують в умовах ринку інші правові наслідки (конкуренція, безпека людини, права споживачів тощо), ніж цивільно-правові, які не мають таких властивостей.

Таким чином, у сфері господарських відносин застосовується особливий режим правового регулювання, одним з елементів якого є принцип балансу інтересів учасників ринкових відносин: органів держави, суб'єктів господарювання і споживачів, які разом із конкретними відносинами вступають у загальні правові відносини, пов'язані з функціонуванням механізму ринку та гарантуванням з боку держави захисту економічної конкуренції як однієї з головних складових господарського правового порядку.

Економічні властивості (наслідки) відносин між органами влади та суб'єктами господарювання, між суб'єктами господарювання як конкурентами, між суб'єктами господарювання і споживачами відображаються у юридичних властивостях права, що виявляється не тільки в прийнятті правових норм, що гарантують економічну конкуренцію, а й у врахуванні інтересів інших учасників ринку при вступі в приватні відносини між окремими суб'єктами ринкових відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. – Т. 2. – М.: Статут, 2005. – 462 с.
2. *Крупчан А.* Частноправовое и публичноправовое обеспечение развития предпринимательства в Украине // Закон и жизнь. – 2014. – № 1. – С. 4–8.
3. *Алексеев С. С.* Общая теория права: учеб. – 2-е изд. – М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2008. – 576 с.
4. *Экштайн К.* Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции: учебное пособие для вузов. – М., 2004. – 496 с.
5. *Безух О. В.* Правовий режим регулювання приватних господарських відносин // Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку (м. Київ, 22–23 травня 2009 року): збірник матеріалів 2 Міжнародної науково-практичної конференції «Методологія частного права: современное состояние и перспективы развития» / ред. кол. О. Д. Крупчан, Н. С. Кузнецова, Я. М. Шевченко та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – С. 290–297.

The article reflects the author's view of the legal regulation of economic relations, which requires a balance of interests of all participants in a market economy (the state, businesses and consumers) that exist in the population.

Статья отражает авторский подход к правовому регулированию хозяйственных правоотношений, который предполагает наличие баланса интересов всех участников рыночных отношений (государства, субъектов хозяйствования, потребителей), которые составляют единое целое.

ПРАВОВІ АСПЕКТИ НАРАХУВАННЯ ВІНАГОРОДИ СУБ'ЄКТАМ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ – НЕРЕЗИДЕНТАМ ЗА СУБЛІЦЕНЗІЙНИМИ ДОГОВОРАМИ

Бутнік-Сіверський О. Б.,

*завідувач економіко-правового відділу
НДІ інтелектуальної власності НАПрН України,
доктор економічних наук, професор*

Троцька В. М.,

*старший науковий співробітник
НДІ інтелектуальної власності НАПрН України*

Стаття присвячена питанням правового регулювання правовідносин, пов'язаних з нарахуванням винагороди суб'єкту підприємницької діяльності нерезиденту відповідно до умов субліцензійного договору.

Ключові слова: субліцензійний договір, оподаткування нерезидентів, бенефіціарний (фактичний) отримувач (власник) доходу, винагорода, роялті.

Правове регулювання нарахування винагороди з джерелом походження з України, отриманої суб'єктом підприємницької діяльності – нерезидентом при впровадженні об'єктів права інтелектуальної власності (ОПІВ) у господарську діяльність, з урахуванням вимог Податкового кодексу України (ПКУ), має практичне значення. Одним із проблемних моментів, що виникають при правозастосуванні, є визначення особи-нерезидента бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу (далі – бенефіціар) та нарахування винагороди відповідно до субліцензійного договору. Прикладами спірності зазначених питань є низка судових справ, рішення щодо яких прийнято останнім часом. Аналіз цих рішень засвідчує, що під час вирішення спорів суддями особлива увага приділяється розгляду матеріалів справи, що стосуються статусу особи-нерезидента (є ця особа бенефіціаром чи посередником), особливостей договірних відносин. Дослідження проблематики законодавчого регулювання вказаних питань є темою цієї статті.

Питання оподаткування винагороди у вигляді роялті на користь нерезидента розглядалися такими авторами, як: О. Іванова, М. Хоменко, В. Остапчук, В. Петрашенко та ін. Однак поглибленого науково-правового аналізу питань нарахування за субліцензійними договорами, визнання сторони цього договору бенефіціаром відповідно до податкового законодавства не проводилось.

З огляду на зазначене, метою цієї статті є дослідження питань законодавчого регулювання договірних відносин між іноземними та українськими суб'єктами підприємницької діяльності в контексті дотримання вимог податкового законодавства та законодавства у сфері права інтелектуальної власності.

При оформленні договірних відносин у сфері інтелектуальної власності, як засвідчує практика, досить часто укладаються ліцензійні договори з правом надання субліцензій. Цивільним кодексом України (ЦКУ) [1] передбачені положення для цього виду договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності. Проте вважається, що зазначені норми не повною мірою відтворюють деякі практичні аспекти, що пов'язані із врегулюванням правовідносин між сторонами субліцензійного договору. Особливо це відображається на практиці застосування норм як цивільного, так і податкового законодавства при винагороді за субліцензійними договорами, стороною яких є ліцензіат-нерезидент.

Почнемо з практичної ситуації. Ліцензіат-нерезидент уклав ліцензійний договір, на підставі якого надана виключна ліцензія ліцензіату-нерезиденту (ліцензіат, для прикладу, знаходиться на території Великої Британії чи Кіпру, тобто тих країн, з якими Україною укладено договір про уникнення подвійного оподаткування). При цьому ліцензійним договором передбачена можливість укладення субліцензійного договору. Ліцензіат-нерезидент укладає з українською компанією субліцензійний договір, згідно з умовами якого остання виплачує роялті ліцензіату-нерезиденту та нараховує податки у зменшеному розмірі на підставі укладеного договору про уникнення подвійного оподаткування. При цьому така схема можлива у випадку, коли ліцензіат-нерезидент є бенефіціаром. Так, згідно з вимогами ПКУ [2] нарахування роялті не включаються до витрат на користь особи, яка не є бенефіціаром такої плати, за виключенням випадків, коли бенефіціар надав право отримувати таку винагороду іншим особам (п. «б» ст. 140.1.2 ПКУ). У тому випадку, якщо нерезидент є агентом, номінальним утримувачем (номінальним власником) або посередником щодо такого доходу, він не вважатиметься бенефіціаром. Тобто,

підтвердження «бенефіціарності» отримувача доходів дає можливість застосовувати пільгову ставку при оподаткуванні доходу у вигляді роялті.

У науковій літературі висловлюється думка, що субліцензійні договори є окремими договорами, що витікають з основної ліцензії. Так, на переконання В. С. Дмитришина, за своєю природою субліцензії – це ліцензії, які з особливої письмової згоди ліцензіара витікають з основної ліцензії і які, з правової точки зору, являють собою окремі договори [4, с. 58].

Варто зазначити, що повноваження, які надаються субліцензіату за субліцензійним договором, не можуть виходити за рамки обсягу прав, передбачених у ліцензійному договорі, укладеному між ліцензіаром та ліцензіатом. Зважаючи на це, умови такого договору мають передбачати виплату ліцензійних платежів за використання ОПВ субліцензіатом. Оскільки сторонами субліцензії є ліцензіат та субліцензіат, виплата винагороди здійснюється субліцензіатом ліцензіату. Однак тут можуть бути різні розміри винагороди, які окремо встановлюються різними контрагентами ринку, а саме між ліцензіаром-нерезидентом і ліцензіатом-резидентом; ліцензіатом-резидентом (на правах умовного власника ліцензії) і ліцензіатом-резидентом (субліцензіатом), що обумовлено відповідною зацікавленістю кожного з контрагентів ринку прав інтелектуальної власності.

До ліцензійних платежів належать паушальний платіж, роялті та комбінований платіж, про що зазначено у п. 3 Національного стандарту № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» [5]. Державна податкова адміністрація України (ДПА України) свого часу у листі від 14.05.2005 р. [6] роз'яснила, що «платежі, які отримуються товариством від субліцензіатів в грошовій формі як винагорода за надання права користування зазначеними ОПВ, в тому числі за субліцензійними договорами, є роялті і не є об'єктом оподаткування ПДВ». У випадку, коли ліцензіатом є нерезидент, існують певні особливості оподаткування нерезидентів відповідно до вимог діючого податкового законодавства. Особа (податковий агент) має право самостійно застосувати звільнення від оподаткування або зменшену ставку податку, передбачену відповідним міжнародним договором України на час виплати доходу нерезиденту, якщо такий нерезидент є бенефіціаром і є резидентом країни, з якою укладено міжнародний договір України (п. 103.2 ПКУ). У зв'язку із зазначеними нормами, у листі ДПУ України від 30.03.2011 р. [7] додатково роз'яснено, що нерезидент не має права на звільнення від оподаткування в Україні або зменшену ставку податку згідно з міжнародним договором, якщо такий міжнародний договір не передбачає наявність у нерезидента статусу бенефіціарного власника доходу з України як необхідної умови для звільнення від оподаткування в Україні чи застосування зменшеної ставки податку.

Таким чином, важливою дефініцією у контексті оподаткування резидентів та нерезидентів є визначення осіб-бенефіціарів. Пунктом 103.3 ПКУ встановлено, що «бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу для цілей застосування зниженої ставки податку згідно з правилами міжнародного договору України до дивідендів, процентів, роялті, винагород тощо нерезидента, отриманих із джерел в Україні, вважається особа, яка має право на отримання таких доходів. При цьому бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу не може бути юридична або фізична особа, навіть якщо така особа має право на отримання доходу, але є агентом, номінальним утримувачем (номінальним власником) або є тільки посередником щодо такого доходу». За рахунок того, що визначення поняття є досить широким, на практиці виникають питання визнання/невизнання ліцензіата-нерезидента за субліцензійним договором бенефіціаром. Виходячи з протилежного, бенефіціаром не може бути агент, номінальний утримувач (номінальний власник) або посередник щодо отриманого доходу. У зв'язку з цим у листі ДПС України від 14.05.2012 р. [8] надано роз'яснення, що розуміється під агентською діяльністю. Зокрема, у «відповідності до глави 31 «Комерційне посередництво» ГКУ посередницька діяльність розуміється як агентська діяльність. З огляду на викладене, якщо договір, який укладено правовласником та платником податків, не є договором комісії, доручення та агентським договором, для оподаткування платежів, які нараховуються на користь нерезидента, платник податку може застосовувати положення статті 103 ПКУ і міжнародних договорів України про уникнення подвійного оподаткування». З огляду на зазначене роз'яснення, субліцензійний договір як договір розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, визначений у гл. 75 ЦК України, не вважається договором комісії, доручення чи агентським договором, вимоги щодо яких регламентовані в нормах цивільного і господарського законодавства (гл. 68, 69 ЦКУ, гл. 31 ГКУ). У листі-роз'ясненні ДПА України від 12.01.2012 р. [9] зазначено, що витрати платника податку на прибуток з нарахування роялті за надання прав на використання аудіовізуальних творів (телепередач, фільмів тощо) на користь резидента України включаються до складу витрат такого платника у повному обсязі згідно з абз. 1 пп. 140.1.2 ПКУ у тому звітному періоді, в якому фактично відбулося отримання таких прав (збільшення зобов'язання), тобто у періоді, в якому було підписано акт приймання-передачі ліцензійних прав. Будь-які доходи, у тому числі у вигляді роялті, отримані нерезидентом із джерелом їх походження з України, оподатковуються в порядку і за ставками, визначеними ст. 160 ПКУ. Зупинимось на цьому детальніше.

Резидент або постійне представництво нерезидента, що здійснюють на користь нерезидента або уповноваженої ним особи (крім постійного представництва нерезидента на території України) будь-яку виплату з доходу з джерелом його походження з України, отриманого таким нерезидентом від провадження господарської діяльності (у тому числі на рахунки нерезидента, що ведуться в національній валюті), крім доходів, зазначених у п. 160.3–160.7 цієї статті, зобов'язані утримувати податок з таких доходів, зазначених у п. 160.1 цієї статті, за ставкою у розмірі 15 відсотків їх суми та за їх рахунок, який сплачується до бюджету під час такої виплати, якщо інше не передбачено положеннями міжнародних договорів України з країнами резиденції осіб, на користь

яких здійснюються виплати, що набрали чинності (п. 160.2 ПКУ). Відповідно до п. 160.8 ПКУ суми прибутків нерезидентів, які провадять свою діяльність на території України через постійне представництво, оподатковуються в загальному порядку. У разі якщо нерезидент провадить свою діяльність не лише в Україні, а й за її межами, і при цьому не визначає прибуток від своєї діяльності, що ведеться ним через постійне представництво в Україні, сума прибутку, що підлягає оподаткуванню в Україні, визначається на підставі складення нерезидентом відокремленого балансу фінансово-господарської діяльності, погодженого з контролюючим органом за місцезнаходженням постійного представництва. Відповідно до п. 160.9 ПКУ резиденти, які надають агентські, довірчі, комісійні та інші подібні послуги з продажу чи придбання товарів, робіт, послуг за рахунок і на користь тільки даного нерезидента (в тому числі укладення договорів з іншими резидентами від імені і на користь даного нерезидента), утримують і перераховують до відповідного бюджету податок із доходу, отриманого таким нерезидентом із джерел в Україні, визначений у порядку, передбаченому для оподаткування прибутків нерезидентів, що провадять діяльність на території України через постійне представництво. При цьому такі резиденти не підлягають додатковій реєстрації у контролюючих органах як платники податку. Положення цього пункту не поширюються на випадки надання резидентами агентських, довірчих, комісійних та інших подібних посередницьких послуг з продажу чи придбання товарів, робіт, послуг за рахунок і на користь нерезидентів у випадку, якщо вони надають зазначені послуги в рамках своєї основної (звичайної) діяльності (п. 160.8 ПКУ). Дата виникнення податкових зобов'язань з постачання товарів/послуг визначена у п. 187.1 ПКУ. Підпунктом 196.1.6 ПКУ передбачено, що не є об'єктом оподаткування операції з виплат, зокрема, роялті.

З огляду на зазначене, доходи у вигляді роялті (прибутку), отримані нерезидентом із джерелом їх походження з України, оподатковуються в порядку і за ставками, визначеними ПКУ. Головною ознакою є те, що суми прибутків (роялті) нерезидентів, які провадять свою діяльність на території України через постійне представництво, оподатковуються у загальному порядку. У разі якщо нерезидент провадить свою діяльність не лише в Україні, а й за її межами, і при цьому не визначає прибуток від своєї діяльності, що ведеться ним через постійне представництво в Україні, сума прибутку, що підлягає оподаткуванню в Україні, визначається на підставі складення нерезидентом відокремленого балансу фінансово-господарської діяльності, погодженого з контролюючим органом за місцезнаходженням постійного представництва. Доходи, у тому числі у вигляді роялті, отримані нерезидентом із джерелом їх походження з України, оподатковуються в порядку і за ставками, визначеними п. 160.1 ПКУ.

Аналіз судової практики свідчить про те, що особи, в тому числі ліцензіати-нерезиденти (які отримують «роялті» за субліцензії), можуть визнаватись бенефіціарними (фактичними) отримувачами (власниками) доходу. Зокрема, судом було розглянуто позов Приватного акціонерного товариства «Імперіал Тобако Продакшн Україна» (далі – позивач) до Окружної ДПС – Центрального офісу з обслуговування великих платників податків ДПС про визнання нечинним податкового повідомлення-рішення. Судом встановлено, що між позивачем та компанією «Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH» (Німеччина) укладено субліцензійну угоду, предметом якої є надання позивачу права виробляти та реалізовувати тютюнові вироби з використанням торгової марки «Davidoff», за що позивач зобов'язувався нарахувати та сплатити ліцензіату – компанії «Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH» роялті. Компанія Davidoff & (Швейцарія) підтвердила надання ексклюзивної ліцензії з правом надання субліцензій на використання торгової марки Davidoff компанії «Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH». Судом встановлено, що компанія «Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH» не є агентом, номінальним власником або посередником щодо доходу, який вона отримує від позивача як роялті, та є особою, яка має право на отримання від позивача роялті за користування торговою маркою Davidoff». Суд дійшов висновку, що «бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу не може бути юридична або фізична особа, навіть якщо така особа має право на отримання доходу, але є агентом, номінальним утримувачем (номінальним власником) або є тільки посередником щодо такого доходу. Всі інші особи, в тому числі ліцензіати з правом видачі субліцензії (які отримують «роялті» за субліцензії), мають визнаватись бенефіціарними (фактичними) отримувачами (власниками) «роялті». Проте в такому випадку бажано мати документи, які підтверджують права цих осіб на отримання доходів, наприклад, засвідчені копії ліцензійних договорів, які підтверджують набуття прав нерезидентом-субліцензіаром. Разом з тим, у разі якщо платник податку нараховує роялті на користь нерезидента, то для підтвердження таких витрат такий платник повинен документально підтвердити, що нерезидент, якому виплачуються роялті, є бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) такого доходу, отриманого із джерел в Україні» [10].

Отже, судова практика засвідчує, що ліцензіат-нерезидент визнається бенефіціаром, якщо не буде доведено, що він є агентом, номінальним власником або посередником щодо доходу, отриманого від резидента України. Як докази, досліджуються субліцензійні договори, а також ліцензійні договори, які підтверджують права інтелектуальної власності ліцензіата-нерезидента.

У науковій літературі існує думка про те, що обов'язковою умовою бенефіціарності є те, що нерезидент не має передавати одержані роялті третій особі за межами України. Тут слід навести висновки М. Хоменка, який акцентує увагу на тому, що «роялті, які виплачуються за надання субліцензій, повинні вважатись такими, що виплачені бенефіціарному (фактичному) отримувачеві (власнику) доходу, якщо їх одержувач не є посередником і не зобов'язаний передати такі роялті третій особі за межами України. Для підтвердження таких обставин може використовуватись договірна гарантія або окремий документ (афідавіт), наданий нерезидентом. При цьому, жодні інші документи, в т. ч. підтвердження того, що одержувач доходу є власником виключних майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності, щодо якого виплачуються роялті, не є необхідною умовою підтвердження, що одержувач роялті є їх бенефіціарним фактичним отримувачем (власником)» [11].

Дійсно, на практиці зустрічаються різні випадки можливого здійснення виплати ліцензійних (субліцензійних) платежів. Зокрема, про такі випадки зазначає В. С. Дмитришин: «на практиці зустрічаються випадки, коли за договором основний ліцензіат зобов'язується в повному обсязі або частково переказувати ліцензіару відрахування, які він отримує від субліцензіата, або у договорі є положення, що основний ліцензіат за субліцензійним договором зобов'язує субліцензіата переказувати ліцензійні платежі безпосередньо ліцензіару. Іноді закріплюють положення, згідно з якими сума відрахувань субліцензіата підлягає розділу між ліцензіатом та ліцензіаром. Деколи надання субліцензії обумовлюють додатковими паушальними платежами» [4, с. 61]. Інший автор М. І. Дідківський визначає, що «за обсягом прав субліцензії відповідає простій ліцензії, винагорода за неї розподіляється між ліцензіаром і ліцензіатом» [12].

Отже, з огляду на договірну практику розподілу ліцензійних (субліцензійних) платежів, при наданні відповіді на питання, чи є нерезидент бенефіціаром, важливо враховувати кожен із зазначених випадків здійснення виплат доходу у вигляді роялті або з прибутку за відповідним договором.

Підсумовуючи, можливо зробити такі висновки.

1. Доходи у вигляді роялті (прибутку), отримані нерезидентом із джерелом їх походження з України, оподатковуються в порядку і за ставками, визначеними ПКУ.

2. Важливою дефініцією у контексті оподаткування резидентів та нерезидентів є визначення осіб, які належать до бенефіціарів з урахуванням норм ПКУ.

3. Аналіз судової практики свідчить про те, що особи, в тому числі ліцензіати-нерезиденти (які отримують «роялті» за субліцензії) з правом видачі субліцензії, можуть визнаватись бенефіціарами. Ліцензіат-нерезидент визнається бенефіціаром, якщо не буде доведено, що він є агентом, номінальним власником або посередником щодо доходу, отриманого від резидента України. Ліцензіат-нерезидент не повинен передавати роялті третій особі за межами України.

Насамкінець варто додати, що згідно з ст. 52 ПКУ консультації з питань практичного застосування окремих норм податкового законодавства надають відповідні контролюючі органи. Наведена стаття є лише дослідженням окремих питань нарахування винагорода у вигляді роялті ліцензіату-нерезиденту відповідно до умов субліцензійного договору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України* від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
2. *Податковий кодекс України* від 2 грудня 2010 року № 2755-VI. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14; № 15–16; № 17. – Ст.112.
3. *Господарський кодекс України* від 16 січня 2003 року № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18; № 19–20; № 21–22.
4. *Дмитришин В. С.* Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в Україні: навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів. – К.: «Інст. інтел. власн. і права», 2008. – 248 с.
5. *Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»*, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 03.10.2007 р. № 1185 // Офіційний вісник України від 15.10.2007.
6. *Лист Державної податкової служби України* від 14.05.2005 р. № 9344/7/15-2217-26 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://oblik.in.ua/news/list_dpa_vid_14_05_2005_r_9344_7_15_2217_26_platezhi_nerezidentu_za_licenziji_na_kompjutenu_programu_royalti/2010-05-11-60.
7. *Лист Державної податкової служби України* від 30.03.2011 р. № 3917/5/12-0216 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://document.ua/shodo-zastosuvannja-termina-beneficiarnogo-vlasnika-doc105886.html>.
8. *Лист Державної податкової служби України* від 14.05.2012 р. № 8229/6/15-1215 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://document.ua/shodo-opodatkuvannja-platezhiv-za-koristuvannja-abo-za-nadanoc100670.html>.
9. *Лист Державної податкової адміністрації України* від 12.01.2012 р. № 205/6/15-1215 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.profiwins.com.ua/uk/letters-and-orders/gna/2760-205.html>.
10. *Київський апеляційний адміністративний суд.* Ухвала від 29.11.2012 р. Справа № 2а-11088/12/2670 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.interbuh.com.ua/ru/documents/oneregulations/11148>.
11. *Хоменко М.* Нотатки про застосування концепції фактичного (бенефіціарного) отримувача (власника) доходу або «як ніколи не було, і не буде» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://mykolakhomenko.blogspot.com/2011/11/blog-post_16.html.
12. *Дідківський М. І.* Зовнішньоекономічна діяльність підприємства: навч. посібник / М. І. Дідківський. – К.: Знання, 2006. – 462 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://finance-library.com.ua/book.php?book=58>.

The article is dedicated to the legal regulation issues of relations connected to charge remuneration business entity i.e. non-resident under the terms of sublicense agreement.

Стаття посвячена вопросам правового регулирования правоотношений, связанных с начислением вознаграждения субъекту предпринимательской деятельности – нерезиденту в соответствии с условиями сублицензионного договора.

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ДОБРОВІЛЬНОГО ВИКУПУ АКЦІЙ

Даниленко Є. М.,

*здобувач НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

На підставі чинного українського законодавства в статті виділяються ознаки добровільного викупу акцій та відповідно до них дається його наукове визначення.

Ключові слова: добровільний викуп акцій; рішення про викуп акцій; пропозиція про продаж акцій.

Відповідно до ст. 66 Закону України «Про акціонерні товариства» [1] акціонерне товариство має право за рішенням загальних зборів викупити в акціонерів акції за згодою власників цих акцій. Такий різновид придбання акціонерним товариством власних акцій, на противагу обов'язковому викупу акцій, врегульованому нормами ст. 68, 69 Закону України «Про акціонерні товариства», дістав у науковій літературі назву «добровільний викуп акцій». Так, О. Р. Кібенко стверджує, що викуп акцій може мати добровільний чи обов'язковий характер [2; с. 241], а В. М. Кравчук за підставами виникнення виділяє два види викупу: добровільний (за рішенням товариства) та обов'язковий (на вимогу учасника) [3, с. 148].

Метою цієї статті є з'ясування головних ознак добровільного викупу акцій та формулювання на основі цих ознак наукової дефініції поняття «добровільний викуп акцій».

Підставою для здійснення добровільного викупу акцій є рішення акціонерного товариства про викуп акцій. Таке рішення за своєю правовою природою є пропозицією (офертою) акціонерного товариства щодо укладення з ним договору викупу акцій, яка адресована акціонерам цього товариства (всім чи частині з них). Як зазначає В. М. Кравчук, «саме воно в особі загальних зборів акціонерів формує пропозицію щодо викупу акцій та визначає його істотні умови. В свою чергу, акціонери цю пропозицію приймають або відхиляють» [3; с. 148]. Приймаючи рішення про викуп акцій, акціонерне товариство зобов'язується придбавати акції у кожного акціонера, який приймає (акцептує) пропозицію (оферту) про викуп акцій за ціною, вказаною в рішенні загальних зборів.

Рішення про викуп акцій приймається вищим органом управління акціонерного товариства – загальними зборами акціонерів. Причому відповідно до ст. 33 Закону України «Про акціонерні товариства» прийняття такого рішення є виключною компетенцією загальних зборів, а тому статутом акціонерного товариства його не можна віднести до компетенції іншого органу.

Законодавство встановлює особливі вимоги до змісту рішення про викуп акцій з тим, щоб оферта товариства була максимально визначеною. Відповідно до ч. 1 ст. 66 Закону України «Про акціонерні товариства» в рішенні про викуп акцій мають бути зазначені:

- 1) порядок викупу, що включає максимальну кількість, тип та/або клас акцій, що викупувються;
- 2) строк викупу;
- 3) ціна викупу або порядок її визначення;
- 4) дії товариства щодо викуплених акцій (їх анулювання або продаж).

Максимальна кількість акцій, незалежно від їх типу та/або класу, рішення про викуп яких може бути прийнято без умови щодо їх анулювання, має складати не більше 20 % статутного капіталу акціонерного товариства (ч. 3 ст. 67 Закону України «Про акціонерні товариства»). Яку кількість при цьому будуть становити прості акції, а яку – привілейовані акції, і до якого класу вони будуть належати, не має значення. Тобто, акціонерне товариство цілком може прийняти рішення про викуп, наприклад, 12 % простих акцій, 5 % привілейованих акцій першого класу і 3 % привілейованих акцій другого класу. Аналогічно, на нашу думку, не має значення, яким саме чином в рішенні загальних зборів зазначати максимальну кількість акцій, що будуть викупуватись – у відсотках від загальної кількості, у відсотках від статутного капіталу чи як числове значення.

Ціна викупу акцій відповідно до абз. 3 ч. 1 ст. 66 Закону України «Про акціонерні товариства» не може бути меншою за їх ринкову вартість, визначену відповідно до статті 8 цього Закону. Остання передбачає, що ринкова вартість емісійних цінних паперів, що перебувають в обігу на фондових біржах, визначається відповідно до законодавства про цінні папери та фондовий ринок, а ринкова вартість емісійних цінних паперів, що не перебувають в обігу на фондових біржах – відповідно до законодавства про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність. Визначена одним з цих способів ринкова вартість акцій підлягає затвердженню наглядовою радою або загальними зборами, якщо утворення наглядової ради не передбачено статутом акціонерного товариства. При цьому відповідно до ч. 3 ст. 8 Закону України «Про акціонерні товариства» затверджена наглядовою радою вартість майна не може відрізнятись більше ніж на 10 % від вартості, визначеної оцінювачем. В іншому випадку, наглядова рада (загальні збори акціонерів) має мотивувати своє рішення.

Однак Закон України «Про акціонерні товариства» не містить вказівки на дату, на яку має бути встановлена ринкова вартість акцій, нижче якої не може бути ціна викупу акцій. Враховуючи, що ціна викупу акцій не може бути меншою за ринкову вартість цих акцій, визначену відповідно до ст. 8 цього Закону, яка, в свою чергу, затверджується наглядовою радою (загальними зборами), вважаємо, що ціна викупу акцій не може бути нижчою

за їх вартість, визначену наглядовою радою (загальними зборами) в рішенні про затвердження ринкової вартості акцій для цілей їх викупу.

Отже, в рішенні загальних зборів акціонерного товариства про викуп акцій має вказуватись ціна викупу акцій, затверджена наглядовою радою (загальними зборами) як ринкова вартість акцій, або ціна, що є вища за неї, або порядок визначення ціни викупу акцій.

Крім того, рішення про викуп акцій відповідно до ч. 1 ст. 66 Закону України «Про акціонерні товариства» повинно містити вказівку на дії товариства щодо викуплених акцій, якими можуть бути анулювання викуплених акцій або їх продаж. Необхідність наявності інших даних залежить від методу викупу акцій (про них – далі), а також вимог статуту та/або інших внутрішніх документів акціонерного товариства.

При обов'язковому викупі акцій акціонерне товариство має зазначити лише ціну викупу акцій, яка також не може бути нижче ринкової. Положення щодо строку прийняття пропозицій про викуп акцій та строку здійснення викупу акцій в цьому випадку встановлені на рівні закону. Кількість, вид та/або тип акцій визначаються акціонером, а наслідки здійснення такого викупу акцій взагалі не встановлені. Тому наявність вищезазначених вимог до змісту рішення про викуп акцій, як і самого рішення про викуп акцій (при обов'язковому викупі акцій окреме рішення про викуп акцій акціонерним товариством не приймається) відповідно до законодавства України, є ознаками добровільного викупу акцій.

Законодавство України розрізняє два методи викупу акцій:

1) **пропорційний викуп акцій**, під яким відповідно до п. 16 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» розуміється придбання акціонерним товариством розміщених ним акцій пропорційно кількості акцій певного типу та/або класу, запропонованих кожним акціонером до продажу;

2) **непропорційний викуп акцій**, яким у юридичній літературі [3, с. 147; 4, с. 161–162] називають передбачену ч. 2 ст. 66 Закону України «Про акціонерні товариства» можливість викупу визначеної кількості акцій певного типу та/або класу в окремих акціонерів за їх згодою.

