

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ОДЕСЬКА НАЦІОНАЛЬНА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 51



Одеса
«Юридична література»
2009

ББК 67(4Укр)я43
А 437
УДК 340(477)1082

У збірнику містяться статті з цивілістики та римського права. Автори піднімають проблематику зв'язку цивільного права України та розвитку цивільного права європейських країн. Представлена проблематика присвячена пам'яті відомого одеського вченого-цивіліста проф. І. В. Шерешевського.

Видання розраховано на наукових працівників, вчених та практиків, що цікавляться питаннями розвитку цивілістики, а також звернено до студентів юридичних факультетів та інститутів.

Редакційна колегія:

д-р юрид. наук, проф., акад. АПН України **С. В. Ківалов** (головний редактор), д-р юрид. наук, проф. **Ю. М. Оборотов** (заступник головного редактора), д-р юрид. наук, проф. **Ю. П. Аленін**, канд. юрид. наук, проф. **М. Р. Аракелян**, канд. юрид. наук, проф. **Л. Р. Біла-Тіунова**, д-р юрид. наук, проф. **О. К. Вишняков**, д-р юрид. наук, проф. **М. А. Дамірлі**, д-р юрид. наук, проф. **Є. В. Додін**, канд. юрид. наук, проф. **В. В. Завальнюк**, канд. юрид. наук, проф. **І. І. Каракаш**, д-р юрид. наук, проф., акад. АПН України **М. П. Орзін**, д-р юрид. наук, проф. **О. П. Подцерковний**, канд. юрид. наук, проф. **Ю. Є. Полянський**, д-р юрид. наук, проф. **В. В. Тіщенко**, д-р юрид. наук, проф. **В. О. Туляков**, д-р юрид. наук, проф. **Є. О. Харитонов**, д-р юрид. наук, проф. **О. І. Харитонова**, д-р юрид. наук, проф. **Г. І. Чанишева**

Відповідальний за випуск
доктор юридичних наук,
професор **Ю. М. Оборотов**

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України, свідectво про державну реєстрацію друкованого засобу інформації серія КВ № 3736.

Постановою Президії ВАК України № 1-05/7 від 09.06.1999 р. збірник внесено до списку фахових видань (юридичні науки).

ПЕРЕДМОВА

Цивільне право — це жива, динамічна система, яка постійно розвивається і збагачується. Його динамічність і безперервність обумовлені динамічністю і безперервністю розвитку людського суспільства, на потреби якого воно покликане відповідати. На кожному етапі розвитку цивільних відносин виникає необхідність давати правові відповіді на виникаючі питання. Своєчасна й ефективна реакція на потреби цивільного обороту можлива, в першу чергу, завдяки теоретичним дослідженням.

Одним з видатних теоретиків своєї епохи є Ілля Веніамінович Шерешевський — відомий правознавець, романіст і цивіліст, внесок якого у розвиток правової науки важко переоцінити. Особлива вагомість його внеску в удосконалення цивільного законодавства пояснюється тим фактом, що йому вдавалося поєднувати науково-дослідницьку і викладацьку роботу з адвокатською практикою, а тому у своїх наукових роботах він висвітлював практичні проблеми, з якими зустрічався безпосередньо у своїй діяльності.

Важливим є й те, що особливу увагу він приділяв питанням рецепції римського права, яке є підґрунтям сучасної цивілістики і визначає магістральні тенденції розвитку українського права взагалі й цивільного права зокрема.

Викладацька і наукова діяльність І. В. Шерешевського значно вплинула та продовжує впливати на формування світогляду молодих юристів, що вивчають римське й цивільне право, а також питання рецепції римського права сучасним цивільним законодавством.

На честь пам'яті професора І. В. Шерешевського на базі Одеської національної юридичної академії вирішено заснувати традицію проведення міжнародної наукової конференції «Життя І. В. Шерешевського як духовна єдність між поколіннями юристів». У даному науковому заході, який відбувся 12–13 грудня 2008 року, взяли участь кращі представники молодіжної наукової еліти з провідних вищих навчальних та наукових закладів України, країн СНД та дальнього зарубіжжя.

Черговий збірник «Актуальні проблеми держави і права» виданий за результатами роботи конференції. У ньому розміщені статті з римського та цивільного права, які стали результатом досліджень науковців ОНЮА, інших навчальних закладів та практичних працівників України.

Структура збірника визначена з урахуванням кола наукових інтересів І. В. Шерешевського. Оскільки І. В. Шерешевський був одним із відомих ро-

маністів свого часу, перший розділ збірника об'єднує праці, у яких досліджуються основні інститути римського права та їх вплив на сучасну цивілістику.

Другий розділ присвячений розгляду загальних проблем цивільного права, дослідженню яких професор І. В. Шерешевський також приділяв значну увагу (одна з найвідоміших праць ученого — «Представництво, доручення і довіреність» — присвячена розгляду саме цих питань).

У третьому розділі збірника містяться статті, які дозволяють читачам скласти більш повну уяву про актуальні проблемні питання правового статусу особи та захисту прав інтелектуальної власності. Значну увагу автори статей приділяють проблемам правового регулювання корпоративних правовідносин, особливостям створення господарських товариств.