Відмінність між зазначеними вище методами викупу акцій полягає як у колі акціонерів, в яких здійснюється викуп акцій (при пропорційному методі викуп акцій здійснюється у кожного акціонера, а при непропорційному – в окремих акціонерів), так і в кількості акцій, що викупувються. При пропорційному викупі акцій акціонерне товариство згодне придбати всі акції певного типу та/або класу у окремо взятого акціонера, якщо при цьому загальна кількість акцій, що викупувються, не буде перевищувати максимальної кількості акцій, які товариство може викупити відповідно до рішення загальних зборів. При непропорційному викупі акцій здійснюється викуп лише певної кількості акцій певного типу та/або класу окремо взятого акціонера. Тому в останньому випадку відповідно до ч. 2 ст. 66 Закону України «Про акціонерні товариства» рішення загальних зборів має містити прізвища (найменування) акціонерів, у яких викупувються акції, та кількість акцій певного типу та/або класу, які викупувються у цих акціонерів. Відтак, вказані відомості мають бути наявні й у рішеннях про викуп акцій.

До пропорційного викупу акцій встановлені вимоги іншого змісту. Відповідно до ч. 2 ст. 66 Закону України «Про акціонерні товариства» у випадку використання пропорційного викупу акцій акціонерне товариство надсилає кожному акціонеру письмове повідомлення про кількість акцій, що викупувються, їх ціну та строк викупу. При цьому для товариства з кількістю акціонерів – власників простих акцій понад 1000 осіб приймання пропозицій акціонерів про продаж товариству акцій здійснюється протягом не менше ніж 30-денного строку від дати надіслання акціонерам зазначеного повідомлення.

При обов'язковому викупі акцій подібного поділу за колом акціонерів, у яких може здійснюватись викуп акцій, не існує: товариство зобов'язане придбати акції у всіх акціонерів, що цього вимагають. Тому можливість здійснення викупу акцій як у всіх акціонерів, так і окремої їх частини також можна вважати ознакою добровільного викупу акцій згідно з українським законодавством.

Також варто зазначити, що законодавством встановлено ряд випадків, коли рішення про викуп акцій не може бути прийнято. Відповідно до ч. 1 ст. 67 Закону України «Про акціонерні товариства» загальні збори акціонерного товариства не мають права приймати рішення про викуп акцій, якщо: 1) на дату викупу акцій товариство має зобов'язання з обов'язкового викупу акцій відповідно до ст. 68 цього Закону; 2) товариство є неплатоспроможним або стане таким внаслідок викупу акцій; 3) 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.

Виявлена в рішенні про викуп акцій пропозиція (оферта) акціонерного товариства про укладення договору викупу акцій акцептується акціонером, якому така пропозиція адресована, шляхом надання письмової пропозиції про продаж акцій. Відповідно до ч. 1 ст. 66 Закону України «Про акціонерні товариства» письмова пропозиція акціонера про продаж акцій товариству є безвідкличною, а тому акціонер не може відкликати її навіть у разі, якщо встановлений строк для її подання ще не закінчився.

Вимог щодо змісту такої пропозиції та порядку її направлення законодавством не встановлено, але вони можуть бути передбачені статутом товариства. Якщо ж в статуті такі вимоги відсутні, то, на нашу думку, акціонеру бажано надсилати пропозицію про продаж акцій поштою з повідомленням про вручення. У пропозиції варто вказати кількість, тип та/або клас акцій, що акціонер згоден продати акціонерному товариству (це є необхідним з огляду на те, що акціонерне товариство визначає лише максимальну кількість акцій, що

викупувуются), а також прізвище, ім'я та по-батькові акціонера або його найменування. З моменту отримання акціонерним товариством пропозиції акціонера правовідносини викупу акцій можна вважати такими, що виникли, а договір викупу акцій – укладеним.

З цього моменту не лише акціонерне товариство зобов'язане придбати акції акціонерів, що були запропоновані ними до продажу, а й акціонери, що направили пропозицію про викуп акцій, зобов'язані продати свої акції акціонерному товариству.

Таким чином, виходячи з вимог українського законодавства, можна виділити такі ознаки добровільного викупу акцій:

1) підставою для виникнення зобов'язання акціонерного товариства придбати акції є рішення загальних зборів про викуп акцій;

2) максимальна кількість, тип та/або клас акцій, що викупувуются, строк викупу та ціна викупу зазначаються в рішенні загальних зборів акціонерного товариства про викуп акцій (з урахуванням вимог законодавства);

3) у випадках, передбачених законодавством, акціонерне товариство не може приймати рішення про викуп акцій;

4) право вимагати викупу акцій на підставі рішення про викуп акцій мають акціонери, зазначені в цьому рішенні, а якщо конкретних адресатів не визначено – всі акціонери;

5) підставою для виникнення зобов'язання акціонера продати акції є надана ним акціонерному товариству письмова пропозиція про продаж акцій.

Втім, зазначені ознаки не є визначальними. Їх зміст та перелік може змінюватись, розширюватись або скорочуватись залежно від змін у законодавстві України.

Головною ж ознакою добровільного викупу акцій, що логічно виявляється з усіх вищезазначених, є зумовлене виникнення правовідносин викупу акцій лише за умов збігу як волі акціонерного товариства, так і акціонера, а саме: бажання акціонерного товариства купити акції і згоди акціонера їх продати.

Саме через те, що правовідносини викупу акцій в цьому випадку виникають з доброї волі обох сторін, кожна з яких формально самостійно вчиняє активну дію, спрямовану на їх виникнення, цей вид викупу акцій й отримав назву добровільного.

Таким чином, **добровільний викуп акцій** – це вид викупу акцій, при якому зобов'язання акціонерного товариства щодо придбання емітованих ним акцій та зобов'язання акціонера щодо продажу належних йому акцій їх емітенту виникають на підставі їх вільного волевиявлення. Головною ознакою добровільного викупу акцій, на відміну від інших видів викупу акцій незалежно від положень національного законодавства, є вільне волевиявлення сторін (акціонера та акціонерного товариства), спрямоване саме на викуп акцій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про акціонерні товариства». Чинний. Редакція станом на 07.07.2011 року [Електронний ресурс] // ЛІГА:ЗАКОН. – 1 файл T080514. – Назва з екрану.
2. Кибенко Е. Р. Корпоративное право Украины: учеб. пособ. – Х.: Эспада, 1999. – 287 с.
3. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: монографія / Львівський держ. ун-т внутрішніх справ. – Л.: Край, 2009. – 462 с.
4. Хорт Ю. В. Статутний капітал акціонерного товариства: захист інтересів учасників акціонерних правовідносин: монографія / Ю. В. Хорт. – Харків: Вид-во «ФІНН», 2010. – 276 с.

On the basis of the current Ukrainian legislation the signs of voluntarily redemption of shares are distinguished in the article, and in accordance with them its scientific determination is given.

На основе действующего украинского законодательства в статье выделяются признаки добровольного выкупа акций и в соответствии с ними дается его научное определение.

ДЖЕРЕЛА АНТИМОНОПОЛЬНО-КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Журик Ю. В.,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри правового регулювання економіки

Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

У статті розглядаються та аналізуються джерела антимонопольно-конкурентного права України, проводиться їх систематизація.

Ключові слова: джерела антимонопольно-конкурентного права, види джерел антимонопольно-конкурентного права, система джерел антимонопольно-конкурентного права.

Формування права починається з джерел права, з тих форм, в яких закріплюються загальнообов'язкові правила поведінки. Це ті правові норми, які створюють «об'єктивне юридичне право». Визнається, що джерелами права є форми об'єктивізації правових норм, які породжують та створюють право.

Актуальність та необхідність звернення до цієї тематики обумовлено тим, що вона недостатньо досліджена юристами-господарниками.

Метою та завданнями даної публікації є дослідження, аналіз та систематизація джерел антимонопольно-конкурентного права, а також звернення уваги науковців, викладачів, юристів-практиків, студентів на те, які джерела антимонопольно-конкурентного права існують в Україні. На нашу думку, це розширить юридичний світогляд сучасного юриста.

Міжгалузевий та комплексний характер антимонопольно-конкурентного права обумовлено комплексним характером його джерел. Але спочатку розглянемо відносини, які регулюються даною підгалуззю права.

До системи відносин, що регулюються антимонопольно-конкурентним правом, відносяться господарсько-правові (відносини економічної конкуренції), цивільно-правові (відносини щодо захисту прав споживачів), адміністративно-правові (відносини щодо заборони та відповідальності керівників та фізичних осіб), кримінально-правові (відповідальність за злочинні діяння з боку фізичних осіб). Це, власне, пояснює включення до джерел антимонопольно-конкурентного права відповідних нормативних актів законодавства інших галузей права. Безумовно, поняття «джерела права» набагато ширше, ніж поняття «джерела законодавства», законодавство, само по собі, виступає джерелом права.

Значимо, що в теорії права розрізняють *первинні та вторинні* джерела. Під *первинними* джерелами права розуміють сукупність правових норм, що мають обов'язкову юридичну силу для органів, що їх застосовують. У першу чергу, до таких джерел відносять нормативно-правові акти, міжнародно-правові договори, правові звичаї. До *вторинних* джерел права в країнах романо-германської правової системи відносять судові рішення, яким надається «*прецедентний характер*», та «*правову доктрину*» [1; 2].

Сукупність джерел антимонопольно-конкурентного права формує їх *систему* з чітко визначеною організаційною структурою та взаємозалежністю нормативно-правових актів, упорядкованих за певною ієрархією. *Система* (грец. *ὄστρα* – ціле, складене з частин, з'єднання) – множинність елементів, які знаходяться у зв'язку один з одним, які утворюють єдине ціле. Це комплекс або сукупність взаємодіючих компонентів, що знаходяться у взаємозв'язку. Певна кількість взаємопов'язаних елементів, які взаємодіють між собою [3].

Джерела антимонопольно-конкурентного права можна розглянути в певній системі:

1. *Нормативно-правовий акт*. Нормативно-правовий акт – це офіційний письмовий документ, прийнятий у чітко визначеній законодавством формі уповноваженим суб'єктом нормотворення у встановленому законодавством порядку (процедурою), який спрямований на регулювання суспільних відносин, містить норми права, має неперсоніфікований характер і розрахований на неодноразове застосування (*Конституція України, кодекси та закони України, постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети та постанови Кабінету Міністрів України, відомчі нормативні акти, локальні нормативні акти*). Нормативно-правовий акт – це те, що вводить право в дію.

Нормативно-правовий акт антимонопольно-конкурентного права – це документ, за допомогою якого до системи антимонопольно-конкурентного права вводяться відповідні норми. Класифікувати нормативно-правові акти як джерела антимонопольно-конкурентного права можна за різними ознаками. Найбільш поширеними є класифікації за *юридичною силою* (ієрархічне упорядкування) та за *обсягом правовідносин* (загальні, спеціальні, локальні).

Ми пропонуємо упорядкувати нормативно-правові акти залежно від *системи відносин*, які регулюються антимонопольно-конкурентним правом.

Господарсько-правові відносини. Загальні засади регулювання цих відносин передбачено в Конституції України (ст. 42) та в Господарському кодексі України (гл. 3).

Відносини визначення статусу та повноважень компетентних органів та осіб. Основними джерелами правового регулювання цих відносин є:

– Закони України: «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 року; «Про судоустрій та статус суддів» від 7 липня 2010 р.

– Укази Президента України: «Про врегулювання деяких питань забезпечення діяльності Антимонопольного комітету України» від 27 червня 1999 р. № 741/99, «Про систему центральних органів виконавчої влади» від 15 грудня 1999 року № 1573/99.

– Накази Антимонопольного комітету України, зокрема: «Про розподіл функціональних повноважень між структурними підрозділами Антимонопольного комітету України» від 24 лютого 1998 року № 12; «Положення про службове доручення» від 23 вересня 1997 року № 63/01.

– Розпорядження Антимонопольного комітету України, якими затверджено: «Положення про територіальне відділення Антимонопольного комітету України» від 23 лютого 2001 року № 32-р; «Положення про Постійно діючу адміністративну Колегію Антимонопольного комітету України» від 02 березня 1995 року № 4-р.

Відносини запобігання та недопущення недобросовісної конкуренції. Основними джерелами цих відносин є:

– Паризька конвенція з охорони промислової власності від 20 березня 1883 р.

– Закони України: «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» від 18 лютого 1992 р. (втратив чинність); «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року; «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 року.

– Інформаційний лист Антимонопольного комітету України «Про деякі особливості застосування ст. 8 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 4 листопада 1997 року № 25/01.

Відносини обмеження монополістичної діяльності та контролю за концентрацією. Джерелами правовідносин є:

– Закони України: «Про природні монополії» від 20 квітня 2000 року; «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 року;

– «Методика визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку» від 5 березня 2002 року № 49-р.; Положення про порядок одержання згоди Антимонопольного комітету України на створення холдингових компаній в процесі корпоратизації та приватизації від 21 червня 1994 року; «Положення про складання та ведення переліку суб'єктів господарювання, що займають монопольне становище на ринку» від 10 березня 1994 року № 2-р.; «Положення про порядок розгляду заяв на одержання згоди органів Антимонопольного комітету України на створення, реорганізацію (злиття, приєднання), придбання активів цілісних майнових комплексів або часток (акцій, паїв), ліквідацію господарюючих суб'єктів» від 9 грудня 1994 року № 15-р.

Відносини відповідальності суб'єктів господарювання за порушення антимонопольно-конкурентного законодавства.

– Закони України: «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року; «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 року;

– «Правила розгляду заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції» від 19 квітня 1994 року № 5 (в редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 29 червня 1998 року № 169-р.) із змінами і доповненнями, внесеними розпорядженням Антимонопольного комітету України від 12 лютого 2002 року № 24-р.

– «Положення про порядок проведення перевірок додержання законодавства про захист економічної конкуренції» від 25 грудня 2001 року № 182-р.

Відносини захисту прав споживачів.

– Закони та кодекси України: «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року; «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року; «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року; Цивільний та Господарський кодекси України, прийняті 16 січня 2003 року.

Відносини адміністративної відповідальності. Джерелом є Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року.

Відносини кримінальної відповідальності. Джерелом є Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року.

2. Правовий звичай та правові принципи. Правовий звичай – це санкціоноване державою правило поведінки, що склалося історично у результаті багаторазового повторення людьми певних дій. Санкціонування здійснюється шляхом відсилання до звичаю, а не до текстуального закріплення його в нормативно-правовому акті.

Німецький вчений, професор Арвед Дерінгер, розкриваючи питання визначення конкурентних дій недобросовісними згідно з *чесними звичаями* у відповідній галузі, вказує на те, що трактовка поведінки через чесні звичаї відповідає статті 10-bis Паризької конвенції з охорони промислової власності від 20 березня 1883 року, в останній редакції від 14 липня 1967 року, яку було підписано також і Україною [4].

Виникає запитання: «як антимонопольні органи та суди, в кожному конкретному випадку можуть визначити, що є звичаями порядних підприємців-комерсантів. Тому що неможливо скласти задалегідь перелік таких дій, бо вони різняться в залежності від галузі та можуть змінюватися протягом часу. Такий «каталог» був би не тільки дуже об'ємним, але й повинен був би постійно доповнюватись» [5, с. 288].

Стосовно неможливості формування чесних звичаїв у конкурентних відносинах в Україні О. О. Бакалінська зазначає, що «особливість формування конкурентного законодавства України полягає в тому, що процес його розвитку розпочався, коли ще не склалися ринкові відносини, за умов майже повної відсутності конкуренції на ринку, а також панування державної монополії. На першому етапі розвитку конкурентного законодавства в основу його побудови була закладена американська модель антитрестівського законодавства («принцип заборони» та «принцип розумного підходу») [6, с. 6].

Принципи антимонопольно-конкурентного права забезпечують цілеспрямований вплив на конкуренцію та учасників ринкових відносин. Окремо можна виділити *загальні (загальноправові)* та *спеціальні* принципи регулювання конкуренції.

Загальні принципи регулювання антимонопольно-конкурентних відносин.

– *Принцип вільного вибору виду діяльності.* Положення Конституції України (ст. 42) щодо конкуренції ґрунтуються на визначенні та забезпеченні принципу свободи економічної діяльності. Право суб'єкта господарської діяльності розпочинати, здійснювати і припиняти діяльність в будь-якій, не забороненій законом сфері, включає право на свободу та захист від неправомірного впливу на свою діяльність як з боку інших суб'єктів господарювання, так і з боку держави та її органів, а також право будь-якого суб'єкта господарської діяльності на оскарження рішень і дій (бездіяльності) органів державної влади (місцевого самоврядування) та посадових осіб, якщо такі рішення і дії призводять до обмеження економічної конкуренції.

– *Принцип законності.* Відносини економічної конкуренції регулюються законами України. Проте ми не можемо стверджувати, що «виключно» і «лише» законами, оскільки в самих законах закріплена можливість

регулювання даних відносин «правилами та звичаями ділового обороту» (ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»).

– *Принцип державного регулювання відносин.* Державне регулювання антимонопольно-конкурентних відносин здійснюється низкою державних органів: Верховною Радою України, Кабінетом Міністрів України, Міжвідомчою комісією з питань демонополізації економіки, центральними органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування.

Спеціальні принципи регулювання антимонопольно-конкурентних відносин.

– *Принцип захисту економічної конкуренції.* Згідно з цим принципом з переліку загальних заборон, що містяться в законодавстві про захист економічної конкуренції, існують певні винятки. Вони обумовлені принципом розумної ефективності. Наприклад, відповідно до положень Закону України «Про захист економічної конкуренції» вчинення антиконкурентних узгоджених дій заборонено, проте такі дії можуть бути дозволені, якщо їх учасники доведуть, що ці дії сприяють вдосконаленню виробництва, економічному розвитку.

– *Принцип недопущення зловживання монопольним становищем, обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції.* Конкуренція, яку підтримує і захищає держава, може створювати передумови для розвитку і функціонування монополій.

– *Принцип недопущення та відповідальності за недобросовісну конкуренцію.* У Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» наводиться визначення недобросовісної конкуренції як будь-яких дій у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям. У Законі уточнюється шляхом конкретного переліку, які саме ці дії, та передбачено господарсько-правові санкції за їх вчинення.

– *Принцип спеціального регулювання сфер природних монополій.* Природні монополії підлягають державному регулюванню, спрямованому на недопущення зловживань суб'єктами, які діють у сферах природних монополій. Законом України «Про природні монополії» врегульовано наявність та функціонування сфери природних монополій, забезпечується контроль за їх діяльністю.

– *Принцип контролю за монопольними утвореннями та концентрацією.* Цей принцип широко застосовується під час контролю виконання законодавства про захист економічної конкуренції при здійсненні суб'єктами господарювання концентрації узгоджених дій. Посвіднення попереднього і наступного контролю дає можливість охопити якомога більшу кількість об'єктів, що перевіряються і в той же час не обмежувати діяльність підприємців.

– *Принцип захисту вітчизняних товаровиробників від недобросовісної іноземної конкуренції.* Українські товарні ринки максимально відкриті для іноземних товаровиробників. Однак іноземна конкуренція не повинна завдавати шкоди економіці України. Тому для захисту вітчизняних товаровиробників держава застосовує спеціальні заходи захисту (наприклад, антидемпінгові заходи). Їх правовою основою є закони України, які регулюють і регламентують зовнішньоекономічну діяльність і захищають зовнішньоекономічні інтереси України.

3. *Нормативний договір.* Це згода двох чи декількох суб'єктів, що встановлюють права та обов'язки як загальні правила поведінки на майбутній (невизначений) час для невизначеного кола суб'єктів. У правових відносинах існують два види договорів: *договори-угоди* та *нормативні договори*. Правотворча роль договорів проявляється в галузі міжнародного права, тобто права, яке регулює взаємовідносини між незалежними одна від одної державами.

Міжнародні нормативні договори (угоди, конвенції, пакти). Вони містять норми міжнародного співтовариства, які поширюються на територію держави після відповідної ратифікації цих актів відповідними державними органами.

Міжурядові міжнародні угоди про співробітництво у галузі конкуренції:

– Паризька конвенція з охорони промислової власності від 20 березня 1883 р. (переглянута у Стокгольмі 14 липня 1967 р.).

Першим актом міжнародної співпраці України та Росії у сфері конкурентної політики став Договір між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про співробітництво в галузі конкуренції від 13 липня 2000 р.

– Договір між Кабінетом Міністрів України та Урядом Грузії про співробітництво в галузі конкурентної політики від 17. 07. 2002 р.

– Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Азербайджанської Республіки в галузі конкурентної політики від 28 серпня 2002 р.; Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Вірменської Республіки в галузі конкурентної політики від 11 травня 2004 р.

Угоди про міжвідомче співробітництво у галузі конкуренції:

– Угода про співробітництво між Державним відомством з питань конкуренції та захисту прав споживача Литовської Республіки та Антимонопольним комітетом України 18 лютого 1997 р.; Угода про співробітництво між Міністерством підприємництва та інвестицій Республіки Беларусь та Антимонопольним комітетом України 18 лютого 1997 р.; Угода про співробітництво між Антимонопольним комітетом України і Президентом Відомства з питань конкуренції та захисту прав споживачів Республіки Польща від 05 червня 1997 року.

– Меморандум про співробітництво в сфері захисту економічної конкуренції між Антимонопольним комітетом України та Антимонопольним відомством Австрійської Республіки від 22 жовтня 2009 року.

– Меморандум про співробітництво між Антимонопольним комітетом України та Радою з питань конкуренції Румунії від 18 листопада 2010 р. тощо.

Таким чином, джерела антимонопольно-конкурентного права можна розглядати як систему, яка відповідає існуючій національній правовій системі України (романо-германського або континентального права) та в якій джерела упорядковані за правозастосовчим пріоритетом.

Стосовно чесних звичаїв, звичаїв ділового обороту зазначимо, що звичаєм у загально-правовому розумінні є правило поведінки, що є ustalеним у певній сфері суспільних відносин. За формою звичай може бути усним або письмовим (зафіксованим) та не повинен суперечити нормативним актам національного законодавства. Вважаємо, що необхідно звичаї (чесні, ділові тощо), які мають місце в конкурентних відносинах, об'єктивізувати та закріпити в нормативних актах, але не як обов'язкову норму, а як рекомендовану поведінку.

Обмін досвідом між антимонопольними органами України та інших країн допомагає сформулювати нові джерела антимонопольно-конкурентного права України, що, на нашу думку, сприятиме недопущенню та припиненню протиправних дій у конкуренції, якщо, наприклад, такі дії виходять за межі юрисдикції національного законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Общая теория государства и права*: академический курс в 2-х томах. – Том 2. – Теория права / отв. ред. проф. М. Н. Марченко. – М.: Зерцало, 1998. – 628 с.
2. *Тісунова В. М, Бондарчук А. В.* Господарське право: навчальний посібник / МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2009. – 584 с.
3. *Большой Российский энциклопедический словарь*. – М.: БРЭ, 2003. – С.1437.
4. *Парижская конвенция по охране промышленной собственности* от 20 марта 1883 г. Пересмотрена в Стокгольме 14 июля 1967 г. (с изменениями от 2 октября 1979 г.) ВОИС, Женева, 1990 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2001. – № 1. – 416 с.
5. *Андрощук Г. О., Шкляр С. В.* Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції: науково-практичне видання / Г. О. Андрощук, С. В. Шкляр. – К.: Юстиніан, 2012. – 472 с.
6. *Бакалінська О. О.* Захист економічної конкуренції: організаційно-правові засади державного управління: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.07 / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2003. – 20 с.
7. *Концепція Конкурентного процесуального кодексу України*. Схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 березня 2002 р. № 145-р // Офіційний вісник України. – 2002. – № 12. – Ст. 607.

The paper discusses and analyzes the sources of antimonopoly and competition law in Ukraine, produced their ordering.

В статті розглядаються і аналізуються джерела антимонопольно-конкурентного права України, проводиться їх систематизація.

ТИПОВИЙ ДОГОВІР В СИСТЕМІ ГОСПОДАРСЬКИХ ДОГОВОРІВ

Кицик Я. Р.,

*аспірант, молодший науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

Статтю присвячено питанню визначення місця типових договорів у систематичі господарських договорів. Розглянуто особливості використання типових договорів у господарському праві України.

Ключові слова: договір, господарський договір, типовий договір.

Незважаючи на те, що законодавче визначення поняття «господарський договір» наразі відсутнє, воно має широке використання як на практиці, так і в юридичній літературі. При цьому слід визнати, що господарський договір, по-перше, відіграє одну із провідних ролей в динаміці економічних відносин, зокрема, у сферах виробництва та розподілу, по-друге, є стійкою правовою формою, що вносить правопорядок в дані відносини. А отже, варто погодитись із твердженням В. В. Іванова, який зазначав, що вивчення договору потрібне не тому, що він став сьогодні більш необхідним, а тому, що він був необхідним практично скрізь та завжди [1, с. 7].

Дослідженнями різних питань договірного права в цілому та господарських договорів зокрема займалися такі вітчизняні правники: О. А. Беляневич, В. В. Луць, В. С. Мілаш, С. А. Подоляк, В. М. Черешнюк, В. С. Щербина та інші.

Незважаючи на ту обставину, що більше десяти років минуло з моменту набуття чинності Господарського кодексу України (далі – ГК України), в якому окрему главу присвячено питанням господарських договорів, це поняття до цього часу є дискусійним. Як слушно з цього приводу зазначає Г. В. Пронська, спірність поняття «господарський договір» обумовлена не лише труднощами в розумінні родового поняття – «договір», а й, власне, суперечками щодо змісту видового поняття господарського договору [2, с. 624].

З урахуванням наведеного, *метою* цього дослідження є дослідження наукових поглядів та тенденцій у формуванні такого самостійного поняття господарського права як типовий договір, зокрема, з огляду на його місце в систематичі господарських договорів.

Аналізуючи поняття «договір», О. А. Беляневич зазначає, що залежно від обраного ракурсу дослідження, можуть бути запропоновані такі визначення цього поняття:

– договір як дво- або багатостороння угода/домовленість, що слугує підставою виникнення відносин, за якими визнається правовий (юридичний) характер;

– договір як зобов'язання, тобто абстрактна модель правовідношення, в якому уповноваженій особі протистоять конкретний зобов'язальний суб'єкт і де праву однієї особи протистоїть обов'язок іншої особи до відповідної поведінки [3, с. 27].

Крім того, поняття «договір» також трозглядається в значенні документа, в якому фіксують факт вчинення угоди/домовленості.

Таким чином, дослідження поняття договору є багатоаспектним та складним процесом.

Ще більш складним є дослідження поняття господарського договору. Серед українських та російських вчених існують різні думки стосовно природи та самостійності господарського договору.

Так, О. С. Іоффе у своїх працях висловлював думку про те, що цивільний договір є видовим поняттям, а господарський договір – родовим [4, с. 69–74]. Позицію щодо кваліфікації господарського договору як цивільно-правового відстоює А. В. Луць, яка вказує на те, що господарські договори за своєю економічною і правовою суттю є аналогічними загально-цивілістичним [5, с. 163]. Також відстоює думку про господарський договір як різновид цивільно-правової угоди О. В. Старцев [6, с. 87].

Більш правильною, на нашу думку, є позиція В. С. Щербини, який співвідносить поняття «договір» і «господарський договір» як загальне і особливе [7, с. 280]. Цієї самої думки дотримується і А. Я. Пилипенко [8, с. 120].

Крім того, слід відзначити наявну в юридичній літературі дискусію щодо можливості тлумачення господарського договору як поняття, що має або економічний, або юридичний зміст [2, с. 624; 9, с. 14; 10, с. 95–96].

З метою дослідження правової природи господарських договорів доречно визначити їх ознаки, які досить детально характеризує О. М. Вінник:

– мета, а саме, спрямованість на забезпечення господарської діяльності учасників договірних відносин;

– особливий суб'єктний склад, як правило, даними суб'єктами виступають суб'єкти господарювання, хоча існують винятки;

– можливість відступлення від принципу рівності сторін (державні контракти, договори приєднання, договори, що укладаються в межах рамочних контрактів);

– тісний зв'язок з плановим процесом, насамперед внутрішньо-фірмовим плануванням учасників господарських відносин, а також державним (щодо суб'єктів, які функціонують на державній формі власності, підприємств-монополістів) і комунальним (щодо підприємств та організацій комунальної форми власності);

– поєднання в господарському договорі майнових (виготовлення/передання продукції, її оплата тощо) та організаційних елементів (визначення порядку виконання, передання-приймання виконання, підстави дострокового розірвання договору, порядок розгляду спорів між сторонами договору тощо);

– обмеження договірної свободи з метою захисту інтересів споживачів та загальногосподарських інтересів, у тому числі щодо захисту економічної конкуренції, національного товаровиробника тощо [11, с. 277–278].

Вважаємо, що наведені ознаки повно та достатньо характеризують поняття господарського договору. Тому можна зробити висновок, що господарський договір як самостійне явище та поняття існує та, в свою чергу, має свою систему окремих видів господарських договорів, одним з яких є типовий господарський договір.

Визначення поняття типового договору міститься в 20-й главі ГК України, що має назву «Господарські договори». Частина 2 ст. 179 ГК України вказує на те, що *типові договори* затверджуються Кабінетом Міністрів України, уповноваженими Президентом України міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади. Частина 4 даної статті закріплює, що сторони не можуть відступати від змісту типового договору, лише конкретизувати його умови.

Таким чином, у господарському праві типовому договору притаманні такі риси, як імперативність (умови договору, що укладені на його основі, не можуть бути змінені сторонами) та владність (приймається державними органами).

Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) [12] також використовує термін «типовий договір», зокрема в ч. 1 ст. 1111, де зазначається, що уповноважені відомства або творчі спілки можуть затверджувати *типові ліцензійні договори*.

Порівнюючи процитовані вище положення ГК та ЦК України, можна стверджувати про істотну відмінність в порядку затвердження типових договорів в господарському та цивільному праві, оскільки типовий договір в цивільному праві може бути затверджено творчою спілкою, в той час як типовий господарський договір може бути затверджено винятково Кабінетом Міністрів України, міністерствами чи іншими центральними органами виконавчої влади.

Ще однією істотною відмінністю типових договорів у цивільному праві порівняно з господарським правом є їх більший ступінь диспозитивності. Останню тезу можна аргументувати нормою ч. 2 ст. 1111 ЦК України, де зазначено, що ліцензійний договір може містити умови, які не передбачені типовим ліцензійним договором. При цьому в зазначеному положенні ЦК України нічого не говориться про обов'язковість використання умов, що зазначені в типовому договорі. Таким чином, можна стверджувати про певну вибірковість регулятивного впливу типових договорів на суспільні відносини згідно з положеннями ЦК України.

Сукупно оцінюючи вказані обставини, С. А. Подоляк цілком виражено стверджує, що в ГК України більш вдало на законодавчому рівні визначено сутність та функції типових договорів [13, с. 39].

У цілому погоджуючись з тією обставиною, що наука господарського права та господарське законодавство сьогодні пропонує гідне обґрунтування суті та змісту господарських договорів, вважаємо за необхідне виділити такі особливості типових договорів:

1. У сфері господарювання типові договори затверджуються спеціально уповноваженими державними органами. Таким чином, як слушно зазначає О. А. Беляневич, типові договори є своєрідними нормативно-правовими актами господарського договірної права [3, с. 184].

2. Типовий договір затверджується для регулювання лише визначеного кола відносин. При цьому типові договори повинні визначати права та обов'язки контрагентів в соціально-значущих договірних відносинах [3, с. 187]. Тобто вони застосовуються в тих сферах господарювання, де вплив держави в регулюванні договірних відносин є вкрай потрібним, в тому числі і для захисту інтересів самої держави (наприклад, Типовий договір оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства (структурного підрозділу підприємства), затверджений наказом Фонду державного майна України від 23 серпня 2000 року № 1774).

3. Типові договори виступають своєрідними проектами господарських договорів, а тому вони певною мірою покликані спростити порядок укладання господарських договорів. В цьому сенсі доречно згадати М. І. Брагінського, який вказував, що типові договори можуть складатись з двох видів умов, одні з яких встановлюють права та обов'язки сторін, тоді як інші визначають, які умови, а в окремих випадках, і як повинні фіксуватись в договорі [14, с. 85–86].

4. Наявність типових договорів є одним із правових засобів попередження та розв'язання конфлікту інтересів (в тому числі публічних і приватних) у сфері господарювання та дотримання їх балансу.

Прикладом застосування типового договору для подібного регулювання суспільних відносин може бути Типовий договір на утримання житлових будинків та прибудинкових територій, що затверджений наказом Державного комітету будівництва і архітектури та житлової політики України від 07.09.1998 року №194 [15].

5. Сутність типових договорів пов'язана з певним обмеженням свободи договору, на що звертають увагу В. С. Мілаш [16, с. 86], Л. Степняк та інші вчені. Так, Л. Степняк вказує на те, що всеосяжне використання типових договорів може привести до повного скасування принципу свободи договору [17, с. 46].

Таким чином, характеризуючи типовий договір у сфері господарювання, можна стверджувати, що він займає самостійне місце в систематичі господарських договорів, а ознак типового договору може набути значне коло господарських договорів у випадку необхідності посилення ролі держави в регулюванні господарської діяльності шляхом затвердження типового договору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Іванов В. В.* Общая теория договора. – М.: Юристъ, 2006. – 238 с.
2. *Пронська Г. В.* Вибране. – К. – Освіта України, 2013. – 696 с.
3. *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
4. *Иоффе О. С.* План и договор в социалистическом хозяйстве. – М.: Юридическая литература, 1971. – 216 с.
5. *Луць А. В.* Свобода договору в цивільному праві України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Львівський національний університет ім. Івана Франка. – Львів, 2001. – 166 с.
6. *Старцев О. В.* Підприємницьке право: навч. посіб. / За ред. О В Старцева. К.: Істина, 2006. – 208 с.
7. *Щербина В. С.* Господарське право: підручник / В. С. Щербина. – 5-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 600 с.
8. *Пилипенко А. Я.* Вибране. – К.: Освіта України, 2013. – 504 с.
9. *Новіков С., Лобанов О., Винокуров Д.* Договори в господарській діяльності. – 3-те вид., перероб. і доп. – Х. Фактор, 2008. – 704 с.
10. *Кравчук С. Й.* Господарське право України: навчальний посібник. – К. Кондор, 2007. – 264 с.
11. *Вінник О. М.* Господарське право: навчальний посібник. – 2-ге вид., змін. та доп. – К.: Правова єдність, 2009. – 766 с.
12. *Цивільний кодекс України* від 16.01.2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
13. *Подоляк С. А.* Правові підстави та наслідки визнання господарських договорів недійсними неукладеними в Україні: дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / С. А. Подоляк. – Київ, 2010. – 215 с.
14. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая. – Общие положения. – 3-е изд., стер. – М.: Статут, 2008. – 847 с.
15. *Типовий договір* на утримання житлових будинків та прибудинкових територій, затверджений Наказом Державного комітету будівництва і архітектури та житлової політики України, від 07.09.1998 року №194 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0826-98>.
16. *Мілаш В. С.* Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов: монографія. – Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н. М., 2007. – 440 с.

17. Степняк Л. Проблемы свободы договоров и ответственности в общественном обороте // Современное польское право. — 1981. — № 4. — С. 43–55.

The article is dedicated to the issue of place standard contracts in commercial contracts system. The peculiarities of standard contracts usage in the commercial law of Ukraine were considered.

Стаття посвящена вопросу определения места типовых договоров в систематике хозяйственных договоров. Рассмотрены особенности использования типовых договоров в хозяйственном праве Украины.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЕМІТЕНТІВ НА ФОНДОВОМУ РИНКУ УКРАЇНИ

Полюхович В. І.,

*провідний науковий співробітник, доктор юридичних наук,
старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

В статті досліджуються питання правового регулювання діяльності емітентів на фондовому ринку України. Визначено особливості існуючого стану правового регулювання діяльності емітентів, запропоновано шляхи його удосконалення, визначено авторську позицію щодо новітнього законодавства в цій сфері.

Ключові слова: емітент, правовий статус, принципи діяльності емітентів, емісія цінних паперів, інсайдерська інформація.

Емітент є одним із ключових суб'єктів на фондовому ринку. Саме за його ініціативи відбувається виникнення відносин і правових зв'язків між іншими учасниками фондового ринку. Емітенти є, з одного боку, споживачами інвестиційних ресурсів, а з іншого — виступають джерелом фінансових ресурсів, що повертаються інвесторам [1]. Як зазначає В. Л. Яроцький, особливості цінних паперів, як і грошей, полягають у тому, що їх емісія є прерогативою визначених у законодавстві суб'єктів. Якщо емісія грошових знаків на території України має суто публічний характер і здійснюється державою в особі Національного банку України, то емісія цінних паперів має приватноправовий характер, а коло суб'єктів, що можуть мати статус емітентів, значно ширше [2].

Емітенти у своїй діяльності переслідують такі цілі на ринку цінних паперів:

- залучення первісних коштів для створення юридичної особи;
- залучення додаткових коштів для збільшення статутного капіталу;
- залучення позикового капіталу для вільного або цільового використання.

З точки зору дослідження фондового ринку найбільший інтерес викликають емітенти, які мають регулярне котирування – перебувають у лістингу на організованому ринку. В світовій практиці, як правило, лише частина акціонерних товариств має право залучати капітал шляхом відкритої (публічної) підписки. У Великій Британії це Public Limited Company (PLC), у США – Public Corporation, а в Україні – публічні акціонерні товариства. Як правило, на розвинутих фондових ринках значна частина цих акціонерних товариств має лістинг на тій чи іншій фондовій біржі. Наприклад, в Німеччині з приблизно 2500 акціонерних товариств 900 мають лістинг на фондовій біржі, в Англії з приблизно 11000 публічних компаній – більше 2000 [3]. Причому процес появи нових лістингових компаній спрямований не в один бік. Кожен рік певні компанії отримують лістинг, а інші його втрачають. Наприклад, на Нью-Йоркській фондовій біржі щорічно з'являється близько 200 нових емітентів та близько 170 виключається з лістингу.

В Україні ситуація інша – лише незначна частина публічних акціонерних товариств спроможна задовольнити вимоги лістингу та має котирування на організованому ринку, а динаміка отримання та втрати лістингу вкрай низька. Відповідно до Положення про функціонування фондових бірж [4] вимоги для перебування цінних паперів у котирувальному списку як першого, так і другого рівнів лістингу для акцій достатньо високі. Такі лістингові вимоги призвели до того, що більшість акціонерних товариств не в змозі їм відповідати, що і стало причиною зміни вимог ст. 24 Закону України «Про акціонерні товариства», а саме заміни обов'язку публічного акціонерного товариства проходити процедуру лістингу на обов'язок проходити процедуру включення акцій до біржового списку, яка не містить жодних вимог щодо економічних результатів господарювання, а лише вимагає дотримання формально-юридичних вимог до випуску та проспекту емісії, реєстрації звіту, відсутності заборон на торгівлю цінним папером. У зв'язку з цим, вважаємо доцільним зниження вимог до фінансово-економічних показників емітентів, що обумовлюють допуск цінних паперів у лістинг. Це буде фактором, що додасть динаміки на організованому фондовому ринку.

Вихідним пунктом дослідження будь-якого процесу або об'єкта вважається з'ясування термінології, що визначає межі дослідження. Першочергово з'ясуємо, яка особа вважається емітентом. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» емітентом є:

«юридична особа, Автономна Республіка Крим або міська рада, а також держава в особі уповноважених нею органів державної влади чи міжнародна фінансова організація, які від свого імені розміщують емісійні цінні папери та беруть на себе зобов'язання за ними перед їх власниками».

Як бачимо, в законодавчій дефініції закладені окремі особливості емітента, певна характеристика його діяльності. Зокрема, визначено обмежене коло осіб, що виступають в якості емітента, йдеться про зміст його участі на фондовому ринку. Проте таке визначення лише приблизно відображає суть правового змісту терміна, а формально юридично є некоректним та недосконалим. Так, невірним є виділення лише міських рад у системі місцевого самоврядування, а також Автономної Республіки Крим як окремого суб'єкта, що ніби не є частиною держави, та й щодо самої емісії йдеться про розміщення і нічого не вказано про випуск.

Ще однією особливістю поняття емітента, яка залишилась поза увагою законодавця, є врегулювання правового статусу крізь призму встановлення обов'язків, що стосуються не тільки зобов'язань емітента перед власниками випущених цінних паперів, а й інших обов'язків, наприклад, щодо дотримання інформаційної прозорості його діяльності перед усіма зацікавленими особами та контролюючими органами.

Відповідно, пропонуємо відкориговане визначення терміна «емітент». Емітент – держава в особі уповноважених нею органів державної влади, органи місцевого самоврядування, юридичні особи, які здійснюють встановлений законодавством порядок дій щодо випуску та розміщення емісійних цінних паперів та несуть від власного імені зобов'язання перед інвесторами згідно з умовами випуску та проспекту емісії цінних паперів та виконують інші обов'язки відповідно до законодавства.

У зв'язку з цим вважаємо за необхідне виділити суттєві ознаки правового змісту скоригованого нами поняття емітент [5].

По-перше, визначено перелік суб'єктів, які можуть виступати як емітенти: органи державної влади, органи місцевого самоврядування, юридичні особи. Вичерпного переліку юридичних осіб, що мають право емітувати цінні папери, законодавство не містить. Проте такий перелік може бути визначений шляхом закріплення в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок» переліку емісійних цінних паперів (що мало місце до прийняття Закону України «Про депозитарну систему України» від 6 липня 2012 р. № 5178-VI), кожен з яких має свій правовий статус та умови випуску. Одночасно такий перелік емісійних цінних паперів стане критерієм для невключення, наприклад, фізичних осіб до складу емітентів. Так, фізичні особи мають право випускати (видавати) такі цінні папери, як вексель, заставна, однак ці цінні папери не є емісійними, тому фізична особа не визначається емітентом.

По-друге, емітент має виконати встановлений порядок дій — випуск та розміщення цінних паперів, тобто емітент, коли здійснює випуск, бере участь у багатьох правовідносинах, що мають місце на фондовому ринку. Проте це не означає, що, виступаючи в якості емітента, суб'єкт не може паралельно брати участь в іншій діяльності, в тому числі професійній, на фондовому ринку (наприклад, випадки емісії акцій фондовою біржею). Адже щодо даної діяльності не поширюються існуючі обмеження, наприклад, на поєднання професійних видів діяльності.

По-третє, має місце певна специфіка встановлення правового статусу через систему обов'язків (наприклад, з оплати засновниками повної вартості цінних паперів при першому (приватному) розміщенні акцій акціонерного товариства; з розкриття інформації щодо них тощо). Основною особливістю є те, що, скориставшись правом на випуск цінних паперів, емітент автоматично підпадає під «зобов'язальний правовий режим» своєї участі на ринку цінних паперів.

На українському фондовому ринку основним емітентом є держава в особі Міністерства фінансів України – найбільший емітент боргових цінних паперів. Основними призначеннями випуску державою цінних паперів є залучення коштів для:

- фінансування поточного бюджетного дефіциту (облігації внутрішніх та зовнішніх державних позик, казначейські зобов'язання);
- погашення раніше розміщених позик;
- забезпечення касового виконання державного бюджету;
- вирівнювання нерівномірності надходження податкових платежів;
- фінансування цільових проектів.

Випуск цінних паперів є більш ефективним методом фінансування бюджетного дефіциту порівняно з практикою позичання грошей у НБУ та інфляційною емісією грошей. Використання кредитних ресурсів НБУ значно зменшує його можливості регулювання позикового ринку, і тому в усіх країнах з ринковою економікою встановлені значні обмеження на доступ уряду до цих ресурсів.

Емісію цінних паперів здійснюють також і місцеві органи влади. Необхідність у цьому виникає у випадку перевищення витрат місцевих органів над їх доходами або, при необхідності, залучення коштів для інвестиційних проектів. Вартість цінних паперів, випущених місцевими органами влади (муніципальних цінних паперів), визначається платоспроможністю їх емітента та ринком. Проте облігації місцевих позик є малопопулярними серед інвесторів з причини низької фінансової спроможності місцевих бюджетів, а тому є необхідність у пошуку додаткових засобів для підвищення їх інвестиційної привабливості на фондовому ринку. Досвід Російської Федерації свідчить, що привабливість муніципальних цінних паперів може бути збільшена за таких умов:

- їх погашення частками у статутних фондах підприємств, що приватизуються (така модель використовувалась, коли здійснювався випуск муніципальних цінних паперів у Новосибірську, Курську, Москві);

- їх використання як засобу платежу, в тому числі при сплаті податку на прибуток, що спрямовується до місцевого бюджету (Нижній Новгород);
- їх обміну на акції приватизованих підприємств, часткою в статутному фонді яких володіє орган, що управляє муніципальною власністю (Москва);
- їх використання для розрахунків з кредиторами;
- їх використання в якості конвертованих облігацій;
- їх використання як застави для одержання кредитів [6].

Разом із державою та місцевими органами державної влади в якості емітентів на ринку цінних паперів важливе місце займають різноманітні суб'єкти підприємницької діяльності — юридичні особи, які залежно від форми власності можуть бути державної, приватної, комунальної форм власності. Більш того, терміном «юридична особа» охоплюються також і іноземні суб'єкти господарювання. Зокрема, міжнародна фінансова організація, яку спеціально визначено в якості емітента в змінах до ч. 2 ст. 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» [7].

Ці емітенти здійснюють емісію цінних паперів як в процесі створення, в тому числі шляхом приватизації, так і для розширення виробництва або проведення іншої комерційної діяльності шляхом випуску пайових або боргових зобов'язань. Серед інших цілей виділяють: залучення інвестицій; виконання певних нормативів, встановлених державою; перерозподіл влади в акціонерному товаристві [8]. Проте ринок інвестицій в Україні мало розвинутий, а його фінансовий потенціал не реалізовується як через відносно невеликі обсяги вільних коштів, так і з причини низького рівня довіри інвесторів. Саме тому провідні українські акціонерні товариства здійснюють залучення інвестицій через IPO (Initial Public Offering) – первісну публічну пропозицію на закордонних фондових біржах шляхом випуску депозитарних розписок або через випуск акцій материнської компанії, зареєстрованою за кордоном [9]. Такий шлях залучення іноземних інвестицій в економіку України є цілком позитивний, хоча і не стимулює вітчизняний ринок інвестицій. Водночас є пропозиції щодо впровадження українських депозитарних розписок, базовим активом яких є цінні папери іноземного емітента, емісія яких здійснена відповідно до законодавства країни емітента. У Верховній Раді України був зареєстрований відповідний проект Закону від 14 грудня 2010 р. № 7462 про внесення змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» щодо українських депозитарних розписок. Впровадження українських депозитарних розписок відкрило б пересічному вітчизняному інвестору можливість бути акціонером іноземних компаній, але, на думку окремих фахівців, є певні перестороги щодо запровадження такого фінансового інструменту, а саме з огляду на можливість створення механізму відтоку вітчизняного інвестиційного капіталу за кордон. Саме тому внесений законопроект був у результаті попереднього розгляду забалотований.

Характеристику діяльності емітента необхідно здійснювати крізь призму вимог міжнародних організацій, членами яких є Україна. Так, базові принципи для емітентів встановлені Міжнародною організацією комісії з цінних паперів (IOSCO) в своєму програмному документі «Цілі та принципи регулювання фондового ринку» [10] в категорії E:

- емітенти зобов'язані надавати інвесторам повну, своєчасну і точну інформацію про свою діяльність, яка може впливати на їхні інвестиційні рішення;
- відношення до акціонерів має бути чесним та неупередженим;
- стандарти обліку та аудиту має відповідати міжнародним нормам.

У зв'язку з цим, на нашу думку, реалізація визначених принципів у національному масштабі здійснюється, в тому числі, шляхом нормативного закріплення системи обов'язків емітентів, які умовно, на нашу думку, можна звести до таких трьох груп:

- обов'язки щодо дотримання певної процедури емісії цінних паперів, що полягають у здійсненні емітентом послідовних дій, передбачених законодавством;
- обов'язки щодо розкриття інформації (регулярної та особливої), а саме: склад, порядок і строки подібного розкриття на етапах емісії у формі проспекту емісії цінних паперів та звіту про результати розміщення, щоквартального та річного звіту емітента і повідомлень про істотні факти його фінансово-господарської діяльності;
- обов'язки щодо дотримання обмежень щодо використання інсайдерської інформації.

Окремі аспекти правового регулювання визначених груп обов'язків емітента необхідно розвивати з урахуванням досвіду нормотворчої діяльності в країнах Європейського Союзу.

Вважаємо, що вибіркоче (з урахуванням вітчизняного досвіду та специфіки) використання та запровадження позитивного надбання європейського та світового досвіду правового регулювання фондового ринку може стати одним із ключових чинників на шляху переходу України з категорії держав, що мають фінансовий ринок, який перебуває в стадії формування, до категорії держав з розвинутим фінансовим ринком відповідно до міжнародних рейтингових оцінок [11], що істотно підвищить кредитний рейтинг країни та посилить конкурентоспроможність національного фінансового ринку в цілому.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Онуфрієнко О. І.* Правове регулювання випуску та обігу емісійних цінних паперів в Україні: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / О. І. Онуфрієнко; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2000. — С. 2.

2. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції): монографія / В. Л. Яроцький. — Х.: Право, 2006. — С. 125.
3. Рубцов Б. Б. Мировые рынки ценных бумаг. — М.: Издательство «Экзамен», 2002. — С. 82.
4. Про затвердження Положення про функціонування фондових бірж: рішення НКЦПФР від 22 листопада 2012 року № 1688 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z2082-12/paran19#n19>.
5. Полюхович В. І. Питання удосконалення правового регулювання діяльності емітентів на фондовому ринку України // Правовий вісник Академії банківської справи. — Суми. — 2011. — № 2(5). — С. 88–92.
6. Осолодкин С. Как усилить привлекательность муниципальных краткосрочных облигаций // Рынок ценных бумаг. — 1996. — № 8. — С. 23.
7. Про внесення змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» щодо емісії облігацій міжнародних фінансових організацій: Закон України 4 липня 2013 року № 400-VII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/400-18>.
8. Петруня Ю. Є. Непрофесійні суб'єкти ринку акцій України. — К. 1999. — С. 34.
9. Ковальова В. IPO плюс капіталізація всієї країни // Урядовий кур'єр. — 2 липня 2010 р. — № 119. — С. 7.
10. IOSCO (May 2003) «Objectives and Principles of Securities Regulation» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>.
11. Standard & Poor's Global Stock Market Factbook [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.standardandpoors.com/ratings/money-market>.

The article considers questions of legal regulation of activity of emitters in the share market of Ukraine. The features of the current state of the legal regulation of emitters, the ways of its improvement, defined the author's position on the latest legislation in this area.

В статті досліджуються питання правового регулювання діяльності емітентів на фондовому ринку України. Определены особенности существующего состояния правового регулирования, деятельности эмитентов, предложены пути его совершенствования, определена авторская позиция относительно нового законодательства в этой сфере.

ЗАКОНОДАВЧЕ ВИЗНАЧЕННЯ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН У ГАЛУЗІ ТЕЛЕКОМУНІКАЦІЙНІЙ

Сенюта С. Я.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню учасників господарських відносин в телекомунікаційній галузі, зокрема питанням поділу учасників на групи, їх господарської компетенції та їх правам та обов'язкам.

Ключові слова: господарське законодавство, господарські відносини, господарська діяльність, учасники відносин у сфері господарювання, телекомунікаційна галузь.

Статтями 2, 55 Господарського кодексу України (далі – ГК України) [1, ст. 144] визначено примірний перелік учасників відносин у сфері господарювання, а також визначено поняття суб'єкта господарювання. Аналіз змісту вказаних статей дає підстави зробити висновок про те, що поняття «учасник відносин у сфері господарювання» є більшим за обсягом порівняно з поняттям «суб'єкт господарювання». Цей висновок може бути сформульований і стосовно відносин, що виникають у сфері регулювання господарської діяльності в телекомунікаційній галузі.

Застосувавши положення ст. 2 ГК України до положень Закону України «Про телекомунікації» [2, ст. 155] та проаналізувавши вказаний нормативно-правовий акт, можемо зробити висновок, що є такі групи учасників відносин у телекомунікаційній галузі:

1. **Суб'єкти, які здійснюють державне управління, регулювання та контроль (нагляд) у сфері телекомунікацій** (розділи 2, 3 Закону України «Про телекомунікації»).

До органів державного управління у телекомунікаційній галузі зв'язку відносяться: Верховна Рада України (здійснює стратегічне управління у галузі телекомунікацій – ухвалення державної політики та законодавче забезпечення державного управління і регулювання у сфері телекомунікацій), Кабінет Міністрів України, центральний орган виконавчої влади в галузі зв'язку, а саме: Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, інші органи виконавчої влади відповідно до закону (ст. 13).

Органом державного регулювання і нагляду в галузі телекомунікацій відповідно до ст. 17 Закону України «Про телекомунікації» є Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації (далі – НКРЗІ).

Слід зазначити, що окремі функції з державного регулювання і контролю у галузі телекомунікацій можуть покладатися на інших суб'єктів, у тому числі які не є органами влади, наприклад, Державне підприємство «Український державний центр радіочастот» [3].

2. Суб'єкти господарювання, які здійснюють господарську діяльність у телекомунікаційній галузі.

Законодавство безпосередньо не визначає, хто саме є суб'єктом господарювання у телекомунікаційній галузі, натомість містить визначення *суб'єктів ринку телекомунікацій*, до яких відносять: операторів, провайдерів телекомунікацій, споживачів телекомунікаційних послуг, виробників та/або постачальників технічних засобів телекомунікацій. Окремо виділяється такий суб'єкт господарювання, як власник (володілець) кабельної каналізації електрозв'язку, який, безумовно, також є учасником господарських відносин у телекомунікаційній галузі.

Водночас поняття суб'єкта ринку телекомунікацій та поняття суб'єкта господарювання, який здійснює господарську діяльність у телекомунікаційній галузі, не є тотожними, хоча б з огляду на ту обставину, що споживачі телекомунікаційних послуг переважно не є суб'єктами господарювання.

3. Споживачі як учасники правовідносин у галузі телекомунікацій.

Дискусійним є зарахування до кола учасників відносин у сфері господарювання у телекомунікаційній галузі *споживачів* у звичному розумінні цього поняття, тобто як громадян України та інших фізичних осіб, які споживають відповідні послуги.

Однак виокремлення споживачів як самостійного кола учасників цих відносин все ж можливе, по-перше, з врахуванням того, що вказівка на цих суб'єктів не зараховує останніх до суб'єктів господарювання, а лише залучає певною мірою до участі в певних відносинах, по-друге, Закон України «Про телекомунікації» визначає споживача як юридичну чи фізичну особу, яка потребує, замовляє та/або отримує телекомунікаційні послуги для власних потреб. У зв'язку з чим, під поняттям споживача може розумітися й значне коло суб'єктів господарювання, які є юридичними особами.

4. *Всі інші учасники відносин у галузі телекомунікацій*, господарсько-правовий статус яких не визначений чинним законодавством.

До цієї групи учасників відносин у сфері господарювання у телекомунікаційній галузі пропонується включати громадські та інші організації, у тому числі господарські організації, що створені на підставі ГК України, які сприяють: а) суб'єктам господарювання у галузі телекомунікацій у здійсненні їхньої діяльності; б) органам державної влади – в здійсненні управління та регулювання; в) споживачам – в одержанні якісних телекомунікаційних послуг.

До таких громадських організацій відноситься, наприклад, Телекомунікаційна палата – об'єднання юридичних осіб, що створене з метою розвитку в Україні сфери телекомунікацій, програмних послуг та представництва і захисту загальних інтересів своїх членів [4], Українська асоціація операторів зв'язку «Телас» [5], Інтернет Асоціація України «ІНАУ» [6].

Досліджуючи внутрішній склад, господарську компетенцію, права та обов'язки учасників кожної групи учасників відносин у сфері господарювання в телекомунікаційній галузі, слід зазначати наступне.

Завданням органів державного управління у галузі телекомунікацій є, в першу чергу, визначення засад та змісту відповідної частини державної політики в розвитку цієї галузі економіки та законодавчому забезпеченні здійснення господарської діяльності в телекомунікаційній галузі.

Іншу мету та завдання мають органи влади, які здійснюють державне регулювання у телекомунікаційній галузі.

Аналіз чинного законодавства дозволяє говорити, що основними засобами регулюючого впливу держави на суб'єктів господарювання у телекомунікаційній галузі є ліцензування, патентування, сертифікація, стандартизація. За певних обставин також можуть застосовуватися й інші засоби регулюючого впливу, наприклад, регулювання цін і тарифів на телекомунікаційні послуги тощо.

До наступної, другої та, власне, основної групи учасників відносин у галузі телекомунікацій відносяться суб'єкти господарювання, які здійснюють господарську діяльність у галузі телекомунікацій.

Правовий статус операторів, провайдерів телекомунікацій визначається відповідно до Закону України «Про телекомунікації», Постанови КМ України від 11 квітня 2012 р. № 295 «Про затвердження Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг», Основних вимог до договору про надання телекомунікаційних послуг, затверджених Рішенням НКРЗІ України від 26.03.2009 № 1420.

З визначення поняття операторів і провайдерів телекомунікацій, що міститься у ст. 1 Закону України «Про телекомунікації», виявляється відмінність у правовому становищі операторів і провайдерів телекомунікацій. Правовий статус останніх має певні обмеження порівняно із першими.

Так, винятково оператор має право на: 1) отримання ліцензії відповідно до Закону України «Про телекомунікації»; 2) отримання номерного ресурсу; 3) присвоєння телефонних номерів споживачам у межах виділеного оператору номерного ресурсу та задіяння персональних номерів у порядку, встановленому національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації; 4) з'єднання телекомунікаційних мереж, що знаходяться у власності оператора телекомунікацій або користуванні, з телекомунікаційними мережами, що знаходяться у власності або користуванні інших операторів, відповідно до Закону. Додатковим правом провайдера телекомунікацій є право на підключення технічних засобів до телекомунікаційної мережі оператора відповідно до законодавства.

Особливістю здійснення діяльності провайдером є те, що провайдер відповідно до ч. 4 ст. 38 Закону України «Про телекомунікації» здійснює діяльність на підставі договору із оператором телекомунікацій – резидентом України та копії ліцензії цього оператора на відповідний вид діяльності у випадках, передбачених законом.

Обов'язки операторів, провайдерів телекомунікацій визначаються ч. 1 ст. 39 Закону України «Про телекомунікації» та іншими нормативно-правовими актами.

Провайдери телекомунікацій відповідно до ч. 2 ст. 39 Закону України «Про телекомунікації» наділені тими ж обов'язками, що й оператори телекомунікацій, за винятком обов'язків, передбачених п.п. 1, 2, 10, 11, 12, 15, 17, 18-1 ч. 1 ст. 39.

Одним із обов'язків операторів телекомунікацій є обов'язок здійснювати діяльність у сфері телекомунікацій відповідно до законодавства за умови включення до реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій, а у визначених законом випадках також за наявності відповідних ліцензій та/або дозволів. Порядок внесення оператора телекомунікацій до реєстру визначається відповідно до Закону України «Про телекомунікації» та Порядку ведення реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій, затвердженого Рішенням НКРЗІ від 01.11.2012 № 560.

Крім названих нормативно-правових актів, що встановлюють права та обов'язки операторів і провайдерів телекомунікацій, до них також, зокрема, відносяться: Правила надання та отримання телекомунікаційних послуг, затверджені Постановою КМ України від 11.04.2012 р. № 295, Порядок надання послуги національного роумінгу, затверджені Рішенням НКРЗІ 25.08.2011 р. № 429, Положення про якість телекомунікаційних послуг, затверджене Рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку України 15.04.2010 р. № 174, Правила взаємоз'єднання телекомунікаційних мереж загального користування, затверджені Рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку України 08.12.2005 р. № 155.

Таким чином, аналіз співвідношення законодавчого визначення вказаних понять дає підстави говорити про те, що поняття провайдер є більш вузьким порівняно з поняттям оператора і обсяг можливостей відрізняється наданням законом оператору права на технічне обслуговування та експлуатацію телекомунікаційних мереж, в той час як провайдер такого права не має.

Ще одним видом учасників відносин у галузі телекомунікацій є виробники та/або постачальники технічних засобів телекомунікацій.

Правовий статус виробника та/або постачальника технічних засобів комунікацій як учасника господарських правовідносин у галузі телекомунікацій у законодавстві України окремо не визначається. Однак окрему інформацію щодо прав і обов'язків вказаного суб'єкта все ж можна знайти в Законі України «Про телекомунікації».