Четвертий розділ збірника присвячено проблемам зобов'язального права. Матеріали цієї частини дозволяють скласти уяву про актуальні проблеми захисту прав учасників зобов'язань, особливості припинення договірних зобов'язань, специфіку окремих видів договорів.

Незважаючи на різноплановість постановки вищезазначених питань, всі вони розглянуті в аспекті з'ясування співвідношення традицій та новацій публічних і приватних інтересів у сфері реалізації особистих немайнових та майнових інтересів фізичних та юридичних осіб. На підставі отриманих наукових результатів пропонуються зміни у нормативні акти з метою удосконалення цивільного законодавства України.

Поданий збірник можна вважати вагомим внеском сучасних юристів, натхненних діяльністю свого вчителя і наставника І. В. Шерешевського, у вирішення проблеми вдосконалення цивільного законодавства та українського права у цілому.

Сергій КІВАЛЮВ,

доктор юридичних наук,
професор, академік АПН України,
президент Одеської національної
юридичної академії,
голова Комітету Верховної Ради
України з питань правосуддя

Розділ 1

РИМСЬКЕ ПРАВО ТА СУЧАСНІСТЬ

ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ТА СИСТЕМИ ЦИВІЛІСТИКИ (НАУКИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА)

У правовій науці категорія «цивілістика» розглядається під двома кутами зору. По-перше, як узагальнююче поняття, що позначає сукупність суспільних відносин цивільно-правового змісту [1, 739], пов'язаних з цивільним правом, проблемами нормативного регулювання майнових та особистих немайнових прав фізичних і юридичних осіб та практикою цивільних правовідносин (включаючи сімейно-правові, цивільно-процесуальні та приватні міжнародно-правові відносини). По-друге, як галузь юридичної науки, предметом якої є: норми цивільного права; цивільні правовідносини як юридична форма відповідних суспільних відносин, що регулюються цивільним законодавством; юридичні факти; судова, судово-господарська і адміністративна практика застосування цивільно-правових норм [2, 777].

Такий підхід виглядає цілком можливим на рівні довідникових видань. Проте, вживання терміна «цивілістика» в широкому значенні, у наукових дослідженнях з правознавства, навряд чи є виправданим, оскільки таке тлумачення терміна «цивілістика» випадає із загальної системи юридичних категорій і понять. Системний підхід припускає, що, коли вже йдеться про цивілістику як про сукупність відносин певного юридичного змісту, то так само можна вести мову про «конституціоналістику», «адміністративістику», «процесуалістику» тощо. Така системна зміна терміно-понять, звісно, можлива, але навряд чи може бути визнана достатньо обґрунтованою з теоретичного і практичного погляду, оскільки використання зазначеного підходу порушує єдиний критерій систематизації відповідних понять, що для наукових досліджень виглядає неприйнятним.

Враховуючи викладені міркування, можна зробити висновок, що «цивілістика» у точному (спеціальному юридичному) значенні цього слова не може вважатися сукупністю цивільних і пов'язаних з ними відносин (сукупністю відносин цивільно-правового змісту тощо). Натомість виправданим здається виходити з того, що цивілістика є галуззю юридичної науки, виступаючи, таким чином, синонімом поняття «наука цивільного права».

На цьому підґрунті можна запропонувати визначення цивілістики (науки цивільного права) як сукупності знань про правове становище приватної особи, її цивільні права, засоби реалізації та захисту останніх, об'єднані у систему понять, категорій, ідей, теорій та концепцій. При цьому предметом цивілістики («науки цивільного права») можуть бути як правові феномени, категорії, інститути, проблеми тощо, які розглядаються у контексті цивілістичних досліджень, так і власне «наука цивільного права» як така [3, 24–26; 4, 28–31; 5, 51–56; 6, 88–96; 7, 11].

Разом із тим на тлі загалом консолідованого бачення предмета цивілістики у вітчизняній юриспруденції особливо помітними є відсутність досліджень

системи науки цивільного права. Зазвичай, зазначається, що вона в цілому збігається з системою цивільного права, хоча і має певні відмінності, які випливають із змісту зазначених систем (головні із них полягають у виокремленні таких елементів науки цивільного права, як вчення про предмет, метод, функції та систему цивільного права і загального вчення про цивільні правовідносини) [8, 25].

Втім слід зробити застереження стосовно існування й інших концептуальних підходів у цій галузі. Зокрема, сутність підходу, фундатором якого можна вважати Г. Ф. Шершеневича [9], визначається прагненням сформулювати уяву про предмет та розвиток науки цивільного права за допомогою характеристики особистості знаних цивілістів у контексті опису їхніх основних праць [10, 47–48] або характеристики праць цивілістів у контексті життєпису їхніх авторів [11, 102–120]. Він може бути названим «персоналістським» або «персоналістсько-бібліографічним» підходом).

Разом із тим для деяких праць характерним є прагнення дослідників проаналізувати характерні напрямки досліджень та здобутки окремих цивілістичних шкіл [12, 107–123; 13, 44–64; 14, 74–77]. Такий підхід можна назвати «класифікаційним» або ж «персоналістсько-класифікаційним».