Так, відповідно до положень ст. 1 вказаного Закону виробник та/або постачальник технічних засобів телекомунікацій визнається суб'єктом ринку телекомунікацій. Виділення цих суб'єктів господарювання серед інших учасників відносин у галузі телекомунікацій поряд з операторами, провайдерами і споживачами, на нашу думку, дає підстави стверджувати про існування особливих прав і обов'язків вказаного суб'єкта.

Господарська діяльність виробників/постачальників телекомунікаційного обладнання окрім окремих статей Закону України «Про телекомунікації» також тією чи іншою мірою регулюється іншими нормативно-правовими актами, зокрема, Законом України «Про радіочастотний ресурс України» [7, ст. 298], Рішенням НКРЗІ від 05.02.2009 №1339 «Про затвердження Порядку реалізації в Україні радіоелектронних засобів та випромінювальних пристроїв», Рішенням НКРЗІ від 27.10.2006 № 426 «Про затвердження Порядку здійснення державного нагляду за ринком телекомунікацій».

Наступною групою учасників відносин у телекомунікаційній галузі є споживачі. Господарсько-правовий статус споживачів як учасників відносин у галузі телекомунікацій визначається главою 6 Закону України «Про телекомунікації». Стаття 32 цього Закону визначає права споживачів, а стаття 33 – їх обов'язки. Окремі положення щодо правового статусу споживачів містяться також в інших статтях вказаного нормативно-правового акта (ст. 34 – щодо права споживача на захист інформації про себе, ст. 35 – щодо права на повідомлення про припинення надання телекомунікаційних послуг та відшкодування витрат тощо).

Учасниками відносин у телекомунікаційній галузі є також *громадські та інші організації*, метою яких є сприяння учасникам цих відносин у їх діяльності.

Окрім згаданих вище Асоціації «Телекомунікаційна палата України», Асоціації «Телас», Інтернет Асоціації України (ІнАУ), слід згадати, що відповідно до Положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, постійно діючим дорадчим органом НКРЗІ є Громадська рада з питань телекомунікацій [8, с. 32].

Основними завданнями Громадської ради, відповідно до розділу 2 Положення про Громадську раду з питань телекомунікацій Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, затвердженого Рішенням Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації від 17.05.2012 № 240, є:

- обговорення питань державного регулювання у сфері телекомунікацій;
- про вироблення відповідних пропозицій та рекомендацій;
- створення умов для реалізації громадянами конституційного права на участь в управлінні державними справами;
- здійснення громадського контролю за діяльністю НКРЗІ у сфері телекомунікацій;
- сприяння врахуванню НКРЗІ громадської думки під час здійснення державного регулювання у сфері телекомунікацій.

Таким чином, зазначені та інші громадські організації цілком доречно доповнюють перелік учасників відносин у галузі телекомунікацій, основними серед яких все ж є, по-перше, споживачі телекомунікаційних послуг, по-друге, суб'єкти господарювання, які ці послуги надають: оператори та провайдери.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Господарський кодекс України* від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, 19–20, 21–22. – Ст. 144.
2. *Закон України «Про телекомунікації»* від 18.11.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 12. – Ст. 155.
3. *Офіційний сайт* Державного підприємства «Український державний центр радіочастот». – Режим доступу: <http://www.ucrf.gov.ua/uk/about/>
4. *Офіційний сайт* Телекомунікаційної палати України. – Режим доступу: <http://telpu.com.ua/about/objectives>.
5. *Офіційний сайт* Української асоціація операторів зв'язку «Телас». – Режим доступу: <http://www.telas.kiev.ua/>
6. *Офіційний сайт* Інтернет Асоціації України «ІНАУ». – Режим доступу: www.inau.org.ua/
7. *Закон України «Про радіочастотний ресурс України»* від 01.06.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 298.
8. *Положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації* // Офіційний вісник України. – 2011. – № 12. – С. 32

The article investigates the participants of economic relations in the telecommunications industry, in particular, the issues dividing them into groups, their economic competence, their rights and duties.

Стаття посвячена дослідванню учасників господарських відносин в телекомунікаційній індустрії, зокрема, питання розподілу учасників на групи, їх економічної компетенції, їх прав та обов'язків.

КЛАСИФІКАЦІЯ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН

Сергійко О. В.,

науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті досліджено теоретичні та практичні проблеми щодо визначення кола всіх учасників господарських відносин.

Ключові слова: визначення, учасники господарських відносин, підприємництво, господарські відносини, державна політика.

Одним з важливих питань науки господарського права є визначення кола учасників відносин у сфері господарювання. Аналіз наукових публікацій та чинного законодавства дає підстави констатувати, що це питання належить до категорії дискусійних. Так, науковці по-різному здійснюють тлумачення положень Господарського кодексу України (далі – ГК України), якими визначається коло учасників господарських відносин [1]. В свою чергу, такі положення подекуди не узгоджуються з іншими нормами Кодексу і не повною мірою відповідають ustalеним теоретичним розробкам господарсько-правової науки. Внаслідок цього під час практичного застосування зазначених положень іноді виникають непорозуміння. Як приклад, можна навести ускладнення, що виникали в діяльності банківських філій у зв'язку з неоднозначним розумінням питання щодо можливості їх визнання суб'єктами господарювання [2, с. 24–25].

Правові проблеми, пов'язані з визначенням переліку учасників відносин у сфері господарювання та встановленням їх правового статусу, розглянуто у значній кількості наукових праць. Зокрема, слід зазначити праці А. Г. Бобкової, О. М. Вінник, О. П. Віхрова, Г. Л. Знаменського, В. К. Мамутова, В. С. Щербини та ін. Разом із тим, окремі питання потребують подальшого теоретичного опрацювання, результатом якого має стати вдосконалення положень ГК України в частині визначення кола учасників господарських відносин. Вищевикладене свідчить про доцільність та актуальність даного дослідження, метою якого є обґрунтування пропозицій щодо внесення відповідних змін до ГК України.

Згідно зі ст. 2 ГК України учасниками відносин у сфері господарювання є суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності.

Позитивно оцінюючи включення до Кодексу даної статті, в якій вперше на законодавчому рівні окреслено коло учасників відносин у сфері господарювання, науковці відзначають, що відповідні положення допомагають більш чіткому визначенню понять «господарські відносини» і «господарські правовідносини», та є корисними як у самому господарському законодавстві, так і в практиці його застосування [3, с. 6]. Разом із тим, порівняння цих положень з іншими нормами законодавства дає змогу виокремити низку проблемних питань, а саме:

1. Відсутність в Кодексі визначення терміна «споживач» створює підґрунтя для його неоднозначного розуміння. Так, коментуючи відповідні норми Кодексу, окремі науковці [4, с. 8] посилаються на Закон України «Про захист прав споживачів» (п. 20 ст. 1), згідно з яким споживач – це фізична особа, яка придбаває, замовляє,

використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Натомість інші дослідники наголошують, що для тлумачення поняття «споживач» слід звернутися до визначення, яке міститься у ст. 1 Закону України «Про природні монополії»: споживач товарів – це фізична або юридична особа, що придбаває товар. Виходячи із зазначеного, робиться висновок, що Кодекс, визначивши споживачів учасниками відносин у сфері господарювання, має на увазі юридичних осіб – організації, які споживають результати господарської діяльності, незалежно від того, чи є вони господарюючими, чи негосподарюючими суб'єктами (споживачі енергії, природного газу тощо). Відповідно до цього не є учасниками відносин у сфері господарювання споживачі – фізичні особи, права яких визначені окремим законодавством. Останнє положення має єдиний виняток: якщо права споживачів – фізичних осіб порушуються в результаті зловживання монопольним становищем або недобросовісної конкуренції, то факти цих порушень можуть стати підставою для притягнення суб'єктів господарювання (виробників, виконавців або продавців) до відповідальності в рамках господарських відносин, якими є й антимонопольно-конкурентні відносини [5, с. 7].

Друга з наведених точок зору здається більш переконливою, оскільки вона ґрунтується на традиційних теоретичних позиціях науки господарського права, згідно з якими відносини, пов'язані зі споживанням фізичними особами товарів для особистих потреб, не є предметом регулювання господарського права. Проте розглянута точка зору також не повною мірою узгоджується з нормами ГК України. Зокрема, в ній не враховано, що споживати результати господарської діяльності можуть не лише юридичні особи, а й фізичні особи-підприємці. Крім того, досі залишається не визначеним, учасниками яких саме господарських відносин слід вважати споживачів-юридичних осіб, що не є господарюючими суб'єктами. Адже ст. 3 Кодексу чітко визначає коло учасників господарсько-виробничих, організаційно-господарських та внутрішньогосподарських відносин, спеціально обумовлюючи, що діяльність негосподарюючих суб'єктів, спрямована на створення і підтримання необхідних матеріально-технічних умов їх функціонування, що здійснюється за участю або без участі суб'єктів господарювання, є господарчим забезпеченням діяльності негосподарюючих суб'єктів.

Вочевидь, визнаючи неузгодженості між нормами ГК України, О. М. Вінник доходить висновку, що не всі категорії осіб, перелічені в ст. 2 Кодексу, є суб'єктами господарських правовідносин (господарського права). Такими суб'єктами є лише ті учасники відносин у сфері господарювання, яким притаманна сукупність необхідних для цього ознак (рис), а саме: безпосереднє здійснення господарської діяльності або керівництво нею; створення (набуття статусу суб'єкта господарських відносин) у встановленому законом порядку; наявність майна, необхідного для здійснення господарської діяльності чи керівництва нею; наявність господарської правосуб'єктності [6, с. 60–61]. Поряд із цим В. С. Щербина констатує, що є всі підстави розглядати терміни «суб'єкти господарського права» і «учасники господарських відносин» як тотожні [7, с. 9].

Вищенаведені різні (іноді протилежні) висновки провідних науковців з ключових питань господарського права свідчать про необхідність пошуку узгоджених позицій, які повинні отримати чітке закріплення як на теоретичному, так і на законодавчому рівнях. Водночас все вищезазначене дає підстави ставити під сумнів обґрунтованість спеціального включення споживачів до кола учасників господарських відносин. Натомість, у ст. 20 ГК України варто було б визначити, що термін «споживач», що застосовується у цьому Кодексі, охоплює такий зміст: *суб'єкт господарювання, який придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для потреб, пов'язаних з його господарською діяльністю*. Реалізація такої пропозиції означатиме необхідність внесення низки уточнень до Кодексу щодо регулювання відносин за участю споживачів (зокрема, наявне застосування словосполучення «суб'єкти господарювання та споживачі» вже буде неприпустимим, оскільки в запропонованому визначенні ці категорії співвідносяться як загальне та часткове). Водночас слід зауважити, що в наукових публікаціях обґрунтовані й інші варіанти законодавчого вирішення зазначеної проблеми [8, с. 20–24].

2. Стаття 2 ГК України де-юре не відносить до кола учасників господарських відносин багатьох суб'єктів, які беруть участь у цих відносинах де-факто. Зокрема, нині існують достатні правові підстави для доповнення переліку учасників відносин у сфері господарювання такими категоріями суб'єктів:

А. *Відокремлені структурні підрозділи суб'єктів господарювання*. Як відомо, Законом України від 04.02.2005 р. № 2424-IV із ст. 55 ГК України виключені норми, які визнавали філії, представництва, інші відокремлені підрозділи господарських організацій (структурні одиниці) суб'єктами господарювання. У зв'язку з цим науковці-господарники відзначали, що внесення таких змін не мало підстав та належного наукового обґрунтування. Водночас зазначені зміни призвели до появи протиріч у тексті ГК України. Адже ст. 3 Кодексу чітко визначає, що структурні підрозділи суб'єктів господарювання є учасниками внутрішньогосподарських відносин. Крім того, ст. 1, 28 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» визнають можливість здійснення відокремленими підрозділами юридичних осіб господарських операцій (вироблення продукції, виконання робіт, надання послуг від імені юридичної особи) та передбачають необхідність включення відомостей про такі підрозділи до Єдиного державного реєстру. У зв'язку з цим правомірність законодавчого включення структурних підрозділів суб'єктів господарювання до переліку учасників господарських відносин здається очевидною.

Б. *Держава і територіальні громади*. Відсутність цих суб'єктів у переліку учасників господарських відносин поряд із згадуванням їх в інших статтях Кодексу (ст. 8–14, 23, 24 тощо) виглядає непослідовним. Доцільність законодавчого включення держави й територіальних громад до можливих учасників господарських відносин раніше вже обґрунтовувалася у наукових публікаціях [11, с. 22; 12, с. 7; 13, с. 47] і не викликає сумнівів.

В. *Іноземці та особи без громадянства, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності.* Таке доповнення дасть можливість узгодити норми ст. 2 Кодексу з іншими законодавчими нормами (зокрема, ст. 97 Кодексу визначає, що засновниками виробничого кооперативу можуть бути іноземці та особи без громадянства, а ст. 3 Закону України «Про господарські товариства» передбачає можливість заснування зазначеними суб'єктами також і господарських товариств). Крім того, до переліку суб'єктів господарських відносин доцільно включити також учасників господарських організацій. Адже відомо, що учасники господарських організацій не завжди можуть бути віднесені до кола осіб, які здійснюють організаційно-господарські повноваження щодо відповідного господарюючого суб'єкта (наприклад, учасники (вкладники) командитного товариства присутні в діяльності товариства лише своїми вкладками і не беруть участі в управлінні справами товариства).

Г. *Інші суб'єкти, які здійснюють та/або організують господарську діяльність і виступають у господарському обороті від власного імені.* У даному випадку йдеться про суб'єктів, які не підлягають державній реєстрації як суб'єкти господарювання, не є юридичними особами, проте здійснюють певні операції у сфері господарювання. Зокрема, до такої категорії суб'єктів можна віднести промислово-фінансові групи, пайові інвестиційні фонди, особисті селянські господарства тощо. Наявність законодавчих прогалин щодо статусу відповідної категорії суб'єктів вже відзначалася в літературі [7, с. 63–64], і включення їх до переліку учасників господарських відносин навряд чи викликатиме заперечення. Адже відсутність у цих суб'єктів статусу юридичної особи не може бути підставою невизнання їхнього статусу як самостійних учасників господарських відносин. У зв'язку з цим правомірною є позиція В. К. Мамутова, який наголошує на необхідності розмежування понять «юридична особа» та «суб'єкт господарської діяльності». Адже юридична особа – це лише властивість організації, тобто організованого колективу людей. При цьому така властивість не завжди має бути обов'язковою [2, с. 23–25].

Узагальнення вищезазначеного дає змогу дійти висновку про доцільність такої класифікації учасників господарських відносин:

«1. Учасниками відносин у сфері господарювання є:

- 1) суб'єкти господарювання;
- 2) держава і територіальні громади;
- 3) органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією;
- 4) громадські та інші організації, громадяни, іноземці, особи без громадянства, які виступають засновниками або учасниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності;
- 5) відокремлені структурні підрозділи суб'єктів господарювання;
- 6) інші суб'єкти, які здійснюють та/або організують господарську діяльність і виступають у господарському обороті від власного імені».

Реалізація даних пропозицій дасть змогу упорядкувати та узгодити норми законодавства щодо кола учасників відносин у сфері господарювання та створить підґрунтя для подальших наукових досліджень, спрямованих на вдосконалення правового статусу кожного з цих суб'єктів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Господарський кодекс України* від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462 (зі змін. та допов.).
2. *Мамутов В. К.* Развитие хозяйственного законодательства и хозяйственно-правовой мысли в суверенной Украине: науч. доклад / Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины. – Донецк, 2004. – 40 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.
4. *Смолин Г. В.* Господарське право України. Загальна частина: навчальний посібник / Г. В. Смолин. – 2-не вид., перероб. та доп. – Львів: ЗУКЦ, 2011. – 428 с.
5. *Вінник О. М.* Господарське право: навчальний посібник. – 2-ге вид., змін. та доп. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 766 с.
6. *Щербина В. С.* Суб'єкти господарського права: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.
7. *Закон України* «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 15 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31–32. – Ст. 263.
8. *Джабраїлов Р. А.* Територіальна громада як суб'єкт права власності та господарського права // Економіка і право. – 2006. – № 1. – С. 19–24.
9. *Захарченко А. М.* Щодо участі органів державної влади та органів місцевого самоврядування у сфері господарювання // Правничий часопис Донецького університету. – 2007. – № 2 (18). – С. 43–48.

In the article investigational theoretical and practical problems of determination of circle of all participants of economic relations.

В статье исследованы теоретические и практические проблемы определения всех участников хозяйственных отношений.

ДЕРЖАВНЕ ГОСПОДАРЮВАННЯ: ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ

Черненко О. А.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглянуто ознаки державного господарювання. На підставі проведеного аналізу запропоновано визначення досліджуваного правового явища.

Ключові слова: державна власність, господарська діяльність, державне господарювання, державне підприємство.

Відповідно до положень Конституції України *державна власність* є однією з форм власності в Україні. Стаття 15 Конституції України закріплює політичний, економічний та ідеологічний плюралізм як засади, на яких ґрунтується суспільне життя в Україні. Стосовно економічного плюралізму ні Конституція, ні інші нормативно-правові акти не містять вказівки на пріоритети приватної власності в структурі речових прав на фактори та засоби виробництва, але чомусь саме таке сприйняття стало мало не аксіоматичним [1, с. 167]. З моменту розвалу СРСР і переходу до ринково-демократичних засад в Україні та інших постсоціалістичних державах активно поширюється думка про принципову неможливість побудови ефективної економіки на державній власності. Свідомо зміщуються акценти – природність приватної власності для ринково-демократичного суспільства трактується як необхідність негайного передання державного майна в приватні руки. З цього приводу слід вказати на відсутність будь-якої вагомої аргументації стосовно неефективності державної власності як такої [2, с. 29].

До цього часу на законодавчому рівні не визначено поняття державного господарювання, що зумовлює дискусію і можливість звернутися до обраної теми у нашій статті. Т. В. Кашаніна зазначає, що «не повинно бути державної монополії на господарювання, але й не може бути раціонального підприємництва без держави» [3, с. 275].

Окремі аспекти, пов'язані з державним господарюванням в Україні, розглядалися у працях таких вчених, як: О. М. Вінник, І. М. Кравець, Г. В. Пронська, В. С. Щербина та ін.

Запропоновану статтю присвячено дослідженню ознак державного господарювання та аргументів на користь державного господарювання, основними з яких вважаються природна монополія, провали ринку капіталів, зовнішні ефекти (екстерналії), справедливе задоволення суспільних потреб, та найпоширеніших теоретичних аргументів проти такого господарювання, якими є проблема принципала-агента та м'які бюджетні обмеження.

Метою дослідження у межах даної статті є аналіз основних ознак державного господарювання відповідно до законодавства України.

Існує низка теоретичних аргументів на користь державного господарювання [4, с. 12–14; 5, с. 20–21]. Так, *природна монополія* є найчастіше згадуваною підставою для створення державних підприємств. У разі існування природної монополії виробник/постачальник має змогу отримувати високий монопольний прибуток, завищуючи ціни. Наслідком такого становища буде не тільки нерівномірний розподіл економічних надлишків, а й економічна неефективність, оскільки підприємство-монополіст вироблятиме менше, ніж суспільно бажаний обсяг виробництва. За цих обставин існують вагомні підстави створення та регулювання діяльності державних підприємств з метою запобігання зловживання станом природної монополії.

Провали ринку капіталів виникають у зв'язку з небажанням інвесторів приватного сектора економіки фінансувати проекти, що характеризуються не лише високою віддачею у довгостроковій перспективі, а й високими ризиками у короткостроковій (яскравим їх прикладом є інноваційні проекти). Одним із очевидних шляхів вирішення цієї проблеми, альтернативним створенню державних підприємств, є надання державою фінансової підтримки недержавним суб'єктам господарювання, які реалізують відповідні проекти. Однак такий шлях має ряд обмежень, які особливо характерні для країн, що розвиваються, та країн з перехідною економікою, а саме: дефіцит бюджетних ресурсів; корупційний чинник у процесі конкурсного відбору претендентів на отримання фінансової підтримки; кількісна та якісна недостатність підприємницьких ініціатив, які походять із приватного сектора, для повномасштабної структурної перебудови економіки. У зв'язку з цим створення державних підприємств може бути більш ефективним засобом для вирішення проблеми провалів ринку капіталів.

Зовнішніми ефектами (екстерналіями) в економічній науці називають вплив будь-якої діяльності або угоди на третю сторону, яка не бере участі в даній діяльності або угоді. Цей вплив не враховується повною мірою в ринкових цінах, оскільки створює зовнішні ефекти одна сторона, а витрати (вигоди) несе інша сторона [6, с. 260]. Такий вплив може бути негативним або позитивним. Негативні екстерналії, створені одним економічним агентом (або їх групою), спричиняють витрати для багатьох інших, які є вищими, ніж витрати одного (прикладами є забруднення довкілля, вичерпання природних ресурсів в результаті дедалі більшого залучення їх до господарського обороту, диспропорції у виробництві та ін. [7]). У випадку позитивних екстерналії приватні витрати є вищими, ніж колективні. Суб'єкти господарювання приватного сектора схильні до здійснення видів діяльності, які генерують негативні екстерналії, і неохоче інвестують у галузі/сфери, що характеризуються позитивними екстерналіями (наприклад, базові сировинні галузі або здійснення фундаментальних наукових досліджень). Такі розбіжності між приватними та суспільними вигодами є ще одним аргументом на користь створення державних підприємств.

Міркування *справедливого задоволення суспільних потреб* у зв'язку зі створенням державних підприємств полягають у тому, що лише завдяки таким підприємствам можна забезпечити повноцінне надання життєво необхідних товарів і послуг усім групам населення, включаючи найбільш соціально вразливі (малозабезпечені особи; особи, що проживають у важкодоступних місцевостях; особи з обмеженими можливостями тощо). Теоретично усі вищеперераховані проблеми можуть вирішити і підприємства приватного сектора економіки за умови надання їм спеціального стимулюючого регуляторного режиму, який урівноважував би приватні та суспільні вигоди/витрати. Наприклад, держава може надавати підтримку недержавним суб'єктам господарювання, що здійснюють види господарської діяльності зі значними позитивними екстерналіями, або «уповноважувати» недержавних суб'єктів господарювання на виробництво/надання соціально чутливих товарів/послуг (комунальних, поштових послуг та ін.) за умови забезпечення загального доступу до таких послуг. У силу цього може видатися, що без державних підприємств можна обійтися. Разом із тим, слід враховувати, що адміністрування стимулюючих режимів пов'язане зі значними транзакційними витратами держави. На момент надання відповідного режиму неможливо передбачити усі ситуації, які в майбутньому вимагатимуть зміни параметрів такого режиму (наприклад, зміни рівня регульованої ціни або обсягів субсидій, що надаються). У разі коли надання стимулюючого режиму передбачає використання договірних механізмів, законодавство може встановлювати спеціальні гарантії незмінності договірних умов. Так, відповідно до ст. 3 Закону України «Про державно-приватне партнерство» від 1 липня 2010 р. одним з основних принципів здійснення державно-приватного партнерства є незмінність протягом усього строку дії договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, цільового призначення та форми власності об'єктів, що перебувають у державній або комунальній власності, переданих приватному партнеру. Таким чином, будь-яка зміна стимулюючого режиму ймовірно передбачатиме великий обсяг переговорів, а, можливо, навіть судові спори. Тобто, у багатьох випадках створення підприємства і безпосереднє управління ним на основі відносин власності обійдеться державі дешевше, аніж надання стимулюючих режимів.

Для всебічного висвітлення проблеми доцільності державного господарювання слід розглянути й найпоширеніші теоретичні аргументи проти такого господарювання, якими є проблема принципала-агента та «м'які бюджетні обмеження» [4, с. 14–15]. Проблема забезпечення власниками майна фірми (принципалами) того, що активи фірми використовуються ефективно та в найкращих їхніх інтересах менеджерами фірми (агентами), виникає завжди, коли власники не бажають або не в змозі управляти фірмою безпосередньо. Ця проблема, вперше описана американськими економістами А. Алчіаном та Г. Демзетцем [8], має назву *проблеми принципала-агента*: власники перебувають в умовах інформаційної асиметрії, коли вони володіють меншим обсягом інформації про фірму, аніж менеджери, уповноважені ними на здійснення повсякденних операційних повноважень. Відтак, для забезпечення власних інтересів власники потребують ефективної системи нагляду/контролю над менеджерами, що підтримується ефективними заохоченнями для останніх.

Вважається, що державні підприємства репрезентують класичний випадок проблеми принципала-агента. У той час як проблема принципала-агента є реальною і важливою проблемою функціонування державних підприємств, вона так само стосується і великих недержавних підприємств з розпорошеною структурою прав власності. Коли чисельні власники (наприклад, акціонери) володіють незначними частками капіталу підприємства, а управління підприємством здійснюють наймані менеджери, останні так само ймовірно докладатимуть недостатніх (з точки зору інтересів власників) зусиль щодо досягнення максимальної продуктивності підприємства [4, с. 14].

«М'які бюджетні обмеження» є іншою характерною рисою державних підприємств, яка нібито обумовлює нижчу ефективність їх порівняно з недержавними підприємствами. Йдеться про те, що такі підприємства мають змогу отримати державну підтримку в разі збиткової діяльності і бути врятованими за рахунок державних коштів у разі виникнення загрози банкрутства. У силу цього державні підприємства можуть поводитися так, ніби обмеження їхніх бюджетів є гнучкими, або «м'якими». Термін «м'які бюджетні обмеження» ввів у науковий обіг видатний угорський економіст Янош Корнаї для пояснення поведінки соціалістичних підприємств в умовах централізованого планування, але він може застосовуватися і до державних підприємств в капіталістичних економіках.

Аналіз норм чинного законодавства України та спеціальної літератури з проблематики, що досліджується, дає можливість виділити такі *ознаки державного господарювання*:

1. *Зміст*. Чинне законодавство України не дає визначення господарювання. За смисловим тлумаченням, слово «господарювати» означає, перш за все, «займатися господарською діяльністю, вести господарство, керувати ним за власним розсудом» [9, с. 9]. З абз. 1 Преамбули ГК України впливає синонімічність понять господарювання та господарської діяльності (ГК України встановлює «правові основи господарської діяльності (господарювання)»). У свою чергу, під *господарською діяльністю* розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ч. 1 ст. 3 ГК). Критеріями відмежування одного різновиду господарської діяльності від іншого можуть бути: сфера, галузь, у яких здійснюється ця діяльність, мета діяльності, суб'єкт діяльності, обсяг саме господарської діяльності у більш широкій за змістом діяльності того чи іншого суб'єкта [9, с. 12].

2. *Суб'єктний склад*. Господарська діяльність (господарювання) здійснюється на професійних засадах особливими суб'єктами – суб'єктами господарювання. Згідно зі ст. 55 ГК України суб'єктами господарювання є учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми

зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. Безпосереднє здійснення господарської діяльності (виготовлення та реалізація продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру) відрізняє суб'єктів господарювання від суб'єктів організаційно-господарських повноважень щодо регулювання та управління господарською діяльністю, хоч можливе здійснення одним і тим самим суб'єктом як господарської діяльності, так і організаційно-господарських повноважень (приклад становлять державні господарські об'єднання, державні холдингові компанії, державні (національні) акціонерні компанії). Відповідно до ч. 1, 3 ст. 8 ГК України держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання. Суб'єктами державного господарювання є не держава або державні органи, а суб'єкти господарювання державного сектора економіки, чільне місце серед останніх належить державним підприємствам.

3. *Здійснення у публічних інтересах.* Суб'єкти державного господарювання виражають суспільний, публічний інтерес, хоч і здійснюють його звичайними цивільно-правовими (господарсько-правовими) способами (з обмеженнями щодо порядку та процедури їх реалізації). Виражаючи суспільний інтерес, держава-власник при цьому виконує певну соціальну функцію, оскільки передусім здійснює не право, а обов'язок, покладений на неї в інтересах усього суспільства [10, с. 37]. *Публічні інтереси* вичерпно визначені О. М. Вінник як відображені в праві відгармонізовані, збалансовані певним чином інтереси держави як організації політичної влади, а також інтереси всього суспільства, значної його частини, в тому числі територіальних громад, соціальних груп, особливо тих з них, які власними силами за допомогою правових засобів не спроможні захистити свої інтереси, і тому потребують державної підтримки, за відсутності якої велика імовірність виникнення кризових явищ у суспільстві [11, с. 23]. Задоволення публічних інтересів слід визначити загальною підставою державного господарювання, яка синтезує конкретні чинники, що визначають доцільність здійснення державного господарювання.

Правове регулювання сфери господарювання вимагає забезпечення оптимального поєднання приватних і публічних інтересів, певного компромісу між ними [11, с. 30]. Може скластися враження, що державні підприємства не мають приватного інтересу, оскільки повинні діяти в інтересах держави (суспільства), однак насправді це не так. Будь-яке державне підприємство заінтересоване в ефективному функціонуванні як господарська організація, причому дії органу, до сфери управління якого належить підприємство, можуть як сприяти, так і перешкоджати цьому. У зв'язку з цим, наприклад, ч. 3 ст. 136 ГК України встановлює, що суб'єкт підприємництва, який здійснює господарську діяльність на основі права господарського відання, має право на захист своїх майнових прав також від власника.

До приватного інтересу державного підприємства входять також інтереси його трудового колективу та керівника. Такі інтереси можуть бути матеріальними – щодо участі в розподілі частини прибутку, яка залишається в розпорядженні підприємства після відрахувань до державного бюджету, та нематеріальними. Працівники підприємства керуються не лише «егоїстичними» мотивами як заробітна плата та влада, а й лояльністю щодо підприємства, відчуттям обов'язку перед колегами, робочою етикою та багатьма іншими моральними чинниками. Коли йдеться про державні підприємства, можуть з'являтися додаткові мотиви, а саме: економічний націоналізм, відданість публічній службі, стурбованість соціальною справедливістю, гордість у зв'язку з роботою на компанію-лідера тощо [4, с. 15].

Теоретично можна говорити про пріоритет публічного інтересу над приватним інтересом державного підприємства, однак це не означає можливість ігнорування останнього у правовому регулюванні. Забезпечення публічного інтересу в певній галузі/сфері є чинником, що обґрунтовує необхідність створення державного підприємства. Забезпечення приватного інтересу державного підприємства є умовою його успішного функціонування, без якого, у свою чергу, неможливе забезпечення публічного інтересу.