Третій підхід полягає у акцентуванні уваги на виокремленні та висвітленні основних періодів або етапів розвитку цивілістики взагалі, цивілістики окремої країни, регіону тощо. Його можна назвати «хронологічним» підходом. Найчастіше він застосовується для характеристики цивілістики певної країни, що дозволяє показати динаміку розвитку в ній цивілістичної думки [15, 25–28; 16, 68–72]. При цьому всередині згадуваного поділу на етапи (періоди) можлива більш складна систематизація матеріалу, що дозволяє згрупувати здобутки цивілістів за концептуальними підходами, предметом дослідження тощо. Найвищим досягненням використання такого підходу у галузі досліджень, що стосуються й української цивілістики, є ґрунтовна праця О. С. Йоффе, присвячена розвитку цивілістичної думки в СРСР [17].

При певних відмінностях у характері, предметі та методах дослідження згадані підходи об'єднує та обставина, що основним предметом аналізу слугує цивілістика, наука цивільного права як така. Разом із тим варто зауважити, що тут йдеться про вивчення не цивільного права, а науки цивільного права. Іншими словами, маємо справу не з цивілістикою, а «наукознавством у галузі цивілістики» або «цивілістичним наукознавством». Хоча останнє і має безпосередній стосунок до цивілістики, але являє собою лише частину предмета останньої.

Враховуючи цю обставину, варто торкнутися іншої течії у юриспруденції, яка полягає в тому, що предметом досліджень визначається не власне наука цивільного права, а феномен цивільного (права) в цілому, у всіх його проявах, що вивчаються наукою цивільного права.

Характеризуючи науку цивільного права під таким кутом зору, дехто з цивілістів виходить з доцільності диференціації предмета цивілістики шляхом визначення в останньому складових частин (класифікація за конкретним

предметом досліджень — «предметний підхід»). Однак при цьому щодо визначення переліку таких елементів у правознавстві єдності немає. В одних випадках складовими частинами науки цивільного права називають догму цивільного права (частина цивілістики, що вивчає характер, особливості і зміст норм певної системи цивільного права; структуру, зміст і форми цивільного законодавства; тлумачить його; вивчає й аналізує практику застосування цивільно-правових норм із метою визначення їхньої ефективності), історію цивільного (приватного) права (частина цивілістики, що вивчає розвиток цивільного або приватного права як у цілому, так і окремих його інститутів), порівняльну цивілістику (вивчає системи приватного або ж цивільного права) [18, 41]. Інші правознавці до зазначеного переліку додають ще й цивільно-правову політику, характеризуючи її як складову частину науки цивільного права, що вивчає сучасні тенденції економіко-правового розвитку, прогнозує розвиток цивільно-правових явищ [19, 51–52].

Проте, як здається, розуміння цивільно-правової політики як частини науки цивільного права (підкреслено мною. — Є. Х.) містить у собі внутрішню суперечливість. Навряд чи перше та друге явище можуть бути, не тільки повністю, але й частково, розцінені як поняття тотожні. Цивільно-правову політику можна розглядати як результат наукових досліджень, як їхню передумову, предмет тощо.

До того ж у контексті характеристики цивільного права як права приватного вживання виразу «цивільно-правова політика» потребує спеціальних застережень щодо чинників такої політики, суб'єктів, від яких вона залежить тощо. Адже і у правознавстві, і у політології поняття «політика» тісно пов'язане з категорією держави, що формує низку вимог до його тлумачення та застосування. Так, правознавцями політика визначається як система цілей та засобів їх досягнення тієї чи іншої держави у сфері внутрішнього і зовнішнього життя [2, 629]. Натомість у політології політика розуміється як поняття, що позначає відносини, погляди (концепції) і дії у зв'язку з певним державним устроєм, сфера діяльності в соціально-диференційованому суспільстві. Осердя цієї сфери людської життєдіяльності є відносини і дії, пов'язані з завоюванням, утриманням і використанням державної влади, участю у формуванні такої влади, у визначенні форм, завдань і змісту її діяльності. Політика виникає разом з виникненням держави та існує разом з нею [20, 477]. Таким чином, попри деякі розбіжності у визначенні поняття політики, воно, у кожному разі, розглядається як таке, що не існує поза державою. Що ж стосується сучасного розуміння приватного (цивільного) права, то воно ґрунтується на природно-правовій концепції. Відтак приватне (цивільне) право, за своєю сутністю, є таким, що не залежить від держави, хоча й може формалізуватися в актах цивільного законодавства, забезпечуватися за допомогою норм державного примусу тощо. З наведених міркувань характеристика «цивільно-правової політики» як складової частини науки цивільного права здається некоректною.

Разом із тим при «предметному критерії» визначення СИСТЕМИ (структури) цивілістики практично не викликає сумнівів доцільність виокремлення

таких складових її частин, як догма цивільного (приватного) права, історія цивільного (приватного) права, порівняльна цивілістика. Проте це не усуває необхідності уточнення предмета, а відтак і обсягу досліджень у межах кожного з них. Крім того, доцільним є також і з'ясування достатності запропонованого переліку складових частин цивілістики.

«Догма цивільного права» — це частина цивілістики, що вивчає характер, особливості і зміст норм певної системи цивільного права; структуру, зміст і форми цивільного законодавства; тлумачить його; вивчає й аналізує практику застосування цивільно-правових норм із метою визначення їхньої ефективності. Предметом даного розділу цивілістики є, насамперед, чинне цивільне законодавство і практика його застосування.