4. *Метою* державного господарювання є задоволення суспільних потреб у товарах, роботах, послугах, які не можуть ефективно надаватися суб'єктами господарювання приватного сектора економіки. Теоретично будь-які потреби суспільства можуть задовольнятися і приватним сектором, у тому числі й у разі, коли це буде пов'язано з веденням низькорентабельного або збиткового виробництва. Однак розміри матеріальних та організаційних втрат держави, що виникатимуть у зв'язку з наданням нею відповідного регуляторного режиму, обумовлюють більшу економічну доцільність створення державних підприємств.

Відповідно до ч. 2 ст. 3 ГК України господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку, є підприємництвом, а суб'єкти підприємництва – підприємцями. Господарська діяльність може здійснюватися і без мети одержання прибутку (некомерційна господарська діяльність). Згідно з законодавством України державні підприємства можуть бути як суб'єктами підприємництва (державні комерційні підприємства, державні акціонерні товариства та товариства з обмеженою відповідальністю, державні (національні) акціонерні компанії), так і суб'єктами некомерційного господарювання (казенні підприємства). У випадку з державними підприємствами, що є підприємцями, виникає проблема співвідношення мети задоволення відповідних суспільних потреб та мети отримання прибутку. Категоричне визнання пріоритету першої мети означає фактичну підтримку тези щодо нижчої економічної ефективності державних підприємств порівняно з приватними як їх іманентну рису, тим часом як існують достатні емпіричні свідчення високоєфективного функціонування державних підприємств. У зв'язку з цим вважаємо, що задоволення суспільних потреб та отримання прибутку слід розглядати як рівнозначні цілі діяльності державних підприємств-підприємців.

5. *Державне господарювання здійснюється суб'єктами господарювання різних організаційно-правових форм.* Першим критерієм вибору організаційно-правової форми державного підприємства є наявність чи відсутність мети отримання прибутку від діяльності підприємства.

На підставі викладеного уявляється можливим сформулювати таке визначення *державного господарювання* – це діяльність суб'єктів господарювання державного сектора економіки різних організаційно-правових форм (суб'єктів державного господарювання), що здійснюється з метою ефективного задоволення суспільних потреб у товарах, роботах, послугах та отримання прибутку (державне підприємництво) або без мети отримання прибутку (державне некомерційне господарювання) і передбачає реалізацію публічних інтересів з урахуванням інтересів суб'єктів державного господарювання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Задихайло Д.* Мобілізаційна стратегія розвитку в контексті правового господарського порядку: постановка питання / Д. Задихайло // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – № 1. – С. 158–168.
2. *Ковальчук А.* Законодавче забезпечення управління державною власністю / А. Ковальчук // Право України. – 2005. – № 12. – С. 29–32.
3. *Кашанина Т. В.* Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ): учебник для вузов / Т. В. Кашанина. – М.: НОРМА–ИНФРА. – М., 1999. – 815 с.
4. *Chang H.-Y.* State-owned enterprise reform / H.-Y. Chang; United Nations Department for economic and social affairs. – NY., 2007. – 47 p.
5. *Corporate governance of state-owned enterprises: a survey of OECD countries* / OECD; OECD publishing, 2005. – 228 p.
6. *Одинцова М. И.* Экономика права / М. И. Одинцова. – М.: ГУ ВЭШ, 2007. – 432 с.
7. *Асаул А. Н.* Роль государства в смешанной системе хозяйствования / А. Н. Асаул // Регион: экономика и социология. – 2002. – №1–2 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.finansy.ru/publ/macro/001asaul.htm>
8. *Alchian A., Demsetz H.* Production, information costs, and economic organization / A. Alchian, H. Demsetz. – American economic review. – 1972. – № 62(5). – P. 777–795.
9. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України* / за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 720 с.
10. *Кантор Н.* Цели и принципы создания юридических лиц публично-правовыми образованиями / Н. Кантор // Хозяйство и право. – 2004. – № 5. – С. 36–43.
11. *Вінник О. М.* Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: монографія / О. М. Вінник. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.

In this article discusses the features of state economic management. On the basis of the analysis proposed a definition of the studied legal phenomenon.

В статье рассмотрены признаки государственного хозяйствования. На основании проведенного анализа предложено определение исследуемого правового явления.

ЗАСТОСУВАННЯ ІНОЗЕМНИХ НАДІМПЕРАТИВНИХ НОРМ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Боярський Є. Д.,

аспірант НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено порівняльному аналізу механізмів дії застереження про іноземні надімперативні норми та колізійної норми, дослідженню критеріїв застосування іноземних надімперативних норм.

Ключові слова: іноземна надімперативна норма, тісний зв'язок, колізійна норма, міжнародне приватне право.

При наділенні тих чи інших норм права надімперативним характером законодавець має враховувати, що в світі існують й інші держави, які також мають підстави для одностороннього впливу на приватноправові відносини з іноземним елементом за допомогою власних надімперативних норм. Відповідно, традиційні колізії правопорядків у сфері приватноправових відносин з іноземним елементом можуть одночасно супроводжуватися колізіями надімперативного регулювання, які потребують окремого, особливого механізму вирішення, оскільки кожна надімперативна норма є виразником особливого інтересу відповідної держави, поступитися яким остання не здатна.

Метою даної статті є дослідження умов та механізму застосування іноземних надімперативних норм у міжнародному приватному праві України. Актуальність дослідження обумовлюється необхідністю вдосконалення існуючої правозастосовної практики у сфері вирішення міжнародних приватноправових спорів та покращення правового забезпечення відповідних відносин.

Відомо, що традиційним засобом вирішення колізій правопорядків у міжнародному приватному праві є колізійна норма, призначена на основі закладеного в ній колізійного принципу віднайти найбільш компетентну правову систему серед усіх, що так чи інакше мають зв'язок із відповідними правовідносинами. Саме тому колізійне право розглядається як галузь права, що визначає просторові межі дії правових норм, законів і т. д., межі влади кожного національного права, сферу діяльності правопорядків, їх панування, їх компетенцію.

Однак в силу обмеженості пошуку лише однієї правової системи колізійна норма та колізійний метод в цілому стають непридатними для вирішення питання про санкціонування дії надімперативних норм однієї або одночасно кількох іноземних держав, що так чи інакше мають зв'язок із міжнародними приватноправовими відносинами. Відтак вчені прийшли до висновку, що при застосуванні іноземних надімперативних норм вимагається більш індивідуалізований підхід до вибору права, який би враховував сукупність таких факторів, як: сутність правовідносин, інтереси сторін, характер зв'язку з різними державами, а також інтереси, що охороняються нормами правових систем цих держав. У результаті «монопольне становище» колізійного права щодо санкціонування застосування іноземного права у сфері міжнародного приватного права було порушено введенням поряд із застереженням про вітчизняні надімперативні норми також застереження про іноземні надімперативні норми.

Слід нагадати, що за своєю специфікою колізійна норма не визначає права та обов'язки учасників правовідносин, а натомість виокремлює певне коло суспільних відносин (наприклад, спадкові відносини) і на основі закладеного в такій нормі об'єктивного критерію визначає, право якої держави має регулювати відповідні відносини [1, с. 57]. Застереження про іноземні надімперативні норми являє собою абсолютно протилежне явище: ця норма, по-перше, окреслює специфічний вид правових норм іноземної правової системи, тобто іноземні надімперативні норми, а, по-друге, встановлює необхідний ступінь їх правового зв'язку із приватноправовими відносинами, ускладненими іноземним елементом. Тобто, якщо основою традиційного (колізійного) підходу до міжнародного приватного права є характеристика суспільних відносин, що підлягають регулюванню, то при застосуванні надімперативних норм в основу покладається відповідна норма та її просторово-персональна сфера дії.

Попри різноманіття правових систем держав світу та їх надімперативних норм, застереження про іноземні надімперативні норми призначене санкціонувати застосування надімперативних норм лише тих держав, які мають належний юридичний зв'язок із приватноправовими відносинами з іноземним елементом. Більше того, перші такі застереження за своїм змістом мало чим відрізнялися від традиційних колізійних норм, оскільки передбачали жорсткі критерії для встановлення компетентних надімперативних норм конкретної іноземної правової системи, і обмежувалися відсиланням лише до них. В якості таких критеріїв можна виділити, серед іншого, відсилання до норм щодо безпеки дорожнього руху держави місця дорожньо-транспортної пригоди, норм щодо правил техніки безпеки держави, на ринку якої було виявлено товар тощо.

Незважаючи на те, що зазначені застереження дійсно вносили корективи до традиційного колізійно-правового регулювання, вони виявилися малоефективними при регулюванні приватноправових відносин, ускладнених одночасно декількома іноземними елементами, що мають правовий зв'язок одночасно з різними правовими системами. Вимагався більш гнучкий критерій, на основі якого суд мав би змогу здійснити оцінку ступеня інтенсивності правового зв'язку між правовідносинами та усіма іноземними державами, що мають до них відношення, і встановити застосовність надімперативних норм тієї чи іншої держави.

Вперше таке застереження про іноземні надімперативні норми було закріплено у ст. 16 Гаазької конвенції про право, що застосовується до договорів про посередництво та представництво 1978 р., де зазначалося, що *«застосуванню можуть підлягати імперативні правила Держави, з якою ситуація має значний зв'язок, якщо та в тій мірі, в якій відповідно до права такої Держави ці правила мають бути застосовані незалежно від*

права, визначеного на підставі колізійних норм» [2]. Аналогічні положення містяться також у ст. 16 Гаазької конвенції про право, що застосовується до відносин довірчої власності та їх визнання 1985 р., ст. 11 Міжамериканської конвенції про право, що застосовується до міжнародних контрактів 1994 р. Але, незважаючи на універсальний характер вищенаведених конвенцій, більшість вчених вважають, що початок інституту застереження про іноземні надімперативні норми було покладено Римською конвенцією про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р. (далі – Римська конвенція) [3, с. 189].

Римська конвенція стала одним з наріжних каменів розвитку міжнародного приватного права у державах Європейських Співтовариств. Пропозицію щодо її розробки було внесено до Комісії Європейських Співтовариств ще у 1967 р., і вона пояснювалася нагальною потребою ліквідувати незручності в результаті відмінностей у колізійному праві держав-членів, насамперед у сфері договірних прав, що виникають на тлі зближення національних економік і утворення єдиного ринку.

Римська конвенція стала нормативно-правовим документом, в якому вперше було одночасно закріплено як застереження про вітчизняні надімперативні норми, так і застереження про іноземні надімперативні норми. Останнє одержало таке формулювання у ч.1 ст. 7: *«При застосуванні на основі даної Конвенції права будь-якої держави може бути визнано дію суворо імперативних норм права іншої держави, з якою ситуація має тісний зв'язок, за умови та в тій мірі, в якій за правом іншої держави такі норми підлягають застосуванню незалежно від права, що підлягає застосуванню до договору. При вирішенні питання про застосування таких імперативних норм повинні братися до уваги їх сутність та призначення, а також наслідки їх застосування або незастосування» [4].*

З вищенаведеного положення випливає, що в основу застосування іноземних надімперативних норм покладено вимогу наявності тісного зв'язку останніх із правовідносинами. При розробці Римської конвенції робоча група прийшла до висновку, що число держав, надімперативні норми яких можуть підлягати застосуванню, має бути звуженим лише до тих, що мають істотний, реальний зв'язок із відповідними правовідносинами [5]. В той же час даний критерій слід також відрізнити від принципу найбільш тісного зв'язку, оскільки в такому випадку дія даної статті обмежувалась би лише надімперативними нормами права, об'єктивно застосовується за відсутності вибору самих сторін на підставі колізійної норми, передбаченої у ст. 4 Римської конвенції.

Критерій тісного зв'язку є аналогом гнучкого колізійного принципу найбільш тісного зв'язку, оскільки він не містить конкретної вказівки на компетентну правову систему, а натомість передбачає застосування різних прив'язок залежно від фактичних обставин конкретної справи. На думку вчених, тісний зв'язок контракту з певною правовою системою може мати місце, зокрема, в таких проявах: місце виконання договору, місце здійснення господарської діяльності однієї із сторін, місце проживання або місце знаходження сторони або інші.

Однак встановлення наявності правового зв'язку належної інтенсивності між правовідносинами та правовою системою не означає, що надімперативні норми останньої автоматично підлягатимуть застосуванню. Наявність необхідного зв'язку є лише передумовою для оцінки зацікавленості відповідної іноземної держави у врегулюванні відповідних правовідносин власними нормами права. З цією метою відповідно до ч. 1 ст. 7 Римської конвенції суд має визначити характер та цілі, які переслідує іноземний законодавець при прийнятті відповідної надімперативної норми.

При цьому застосування іноземних надімперативних норм завжди є правом суду, а не обов'язком. Зважаючи на іноземні публічні інтереси, які становлять основу відповідних надімперативних норм, суд повинен мати здатність відмовити у їх застосуванні у випадку невідповідності вітчизняному публічному порядку та надімперативним нормам. Інакше судді могли б опинитися заручниками будь-якої надімперативної законодавчої політики іноземної держави без можливості оцінки її змісту.

Вимога врахування наслідків застосування або незастосування іноземних надімперативних норм носить стабілізаційний характер, оскільки вона, з одного боку, встановлює міру свободи суду щодо їх застосування, а з іншого, є критерієм вирішення колізії між надімперативними нормами, що належать до правових систем різних держав. Адже якщо в очах суду вітчизняні надімперативні норми завжди мають превалюючий характер щодо іноземних, то надімперативні норми іноземних держав є рівними між собою. Тому зазначена вимога дозволяє суду в кожному конкретному випадку гнучко підійти до регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, поєднуючи одночасно інтереси іноземних держав між собою та з інтересами сторін правовідносин.

В силу гнучкості та невизначеності вищенаведених умов застереження про іноземні надімперативні норми, що містяться у ч. 1 ст. 7 Римської конвенції, останнє вважається найбільш широким та найменш визначеним з усіх закріплених нормативно. Крім того, у судовій практиці європейських держав зазначене застереження майже не фігурує, що свідчить про його виключний та надзвичайно ускладнений характер. Однак, з іншого боку, після підписання Римської конвенції концепція надімперативних норм стала досить популярною серед держав світу. На сьогоднішній день майже всі національні закони не припускають порушення надімперативних норм іноземної держави, з якою відносини мають тісний зв'язок [6, с. 175].

Застереження про іноземні надімперативні норми стало новацією для багатьох пострадянських держав, оскільки радянська наука міжнародного приватного права традиційно виходила із неможливості застосування таких норм іноземної держави [7, с. 109]. Багато з них, зокрема, Киргизька Республіка, Республіка Білорусь, Республіка Казахстан, Республіка Узбекистан, Російська Федерація майже дослівно відтворили формулювання застереження про іноземні надімперативні норми Римської конвенції у своїх національних законодавствах.

Аналогічне положення одержало закріплення і в ч. 2 ст. 14 закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон «Про МПрП») [8]. Проте, як зазначають вчені, в Україні практика застосування судами ст. 14 Закону «Про МПрП» є достатньо невдалою. Загалом це пов'язано із некоректним розумінням справжньої мети цієї статті, що несе небезпеку неправильного вирішення справи або взагалі відмови в захисті прав та інтересів суб'єктів міжнародного приватного права.

В якості прикладу можна навести справу № 14/142-14/615-26/166 від 03.11.11 р. за позовом Корпорації «MERCHANT INTERNATIONAL COMPANY LTD» проти НАК «Нафтогаз України», розглянуту господарським судом м. Києва та Київським апеляційним господарським судом [9; 10]. Обидва суди прийшли до висновку, що поряд із обраним сторонами матеріальним правом Російської Федерації підлягатимуть застосуванню в силу ч. 2 ст. 14 також норми права Російської Федерації, що встановлюють умови нікчемності правочинів. Однак в силу ст. 33 Закону «Про МПрП» дійсність правочину та правові наслідки недійсності правочину визначаються правом, що застосовується до змісту правочину, як обраним самими сторонами, так і на підставі колізійних норм [8]. Тому в застосуванні відповідних норм російського права в якості надімперативних не було жодної потреби.

Отже з огляду на новизну даного інституту в українській правовій системі, вітчизняні суди мають у кожному конкретному випадку проводити ретельну оцінку іноземних надімперативних норм на основі вищенаведених критеріїв задля формування належної судової практики та дотримання балансу між захистом як приватних інтересів сторін, так і публічних інтересів держав, що мають належний зв'язок із відповідними правовідносинами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право: учебник. – М.: Изд-во Эксмо, 2005. – 752 с.
2. *Convention on the Law Applicable to Agency of 14 March 1978* // Hague Conference on Private International Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89.
3. *Guilliano M., Lagarde P.* Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations / M. Guilliano, P. Lagarde // Official Journal of the European Communities. – 1980. – No C282. – P. 1–50.
4. *Rome Convention on the law applicable to contractual obligations* // Official Journal of the European Communities. – 1998. – № C 027. – P. 0034–0046.
5. *Pavic V.* Application of the Foreign Public Law and Article 7(1) of the Rome Convention. – ELSA Selected Papers on European Law, 1998. – Vol. 9. – №2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ssrn.com/abstract=1015772>.
6. *Крутий Е. А.* Современные кодификации международного частного права: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. – М., 2012. – 236 с.
7. *Міжнародне приватне право.* Науково-практичний коментар закону / за ред. д.ю.н., проф. А. Довгєрта. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – 352 с.
8. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.
9. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 14/142-14/615-26/166 від 03.11.11 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19349226>.
10. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 14/142-14/615-26/166 від 03.11.11 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21400124>.

The article is devoted to comparative analysis of mechanisms of operation of foreign overriding mandatory rules clause and conflict-of-law rule, researching criteria of application of foreign overriding mandatory rules.

Стаття посвячена сравнительному анализу механизмов действия оговорки об иностранных сверхимперативных нормах и коллизионной нормы, исследованию критериев применения иностранных сверхимперативных норм.

ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ КОДИФІКАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО СІМЕЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Ватрас В. А.,

*кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник
лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

Стаття присвячена дослідженню особливостей правового регулювання сімейних відносин з іноземним елементом, з'ясуванню питання доцільності кодифікації вищевказаних колізійних правових норм на рівні спеціального закону про міжнародне приватне право та аналізу цього нормативно-правового акта як основного джерела сімейного права України.

Ключові слова: кодифікація, міжнародне приватне право, міжнародне сімейне право, колізійні норми, сімейні відносини, джерела права, право ЄС.

Правовому регулюванню сімейних відносин з іноземним елементом в юридичній науці надається важливого значення. Прийняття Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. [17] фактично

позбавило нас цілого розділу VI Сімейного кодексу України (надалі – СК України) в редакції від 10.01.2002 р. «Застосування Сімейного кодексу України до іноземців та осіб без громадянства. Застосування законів іноземних держав та міжнародних договорів в Україні» [19]. Попри це, правові норми щодо особливостей усиновлення дітей громадянами України, які проживають за її межами, та іноземцями залишились у СК України та не знайшли свого повного відображення у новоприйнятому спеціальному законі.

Метою статті є вирішення питання доцільності кодифікації вищевказаних колізійних правових норм на рівні спеціального закону про міжнародне приватне право та дослідження цього нормативно-правового акта як основного джерела сімейного права України. Не менш важливою є і та обставина, чи враховані у Законі України «Про міжнародне приватне право» задекларовані Україною вимоги щодо адаптації національного законодавства у сфері міжнародного приватного права до законодавства ЄС.

Слід зауважити, що питанню правового регулювання сімейних відносин з іноземним елементом присвячені чисельні наукові праці таких вчених-міжнародників, як: О. Є. Бурлай, О. О. Грабовська, Г. К. Дмитрієва, А. С. Довгерт, В. П. Звеків, Л. А. Лунц, В. Я. Калакура, В. І. Кисіль, А. Л. Маковський, О. О. Мережко, О. П. Семенов, Г. С. Фединяк, Н. О. Шебанова тощо. Національне сімейне законодавство та його співвідношення з міжнародним приватним правом досліджували І. В. Жилінкова, З. В. Ромовська, Р. О. Стефанчук, Ю. С. Червоний, Я. М. Шевченко та ін.

У радянський період кодифікація міжнародного приватного права переважно носила галузевий характер, та відповідні правові норми, що регулювали відносини з іноземним елементом, мали місце, як правило, в окремих розділах кодексів. У Цивільному кодексі УРСР від 18.07.1963 р. розділ VII регулював питання правоздатності іноземних громадян та осіб без громадянства, застосування цивільних законів іноземних держав та міжнародних договорів. У ньому містилися колізійні норми щодо правосуб'єктності, угод, позовної давності, речових прав, деліктів та спадкування [22]. Кодифікація сімейного законодавства, що завершилась прийняттям Кодексу про шлюб та сім'ю України від 20.06.1960 р., за аналогією цивільного законодавства здійснила правове регулювання сімейно-шлюбних відносин з іноземним елементом на рівні окремого розділу VI законодавчого акта під назвою «Застосування законодавства України про шлюб та сім'ю до іноземних громадян та осіб без громадянства. Застосування законів про шлюб та сім'ю іноземних держав та міжнародних договорів» [13].

З проголошенням незалежності в Україні розпочалась кропітка робота щодо формування вітчизняної системи приватного права. Перед членами робочої групи з підготовки проекту ЦК України (С. Головатий, А. Довгерт, О. Підпригора, О. Пушкін, Д. Боброва, Н. Кузнецова, В. Луць, З. Ромовська, В. Мусіяка, М. Сібільов, Я. Шевченко, В. Калакура) [8, с. 11] постала проблема, у який спосіб провести кодифікацію: 1) залишити радянську традицію та розмістити колізійні норми у нових Цивільному, Цивільно-процесуальному та Сімейному кодексах; 2) провести кодифікацію усього приватного права, в тому числі й міжнародного приватного права в рамках нового ЦК України; 3) розробити та прийняти спеціальний кодифікований закон про міжнародне приватне право, в якому розмістити усю систему колізійного приватного права [2, с. 11]? Спочатку Проект Цивільного кодексу від 20 березня 1996 року включав 8 книг. На думку фахівців, це був один із найбільш досконалих шляхів кодифікації усього приватного права України [20; 21]. Однак подальші дії законодавця ідею кодифікації усього приватного права на рівні єдиного ЦК України не підтримали. В кінцевому варіанті відбулася кодифікація сімейного законодавства на рівні прийняття 10.01.2002 р. СК України, а правове регулювання приватних відносин з іноземним елементом проведено на рівні окремого спеціального закону – Закону України «Про міжнародне приватне право». Таким чином, внутрішнє національне сімейне законодавство розмістилось в одній кодифікації, якою став новий СК України, а сімейні відносини з іноземним елементом стали предметом регулювання спеціальної кодифікації – Закону України «Про міжнародне приватне право». З приводу такого вибору вітчизняного законодавця до цього часу точаться жваві дискусії [6, с. 87; 10, с. 116; 2, с. 11]. Причому позиція щодо відокремлення норм міжнародного приватного права від цивільного та сімейного права в Україні обстоюється найбільше. Так, на думку А. С. Довгерта, прийняття спеціальних законів про міжнародне приватне право є найбільш логічним і послідовним розвитком міжнародного приватного права, оскільки завдяки чіткій структурі, повноті врегульованих проблем, зручності та ефективності застосування, можливості адаптації до нових умов суспільного життя їх можна охарактеризувати як самостійні кодекси [7, с. 111]. Обґрунтуванню цієї ідеї відомий український вчений-цивіліст В. І. Кисіль присвятив фундаментальну монографію, у якій доводить необхідність автономної кодифікації норм міжнародного приватного права [12]. Одним із перших вчених на теренах СРСР, який запропонував втілювати ідею прийняття спеціального закону про міжнародне приватне право, є Л. А. Лунц на початку 1970-х рр., учні якого впродовж 1989–1990 рр. підготували проект закону СРСР «Про міжнародне приватне право і міжнародний цивільний процес» [15, с. 61]. На думку А. Л. Маковського, видання єдиного комплексного закону дозволило б «одним махом» усунути прогалини в цивільному, сімейному і цивільно-процесуальному законодавстві і зручно зібрати «під однією обкладинкою» всі основні законодавчі норми, розраховані на відносини цивільного права, ускладнені іноземним елементом [15, с. 62]. Серед основних аргументів щодо прийняття окремого закону про міжнародне приватне право виділяють такі: 1) таким чином створюється правова основа міжнародного приватного права та визначається позиція законодавця з питань дії колізійної норми; 2) організовується єдина система колізійних норм, що дає змогу уникнути суперечностей: заповнити прогалини в правовому регулюванні; 3) норми міжнародного приватного права, зібрані в єдиний акт, стають доступнішими для всіх зацікавлених осіб, їх застосування було б спрощено,

і відповідно підвищилась би їх ефективність; 4) прийняття нового єдиного закону про міжнародне приватне право спричинить зменшення законодавчого масиву в цілому, оскільки треба буде вилучити колізійні норми з багатьох галузевих актів, які їх містять; 5) ситуація, коли норми форми кодифікації розпорочені в багатьох актах, ускладнює роботу із вдосконалення законодавства; 6) це сприяє розвитку науки міжнародного приватного права [18; 6; 3]. Слід констатувати, що в Україні взята за основу саме ідея автономної кодифікації міжнародного приватного права, яка завершилась прийняттям у 2005 р. Закону України «Про міжнародне приватне право». Причому не лише наша держава обрала такий шлях розвитку національного законодавства. За період 2000–2012 рр. подібні закони були прийняті в Азербайджані, Естонії, Південній Кореї, Бельгії, Болгарії, Македонії, Туреччині, Китаї, Польщі і на Тайвані [14, с. 3].

Окрім автономної і галузевої кодифікації міжнародного приватного права в юридичній науці існує компромісна ідея кодифікації, яку називають «кумулятивною кодифікацією». Її прихильники пропонують приймати загальний закон про міжнародне приватне право, який би встановив загальні правила, а галузеві колізійні норми включати в окремі кодекси – Цивільний, Сімейний, Цивільний процесуальний. Так, Г. К. Дмитрієва вважає, що законодавець повинен прийняти закон під назвою «Основи міжнародного приватного права», який би врегулював загальні інститути міжнародного приватного права та положення про правовий статус іноземців [16, с. 87]. На думку В. П. Звєкова, сутність кумулятивної кодифікації полягає у тому, що слід видати відносно невеликий за обсягом нормативного матеріалу закон, який би водночас об'єднав загальні положення міжнародного приватного права та зберіг галузеве регулювання відповідних інститутів у ЦК, СК, АПК та ГПК. Причому прийняття такого закону дозволило б, по-перше, найбільш повно й послідовно визначити і розмежувати загальні та спеціальні інститути в цій сфері й, по-друге, досягнути цілей, які в сумарному вигляді можуть бути позначені, як: 1) усунення прогалин; 2) усунення дублювання; 3) виключення суперечностей [9, с. 305]. Важко не погодитись з такою аргументацією. Сучасні погляди на предмет міжнародного приватного права являють собою симбіоз колізійних норм цивільного, сімейного, трудового права та міжнародного цивільного процесу, а тому правове регулювання загальних положень є цілком доцільним, що ж стосується окремих інститутів, то їх включення в окрему кодифікацію навряд чи виглядає системним, логічним та послідовним процесом. Окрім цього, колізійні норми більшою мірою пов'язані з відповідними матеріальними нормами сімейного, цивільного та трудового права, аніж між собою, і застосовуються вони разом із нормами матеріального права тієї чи іншої держави. Тому досить таки зручно, працюючи з СК України, де міститься поняття шлюбу, регулюється процедура його державної реєстрації, розірвання, відкрити розділ, присвячений колізійному регулюванню шлюбних відносин з іноземним елементом.

Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р., яким вилучено із СК України переважну більшість колізійних норм у сфері сімейних відносин, взяв на себе регулювання сімейних відносин з іноземним елементом, розмістивши їх в окремому розділі IX «Колізійні норми сімейного права». Натомість СК України зазнав певної трансформації. Його розділ VI дістав назву «Особливості усиновлення за участю іноземних громадян та осіб без громадянства», у якому залишилися ст. 282–287, що регулювали питання: усиновлення дитини, яка є громадянином України, але проживає за межами України; усиновлення іноземцем дитини, яка є громадянином України; усиновлення дитини, яка є іноземцем і проживає в Україні; обмеження права іноземця на таємницю усиновлення дитини, яка є громадянином України; усиновлення в Україні іноземцем дитини, яка є іноземцем або особою без громадянства; нагляд за дотриманням прав дітей, які усиновлені іноземцями. Таким чином, наслідком автономної кодифікації міжнародного приватного права в Україні у сфері сімейних відносин стало виключення із галузевого кодексу, що регулює сімейні відносини в Україні, колізійних норм, за винятком усиновлення з іноземним елементом. Тому можливо зауважити, що Україна є унікальною державою, де проведено автономну кодифікацію міжнародного приватного права шляхом прийняття спеціального закону, завдяки якому колізійні сімейні норми виключені з галузевого національного кодексу, за винятком інституту міжнародного усиновлення. Хоча у спеціальному законі загальна колізійна норма щодо усиновлення також включена (ст. 69 Закону України «Про міжнародне приватне право»). В даній ситуації можливо говорити про певні елементи кумулятивної кодифікації колізійних норм про усиновлення в Україні, однак така кодифікація стосується лише одного інституту сімейного права.

Зупинимось більш детально на положеннях Закону України «Про міжнародне приватне право», що стосуються регулювання сімейних відносин з іноземним елементом. Закон складається з 14 розділів та 82 статей. Деякі сімейні відносини регулюються Розділом I «Загальні положення», у якому визначаються терміни, сфера застосування Закону та особливості його застосування. Положення Розділу 2 «Колізійні норми щодо правового статусу фізичних та юридичних осіб» мають значення в частині визначення особистого закону фізичної особи – учасника сімейних відносин, її правосуб'єктності, особистих немайнових прав, опіки та піклування, реєстрації актів цивільного стану громадян України за її межами. Поза сферою колізійного правового регулювання залишається ряд інших інститутів сімейного права, як от широке коло сімейних договорів, особистих немайнових прав та обов'язків подружжя, батьків і дітей, інших членів сім'ї та родичів, ряд форм влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування.