Іноді догму цивільного права розглядають як більш широку категорію, включаючи до неї визначення і характеристики поняття цивільного права та його місце у правовій системі, закономірності розвитку цивільно-правових норм, їх зміст, загальні принципи, які формулюються з метою створення цілісної системи для ефективного застосування при регулюванні суспільних відносин, а також самі суспільні відносини [19, 51].

Проте таке розширення поняття «догми цивільного права» здається невиправданим, оскільки суперечить розумінню сутності поняття «догма права», а відтак тягне «розмивання» предмета цього розділу цивілістики, котрий має у такому разі охоплювати і абстрактні наукові поняття чи категорії, і законодавчі конструкції, і реальні суспільні відносини.

«Догма права» розуміється як положення правового характеру, що приймається без доказів, на віру. Вона залишає поза увагою питання про сутність та походження права, закономірності його розвитку, взаємовідносини права з іншими явищами суспільного життя, обмежуючи завдання науки описом та узагальненням матеріалу, що міститься у позитивному (чинному) праві; юридичними дефініціями, формальним аналізом юридичних понять і класифікацією юридичних норм [2, 619].

Дотримуючись такого тлумачення поняття «догма права» (а інший підхід порушував би принцип «лезо Окама»), маємо визнати, що предметом «догми цивілістики» не може бути ні поняття цивільного права, ні цивільні відносини, ні закономірності розвитку норм, що їх регулюють.

У зв'язку з цим варто зазначити, що й сам термін «догма цивілістики» виглядає наразі не дуже коректним, оскільки суперечить сучасному розумінню цивільного права як права приватного, основою якого є не лише так зване позитивне право, а й природно-правова доктрина, домовленості сторін, звичай та низка інших специфічних форм регулювання цивільних відносин.

З цих міркувань більш виправданим виглядає, скажімо, така назва відповідної частини науки цивільного права, як «практична цивілістика».

Що стосується суто теоретичних положень, таких як характеристика поняття та сутності приватного права як наднаціональної галузі права, що визначає основи становища приватної особи у суспільстві; визначення засад її взаємин з іншими приватними особами, державою, іншими соціально-публічними утво-

реннями та їхніми фігурантами; захисту прав приватної особи тощо, то вони є наріжним каменем у загальному предметі цивілістики. Аналіз зазначених положень має відбуватися на рівні найвищої наукової абстракції. Разом із тим його результати слугують основою дослідження практики виникнення і трансформацій цивільних відносин, аналізу змісту та сутності норм цивільного законодавства та вироблення рекомендацій стосовно застосування останнього, визначення напрямків та перспектив його вдосконалення тощо.

Цю частину цивілістики, як на мою думку, некоректно включати до «догми цивільного права» («практичної цивілістики»). Натомість, вона має бути виокремлена у самостійний (перший і найважливіший) розділ науки цивільного права, який, враховуючи його предмет, сутність та призначення, можна було б назвати «теорія цивільного права», «теорія цивілістики» або ж «методологія цивілістики» (котра розуміється тут як теоретично обґрунтована система підходів, методів і способів наукового дослідження).

Ще одним складовим елементом цивілістики є історія цивільного (приватного) права — частина цивілістики, що вивчає розвиток цивільного (приватного) права як у цілому, так і окремих його інститутів. Вона може бути також названа «історична цивілістика».

При цьому предметом дослідження може бути приватне право як наднаціональна система, окремі традиції приватного права, національні системи цивільного права, взяті в їхньому історичному розвитку, а також розвиток самої цивілістики як науки цивільного права.

Оскільки цивілістика не обмежується вивченням цивільного права лише однієї якоїсь країни, предметом науки цивільного права є також цивілістичні доктрини, форми цивільного законодавства і практика їхнього застосування в інших державах. У зв'язку з цим органічною частиною науки цивільного права є так звана «порівняльна цивілістика» чи порівняльне цивільне право, що має метою визначення загального й особливого в різних системах приватного (цивільного) права, можливість рецепції, акультурації, імплементації концепцій, основ цивільного права, окремих правових рішень чи їхньої сукупності. Її завданням є вивчення різних систем приватного права, як елементів відповідної культури, а також національних систем цивільного права і цивілістичних інститутів, взятих в їх розвитку. При цьому предметом вивчення є не тільки «догма цивільного права», але й практика застосування цивільно-правових норм, конкретно-історичні умови, в яких виникають, розвиваються та існують системи приватного права.

Використання порівняльно-правового аналізу в цивілістиці дає можливість уникнути повторення помилок у правовому регулюванні, створює підґрунтя для запозичення досвіду законотворчості і в той же час дозволяє уберегтися від невинновданого копіювання інститутів і рішень, неприйнятних для національної системи цивільного права, таких, що не враховують правову традицію і особливості цивілізаційного розвитку країни.

Предметом цивілістичного порівняння можуть бути також правові системи у процесі їхнього історичного розвитку або взяті у статистиці на певному етапі

їхнього розвитку, коли вони співіснують одночасно. Із врахуванням цієї обставини необхідно розрізняти «вертикальне» та «горизонтальне» порівняння у галузі цивілістики, а відтак, ґрунтуючись на такому посиланні, виокремлювати «вертикальний» (історичний) чи «горизонтальний» (сучасні системи приватного права) напрямки порівняльного дослідження. У першому випадку предметом дослідження є еволюція систем приватного права, у другому — їхнє порівняння на певному статичному рівні.