Попри низку схвальних відгуків науковців та практиків щодо досконалості кодифікації міжнародного приватного права в Україні, в сфері міжнародного сімейного права є низка спірних питань та нерегульованих суспільних відносин. По-перше, невірною, на нашу думку, є сама концепція кодифікації колізійних норм

сімейного права шляхом їх розміщення як у спеціальному законі, так і в СК України (йдеться про питання міжнародного усиновлення), а тому перевагу все ж таки слід надати не автономній, а кумулятивній кодифікації міжнародного приватного права. По-друге, слід додатково врегулювати інші інститути сімейного права, де відсутні відповідні колізійні норми. По-третє, подальше реформування джерельної бази міжнародного сімейного права слід проводити з урахуванням процесу адаптації законодавства, що регулює сімейні відносини з іноземним елементом, до законодавства ЄС, з огляду на обраний проєвропейський вектор зовнішньої політики України.

Здійснення національної кодифікації міжнародного приватного права тісно пов'язане з її уніфікацією до системи міжнародного права, а особливо до права ЄС, оскільки в процесі кодифікації водночас вирішується питання про імплементацію в національне законодавство міжнародних уніфікованих норм. У зв'язку з цим при подальшому вдосконаленні колізійного регулювання приватного права України слід враховувати необхідність імплементації в законодавство України положень Гаазької конвенції з міжнародного приватного права та вторинного права ЄС. Зокрема, йдеться про 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 проєкту щодо впорядкування питань вибору норм права щодо зобов'язань у цивільних та торгових справах. Доповненням Риму I є Регламент Рим II, який застосовується в ЄС з 11 січня 2009 р. і містить норми, що регулюють вибір права в недоговірних зобов'язаннях. Основна мета, яку переслідують обидва вищевказані регламенти – це узгодження регулювання зобов'язальних правовідносин у сфері єдиного ринку ЄС [5]. У цій ситуації досить показовим є приклад Македонії, яка ухвалила в липні 2007 р. Закон «Про міжнародне приватне право», а вже у листопаді 2010 р. змушена була його доповнювати рядом колізійних норм про недоговірні зобов'язання, з урахуванням Регламенту Рим II [14, с. 3].

Особливо на що слід звернути увагу при вдосконаленні колізійного регулювання сімейних відносин, так це на імплементацію положень Регламенту Рим III [1], який прийнятий в Брюсселі 20 грудня 2010 р. та покликаний вирішити проблеми, що склалися в ЄС у сфері вибору права при розлученні. 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. 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 [4].

Виходячи з вищезазначеного, можливо зробити такі висновки. Правове регулювання сімейних відносин з іноземним елементом в Україні здійснюється як на рівні СК України, так і у спеціальному законі про міжнародне приватне право. Обраний Україною шлях автономної кодифікації колізійних норм приватного права не є повною мірою правильним, а тому має бути переформатований на користь кумулятивної кодифікації. При подальшому вдосконаленні вітчизняного законодавства про міжнародне приватне право слід враховувати необхідність імплементації в законодавство України положень Гаазької конвенції з міжнародного приватного права та вторинного права ЄС, зокрема регламентів у сфері зобов'язань та сім'ї і шлюбу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Council Regulation (EU) No 1259/2010 of December 2010* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:EN:PDF>.
2. Балабан Р. На порядку денному – міжнародне приватне право / Р. Балабан // Юридичний журнал. – 2003. – № 11. – С. 11–14.
3. Балдинюк В. Питання обходу закону в кодифікаційних актах з міжнародного приватного права / В. Балдинюк // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 5. – С. 28–30.
4. Ватрас В. А. Регламент РИМ III як важливий крок у формуванні єдиного європейського сімейного права / В. А. Ватрас // Приватне право і підприємництво. 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. – С. 189–193.
5. Виноградов А. А. «Рим I» и «Рим II» – вопрос выбора / А. А. Виноградов // Вестник МГИМО–УНИВЕРСИТЕТА. – 2010. – № 1 (15). – С. 187–194.
6. Вишновецька С. В. Проблеми вибору найдоцільнішої форми кодифікації норм міжнародного приватного права / С. В. Вишновецька, К. В. Ющенко // Юридичний вісник. – 2012. – № 3 (24). – С. 84–87.
7. Довгерт А. С. Кодифікація норм міжнародного приватного права / А. С. Довгерт // Українське право. – 1997. – № 3. – С. 111–112.
8. Довгерт А. С. Втілення правових ідей у сфері особистого немайнового права в новий ЦК України (до п'ятої річниці ЦК України) / А. С. Довгерт // Приватне право і підприємництво. Вип. 8, 2009 / редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України, 2009. – С. 11–17.
9. Звеков В. П. Концепция развития российского законодательства, регулирующего отношения в сфере международного частного права / В. П. Звеков // Концепция развития российского законодательства / под ред. Т. Я. Хабриевой, Ю. А. Тихомирова, Ю. П. Орловского. – М. : Городец, 2004. – 848 с.

10. *Калакура В. Я.* Особливості джерел міжнародного сімейного права / В. Я. Калакура // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. – 2010. – № 1. – С. 115–119.
11. *Калакура В. Я.* Принципи колізійного регулювання в міжнародному сімейному праві / В. Я. Калакура // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2009. – № 80. – С. 40–43.
12. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації / В. І. Кисіль. – К.: Україна, 2005. – 480 с.
13. *Кодекс про шлюб та сім'ю України від 20.06.1969 року* // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1969. – № 26. – Ст. 204.
14. *Крутий Е. А.* Современные кодификации международного частного права : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» / Е. А. Крутий. – М., 2012. – 31 с.
15. *Маковський А. Л.* Кодифікація гражданского права и развитие отечественного международного частного права / А. Л. Маковський // Кодифікація російського частного права / под ред. Д. А. Медведева. – М.: Статут, 2008. – С. 56–71.
16. *Международное частное право* : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2000. – 462 с.
17. *Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р.* // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.
18. *Семенов О. П.* О целесообразности подготовки закона о международном частном праве / О. П. Семенов // Советское государство и право. – 1990. – № 1. – С. 90–98.
19. *Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р.* // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
20. *Стефанчук Р. О.* Третя кодифікація національного законодавства в Україні / Р. О. Стефанчук // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – Спецвипуск № 1. – С. 15–16.
21. *Стефанчук Р. О.* Цивільний кодекс України: робота над помилками (до п'ятої річниці набрання чинності Цивільним кодексом України) / Р. О. Стефанчук // Приватне право і підприємництво : зб. наук. пр. – Вип. 8, 2009 / редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України, 2009. – С. 17–19.
22. *Цивільний кодекс УРСР від 18.07.1963 р.* // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1999. – № 1.

In a scientific article examines the peculiarities of legal regulation of family relations with a foreign element, it turns out the expediency of codification of the above conflict rules at the level of a special law on private international law, which is analyzed as a source of family law in Ukraine.

Исследуются особенности правового регулирования семейных отношений с иностранным элементом, выясняются вопросы целесообразности кодификации указанных коллизионных норм на уровне специального закона о международном частном праве, который анализируется в качестве источника семейного права Украины.

РОЗВИТОК ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Капіца Ю. М.,

кандидат юридичних наук, директор Центру інтелектуальної власності та передачі технологій НАН України

Аналізується практика імплементації та застосування в держава-членах ЄС директиви ЄС 2004/48/ЄС про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності. Досліджуються проблемні питання застосування цивільно-правових засобів захисту прав інтелектуальної власності в ЄС.

Ключові слова: інтелектуальна власність, право Європейського Союзу, цивільно-правовий захист, адаптація.

Прийняття 2004 р. директиви 2004/48/ЄС про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності [1] знаменувало собою результат складного шляху вироблення Європейським Союзом горизонтального інструменту протидії порушенням прав інтелектуальної власності цивільно-правовими засобами [2, с. 428–437].

Метою статті є аналіз імплементації положень директиви у національне законодавство держав-членів ЄС, питання оцінки ефективності її застосування, а також напрямів змін цивільно-правових засобів захисту прав інтелектуальної власності в ЄС.

У статті увага зосереджена на сучасній практиці застосування цивільно-правових засобів захисту прав інтелектуальної власності в ЄС з метою використання зазначеного досвіду для вдосконалення законодавства України.

Зазначимо, що схвалення директиви 2004/48/ЄС було здійснено лише через дев'ять років після пропозицій щодо посилення реалізації прав інтелектуальної власності у Зеленій книзі з інновацій (1995) та у Першому плані Європейської комісії з інновацій у Європі (1996).

Після прийняття директиви в 2005–2009 рр. основні ініціативи Комісії були пов'язані з проведенням щорічних конференцій високого рівня, присвячених контрафактній продукції та піратству, здійсненню окремих

досліджень, а також утворенню 2009 року Європейської обсерваторії з контрафактної продукції та піратства – платформи для спільних заходів, обміну досвідом щодо кращої практики захисту прав інтелектуальної власності. Обсерваторія набула значного громадського спрямування і була розрахована працювати на основі існуючих підрозділів Європейської комісії із залученням експертів [3]. Основними в її діяльності були підготовка звітів з актуальних питань захисту прав інтелектуальної власності та проведення громадських заходів.

Ситуація певною мірою змінилася у 2010–2011 рр. з прийняттям багатьох документів, перш за все, у сфері Інтернет-піратства, що було наслідком, на нашу думку, як переміщення основних загроз щодо авторського права в інформаційні мережі; невтішних результатів реалізації директиви 2004/48/ЄС із загальним висновком – механізми, запропоновані директивою, не працюють для мережі Інтернет [4, 5].

У 2010 р. Європейською комісією на підставі звітів держав-членів та доповідей експертів Європейської обсерваторії з питань контрафакту та піратства було підготовлено звіт із застосування директиви 2004/48/ЄС [6].

Найбільш актуальними питаннями стали: врахування особливостей цифрового середовища; використання судових заборон; процедури отримання та зберігання доказів (із врахуванням зв'язку між правом на інформацію та захистом приватних даних); уточнення виправних заходів, включаючи вартість знищення контрафактних товарів, а також визначення збитків [7].

Особливості цифрового середовища. Один з основних висновків застосування директиви – труднощі її застосування при порушенні прав у цифровому середовищі. Зазначається, що директива не була спрямована на вирішення питань піратства в Інтернеті, що потребує додаткових досліджень та розгляду відповідних пропозицій.

Проміжні заборони проти правопорушника. Їх широке застосування характерне для всіх держав-членів. Проте обсяг доказів, що має надаватися для прийняття судових рішень, суттєво різниться між державами-членами та, в цілому, є значно високим. Більш того, деякі суди не приймають рішення щодо проміжних заборон до того, як порушення було дійсно визнано. В цих випадках вимоги до заявника щодо «надання всіх розумно наявних для рішення доказів, щоб з достатньою надійністю пересвідчитися в тому, що він є суб'єктом права та що порушується його право або таке правопорушення є неминучим» (ст. 9 (3) інколи є вищими, ніж заявник може забезпечити на практиці.

Судові заборони проти посередників. За ст. 9 директиви судові органи держав-членів мають право ухвалювати судові заборони проти посередників, чіями послугами користуються треті особи для порушень авторського права і суміжних прав.

Проте, як свідчать результати імплементації директиви, деякі держави-члени інтерпретували це положення обмежено з можливістю судової заборони проти посередників під час судового процесу або після вирішення справи по суті, проте не як застережний захід.

Особливо важливим є, як підкреслюється у звітах, використання судових заборон у справах, пов'язаних з Інтернет. Так, заборони успішно використовуються проти Інтернет-провайдерів для блокування доступу на сайти, де розміщуються твори без дозволу суб'єктів права.

Виправні заходи та судові рішення. Стаття 10 директиви передбачає, що за рішенням судових органів товари, вироблені з порушенням прав інтелектуальної власності, а також матеріали та засоби, які головним чином використовувалися для створення або виготовлення таких товарів, мають бути вилучені з комерційних каналів, «остаточно видалені» та знищені. Вказані заходи вживаються за рахунок правопорушника, якщо немає підстав для протилежного.

Практика застосування директиви виявила різний підхід щодо інтерпретації понять «вилучення» та «остаточне видалення» з комерційних каналів. Вказані поняття були новими для більшості держав-членів. Загалом поняття «вилучення» інтерпретувалося державами-членами як тимчасовий захід, що може бути переглянуто відповідно до остаточного рішення. Відповідач, як правило, зобов'язується судом відкликати товари у споживачів (оптових продавців, дистриб'юторів, роздрібних торговців тощо).

«Остаточне видалення» у більшості держав-членів розуміється як зміст остаточного судового рішення. У Франції остаточне видалення застосовується як передумова для знищення товарів.

Знищення товарів. Знищення товарів за судовою практикою є виправним заходом, що застосовується дуже часто. Проте виникає питання, хто має нести витрати щодо знищення товарів та їх відповідного зберігання. Відповідно до ст. 10 директиви такі витрати можуть бути покладені на особу, визнану винною у порушенні. Однак практика свідчить, що такі витрати часто здійснюються суб'єктами права, яким згодом надається право вимагати їх відшкодування у правопорушника.

Відшкодування. Підходи до відшкодування збитків у випадку порушення прав інтелектуальної власності включають відшкодування упущеної вигоди, виплату доходів, отриманих правопорушником, виплату компенсації, відшкодування моральної шкоди тощо.

Упущена вигода. Упущена вигода зазвичай визначається як прибутки, які міг би отримати правовласник, якби не сталося правопорушення. Однак у певних державах-членах не з'ясовано, чи ціна оригінального товару, чи ціна контрафактної (піратської) продукції має бути взята за основу. Інколи упущену вигоду важко довести, особливо коли продаж піратської продукції перевищує обсяг законного продажу. Діяльність, пов'язана з порушенням прав, часто призводить до втрат щодо бренду, «виключності» товарів, що впливає на зменшення попиту споживачів, заподіяння шкоди гудвілу.

Доходи, отримані правопорушником. Вимоги ст. 13 директиви щодо врахування доходів правопорушників були по-різному імplementовані законодавствами держав-членів. У деяких державах-членах (Словаччина) прибуток правопорушника береться до уваги лише або як відшкодування незаконно отриманих доходів або при обчисленні збитків, проте некумулятивно. В інших державах-членах (ФРН, Італія) передача прибутку порушника застосовується як альтернатива, коли прибуток є більшим, ніж упущена вигода, обчислена суб'єктом права. В деяких державах (країни Бенілюкс) при свідомому порушенні передання прибутків може бути присуджено як доповнення до відшкодування збитків.

У випадках, коли правопорушник є юридичною особою та суб'єкт права не спромігся отримати відшкодування, оскільки у порушника відсутнє майно, його було ліквідовано або визнано збанкрутілим, слід оцінити можливість вимагати виплату компенсації керуючим директором за національним законодавством.

Компенсація. У більшості держав-членів виплата компенсації є другорядним заходом, та її виплата вимагається, якщо фактичні збитки важко визначити.

Як правило, компенсація обчислюється на основі розміру роялті, які були б виплачені, якщо б порушник отримав ліцензію від суб'єкта права. Отримана інформація свідчить про існування сумнівів, чи слід компенсацію розцінювати як альтернативу визначенню упущеної вигоди, чи використовувати лише, якщо збитки не можуть бути обчислені. В Угорщині, Латвії, Словаччині виплата компенсації застосовується лише, якщо не є можливим обчислити збитки. В Греції фіксовані суми збитків неможливо отримати, наприклад, у справах про порушення прав на торговельні марки. У Великій Британії виплата компенсації не використовується, хоча дозволяється застосування альтернативних способів обчислення збитків на основі роялті або зборів.

Відшкодування при ненавмисних порушеннях. Стаття 13(1) директиви передбачає виплату відшкодування при ненавмисних діях правопорушника. Якщо правопорушник не знав або з розумних причин не мав знати, що в його діяльності є правопорушення, директива рекомендує державам-членам передбачати можливість ухвалення судовими органами рішення про повернення доходів або виплату шкоди такою особою, розмір яких може бути встановлений заздалегідь. Певні держави не розділяють порушення прав на умисне та неумисне і передбачають зобов'язання з виплати відшкодування у всіх випадках. Проте вказане застосовується в основному для порушень авторського права й суміжних прав.

Додаткові відшкодування. У більшості країн для певних видів порушень, особливо стосовно авторського права і суміжних прав, можливо вимагати виплату збільшених виплат, що розраховуються як подвійні (чи більші) роялті (ліцензійні виплати): Австрія, Бельгія, Чехія, ФРН, Греція, Польща, Румунія, Словенія тощо. У Польщі правовласник може вимагати, щоб суд прийняв рішення про сплату порушником належної суми не менш, ніж подвійний розмір вигоди, отриманої порушником, до Фонду сприяння розвитку творчості, якщо порушення здійснено в рамках комерційної діяльності.

Слід навести таку найкращу практику держав-членів ЄС щодо відшкодування збитків [8, с. 22–23]:

- втрачені прибутки визначаються як кількість контрафактних товарів, помножена на прибуток з одиниці товару;
- при застосуванні ліцензійних платежів як основи обчислення збитків застосовуються стандартні ставки роялті, які існують у певному сегменті ринку;
- прибуток порушника визначається як ринкова ціна оригінальних товарів мінус ціна контрафактних товарів;
- коли не існує ринку для визначення роялті, які були б виплачені, якщо б порушник отримав ліцензію від суб'єкта права, та оцінка роялті враховує багаторазові правопорушення, а також вплив на репутацію; інші фактори, такі, як стандарти безпеки, – тоді розмір роялті визначається як 25 % від ціни продажу;
- збитки у випадку грубої необережності порушника визначаються як упущена вигода від продажу справжніх товарів плюс упущена вигода від продажу супутніх послуг плюс збитки, завдані гудвілу.

Основні проблеми визначення збитків виявляються в тому, яку правову теорію слід використовувати, заявляючи грошові вимоги до порушника: чи є це компенсація правовласнику за завдану шкоду, чи це є неправомірне збагачення порушника (Естонія).

Деякі суди приймають рішення про відшкодування збитків, які враховують лише упущену вигоду без врахування інших складових шкоди, понесеної правовласниками. Більше того, суди часто приймають рішення про відшкодування фіксованої суми без відповідного обґрунтування.

Деякі суди дозволяють відшкодування збитків для покриття витрат, пов'язаних із виявленням та моніторингом правопорушення, в той час як інші вважають, що такі витрати не є частиною шкоди. Моральна шкода та шкода, завдана репутації, часто недооцінюються.

Судова практика застосування директиви свідчить, що довести розмір збитків може бути досить важко. Інколи суди вимагають докази, які важко або навіть неможливо надати. У Польщі, наприклад, збитки присуджуються тільки на основі лише тієї кількості контрафактних товарів, яку було вилучено. Таким чином, часто ігнорується фактична кількість контрафактних товарів.

Головні проблеми, пов'язані зі здійсненням цивільного судочинства у справах про порушення прав інтелектуальної власності, були визначені юридичним підкомітетом Європейської обсерваторії на основі відповідей національних експертів [8, с. 24–25]:

- відшкодування збитків не здійснює стримуючої функції;
- труднощі із доведенням збитків (наданням доказів); відсутність гармонізованих підходів до визначення збитків, відсутність нормативних розмірів збитків;

- досить довга тривалість судочинства; складність законодавства та процедур; спеціалізовані суди насправді не є спеціалізованими;
- нечітке визначення врегулювання у законодавстві порядку присудження збитків щодо завдання моральної шкоди при порушенні прав інтелектуальної власності;
- відсутність досвіду;
- питання цивільного судочинства з питань інтелектуальної власності не є урядовим пріоритетом;
- проблеми врахування відповідальності посередників;
- проблеми з транзитом контрафактних товарів;
- анонімність Інтернет-користувачів. Інтернет-піратство (включаючи посередників, які отримують прибуток від реклами та здійснення незаконного обміну файлами та порушення авторських прав) є найбільш недослідженою сферою;
- відсутність інтересу з боку поліції, прокуратури тощо;
- кримінально-правові засоби захисту використовуються лише як останній засіб (в основному, коли існує загроза охороні здоров'я, наприклад, підроблені ліки). Санкції існують тільки в теорії, небажання їх застосовувати;
- відсутність арбітражної процедури щодо вирішення доменних спорів. У деяких країнах реєстрація доменних імен не регулюється державою;
- небажання судів надати висновок щодо повного відшкодування судових витрат, коли позивач не отримує повне відшкодування заявлених збитків;
- більшість населення не вважає правопорушення у сфері охорони прав інтелектуальної власності протиправною діяльністю.

У цілому практика застосування директиви 2004/48/ЄС про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності свідчить, що вона мала значний позитивний ефект щодо захисту прав інтелектуальної власності цивільним правом в Європі. Проте очевидним виявилось те, що директива не була призначена для порушень прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет.

Основні напрями вдосконалення цивільно-правових способів захисту прав із врахуванням практики застосування директиви включають:

- більш широке застосування судами рішень щодо отримання інформації, тимчасових та застережних заходів стосовно посередників, особливо провайдерів Інтернет-послуг;
- вдосконалення виплати відшкодування за порушення прав інтелектуальної власності. Доцільним є застосування підходу, за яким суди мають право визначити розмір відшкодування пропорційно отриманим порушником доходам, навіть якщо це перевищує збитки суб'єкта права;
- уточнення понять «вилучення» та «остаточне видалення» піратських (контрафактних) товарів з комерційних каналів», особливо коли відповідні товари більше не є у розпорядженні порушника;
- вдосконалення застосування судових заборон, процедур з отримання та зберігання доказів, уточнення змісту виправних заходів, включаючи вартість знищення тощо.

Із врахуванням розробки в Україні системи захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет, а також реалізації Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС наведена вище практика застосування цивільно-правових засобів захисту прав інтелектуальної власності в ЄС має суттєве значення на шляху вдосконалення захисту прав інтелектуальної власності в Україні. Це стосується вдосконалення регулювання відшкодування за порушення прав інтелектуальної власності, прийняття тимчасових заходів стосовно посередників, провайдерів Інтернет-послуг тощо.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.*// OJ L 157 30.4.2004. – P. 45.
2. *Каніца Ю. М., Ступак С. К., Жувака О. В.* Авторське право і суміжні права в Європі. – К.: Логос, 2012. – 692 с.
3. *Council resolution on the enforcement of intellectual property rights in the internal market*, 01.03.2010.
4. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «A Single Market for Intellectual Property Rights. Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe».* COM(2011) 287 final.
5. *Green Paper on the online distribution of audiovisual works in the European Union: opportunities and challenges towards a digital single market.* COM(2011) 427 final, 13.7.2011.
6. *Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights* Brussels, 22.12.2010 COM(2010) 779 final.
7. *Commission staff working document. Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States. Accompanying document to the Report COM(2010) 779 final.* Brussels, 22.12.2010, SEC(2010) 1589 final.
8. *Damages in intellectual property rights.* European observatory on counterfeiting and piracy. European Commission, 2009. – 114 p.

The practice of implementation and the use of EU Directive 2004/48/EC is analysed. The problems of civil remedies to protect intellectual property in the EU are investigated.

Анализируется практика имплементации и применения в государствах-членах ЕС директивы ЕС 2004/48/EC об обеспечении прав интеллектуальной собственности. Исследуются проблемные вопросы применения гражданско-правовых способов защиты прав интеллектуальной собственности в ЕС.

ПРАВОВІ ОСОБЛИВОСТІ ФУНКЦІОНУВАННЯ МИТНОГО СОЮЗУ ТА ЄДИНОГО ЕКОНОМІЧНОГО ПРОСТОРУ В МЕЖАХ ЄВРАЗІЙСЬКОГО ЕКОНОМІЧНОГО СПІВТОВАРИСТВА

Король В. І.,

кандидат юридичних наук,

завідувач відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства

НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Статтю присвячено правовим особливостям функціонування Митного союзу та Єдиного економічного простору, створених у межах Євразійського економічного співтовариства. Вбачається, що цей напрям стає одним із пріоритетів регіональної зовнішньоекономічної стратегії України поряд з формуванням зон вільної торгівлі з ЄС та державами СНД.

Ключові слова: регіональна зовнішньоекономічна стратегія, Митний союз, Єдиний економічний простір, ЄврАзЕС.

На сучасному етапі, який характеризується подальшою інтенсифікацією суперечливих інтеграційних та дезінтеграційних процесів на глобальному і регіональному рівнях, для України особливою гостротою набуває проблема формування і реалізації збалансованої зовнішньоекономічної політики на європейському та євразійському напрямках.

У такому контексті актуалізується необхідність дослідження правових засад, що обумовлюють основні напрями та можливі форми євразійської регіональної економічної інтеграції України. Виходячи з того, що загальні засади функціонування зони вільної торгівлі країн СНД та Митного союзу і Єдиного економічного простору, створених державами-членами Євразійського економічного співтовариства, розкрито в інших публікаціях автора [1, 2], метою цієї статті є розкриття правових особливостей їх функціонування, у тому числі, через призму інтересів України, що здійснено у вітчизняній правовій науці вперше.

Для досягнення мети статті доцільним є звернення до міжнародних договорів, укладених у межах СОТ, державами СНГ, які одночасно є членами ЄврАзЕС, Росією, Білоруссю та Казахстаном, рішень органів Митного союзу та Єдиного економічного простору, позицій фахівців.

До заходів локального або тактичного характеру з боку країн СНД, котрі одночасно є й членами Митного союзу, можна віднести запровадження інструментів протекціонізму, які спрямовуватимуться на створення правових бар'єрів для імпорту українських товарів на їх ринки. У свою чергу, не менш небезпечні ризики для економічних інтересів України та вітчизняних експортерів криються в потенційно можливих заходах стратегічного характеру.

У даному випадку йдеться про правові норми, які закріплено в незначному за обсягом, але надзвичайно суттєвому за можливим рівнем впливу Додатку № 6 до ратифікованого Верховною Радою України Договору про зону вільної торгівлі країн СНД [3], на якому невиправдано майже не акцентується увага дослідників.

Застосування положень цього Додатку нерозривно пов'язане з нормою, закріпленою у п. 1 ст. 18 Договору, виходячи зі змісту якої, Договір не перешкоджає Україні брати участь в угодах про Митний союз або вільну торгівлю відповідно до правил СОТ, зокрема, ст. XXIV ГАТТ 1994. У зазначеному Додатку, який визначає узгоджені підходи країн сторін Договору до офіційного автентичного тлумачення наведеної статті, передбачено наступне. У випадку, якщо участь однієї з країн в угоді (а України це стосується в першу чергу в контексті Угоди про асоціацію та зони вільної торгівлі з ЄС), передбаченій п. 1 ст. 18, веде до зростання імпорту з такої країни у таких обсягах, які наносять шкоду або загрожують нанести шкоду промисловості Митного союзу, то держави-учасниці Митного союзу, причому без шкоди для застосування розкритих вище ст. 8 та 9 цього Договору, після попередніх консультацій залишають за собою право ввести мита щодо імпорту відповідних товарів з такої першої країни у розмірі ставки режиму найбільшого сприяння.

Таким чином, у розпорядженні країн Митного союзу є інструменти як нетарифного стримування імпорту товарів з України у вигляді технічних бар'єрів, санітарних та фітосанітарних вимог, а також антидемпінгових, компенсаційних та спеціальних захисних заходів, так і тарифного стримування на підставі Додатку № 6 до Договору. При цьому варто акцентувати увагу на тому, що реалізація Митним союзом права, передбаченого у зазначеному Додатку, де-факто означатиме втрату для України стимулюючої функції Договору про зону вільної торгівлі країн СНД.

У ході переговорного процесу щодо набуття Росією членства в СОТ через приєднання до Марракеської угоди члени СОТ поставили багато важливих питань щодо співвідношення міжнародних документів Митного

союзу та СОТ, з яких виділимо такі: в який спосіб Російська Федерація забезпечить виконання своїх зобов'язань з питань, віднесених до компетенції органів Митного союзу; який статус має Угода СОТ в рамках правової системи Митного союзу; в який спосіб Росія забезпечить відповідність майбутніх міжнародних угод Митного союзу та рішень Комісії Митного союзу її зобов'язанням у СОТ [4].

Для з'ясування цих важливих аспектів слід звернутись до норм Договору про функціонування Митного союзу в рамках багатосторонньої торгової системи від 19 травня 2011 р. [5]. Так, згідно з п. 1 ст. 1 цього Договору з дати приєднання будь-якої зі сторін до СОТ положення угоди СОТ, як вони визначені в Протоколі про її приєднання, стають частиною його правової системи. При цьому вони включають зобов'язання, що прийняті як умова приєднання та належать до правовідносин, по-перше, повноваження, з регулювання яких у рамках Митного союзу делеговані трьома країнами-членами його органам, по-друге, урегульованих міжнародними угодами, які становлять договірно-правову базу Митного союзу. З цієї самої дати ставки Єдиного митного тарифу Митного союзу не будуть перевищувати ставки імпортного тарифу, які передбачено списком поступок та зобов'язань з доступу на ринок товарів, який є додатком до Протоколу приєднання до СОТ.

Згідно зі ст. 2 цього Договору правова система Митного союзу та рішення його органів будуть прийматися відповідно до Угоди СОТ, що передбачає звернення до положень протоколів про приєднання кожної з країн, з яких лише Росія набула членство в СОТ [6]. До здійснення зазначених заходів положення Угоди СОТ матимуть пріоритет над відповідними положеннями міжнародних договорів та рішень органів Митного союзу. Важливо акцентувати увагу на тому, що права та зобов'язання, у даному разі Росії, не підлягають скасуванню чи обмеженню міжнародними договорами або рішеннями органів Митного союзу, включаючи Суд ЄврАзЕС.

Окреслюючи нові можливості, які відкриваються для бізнесу в межах Єдиного економічного простору ЄврАзЕС, колишній міністр економічного розвитку РФ Е. С. Набіулліна до них віднесла: відсутність мита всередині ЄЄП, рівні умови конкуренції, доступ до системи держзакупівель, скорочення інвестиційних витрат завдяки створенню єдиного ринку, захист прав на інтелектуальну власність, спільну систему технічного регулювання, уніфіковані тарифи на перевезення залізницею, а також вільне переміщення робочої сили [7].

До основних принципів формування ЄЄП можна віднести: національний режим – створення суб'єктам підприємництва з інших країн ЄЄП рівних умов з резидентами; єдині принципи регулювання – установлення в угодах норм прямої дії, уніфікація національних режимів; наднаціональне регулювання – розширення регулятивних функцій наднаціонального органу [8].

Правову основу Єдиного економічного простору, який почав функціонувати з 1 січня 2012 р., становить сукупність базових міжнародних угод (договорів) у таких сферах: єдина економічна політика; вільний рух товарів, послуг, капіталу; пересування робочої сили; енергетика і транспорт.

Міждержрадою ЄврАзЕС (Вищим органом Митного союзу) на рівні голів урядів було ухвалено рішення від 15.03.2011 р. № 77 «Про формування Єдиного економічного простору Республіки Білорусь, Республіки Казахстан та Російської Федерації» [9], яким затверджено план заходів з реалізації Угод, що формують ЄЄП, розрахований до 2020 р. Одним із заходів, який стосується сфери прогнозування та регуляторної політики, визначено проведення не рідше одного разу на рік спільних нарад експертів країн для розгляду параметрів і основних показників прогнозів, основних факторів зростання та обмеження розвитку, розгляд і оцінка впливу ключових рішень, які визначають умови діяльності суб'єктів економіки.

Питання щодо наявних в Україні правових можливостей та обмежень зі здійснення стратегічного маневру щодо Митного союзу в контексті принципів і норм СОТ необхідно брати до уваги через ще один правовий аспект, на якому наголошує директор правового департаменту Комісії Митного союзу Н. Б. Слюсар. Сутність цього аспекту полягає в тому, що сформований на теперішній момент Митний союз на основі Договору від 6 жовтня 2007 р. є Митним союзом у межах ЄврАзЕС. Це означає, що його членом може стати лише держава-член ЄврАзЕС, яких є п'ять – Росія, Білорусь, Казахстан, Таджикистан та Киргизія, у свою чергу, Україна має статус спостерігача [10].

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити низку важливих висновків. Між функціонуванням на тимчасовій основі поглибленої всеохоплюючої зони вільної торгівлі України і ЄС та ризиками для України і вітчизняних експортерів щодо несприятливої зміни правового режиму зовнішньої торгівлі в межах Договору про зону вільної торгівлі країн СНД існують причинно-наслідкові зв'язки. Високоймовірною реалізацією державами-учасниками Митного союзу права на скасування преференційного правового режиму та введення мита щодо імпорту товарів, які походять з території України, у розмірі ставки режиму найбільшого сприяння зумовлюватимуться не юридичним фактом набрання чинності Угодою про асоціацію в частині зони вільної торгівлі, а необхідністю захисту промисловості Митного союзу. При цьому такі правомірні дії держав-учасниць Митного союзу здатні призвести до втрати для українських суб'єктів господарсько-торговельної діяльності стимулюючої функції зазначеного Договору.

Функціонування Митного союзу з 2012 р. здійснюється у більш сприятливому для України правовому режимі, що обумовлено його удосконаленням у межах багатосторонньої торгової системи на таких основних засадах: з дати приєднання країни Митного союзу до СОТ її угоди стають частиною його правової системи; правова система Митного союзу та рішення його органів відповідатимуть нормам Марракеської угоди про створення СОТ, причому положення цієї Угоди матимуть пріоритет над міжнародними договорами та рішеннями органів Митного союзу у випадку виникнення колізій.

Виходячи з того, що зафіксовані при набутті членства у СОТ ставки ввізного (імпортного) мита України є суттєво нижчими порівняно зі ставками єдиного митного тарифу Митного союзу Росії, Білорусі та Казахстану, теоретично можливе приєднання України до такого Союзу зумовлюватиме правові наслідки у вигляді надання зацікавленим членам СОТ нових поступок або, у випадку недосягнення домовленостей в ході проведення переговорів, запровадження ними відповідних контрзаходів.

З огляду на те, що відсутність системного підходу при формуванні економічної політики України визнається ключовим недоліком, важливим є здійснення наукових розробок щодо узгодження концептуально-правових засад реалізації зовнішньоекономічної стратегії нашої держави не тільки на європейському та євразійському напрямках, а й на інших, не менш важливих напрямках. До них слід, перш за все, віднести Східноазійський регіон, котрий за прогнозами буде виступати не тільки як центр дальшого глобального розвитку, а й як визначальний зовнішній фактор, характер та сила впливу якого значною мірою обумовлюватиме траєкторію майбутнього руху як ЄС, так і Росії, що ними визнається у власних стратегічних розробках до 2020 р. У свою чергу, це впливатиме безпосередньо й на можливості України забезпечувати публічні інтереси держави та приватні інтереси суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності в довгостроковій перспективі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Король В. І.* Новий договір про зону вільної торгівлі держав СНД: песимістичний правовий прогноз для суб'єктів зовнішньоторговельної діяльності України / В. І. Король // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 11. – С. 65–68.
2. *Король В.* Правові передумови модернізації євразійської зовнішньоекономічної політики України / В. Король // Юридична Україна. – 2012. – № 4. – С. 90–95.
3. *Закон України «Про ратифікацію Договору про зону вільної торгівлі»* від 30.07.2012 р. № 5193-VI // Голос України. – 2012. – № 147.
4. *Доклад Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации WT/ACC/ RUS/70 WT/MIN(11)/2* от 16 ноября 2011 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.wto.ru/ru/content/.../docs/ ReportOfTheWorkingPartyRus.doc.
5. *Договор о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sudevrazes.org/main.aspx?guid=19441>.
6. *Федеральный закон от 21.07.2012 № 126-ФЗ «О ратификации Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г.»* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.consultant.ru/ document/cons_doc_LAW_132905.
7. *Таможенный союз и Единое экономическое пространство: новые возможности для бизнеса* // Министерство экономического развития Российской Федерации, Москва. – 12 июля 2011 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.economy.gov.ru.
8. *О Соглашениях, формирующих Единое экономическое пространство Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.economy.gov.ru.
9. *Решение Межгоссовета ЕврАзЭС «О формировании Единого экономического пространства Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации»* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.tsouz.ru/MGS/MGS-14/Pages/MGS_77.aspx.
10. *Слюсарь Н. Б.* Правовые институты Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС: их задачи и функции [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.evrazes-bc.ru/news/view/253>.
11. *Меморандум о сотрудничестве по вопросам торговли между Евразийской экономической комиссией и Кабинетом Министров Украины* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tsouz.ru/Docs/MEM/Documents/MemEECUK.pdf>.
12. *Меморандум об углублении взаимодействия между Украиной и Евразийской экономической комиссией* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=246392044.

The article is dedicated to legal peculiarities of Customs Union and Single Economic Area functioning within the Eurasia Economic Area. It's considered to become one of regional foreign economic strategies priority of Ukraine together with free trade areas with the EU, the CIS states creation.

Статья посвящена правовым особенностям функционирования Таможенного союза и Единого экономического пространства в рамках Евразийского экономического сообщества. Данное направление следует рассматривать в качестве одного из приоритетов региональной внешнеэкономической стратегии Украины наряду с формированием зон свободной торговли с ЕС и странами СНГ.

СУЧАСНІ ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН З МІЖНАРОДНИХ МОРСЬКИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ

Микита І. Р.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядаються особливості правового регулювання договірних відносин у сфері міжнародних морських перевезень як інституту міжнародного приватного права, що здійснюється за допомогою його колізійного та матеріального-правового методу.

Ключові слова: міжнародне приватне право, міжнародні морські перевезення, колізійний метод, матеріально-правовий метод.

Актуальність даної теми пов'язана з потребою правового врегулювання міжнародних морських перевезень, а саме їх договірно-правової бази. Однією з найпоширеніших проблем розвитку міжнародного торговельного мореплавства є те, що деякі відносини, які виникають у ході здійснення міжнародної торгівлі, стають предметом регулювання міжнародного приватного права. Недоцільно розглядати договірні відносини у сфері міжнародних морських перевезень лише зі сторони цивільного та господарського права. Кодекс торговельного мореплавства України через свою неефективність не має безпосереднього впливу на групу даних відносин, а міжнародне приватне право в даній сфері ігнорується і наслідком цього є неповноцінне правове регулювання і невирішення спірних правових ситуацій, що виникають у торговельному мореплаванні. Слід врахувати, що міжнародне приватне право має досить об'ємний ряд проблемних питань, що впливають на дані відносини. Тому в цій статті розглядаються механізми застосування основних методів міжнародного приватного права. Метою даного дослідження є пошук шляху вдосконалення як національного, так і міжнародного законодавства стосовно договірних відносин, що виникають при здійсненні міжнародних морських перевезень.

Цьому дослідженню деякою мірою передували праці вітчизняних, російських та інших зарубіжних вчених: Т. В. Аверочкиної, Т. М. Авраменко, І. В. Гетьман-Павлової, М. М. Богуславського, А. Г. Гойбарха, Б. Голдмана, Д. Л. Демюлена, П. Девлін, О. В. Дзери, А. С. Довгерта, Є. В. Додіна, І. С. Зікіна, І. В. Зенкіна, О. С. Іоффе, О. Г. Калкіна, О. Д. Кейліна, О. В. Клепікової, А. С. Кокіна, Є. М. Кондратьєва, С. О. Кузнецова, С. Н. Ландкофа, О. А. Липинської, А. Лоунфельда, В. В. Луця, Л. А. Лунца, Г. З. Мансурова, І. М. Макарова, О. О. Мережко, А. І. Муранова, Я. Рамберга, Є. П. Передерієва, К. С. Пісьменної, І. В. Сасенко, Ю. В. Сергєєва, В. В. Серафимова, Є. Д. Стрельцової, О. В. Трояновського, О. М. Шемякіна, К. М. Шміткоффа, Д. Якобсона.

Процес застосування колізійних норм у дуже багатьох аспектах має суттєві відмінності від застосування національного права. Він є більш складним, тому що відображає взаємодію різноманітних правових систем і включає у себе дві стадії. На першій стадії необхідно дізнатись, чи колізійна норма взагалі підлягає застосуванню і яка саме і до права якої країни відсилає. Тут виникають наступні правові питання: взаємність, кваліфікація, обхід закону, зворотне відсилання і відсилання до права третьої країни. Друга стадія полягає у застосуванні права, до якого відсилає колізійна норма. Точніше, ця стадія є застосуванням не колізійної норми, а норм матеріального права – національного або ж іноземного. При цьому вже виникають інші питання: публічний порядок і зміст застосованого іноземного права.

Найбільше проблем виникає із законом, обраним особою, яка вчинила правочин (*lex voluntaris*), та являє собою застосування права тієї держави, яку оберуть самі сторони. Дану форму прикріплення ще характеризують як принцип «автономії волі сторін». Пункт 5 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» визначає дане поняття як принцип «автономія волі сторін – це принцип, згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосуванню до відповідних відносин» [1].

Концепція автономії волі сторін була заснована французьким колізіоністом Шарлем Демюленом, який вважав, що до зобов'язальних відносин має застосуватись право, обране сторонами, якщо вибір права відсутній, то він є мовчазним і впливає з обставин справи.

А. С. Довгерт вважає, що Рим I зменшив «гнучкість» колізійного регулювання договірних відносин за рахунок більшої визначеності при застосуванні двох основних принципів: автономії волі сторін та найбільш тісного зв'язку. Щодо автономії волі сторін на відміну від Римської Конвенції, Конвенція Рим I, що встановлювала «вибір права, що припускається» (*with reasonable certainty*), пропонує чіткий та ясний вибір, що на думку коментаторів, обмежує суддівську свободу у вирішенні питанні про те, чи відбувся вибір права між сторонами договору у разі відсутності явно вираженої домовленості. У Рим I також не згадується про незалежність вибору права від вибору юрисдикції, що надає можливість припустити, що включення до договору умови про вибір юрисдикції буде достатньою підставою для судді вважати, що сторони договору мали на увазі також і вибір права. Також А. С. Довгерт відмічає, що даний документ не надає можливості сторонам вибрати замість права певної країни *lex mercatoria*. За що Регламент Рим I було розкритиковано, так як з огляду на сучасний розвиток міжнародних торговельних відносин практика все більше звертається і використовує концепцію *lex mercatoria* [8, с. 34]. Ми підтримуємо позицію вищезазначеного науковця, що варто враховувати дану концепцію. У Проекті Цивільного

кодексу України, а саме у Книзі восьмій було запропоновано правило, за яким сторони (сторона) не обмежувались вибором права конкретної держави, і що цей вибір може включати вибір права транснаціонального характеру, наприклад, як загальних принципів *lex mercatoria*. Але, на жаль, це правило так і не знайшло свого відображення в національному цивільному праві, що наразі дозволило розвивати договірний механізм і виконання зобов'язань, які виникають у міжнародному приватному праві [9, с. 13].

Сучасне міжнародне приватне право виділяє три підходи до поняття «автономія волі сторін». Перша теорія розглядає автономію волі сторін як принцип міжнародного приватного права, при цьому посилаючись на Преамбулу Резолюції Інституту міжнародного права на Базельській сесії 1991 року «Автономія волі у міжнародних контактах між фізичними та юридичними особами». Друга теорія розуміє автономію волі як колізійну норму або як прив'язку. Л. А. Лунц вважав, що автономія волі сторін не є джерелом колізійного права, а однією з колізійних норм або одним із колізійних інститутів права, встановлених внутрішнім правопорядком держави чи її міжнародними договорами. Третя розуміє під автономією волі сторін інститут національного законодавства, існування якого закріплюється нормами національного права держав та міжнародними договорами. З цієї точки зору, автономію волі сторін слід розглядати як комплекс однорідних взаємопов'язаних норм, що регулюють певну групу відносин, які виникають у сфері міжнародного приватного права [14, с. 179].

Цивілісти розглядають договір морського перевезення як цивільно-правову угоду, а господарники відстоюють думку про те, що він є майновою угодою, яка має визначену господарську мету – переміщення вантажу морським транспортом.

З точки зору цивільного права України, даний договір розглядається як реальний, оскільки він вважається укладеним у момент здачі вантажу перевізнику. Є оплатним і двостороннім, так як здійснюється за певну обумовлену договором плату, і сторони договору наділені взаємними правами та обов'язками. Також він є довгостроковим, бо розрахований на здійснення систематичних перевезень. Сторонами цього договору є перевізник та відправник, одержувач вантажу прирівнюється до учасників договору. Господарське право України зводить даний договір до системи правових умов комерційної експлуатації морських суден, в якій акцентується увага на отриманні прибутку, але потрібно врахувати те, що отримання прибутку не є основною метою такого договору, крім того, сам договір не може бути умовою експлуатації морського судна. Суб'єктами договору морського перевезення вантажу є юридичні та фізичні особи, зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності [10, с. 5].

Багато разів наукою міжнародного приватного права порушувалось питання, що собою являє даний договір. Наприклад, І. М. Макаров вважає, що на сьогодні відсутній єдиний підхід до визначення його змісту. Деякі науковці вважають, що йдеться про єдиний договір, який на практиці виступає у двох формах, а інші дотримуються думки, яка полягає у тому, що договір морського перевезення та зовнішньоекономічний договір (контракт), який пов'язаний з морським перевезенням, є двома зовсім різними договорами. Починаючи з радянських часів, науковці намагались визначити правову природу договору морського перевезення [11, с. 78].

Вперше на міжнародному рівні поняття договору морського перевезення було частково визначено у Конвенції про уніфікацію деяких правил про коносамент 1924 року, а зокрема п. б ст. 1, де зазначено, що під договором морського перевезення розуміється той договір, який є засвідчений коносаментом чи будь-яким іншим подібним документом і є підставою для здійснення морського перевезення вантажу [2]. Конвенція ООН про морські перевезення вантажів (Гамбурзькі правила 1978 року) містить вже інше визначення договору морського перевезення, за яким договір морського перевезення є будь-яким договором, відповідно до якого перевізник за оплату фрахту зобов'язується перевезти вантаж морем з одного порту в інший, однак договір, що охоплює перевезення морем, а також перевезення будь-яким іншим способом, розглядається як договір морського перевезення для цілей даної Конвенції лише в тій мірі, в якій він відноситься до перевезення морем [3].

Прийнята Конвенція про повне або часткове міжнародне морське перевезення вантажів (Роттердамські правила) від 11 грудня 2008 року є останнім та найновішим документом, що пов'язаний з міжнародною морською торгівлею. Застосовується до договорів морського перевезення, за якими місця отримання вантажу та місця здачі вантажу знаходяться у різних державах, і порт навантаження і порт розвантаження для морського перевезення знаходяться у різних державах, якщо відповідно до договору перевезення будь-яке з наступних місць знаходиться у Договірній державі: 1) місце отримання вантажу; 2) порт навантаження; 3) місце здачі вантажу або порт розвантаження. Конвенція застосовується без урахування національності судна, перевізника, виконуючих сторін, відправника, одержувача або будь-яких інших зацікавлених сторін.

Конвенція мала б врахувати усі технологічні та комерційні зміни, які відбулись з часу прийняття вищезазначених конвенцій і визнати необхідність їх консолідації та модернізації. Прийняття однакових правил, що регулюють міжнародні договори повного або часткового морського перевезення, сприятиме правовій визначеності та підвищить ефективність морського перевезення вантажів і сприятиме появі нових можливостей доступу до раніше віддалених ринків і, таким чином, відіграє одну з важливих ролей у міжнародній торгівлі і економічному розвитку держав як на національному, так і на міжнародному рівнях [4].

Безумовно, Конвенція ООН про договори повного або часткового морського міжнародного перевезення вантажів містить певну кількість позитивних моментів, що виявляються в оновленні регулювання міжнародної морської торгівлі. Але на відміну від Конвенції ООН про морське перевезення вантажу 1978 року (Гамбурзькі правила), вищезгадана Конвенція вводить нову термінологію, яка раніше не використовувалась і, на нашу

думку, може мати значення для міжнародного приватного права. Найголовніше міститься у поясненні терміна *доміциль*, під яким Конвенція розуміє місце, в якому будь-яка компанія або юридична особа, або асоціація фізичних або юридичних осіб має своє статутне місце перебування або місце інкорпорації, або місце знаходження центральної зареєстрованої контори залежно від того, що застосовується: місце розташування центральної адміністрації або місце ведення основної діяльності, або ж звичайне місце проживання фізичної особи. Не вирішується питання щодо договорів про перевезення пасажирів та їх багажу. Конвенція передбачає участь регіональних організацій економічної інтеграції і наслідки прийняття державою цього документа для внутрішньодержавних територіальних одиниць. Проаналізувавши дану Конвенцію як метод матеріально-правового регулювання договірних відносин, що складаються у міжнародному торговельному мореплаванні, ми вважаємо, що даний документ все ж більше стосується договорів організації морського перевезення, а не договорів морського перевезення. Організація і перевезення вантажу, на нашу думку, є різними поняттями, і з ними пов'язані різні ризики. Все ж вважаємо, що у цьому міжнародному документі є посилання на колізійні норми, що є неприпустимо для конвенційного права. Якщо міжнародною спільнотою були зроблені зусилля полегшити морську торгівлю, то держави продовжують зберігати дух традиціоналізму в своєму морському законодавстві [4].

Все ж таки загальний механізм регулювання договору морського перевезення у міжнародному приватному праві базується на колізійних прив'язках. Для України це питання є актуальним, тому що все більше держав оминають її при здійсненні морських перевезень і не бажають навіть транзитом заходити до морських портів. Це спричинено не лише тим, що портова інфраструктура нашої держави має незадовільний стан, а тим що іноземні держави не зацікавлені втрачати свій прибуток через недосконалість національного регулювання договору морського перевезення. Наукові дослідження опікуються лише динамікою, з якою розвивається світова торгівля, і перспективами розвитку суднобудівної промисловості та постачанням нового тоннажу. Як би не змінювався світ в умовах глобалізації, людство все ж залежне від морської торгівлі.

Міжнародне приватне право та міжнародне публічне право у сфері торговельного мореплавання взаємозалежні, тому що джерела міжнародного приватного права мають двоїтий характер: частина норм морського права, що регулює приватноправові відносини з іноземним елементом, містяться у внутрішньому законодавстві держави, а частина — у міжнародних документах. Кожна держава має щось своє, що стосується правового регулювання договору морського перевезення у міжнародному приватному праві, тому ці процеси взаємодії мають бути врегульовані.

Однією з актуальних проблем договірних відносин міжнародних морських перевезень є практична неможливість уніфікувати норми міжнародного приватного права, що пов'язані з цією сферою. Так історично склалось, що вирішення цих проблем та вирішення протиріч між правопорядками держав майже завжди відбуваються без перегляду концептуальної позиції про те, що міжнародне приватне право є невід'ємною частиною та певним феноменом кожної правової системи. Наразі у сучасному світі все настільки інтернаціоналізовано, що виникає надто велика кількість суперечностей міжнародного характеру у цивільних відносинах, що спричинено, насамперед, недосконалістю національного правового регулювання держав. У науці міжнародного приватного права все частіше зустрічаються думки науковців про те, що має бути спільне міжнародне приватне право для всіх країн. Ми вважаємо, що це можливо лише в деяких окремих галузях міжнародного приватного права. Такою сферою є міжнародне торговельне мореплавання.

Можна виокремити два типи уніфікації, що здійснюється у міжнародному приватному праві – уніфікація колізійних норм і уніфікація матеріально-правових норм у різних сферах приватноправових відносин з іноземним елементом [12, с. 84]. Але для міжнародного приватного права характерна непередбачуваність колізійної норми, яка буде застосована судом для врегулювання відносин з іноземним елементом; встановлення змісту іноземного права та пошук підходів для його вірного тлумачення; колізійна норма у більшості випадків відсилає до матеріальної норми, яка була створена без урахування, що іноземний елемент може також бути задіяний у певному виді відносин, що регулюються цією нормою; зворотне відсилання та відсилання до права третьої держави; конфлікт кваліфікацій; принципові розходження щодо регулювання правового статусу фізичних та юридичних осіб; випадки застосування права конкретної держави до відносин, що повністю відбуваються за межами території цієї держави; колізії між колізійними нормами різних держав, що призводить до відносин, які неможливо вирішити ні за правом однієї держави, ні за правом іншої держави; визнання та виконання судових рішень [6, с.126].

Як свідчить практика і міжнародне торговельне судноплавання, при регулюванні приватноправових відносин більш важливого значення набула уніфікація норм морського права, а не міжнародного приватного права.

Пропонуємо розглянути певні правові наслідки такої вибіркової уніфікації у даній сфері. Для прикладу, розглянемо Гаазькі правила. Відомо, що вони розроблені для застосування до договорів морського перевезення вантажів лише з використанням коносаменту або ж подібному йому товаророзпорядчого документа.

Згідно зі ст. 10, яка визначала дію даної Конвенції (правил), її положення застосовуються до будь-якого коносаменту, який було видано у державі-учасниці даного міжнародного документа. Не дивлячись на наявність такої норми, на практиці вона розпочала застосовуватись державами у дуже вузькому значенні. Причиною цього було те, що в протоколі до даної Конвенції містилось положення, що передбачало альтернативний порядок введення її у дію у договірних держав. Вони могли надати Конвенції сили закону або ввести її правила до свого національного права і надати їм таку форму, яка притаманна їхньому законодавству. Так, країни Британської співдружності та кілька інших, серед яких є Ізраїль та Ірландія, обмежили сферу дії конвенційних

правил тільки для перевезень між цими країнами, тобто експортними перевезеннями. США пішли зовсім іншим шляхом, їхній Закон США «Про морські перевезення» 1936 року на той час теж не збігався із положеннями Конвенції про сферу її дії, норми, які втілювали правила Конвенції, діяли стосовно всіх договорів морського перевезення із портів США і пунктів призначення, в яких були порти США. Це свідчить про те, що конвенції не є гарантією того, що колізійно-правового методу можна стовідсотково уникнути, навпаки, це свідчить про те, що їхні норми самі ж здатні породити велику кількість конфліктних явищ у правових системах держав. Також не можна лише в межах міжнародного морського права розглядати договірні відносини у сфері торговельного мореплавства, потрібно враховувати їх приватноправовий характер і наявність іноземного елемента та значні спірні правові питання та прогалини, які завжди там виникають [7, с. 38].

Ми вважаємо, що це не досить правильно, що міжнародна спільнота більш активно застосовує уніфікацію норм морського права без урахування впливу на нього міжнародного приватного права, а саме виникнення колізій різнонаціональних законів, які не знайшли свого місця у положеннях конвенцій. Виникнення колізій на їхній основі викликане неоднаковим тлумаченням її понять. Необхідно врахувати той факт, що не одна з діючих конвенцій не є універсальною з тієї причини, що не охоплює всю кількість держав, які беруть участь у міжнародній морській торгівлі. Держави не беруть участі за різних причин, є такі держави, що мають у наявності фіктивний торговельний флот.

Можемо зробити висновок, що колізійно-правовий метод міжнародного приватного права не може носити імперативний характер, але держави з ціллю забезпечити свої економічні інтереси саме так і сприймають його. Призначення цього методу полягає у його гнучкості та зручності, а в сфері торговельного мореплавства його роль полягає у забезпеченні законних прав та інтересів учасників саме приватноправових відносин, а не тих відносин, які складаються між державами. Сфера торговельного мореплавства є такою сферою, у якій, зазвичай, встановлюється кілька іноземних правових систем, що готові вирішити спір, що виникає. Але в деяких випадках набагато простіше застосувати не закон суду, а зробити вибір між тими правовими системами, які мають однакові інтереси у тій чи іншій сфері. Ми вважаємо, що міжнародне приватне право повинне розвиватись з урахуванням того, як змінюються сучасні суспільні відносини, і того, що воно не покликане підпорядкувати інтереси однієї держави іншій. Тому ми пропонуємо надалі досліджувати міжнародні морські перевезення як інститут міжнародного приватного права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32 – Ст. 422
2. Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент від 25 серпня 1924 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_221.
3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про морське перевезення вантажів від 31 березня 1978 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_391/card6#Public.
4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори повного або часткового морського міжнародного перевезення вантажів від 11 грудня 2008 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/carriage_of_goods.shtml.
5. Бірюков О. М. Транскордонні банкрутства у міжнародному приватному праві [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ndippp.gov.ua/Schorichnuk/Birukov.pdf>.
6. Грамацький Є. М. Актуальні проблеми міжнародного приватного права у світлі гармонізації цих процесів в Європі // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 3. – С. 126–129.
7. Гуреев С. Н. Коллизионные проблемы морского права. – М.: Международные отношения, 1972. – 222 с.
8. Довгерт А. С. Новелізація 2010 року міжнародного приватного права в Україні // Збірник наукових праць Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України. – 2011. – № 10. – С. 12–15.
9. Довгерт А. С. Колізійне регулювання договірних відносин в Європейському Союзі та Україні // Збірник наукових праць Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України. – 2012. – № 11. – С. 32–35.
10. Лідовець Р. А. Поняття вантажу за договором перевезення / Часопис національного університету «Острозька академія». – Серія «Право». – 2011. – № 2(4). – С. 1–9.
11. Макаров И. М. Понятие договора морской перевозки // Научный вестник международного гуманитарного университета. – 2011. – № 1. – С. 78–80.
12. Муранов А. И., Давиденко Д. Л. Унификация и согласование права международной торговли: развитие, проблемы и тенденции // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2008. – №3 – С. 81–86.
13. Садилов О. Н. Договоры международной купли-продажи и перевозки: связь и взаимодействие. – М.: Наука, 1979. – 233 с.

The article examines characteristics of regulation of contractual relations and present theoretical problems in the field of International Shipping Law from the aspect of International Private Law.

В статті розглядаються особливості правового регулювання договірних відносин в сфері міжнародних морських перевезень як інституту міжнародного приватного права, що здійснюється з допомогою його колізионного і матеріально-правового методів.

МЕЖІ ЗАХИСТУ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ПУБЛІЧНИХ ОСІБ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ

Посикалюк О. О.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Стаття розглядає межі цивільно-правового захисту особистих немайнових прав публічних осіб в романській, германській та англо-американській системах приватного права.

Ключові слова: особисті немайнові права публічних осіб, романська система приватного права, германська система приватного права, англо-американській система приватного права

Особисті немайнові права, що входять до предмета нашого дослідження, за своєю природою є такими, що належать кожній фізичній особі на основі принципу юридичної рівності. Разом із тим динаміка особистих немайнових прав може знаходитись в залежності від правового модусу фізичної особи. Тому інколи обсяг правового захисту залежить від правового статусу фізичної особи, зокрема, від того, чи належить вона до так званих публічних осіб, що і визначає актуальність нашого дослідження.

Доктринальна база дослідження охоплює фундаментальні наукові здобутки вітчизняних вчених (В. І. Бобрика, О. В. Кохановської, Д. Д. Луспеника, В. П. Паліюка, Р. О. Стефанчука, С. І. Шимон та ін.), а також розробки, які здійснили іноземні науковці (Л. Брандейс (*Louis D. Brandeis*), Л. Бігрейв (*Lee A. Bygrave*), Р. Гевісон (*Ruth Gavison*), У. Проссер (*William L. Prosser*), Д. Солоув (*Daniel J. Solove*), С. Шекельфорд (*Scott J. Shackelford*), А. Вестін (*Alan F. Westin*) та ін.). Проте необхідно вказати на недостатність у вітчизняній науці порівняльно-правового дослідження цивільно-правового захисту особистих немайнових прав публічних осіб у різних системах приватного права.

Поняття «публічних осіб» відомо приватному праву романської («*personnes publiques*») або «*personnes connues du public*»), германської («*Personen der Zeitgeschichte*») та англо-американської систем («*public figure*»). Виділення правового модусу публічних осіб полягає у встановленні менших меж захисту їх особистого життя порівняно із іншими особами. Постає питання визначення підстав виникнення такого статусу, диференціації публічних осіб та з'ясування умов легітимного втручання в їх особистісну немайнову сферу.

Підстави, фактичні обставини, які зумовлюють виникнення правового модусу публічної особи, є надзвичайно різноманітними. Встановлення вичерпної їх множини здається неможливим та недоцільним. Спільною ознакою для усіх таких обставин є наявність суспільного інтересу, який у свою чергу обумовлює легітимність втручання в особисте життя публічних осіб. Обґрунтованою видається позиція, яка не визначає як передумову виникнення публічного статусу, щоб особа свідомо стала помітною для публіки чи щоб свідомо та цілеспрямована поведінка особи сприяла виникненню щодо неї уваги та зацікавленості з боку суспільства; натомість вирішальним фактором є наявність виправданого суспільного інтересу [1, с. 44].