Крім того, керуючись принциповими положеннями щодо необхідності розрізнення в межах єдиного поняття права, як суспільного феномена, відносин публічно-правових та приватноправових, доцільно виокремлювати «дихотомічне порівняння з погляду цивілістики», метою якого є аналіз правових понять, категорій, інститутів тощо з точки зору права приватного та публічного. Оскільки, як правило, йдеться про категорії, властиві, передусім, цивілістиці, котрі разом із тим використовуються і в галузях публічно-правового спрямування (правочин, представництво, договір, збитки, речові права тощо), то виправданим здається вести мову не про «порівняльно-правові» дослідження взагалі, а саме про «порівняльно-цивілістичні» дослідження.

Таким чином, порівняльна цивілістика може бути визначена як частина науки цивільного права, що вивчає за допомогою методу порівняльного аналізу системи приватного (цивільного) права, а також правову систему у цілому, національні галузі законодавства, окремі поняття, категорії, інститути, норми тощо, передусім, з погляду оцінки наявності та значення в останніх цивільно-правового змісту.

Із врахуванням викладеного можна зробити висновок, що цивілістика як наука про приватне (цивільне) право є сукупністю систематизованих знань, теорій, підходів, поглядів на приватне (цивільне) право як таке. Складовими частинами (елементами) цивілістики є: 1) теоретична цивілістика (методологія, теорія цивільного права); 2) практична цивілістика («догма» цивільного права); 3) історична цивілістика (динаміка цивільного права у часі); 4) порівняльна цивілістика (порівняльне право у галузі цивілістики та з погляду цивілістики).

Література

1. Словник іншомовних слів / за ред. О. С. Мельничука. — К. : УРЕ, 1977.
2. Повний тлумачний словник української мови. У 4 т. Т. 4 / уклад.: В. Яременко, О. Сліпущко. — К. : Аконіт, 1998.
3. Вільпяцький С. І. Радянське цивільне право. Частина перша : навч. посіб. / С. І. Вільпяцький. — Х. : Вид-во Харк. ун-ту, 1966.
4. Советское гражданское право. В 2 ч. Ч. 1 / под общ. ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. — К. : Вища шк., 1977.
5. Гражданское право Украины. В 2 ч. Ч. 1 / под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко ; Уп-т внутр. дел. — Х. : Основа, 1996.
6. Цивільне право України : курс лекцій. У 6 т. Т. 1, кн. 1 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. — Х. : Еспада, 2004.
7. Цивільне право України : навч. посіб. / за заг. ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. — К. : Істина, 2004.
8. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, П. С. Кузнецової. — К. : Юрішком Інтер, 1999.

9. Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права в России / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Статут, 2003.
10. Цивільне право України : підручник. У 2 кп. Кп. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — К. : Юрінком Інтер, 2002.
11. Ромовська З. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс : підручник / З. Ромовська. — К. : Атіка, 2005.
12. Подопрігора О. Цивілістична наука в Київському університеті ім. Тараса Шевченка // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 2 (17).
13. Харитонов Є. О. Школа рецепції римського права в Одеській національній юридичній академії // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О., 2002. — Т. 1.
14. Цивільне право України : підручник. У 2 т. Т. 1 / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004.
15. Цивільне право України : навч. посіб. / за ред. Р. О. Стефанчука. — К. : Наук. думка : Пресцентр, 2004.
16. Гражданское право. Т. 1. — Изд. 6-е, перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : ООО «ТК Велби», 2002.
17. Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР / О. С. Иоффе. — Ленинград : Изд-во Ленинград. ун-та, 1975. — Ч. I ; 1978. — Ч. II.
18. Харитонов Е. О. Гражданское право. Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство : учеб. пособие / Е. О. Харитонов, П. А. Сапихметова. — К. : А.С.К., 2001.
19. Цивільне право України. Академічний курс : підручник. У 2 т. Т. 1. Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2003.
20. Політологія : довідник / М. І. Обушний, А. А. Коваленко, О. І. Ткач ; за ред. М. І. Обушного. — К. : Довіра, 2004.

Анотація

Харитонов Є. О. До визначення поняття та системи цивілістики (науки цивільного права). — Стаття.

У статті розглядаються проблемні питання визначення цивілістики (науки цивільного права), котра характеризується як сукупність знань про правове становище приватної особи, її цивільні права, засоби реалізації та захисту останніх, об'єднаних у систему понять, категорій, ідей, теорій та концепцій. Обгрунтовується позиція, що предметом цивілістики («науки цивільного права») можуть бути правові феномени, категорії, інститути, проблеми тощо, які розглядаються у контексті цивілістичних досліджень, а також власне «наука цивільного права», а система цивілістики охоплює такі складові частини, як методологія цивілістики, практична цивілістика, історична цивілістика та порівняльна цивілістика.

Ключові слова: практична цивілістика, історична цивілістика, лезо Окамі, догма цивільного права, предметний підхід.

Summary

Kharytonov E. O. To the Questions of the Notion and System of Civilistics Definition. — Article.

The issues of determination of civilistics (science of civil law) characterized as an aggregate of knowledge of the legal position of a private individual, his civil rights, facilities of realization and protection of the latter, which are incorporated in the system of concepts, categories, ideas, theories and conceptions, are examined in the article. There exists a justified position that legal phenomena, categories, institutes, problems and the like, which are examined in the context of civil researches, and also actually “the science of civil law” can be the subject of the research civilistics (“science of civil law”), and the system of civilistics covers such components as methodology of civilistics, practical civilistics, historical civilistics and comparative civilistics.

Keywords: practical civilistics, historical civilistics, Okama's edge, civil jurisprudence, objective approach.

КОНСТРУКТИВНИЙ ТРАСТ ЯК АНАЛОГ ІНСТИТУТУ ЗАКОННОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА: ІДЕЇ РИМСЬКОГО ПРАВА ТА СУЧАСНЕ ВТІЛЕННЯ

З моменту свого народження і до смерті будь-який громадянин визнається здатним мати права і нести обов'язки. Правоздатністю наділені всі люди, незалежно від статі, віку, фізичного і психічного стану, соціального статусу, рівня освіти. Отже, будь-який громадянин володіє потенційною здатністю здійснювати весь спектр прав і обов'язків, зафіксованих у законодавстві. Проте не завжди людина може скористатися наданим їй правом здійснювати юридичні дії і нести відповідальність по зобов'язаннях. Відбувається це через різні обставини: недостатня інтелектуальна зрілість, фізична неміч, некомпетентність та інше.

Прагнучи до створення кращих умов для реалізації правоздатності громадян, законодавець передбачив такий законний метод надання допомоги в реалізації правоздатності суб'єкта, як інститут представництва, значення якого, з урахуванням вказаних обставин, не викликає сумнівів, чим пояснюється актуальність цієї теми.

Дослідженню інституту представництва були присвячені праці багатьох юристів, таких як М. О. Нєрсєсов [1], І. В. Шєрєшєвський [2], Є. С. Сєвєрова [3], О. С. Курєчкін [4], але деякі питання, пов'язані з представництвом, залишаються цікавими для подальшого вивчення. Так, цікавою уявляється проблема взаємозв'язку інституту законного представництва та конструкції конструктивного трасту, яка використовується в аналогічних випадках у країнах англо-американського права.

Метою даного дослідження, у зв'язку з викладеним, є дослідження історії виникнення інституту представництва в країнах романо-германської правової сім'ї, яка зумовила його характерні риси, а також визначення поняття конструктивного трасту та специфіки даної конструкції в порівнянні з інститутом законного представництва.

Інститут представництва вперше виник у римському праві. Проте представництво, засноване на римському *mandatum* (договорі доручення), відрізнялось від сучасного представництва, заснованого, зокрема, на договорі доручення або агентському договорі. Те, що досягається тепер за допомогою прямого представництва, по римському праву здійснювалося обхідними шляхами, а саме: мандатар набував у своїй особі права і обов'язки, з яких він потім цедіровал перші манданту, а щодо других вимагав від нього гарантій [1, 103].

По виразу відомого українського цивіліста і романіста І. В. Шєрєшєвського, «сила римсько-правової традиції була така, що допущення прямого представництва можливо було привести в дію тільки контрабандним шляхом, штучно примиряючи узаконення інституту із старою римською ідеєю неможливості перенести зобов'язання на третю особу. Вихід був знайдений в тому, що відпо-

відальність особи, що представляється, за дії від її імені представника виводилася із зобов'язання, прийнятого відносно останнього особою, що представляється, за договором мандата (доручення): предоручитель зобов'язувався прийняти на свою відповідальність, як би ним самим здійснене, все, зроблене представником через даний йому мандат, або доручення» [2, 11].

Проте вказані обхідні шляхи виявилися з часом недостатніми. Потреби розвиненого торгового обігу викликали в римському правовому житті особливі преторські позови, які ґрунтуються на ідеї представництва. Більш докладне знайомство з ними дозволяє дійти висновку, що вони, мабуть, замінювали в деяких випадках пряме представництво, але, проте, не засновані на початках цього юридичного поняття.

Римське право як виняток допускало і деякі випадки активного прямого представництва.

На підставі багатьох джерел римського права доводиться можливість придбання володіння, отже і права власності, через представника. Якщо визнати представництво для придбання володіння, то слід припустити і можливість передачі володіння іншій особі через представника; а оскільки з передачею володіння, з якою нерідко пов'язується і право власності, виникає іноді право вимоги, то воно, за логічною послідовністю, повинне належати власникові, від імені якого передається його річ іншому.

Проте випадки безпосереднього представництва (наприклад, при укладенні представником договору позики або придбання заставних прав) зустрічалися рідко, у зв'язку з чим не отримали подальшого розвитку [1, 107].

Розвиток прямого представництва мав місце в німецькому праві. Тут відсутність так званого необхідного представництва, з одного боку, ускладнення цивільних стосунків і розширення торгового обігу, з іншого, примушували відчувати необхідність прямого представництва. Таким чином, цей інститут утворювався і вироблявся на ґрунті німецької юриспруденції під впливом боротьби двох протилежних чинників: загальних принципів римського права і сучасних потреб життя, з яких, очевидно, другий повинен був взяти верх, хоча і після тривалого часу. Цей патологічний процес, закінчився на ґрунті німецького юридичного життя в XVII столітті повним визнанням інституту прямого представництва на підставі звичайного права [7, 74–75].