Різнманітність підстав виникнення обумовлює чисельність категорій осіб, які можуть набувати такого публічного статусу. Питання щодо поділу публічних осіб на види у різних системах приватного права вирішується по-різному. У Франції в цьому контексті виділяють дві групи публічних осіб: апріорі відомі особи (політики, особи, які відіграють значущу роль в економічному, культурному, спортивному, релігійному житті суспільства, представники шоу-бізнесу, монархи, члени королівських сімей); особи, апріорі невідомі, які стали складовою новин про суспільно значущі події (заворушення, стихійні лиха, аварії, терористичні акти, інші політичні, мистецькі, спортивні події), а також учасники розгляду резонансних судових справ у відкритому судовому засіданні [2, с. 176–177].

Німецька судова правозастосовна практика поділяє публічних фізичних осіб на дві категорії: «абсолютні» (*absolute*) та «відносні» (*relative*) [3, с. 16–17]. До абсолютних слід відносити публічних осіб, які в силу свого статусу, значущості, соціальних функцій, що виконуються, перманентно пов'язані з подіями сучасної історії, наприклад, глави держав, політичні діячі, члени королівських сімей, знамениті актори, артисти, відомі учені, ведучі ток-шоу, атлети тощо. Абсолютні публічні особи користуються найнижчим рівнем захисту їх індивідуальної та приватної сфер в силу виправданого суспільного інтересу в отриманні інформації, яка може стосуватися також відомостей розважального характеру та охоплювати поширення пліток [4].

Особи, які привертають суспільну увагу лише протягом обмеженого періоду часу, належать до відносних публічних осіб. Серед них є: особи, тісно пов'язані зі знаменитостями (члени сім'ї, друзі, коханці); керівники державних установ (прокурор), особи, які привертають суспільну увагу в силу своєї професії (адвокати у резонансних справах); учасники кримінального провадження (підозрюваний, обвинувачений); випадкові учасники суспільно значущих подій (потерпілі від злочину, природної катастрофи) [5, с. 84]. Підстава виникнення модусу відносної публічної особи визначає межі втручання в її особисте життя, яке може бути виправданим лише за таких умов: наявності дійсного та доступного для розпізнавання зв'язку із такою підставою; підстава повинна бути досі актуальною. Інакше їхні особисті немайнові права знову переважатимуть суспільний інтерес в інформуванні.

Поділ публічних осіб на абсолютні та відносні зазнав критики з боку Європейського суду з прав людини щодо необхідності чіткого та очевидного розмежування між ними [6], встановлення в кожному конкретному

випадку балансу між захистом особистої немайнової сфери та свободою слова. Тому німецькі суди поступово відходять від практики визначального розмежування між абсолютними та відносними публічними особами до застосування концепції ступінчастого захисту (*abgestuftes Schutzkonzept*) [7, с. 533], досліджуючи, як кожен окремий випадок стосується сучасної історії. Таке вирішення справ в індивідуальному порядку робить можливим встановлення правомірності втручання в особисте життя лише за наявності об'єктивного суспільного інтересу в інформації (*öffentliches Informationsinteresse*).

Судова практика США виокремила дві групи публічних осіб. По-перше, до публічних осіб з власної волі (*voluntary public figures*) відносять тих, хто добровільно привертає суспільну увагу шляхом участі в суспільно значущій діяльності, виконуючи видатну роль в процесах, що мають загальний економічний, культурний, соціальний чи інший подібний суспільний інтерес, або виставляє себе чи результати своєї праці на всезагальний огляд [8]. Такими, приміром, є державні службовці високих рангів, естрадні артисти, професійні спортсмени, топ-менеджери тощо. По-друге, виділяють публічних осіб мимоволі (*involuntary public figures*), які не прагнули та не погоджувались на гласність, але в силу своєї власної поведінки або іншим чином стали об'єктом легітимного суспільного інтересу [9]. Ця категорія включає: потерпілих від злочину, жертв нещасного випадку, звинувачених у вчиненні злочину, осіб, що вчинили героїчні вчинки, так само як осіб, які перебувають у близьких стосунках з публічними особами. Зазначені особи, причетні до публічної полеміки, мусять допускати певний рівень втручання з боку засобів масової інформації. Допустиме втручання в приватне життя осіб, які набули статусу публічних як з власної волі, так і мимоволі, не обмежується обставинами, які породили щодо них суспільний інтерес. Вказаний інтерес легітимно охоплює, в розумних межах, інформацію про особу та факти її життя, які б за інших умов вважалися особистими [8].

Правовий модус фізичної особи публічного права у Великій Британії має свої особливості порівняно із правом США. Зокрема, в англійському праві не здійснюється чіткого розмежування категорій публічних осіб за підставами виникнення такого статусу [3, с. 14]. Це зумовлює досить слабкий захист приватності осіб, які набули статусу публічних в силу випадку чи протиправної поведінки щодо них. Особливо це стосувалося жертв злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканності, для захисту яких було прийнято спеціальний закон [10]. Отже, поділ публічних осіб на види здійснюється з використанням об'єктивного (роль, яку виконує, місце, яке займає особа у суспільстві) або суб'єктивного (наявність чи відсутність волі на набуття публічного статусу) критеріїв. Значення такого поділу полягає у встановленні різних меж втручання в особисте життя відмінних категорій публічних осіб.

Варто зауважити, що наявність модусу публічної особи не позбавляє вказану фізичну особу цивільно-правового захисту особистих немайнових прав, а лише вказує на межі правомірного втручання (шляхом використання їх імені, зображення, відомостей про них з метою інформування суспільства) в їх особистісну сферу. При цьому необхідним є дотримання певних умов. Зокрема у Франції до таких умов відносять: 1) легітимність такого втручання; 2) інформація про таку особу мусить бути корисною для суспільства; 3) таке втручання не повинно принижувати гідність фізичної особи [2, с. 176–179].

Легітимність втручання визначається наявністю виправданого суспільного інтересу до інформації та є залежною від ступеня та джерел знаменитості особи. Публікація відомостей про особисте життя публічної особи без такого легітимного суспільного інтересу буде складати цивільне правопорушення та тягнути за собою цивільну відповідальність [11]. Поняття «суспільного інтересу» не є чітко визначеним та в найширшому розумінні охоплює загальні потреби громадян в управлінні місцевими, регіональними та державними справами, стосується державного та суспільного блага [12, с. 172]. В контексті діяльності засобів масової інформації суспільний інтерес тісно пов'язаний із поняттям «новини», яке не обмежене відомостями політичного життя та коментарями суспільно значущих подій, але поширюється на будь-яку інформацію з громадських питань, поява якої в газеті чи журналі може бути очікуваною [2, с. 74]. При цьому необхідно зауважити, що хоча право публічних осіб на приватність обмежено легітимним суспільним інтересом, вони зберігають право комерційного використання ознак індивідуальності.

Корисність інформації про публічну особу визначається необхідністю для суспільства в отриманні такої інформації. Оприлюднення фактів приватного життя чи публікація зображення повинні безпосередньо стосуватися описуваних подій та мати на меті інформування громадськості. Пояснити це можна на такому прикладі французької судової практики. У 1986 р. видавнича група Сосьєте Груп Експансьйон (*Société Groupe Expansion*) опублікувала статтю, в якій дослідила та класифікувала заробітки та особисті статки деяких топ-менеджерів великих французьких компаній і відомих осіб у світі бізнесу та економіки, двоє з яких висловили своє небажання розголошувати вказану інформацію, що стало підставою для звернення останніх до суду з позовом про відшкодування моральної шкоди. Суд касаційної інстанції відмовив у позові, оскільки спірна інформація отримана правомірно, без зловживання чи злого умислу, та була опублікована виключно з метою інформувати громадськість про деякі важливі аспекти світу бізнесу [13]. При цьому корисність інформації є поняттям оціночним, а тому має бути встановлена судом у кожному конкретному випадку.

Наступною умовою обмеження захисту особистих немайнових прав публічних осіб є дотримання вимоги поважати гідність людини, в тому числі людини, яка померла. Ще один приклад із французького судочинства, у номері газети «Парі-Матч» («*Paris-Match*») від 19 лютого 1998 р. було опубліковано статтю «Обезглавлена Республіка», в якій розповідалося про вбивство префекта Клода Еріньяка (*Claude Erignac*) 6 лютого цього самого року. Стаття

також містила фотографію тіла префекта, розпластаного на шосе, з обличчям, поверненим у бік камери. Вдова і діти префекта Еріньяка подали позов про вилучення всіх примірників журналів «Парі-Матч», в яких було опубліковано фотографію тіла префекта, і заборони їх продажу. Суд визнав, що такого роду фотографія була посяганням на людську гідність [14].

Окрім того у Франції для захисту приватного життя публічних осіб визнається так зване право на забуття («*droit à l'oubli*»). Під останнім розуміють цивільно-правовий спосіб захисту особистих немайнових прав публічної особи, спрямований на захист таємниці минулого і життєвий спокій того, хто вирішив не присвячувати себе публічним справам. Цей спосіб захисту передбачає, що стосовно особи, яка набула статусу публічної особи не з власної ініціативи, умова корисності інформації, в першу чергу, означає заборону розголошення поточних подій життя особи, яка була предметом інформаційних сюжетів у минулому. Французькі суди досить стримано підходять до задоволення вимоги про забуття, оскільки в багатьох випадках застосовують принцип, відповідно до якого особа не може вимагати заборони публікації фактів, що стосуються минулого злочину, який визвав обурення у суспільстві. Хоча такий підхід знаходить свою критику, обґрунтовану так: якщо особа не перебуває більше в центрі суспільної уваги, таке нагадування про минулий злочин погіршить можливості реінтеграції у суспільстві [3, с. 45]. Таким чином, при застосуванні такого способу захисту, як право на забуття, важливим є врахування таких факторів: суб'єктивного – наявність підтвердженої поведінкою волі самої фізичної особи, що виражає небажання бути в центрі суспільної уваги, та об'єктивного – пов'язаного із відсутністю (зникненням) виправданого суспільного інтересу, а відтак легітимності та корисності втручання в особисте життя публічної особи.

Отже, цивільно-правовий захист особистих немайнових прав публічних осіб у різних системах приватного права буде відрізнятися. Так, публічні особи у Франції мають можливість значною мірою контролювати появу відомостей про їх приватне життя та своїх зображень у ЗМІ. Таким чином, публічні особи відповідно до романської та германської систем приватного права володіють усім спектром особистих немайнових прав, але їх захист, зокрема захист права на приватність, може бути обмежений за умови виправданого суспільного інтересу, наявність якого має бути встановлено судом.

Натомість в англо-американській системі приватного права захист особистого життя публічних осіб є значно вужчим. Наприклад, у Великій Британії довгий час домінувала позиція, відповідно до якої публічні особи розглядалися як легітимний об'єкт насмішок та нападок (*fair game*) незалежно від підстав виникнення публічного статусу, обставин втручання в особисте життя чи зв'язку між таким втручанням та характером відповідного суспільного інтересу. При цьому презюмується, що особисте життя таких осіб само по собі втрачає конфіденційність [15, с. 679]. Обґрунтовується це тим, що той, хто прагне та схвалює розголошення відомостей свого особистого життя доки вони демонструються в прийнятній манері, не може скаржитись на втручання в особисте життя шляхом їх розголошення в манері неприйнятній [5, с. 58]. Лише з прийняттям Закону про права людини як наслідок, ним обумовлений, почав запроваджуватись підхід, відповідно до якого публічні особи не втрачали автоматично захист приватного життя. Зокрема, у рішенні щодо справи *A v. V & C* зазначалось, що публічні особи мають право за відповідних умов захищати свою приватність, усвідомлюючи при цьому, що вони в силу свого статусу мають допускати та сприймати більш прискіпливе вивчення своєї поведінки засобами масової інформації [16].

Проведене дослідження дозволяє провести певні паралелі з вітчизняною правовою дійсністю. Нині в Україні визнається необхідність запровадження правового модусу публічної особи на рівні наукових досліджень, окремі аспекти такого модусу знаходять своє законодавче закріплення, та накопичується й узагальнюється судова практика. Вважаємо, що критерієм виявлення фізичної особи публічного права є наявність суспільного інтересу щодо інформування про діяльність такої особи. При цьому поняття «суспільний інтерес» характеризується як таке, що не може мати чітко окреслених рамок, не може бути наперед визначеним. Зміст, межі суспільного інтересу потребують встановлення судом у кожному конкретному випадку.

Статус публічної не позбавляє фізичну особу захисту від втручання в особисте життя, а тому постає питання про межі правомірності такого втручання. На нашу думку, дані межі можуть бути визначені шляхом встановлення загального правила, відповідно до якого втручання в особисте життя публічної особи навіть за наявності суспільного інтересу не може принижувати її гідність, а також шляхом з'ясування в кожному конкретному випадку співвідношення суспільного інтересу в інформуванні громадськості та приватного інтересу в захисті особистісної немайнової сфери.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Ilbina I.* Personības tiesību aizsardzība un civiltiesiskā atbildība to aizskāruma gadījumā: Promocijas darba kopsavilkums: Civiltiesības / I. Ilbina. – Rīga. – 2006. – 58 lpp.
2. *Beverley-Smith H.* Privacy, Property and Personality: Civil Law perspectives on Commercial Appropriation / H. Beverley-Smith, A. Ohly and A. Lucas-Schloetter. – New York : Cambridge University Press, 2005. — 245 p.
3. *Concerns and Ideas about the Developing English Law of Privacy (and how knowledge of foreign law might be of help)* / Markesinis B., O'Conneide C., Fedtke J., Hunter-Henin M. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/publications/institute/docs/privacy_100804.pdf
4. *BGH I ZR 285/99* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=724.

5. *Shackelford S., Fragile Merchandise: A Comparative Analysis of the Privacy Rights for Public Figures* / Shackelford Scott J. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=1396378>.
6. *Von Hannover v. Germany* (Application № 59320/00) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.5rb.com/docs/von%20Hannover-v-Germany%20ECHR%2024%20June%202004.pdf>.
7. *Coors C. Headwind from Europe: The New Position of the German Courts on Personality Rights after the Judgment of the European Court of Human Rights* / Corinna Coors // *German Law Journal*. — 2010. — Vol. 11. — № 05. — P. 527–538.
8. *Bilney v. Evening Star Newspaper Co.* 406 A.2d 652 (Md. Ct. Appl. 1979) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://md.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19791015_0040095.MD.htm/qx.
9. *Sipple v. Chronicle Publishing Co.* (1984) 154 Cal.App.3d 1040 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.lawlink.com/research/caselevel3/60788>.
10. *Sexual Offences (Amendment) Act 1976* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/82?view=plain>.
11. *Cass. civ. 14 novembre 1975 (pourvoi № 294)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/french/case.php?id=1251.
12. *West's encyclopedia of American law: 13 volumes* / Jeffrey Lehman, editor, Shirelle Phelps, editor. — 2nd ed. — New Haven, Conn., Thomson Gale, 2005. — Vol. 8 : Po to San. — 478 p.
13. *Cass. civ. 20 novembre 1990 (pourvoi № 89-13049)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Expansion>.
14. *Cass. civ. 30.5.2000, JCP 2001. II, 10524* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/french/case.php?id=1238.
15. *Phillipson G. Breach of confidence as a privacy remedy in the Human Rights act Era* / Phillipson G., Fenwick H. // *The Modern Law Review*. — 2000. — Vol. 63 — P. 660–693.
16. *A v. B & C* [2002] EWCA Civ 33 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2002/337.html>.

Article deals with research the civil defense of the personal non-property rights of public figures under the Romanistic, Germanic and Anglo-American private law systems. The The grounds of legal modus of public figures, dividing of public figures into groups and conditions of legitimate interference in privacy of public figures are characterized.

Статья рассматривает гражданско-правовую защиту личных неимущественных прав публичных лиц в романской, германской и англо-американской системах частного права. Охарактеризованы основания возникновения правового модуса публичного лица, деление публичных лиц на виды и условия правомерного вмешательства в личную жизнь публичного лица.

РОЛЬ Е. ЛАУТЕРПАХТА У ФОРМУВАННІ ІНСТИТУТУ ПАРАСОЛЬКОВОГО ЗАСТЕРЕЖЕННЯ (КЛАУЗУЛИ) В МІЖНАРОДНОМУ ОБОРОТІ

Черних Ю.С.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, старший викладач факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська Академія»

Стаття присвячена витокам спеціального положення двосторонніх угод про захист інвестицій, що зобов'язує держави дотримуватися будь-яких обов'язків (переважно договірних) щодо інвестицій (так званої парасолькової клаузули), поява якого пов'язана із діяльністю британського юриста, професора Кембриджського університету сера Еліху Лаутерпахта.

Ключові слова: міжнародний інвестиційний арбітраж, двосторонні договори про захист інвестицій, парасолькова клаузула.

Детальний аналіз історичних передумов появи парасолькової клаузули у двосторонніх угодах про захист інвестицій дає змогу зрозуміти як власне значення положення, так і в цілому закономірності розвитку міжнародного приватного та публічного права. Адже до цього часу не визначено загального підходу щодо можливості інтернаціоналізації контрактних спорів, немає чіткого розмежування визначення компетенції органу розв'язання спорів, визначеного у договорі на приватному рівні, із компетенцією арбітражу, що вирішує міжнародний інвестиційний спір тощо.

Проблематику парасолькової клаузули досліджували Антоні Сінклер, Катя Яннака-Смол, Монік Сассон та інші. Більшість авторів, називаючи Еліху Лаутерпахта як одного із засновників парасолькової клаузули, не розкривають юридичних, соціальних та інших передумов для її запровадження. А саме встановлення і вивчення останніх і дозволяє на сьогодні адекватно оцінювати цей інструмент та вивчати його регулятивний потенціал і вплив на розвиток міжнародного приватного та міжнародного публічного права.

Парасолькова клаузула або парасолькове застереження є положенням багатьох двосторонніх угод про захист інвестицій, яке зобов'язує державу дотримуватися будь-яких зобов'язань (переважно договірних) щодо інвестицій. Невиконання цих зобов'язань може вважатися порушенням не лише договірної (контрактної) рівня, а й також зобов'язань за двосторонніми угодами про захист інвестицій. Як правило, парасолькове застереження вважається таким, що містить матеріально-правові норми та не є юрисдикційним за своєю природою, хоча й має юрисдикційні наслідки [1, с. 236]. Іншими словами, парасолькове застереження може трансформувати контрактний позов у позов на підставі двосторонньої угоди про захист інвестицій.

Серед невеликої кількості публікацій щодо історичного контексту появи парасолькової клаузули варто згадати розгорнуту статтю Антоні Сінклера [2, с. 411–434]. Під час написання статті він працював юристом в англійській юридичній компанії та був особисто знайомий із професором Кембриджського університету сером Еліху Лаутерпахтом. Антоні Сінклер вперше зазначив про витоки парасолькового застереження та роль Еліху Лаутерпахта. Стаття ще й досі має надзвичайно високий індекс академічного цитування.

Певною спробою узагальнити проблематику парасолькового застереження, включаючи історичний аспект, зробила у 2006 р. Катя Яннака-Смол у робочому звіті, підготовленому в межах її роботи в Організації з економічного співробітництва та безпеки [3]. Окремий розділ звіту із значним посиланням на статтю Антоні Сінклера присвячений історичному аспекту розвитку парасолькового застереження. Зокрема, Катя Яннака-Смол називає статтю Антоні Сінклера *«повним історичним описом парасолькового застереження»*.

Аналіз процесів трансформації міжнародного публічного та міжнародного приватного права на історичному прикладі зробила Монік Сассон у монографії *«Матеріальне право у міжнародному інвестиційному арбітражі: неврегульовані відносини між міжнародним та національним правом»* [4].

Усі зазначені автори появу парасолькового застереження пов'язують із професором Кембриджського університету – сером Еліху Лаутерпахтом, проте не розкривають особливостей та значення соціально-економічного розвитку, що передували появі парасолькового застереження, тому метою цієї статті є на прикладі історичного ракурсу появи парасолькової клаузули підкреслити тенденції зближення міжнародного приватного та міжнародного публічного права як поступових закономірних процесів. Матеріали, використані для проведення цього дослідження, було надано автору сером Еліху Лаутерпахтом особисто під час зустрічі в університеті Кембриджу.

Сер Еліху Лаутерпахт (дата народження – 13 липня 1928 р.) – відомий британський науковець, професор Кембриджського університету, засновник Центру Лаутерпахта з міжнародного права (Lauterpacht Centre for International Law), син Херша Лаутерпахта, який походить з України і народився в Львівській області.

У 50-х рр. XX ст. сер Еліху Лаутерпахт як баристер палати 3 Essex Court брав участь у підготовці юридичних висновків та рекомендацій для Англо-Іранської нафтової компанії на тлі націоналізації останньої та спроб урегулювати проблему шляхом переговорів та укладення мирової угоди. Націоналізація нафтової промисловості була здійснена Іраном у 1951 р., внаслідок чого іранська нафта була піддана міжнародному ембарго. Для урегулювання конфліктної ситуації було запропоновано організувати консорціум з великих нафтових компаній та укласти низку угод між консорціумом та Іраном. Завданням сера Лаутерпахта було запропонувати ефективний механізм, який максимально би захищав інтереси Англо-Іранської нафтової компанії від ймовірних повторних націоналізацій.

Сер Еліху Лаутерпахт склав декілька юридичних висновків для Англо-Іранської нафтової компанії. Чимало матеріалів того часу було надано автору даної статті безпосередньо сером Лаутерпахтом. Незважаючи на те, що юридичні висновки стосуються конкретної ситуації та конкретних завдань, вони є безумовним документарним свідченням того, що ідея парасолькової клаузули була вперше виражена та обґрунтована у прикладному аспекті саме сером Еліху Лаутерпахтом у 1953–1954 рр. Сер Еліху Лаутерпахт був першим, хто запропонував ідею так званого *«паралельного захисту»* та вперше використав термін *«парасолькова»*, щоправда, «угода», а не «застереження».

Саме сер Еліху Лаутерпахт 60 років тому зазначив проблеми, які й досі не є остаточно вирішеними в міжнародному публічному та приватному праві щодо природи та принципів застосування парасолькової клаузули. Це стосується, зокрема, співвідношення юрисдикції між визначеним у договорі способом вирішення спору та тим, що є доступним із застосуванням парасолькової клаузули (у випадку, який пропонувався сером Еліху, «парасолькової угоди»), а також так званої можливої інтернаціоналізації контрактних позовів. Зазначене може бути свідченням об'єктивного розвитку та взаємного проникнення міжнародного публічного та міжнародного приватного права, а також об'єктивних процесів необхідності інтернаціоналізації міжнародних контрактів за участю державних підприємств та інших державних структур.

Зупинимось на основних ідеях, покладених у висновки.

Перш за все, потрібно пояснити, що сером Лаутерпахтом була запропонована ідея не окремого положення, а цілої «парасолькової угоди», укладеної між урядами Великої Британії та Іраном, яка б містила посилання на дотримання положень консорціуму (мирової угоди) та відповідальність Ірану за порушення умов консорціуму. Це є цілком зрозумілим, адже пропозиції 1953–1954 рр. передували укладенню першої двосторонньої угоди про захист інвестицій у 1959 р. між Німеччиною та Пакистаном [5, с.1] та в них не могло йтися в принципі про включення певного положення із функцією парасолькової клаузули до якоїсь існуючої міждержавної угоди, адже такої угоди на той час не існувало.

Якщо точніше, парасолькова угода мала трансформувати будь-яке порушення угоди про консорціум у порушення своїх власних положень – *ipso facto*, тобто виходячи виключно з факту їх настання. Йшлося про

окрему угоду публічно-правового характеру, яка б виступала своєрідною гарантією дотримання положень консорціуму і робила будь-яке порушення умов консорціуму одночасно і порушенням власне цієї парасолькової угоди, іншими словами, мала б відбуватися інтернаціоналізація предмета спору.

Надзвичайно цінним є глибокий аналіз за системою координат міжнародного права та сумніви, які супроводжували сера Лаутерпахта у 1953–1954 рр. Саме вони є актуальними наразі при аналізі парасолькової клаузули, оскільки їй досі не знайшли остаточної та однозначної відповіді в сучасній науці міжнародного публічного та приватного права та в практиці інвестиційного арбітражу.

Так, наразі не вирішеними проблемами є:

- відсутність загальноприйнятої теорії інтернаціоналізації контрактних спорів;
- розмежування компетенції форуму, визначеного у контракті, із компетенцією арбітражу, що вирішує міжнародний інвестиційний спір;
- обсяг та функції парасолькової клаузули.

У цілому сер Лаутерпахт підкреслював новизну та новаторський характер запропонованої ним парасолькової угоди, а також відмінність від звичайного розуміння, яке мусило б запропонувати лише єдиний безальтернативний спосіб вирішення спорів замість двох або класичну гарантію. Незважаючи на різні недоліки, підкреслювалась тактична перевага запропонованого варіанту, що полягала у можливості безпосередньо британського уряду втрутитись майже до кожного спору – свобода та можливість, яка була важлива для консорціуму. Тобто, пропонувався не політико-дипломатичний захист, а конкретний правовий, який лише б трансформував будь-які порушення угоди про консорціум, учасниками якої не були держави, у міжнародні порушення міждержавної угоди. Таким чином, окрім гарантії надавалась можливість розглянути трансформований спір на іншому рівні.

Функціями парасолькової угоди було визначено дві:

- (1) стабілізаційна, аби гарантувати, що положення консорціуму не будуть змінені в односторонньому порядку іранським урядом, а також щоб унеможливити застосування національного права Ірану та будь-якої іншої держави;
- (2) юрисдикційна, аби надати ефективну систему вирішення спорів, яка полягала б в альтернативних один одному двох способах вирішення: арбітражі *ad hoc* та у Міжнародному суді справедливості. Принципово було те, що сер Еліху Лаутерпахт не вважав, що незначні («*minor disputes*») спори мають бути вирішені в арбітражі *ad hoc*, а не в Міжнародному суді справедливості, також вичерпання національних засобів захисту не було обов'язковою умовою.

Сер Лаутерпахт усвідомлював новизну своєї пропозиції у тому, що пропонувався не єдиний механізм вирішення спорів, а два альтернативні без достатньо чіткого (на тому етапі) та зрозумілого розмежування, та в тому, що порушення сторонами умов консорціуму могло одночасно кваліфікуватись як порушення міждержавного договору – парасолькової угоди. Водночас сер Еліху констатував існуючі випадки так званої інтернаціоналізації контрактів, які випадали із загальної системи розуміння регулювання міжнародного приватного права того часу та, варто зазначити, і сьогодні, коли приватноправові контракти піднімались із сфери національного права у сферу міжнародну, не ставши при цьому міжнародною міждержавною угодою самі по собі. Так, сер Еліху згадував справу *Abu Dhabi (Petroleum Dev (Trucial Coast) Ltd v Sheikh of Abu Dhabi)*, де арбітр Лорд Есквіс застосував міжнародні принципи права при вирішенні спору, незважаючи на те, що до спору з концесійної угоди більш природно застосовувалось би право Абу Дабі [6, с. 247–261].

Традиційно контракти розглядалися як такі, що цілком і повністю засновані на певному національному праві. Нафтові контракти поступово набували ознак, що давали можливість інтернаціоналізувати окремі елементи, тобто вивести контракти з цілкової точки тяжіння національної системи права. Спочатку це відбувалося на рівні погодження застосування загальних принципів права («принципів права цивілізованих націй»), *lex mercatoria* чи навіть міжнародного права. Пізніше інтернаціоналізація виражалася у положеннях щодо припинення контрактних зобов'язань та вирішення спорів. Парасолькова клаузула пішла дещо далі, запропонувавши власне механізм повної інтернаціоналізації, тобто можливості розгляду контрактних позовів на міжнародному рівні у системі координат міжнародного інвестиційного арбітражу.

Інвестиційний арбітраж є проявом вирішення спорів переважно приватного характеру із суб'єктом міжнародного публічного права на міжнародному рівні. Інвестиційні контракти в сучасній практиці є повністю інтернаціоналізованими, тобто такими, що захищаються на міжнародному рівні. Це і є відображенням поступового зближення в окремих моментах міжнародного публічного та міжнародного приватного права.

Таким чином, дослідження історії появи парасолькової клаузули дає можливість пов'язати її із розвитком та взаємним проникненням міжнародного публічного та міжнародного приватного права, а також із інтернаціоналізацією контрактних позовів, тобто із можливістю розгляду контрактних за природою спорів у міжнародних інвестиційних форумах. Подальше дослідження історичного аспекту виникнення та поширення посилення парасолькової клаузули власне у двосторонніх угодах про захист інвестицій містить у собі потенціал більш повного розкриття суті даного положення та його міжгалузевої ролі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *The ICSID Convention: A Commentary*, The Cambridge University Press, 2009, 2nd edition. –1596 p.
2. *Anthony C. Sinclair* The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection // *20 Arbitration International*, Issue 4, 2004 – P. 411–433.

3. *Katia Yannaca-Small*, Working papers on international investment, Number 2006/3, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, October 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/37579220.pdf> (доступне станом на 9.01.2014 р.)
4. *Sasson Monique* Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law (International Arbitration Law Library), Kluwer Law International, 2010. – 264 p.
5. *Rigo Sureda Andrès* Investment treaty arbitration: judging under uncertainty (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures). Cambridge University Press, 2012 – P.1.
6. *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 1, Issue 02, April 1952. – P. 247–261.

The article describes the origins of the special provision of bilateral investment treaties that oblige the state to adhere to any undertaking (mostly contractual) in relation to investments - umbrella clause, introduction of which is connected with the activities of the British lawyer and professor at the University of Cambridge, Sir Elihu Lauterpacht.

В статье анализируются истоки специального положения двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций, обязывающего государство соблюдать все обязательства (преимущественно договорные) по инвестициям – зонтичной клаузулы, чье появление связано с деятельностью британского юриста, профессора Кембриджского университета сэра Элиху Лаутерпахта.

НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 13, 2014

Редактори **А. М. Шадріна, І. А. Янчук**

Оригінал-макет **С. В. Максименко**

Художнє оформлення та дизайн обкладинки **С. В. Максименко**

Підписано до друку 05. 03. 2014 р. Зам. № 14-001 Формат 60x84/8 Гарн. Times New Roman
Офс. друк. Папір офс. № 1 Умови, друк. арк. 27.2 Тираж 300 прим.

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 3926 від 29. 12. 1999