Отже, інститут представництва виник і розвинувся на ґрунті потреби людей в допомозі інших при здійсненні тих або інших дій. Форми такої допомоги або співучасті достатньо різноманітні. В одних випадках їх співучасть не усуває особистої діяльності тих, кому вони сприяють (такою є діяльність всякого роду посередників, нотаріуса, перекладача і так далі). В інших випадках співучасники абсолютно замінюють тих, кому вони покликані допомагати. Співучасть в останній формі, що є продуктом пізнішого розвитку, ніж перша із вказаних форм, є в даний час одним з могутніх важелів господарського життя і утворює поняття представництва в широкому сенсі.

У стародавніх системах права потреба в заміні себе іншим спочатку задовольнялася тим, що заступник, здійснюючи для іншого певні дії, створював

певні права і обов'язки особисто для себе і потім переносив такі на особу, що заступає, за допомогою особливого акта.

З розвитком мінового обороту ця форма заступництва виявляється абсолютно недостатньою. Розширення території, що втягується в мінові стосунки, і розвиток швидкості обороту створюють необхідність такого порядку, при якому заступник втілював би свого принципала і наслідки його операції виникали б прямо і безпосередньо в особі того, що заступає (пряме і повне представництво).

Пануюче в доктрині цивільного права вчення розуміє під представництвом, у власному сенсі цього слова, тільки останню форму заступництва, а саме ту, при якій правомочною і зобов'язаною з угоди, яка укладається заступником, стає особа, що безпосередньо представляється.

Настання ефекту прямого представництва в одних випадках створюється законом безпосередньо. Це випадки так званого представництва згідно із законом. Представництво згідно із законом встановлене, головним чином, для осіб з обмеженою дієздатністю. Поряд з цим видом представництва існує інший вид, при якому дії представника породжують наслідки, обов'язкові для особи, що представляється, унаслідок того, що остання сама дала згоду на дії представника від її імені. У цих випадках говорять про добровільне представництво [2, 15–17].

Традиційно законне представництво в країнах романо-германської правової сім'ї виникає на користь осіб, які не можуть через фізичні недоліки (вік, стан здоров'я) здійснювати свої права. Воно спрямоване, перш за все, на захист інтересів неповнолітніх або недієздатних осіб.

В аналогічних ситуаціях у країнах загального права застосовується специфічна юридична конструкція — так званий конструктивний траст. Слід відмітити, що неприпустимо ототожнювати ці два інститути. Траст в цілому і такий його різновид як конструктивний траст відрізняються своєю специфікою.

Як зазначав відомий французький компаративіст Рене Давид, «французький юрист, виявивши, що цей спосіб охорони майна недієздатних або управління майном установ, які він називає юридичними особами, прагнути бачити в управителі майном представника недієздатної або юридичної особи, оскільки саме вони є в очах французького юриста дійсними власниками майна, яке передається в управління на користь цих осіб. Він захоче, отже, бачити в інституті довірчої власності застосування принципів представництва, свого роду довіреність, видану установником довірчої власності управителеві. Подібний підхід був би абсолютно не вірним. Насправді, довірча власність, як і більшість інститутів і концепцій англійського права, може бути зрозумілою тільки в історичному контексті» [5, 237].

За загальним правом трасті не є простим управителем, представником. Навпаки, він власник майна, яке створює довірчу власність. Отже, він управляє майном на свій розсуд, може їм розпоряджатися повністю і нікому в цьому не повинен звітувати. Його право власності обмежується не юридичними рамками, а тільки принципами моралі. Він повинен управляти майном не на підставі

права, а тільки по совісті, як зразковий отець сімейства, передаючи отримувані доходи особам, вказаним йому установником довірчої власності. Проте по загальному праву останні не мають можливості вчинити позов для захисту своїх прав; загальне право вважає, що у них немає такого права.

Не слід забувати, що договірні обов'язки в ту епоху, коли виник інститут довірчої власності, як правило, не захищалися загальним правом. До канцлера зверталися за захистом у зв'язку з цим недоліком загального права в тих випадках, коли управитель не виправдовував довіри, наданої йому установником довірчої власності, і всупереч совісті не управляв майном на користь бенефіціантів і не передавав їм отриманих доходів. Канцлер наказував управителеві діяти тим або іншим чином, у тому числі і передавати доходи бенефіціантові, а цей наказ доповнював санкцією особистого порядку — управитель буде арештований, якщо не виконає наказу канцлера.

Дійсно, ця міра була ефективною, і управитель діяв так, як йому було наказано. Проте довірча власність тим самим не перетворювалася на представництво. «Справедливість ґрунтується на праві» — управитель залишається, згідно з думкою англійської концепцією, власником. Цю якість особливо помітно, якщо врахувати спектр повноважень, що належать управителю відносно майна, яке є довірчою власністю: він має не тільки повноваження управляти, але і право повного розпорядження. Управитель може продати або навіть подарувати майно, і ці акти розпорядження майном будуть повністю дійсні: набувальник стає власником.

Отже, у довірчій власності не можна бачити одну з форм представництва. Цей історично невірний підхід не може пояснити деякі аспекти даного питання. Довірча власність — це швидше не щось споріднене довіреності, а певне розчленовування права власності, одні елементи якого належать управителеві, а інші — бенефіціантові [5, 238–239].

Все сказане щодо трасту стосується і такого його різновиду, як конструктивний траст. Останній є просто одною з численних форм довірчої власності, яка застосовується в ситуаціях, аналогічних випадкам виникнення законного представництва.

Умовою визнання конструктивного трасту є особливо довірчий, фідучіарний характер стосунків, за яких одна особа за наявності особливої довіри веде справи іншої особи. Конструктивний траст використовується як спосіб захисту майнових інтересів тієї особи, на користь якої ведеться справа.

Особливістю конструктивного трасту є те, що він виникає через вимоги закону. Конструктивний траст виникає, зокрема, в стосунках принципала і агента, членів товариства між собою, клієнта і адвоката, опікуна і підопічного. Особливим випадком є стосунки між продавцем і покупцем нерухомості до моменту остаточного оформлення договору купівлі-продажу, а також між заставником і заставодержателем при іпотечі нерухомості стосовно зайвих сум, що залишилися у заставодержателя після продажу закладеного майна.

Конструктивний траст — це такі стосунки між особами, за яких особа, якій передається довірча власність, набуває одночасно обов'язок, що впливає з по-

нять про справедливість, передати корисні доходи від цієї власності іншій особі, якій це законно належить, на підставі того, що придбання або утримання цього майна несправедливо збагачує довірчого власника.

Конструктивний траст виникає не через прямий вираз згоди власника, а через закон. Він встановлюється судом у тому випадку, коли власник самостійно не може виразити своєї згоди на передачу своїй власності в траст, але разом з тим не може самостійно здійснювати належну турботу про свою власність. У цьому випадку призначається опікун, тобто особа, яка через судові рішення або вказівку закону приймає на себе функції довірчого власника.

При встановленні конструктивного трасту вигодонабувач наділяється відносно майна, переданого в довірчу власність, квазіречовим правом, що дозволяє йому вимагати у довірчого власника виділення на свою користь певної речі з довірчої власності або доходів від неї у разі банкрутства довірчого власника [8, 263–265].

Речове право можливе тільки відносно індивідуально-визначеної речі. Проте, якщо для витребування майна за загальним правом воно має бути індивідуалізоване (тобто не змішано з іншим), то за правом справедливості воно має бути принаймні здатним до індивідуалізації (наприклад, шляхом виокремлення частки навіть із змішаного фонду). Це дозволяє реалізувати речове право, навіть якщо гроші, що є частиною довірчої власності, змішані з грошима довірчого власника на його рахунку або використовуються ним у сукупності зі своїми власними для придбання землі. В останньому випадку у вигодонабувача виникає заставне право відносно банківського рахунку або земельної ділянки на суму, що належить йому, з довірчої власності. Наявність такого права буває особливо важливою у разі банкрутства довірчого власника.

Таким чином, конструктивний траст передбачається у всіх випадках, коли особа, що діє на користь іншої особи, може неправомірно збагатитися за її рахунок, і визнання в даному випадку стосунків конструктивного трасту між ними стає засобом захисту проти такого безпідставного збагачення. У країнах романо-германської правової сім'ї при виникненні законного представництва для опікуна діє низка обмежень, закріплених законом. У країнах загального права, для яких характерна більша демократичність і дотримання принципу справедливості, в аналогічних ситуаціях застосовується така специфічна юридична конструкція, як конструктивний траст, що дозволяє за допомогою спеціального механізму захисту від безпідставного збагачення забезпечити інтереси незахищеного власника.

Література

1. Пересов П. О. Представительство и ценные бумаги в гражданском праве / П. О. Пересов. — М. : Статут, 2000.
2. Шерешевский И. В. Представительство. Поручение и доверенность. Текст и комментарий к ст. ст. 38–40 и 251–275 Гражданского кодекса. Практический комментарий к Гражданскому кодексу / И. В. Шерешевский; под ред. А. М. Вишавера и И. Б. Пивецкого. — М. : Право и жизнь, 1925.
3. Свєрова Е. С. Представителство як засіб реалізації громадянами своїх прав: від римського права до сучасного права України // Держава і право. — 2001. — № 13. — С. 33–35.

4. Курочкин А. С. Законное и уполномоченное представительство // Бухгалтерский учет. — 2000. — № 15. — С. 7–12.
5. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Тумапова. — М. : Междунар. отношения, 1999.
6. Степанов Д. И. Управляющая компания хозяйственным обществом // Хозяйство и право. — 2000. — № 10. — С. 14–24.
7. Шипка О. Тростова власність: іноземні дива на українській ниві / О. Шипка, П. Крук // Юридичний журнал. — 2003. — № 10. — С. 73–81.
8. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Ч. 1 / Е. А. Васильев, В. В. Зайцева, Р. Л. Парышкина, Ю. И. Свядос ; отв. ред. Р. Л. Парышкина. — М. : Междунар. отношения, 1983.

Анотація

Nekit K. G. Конструктивний траст як аналог інституту законного представництва: ідеї римського права та сучасне втілення. — Стаття.

Співіснування у світі романо-германської та англосаксонської правових сімей викликає до життя постійні дискусії про переваги та недоліки тієї або іншої правової системи. Особливої актуальності ці спори набувають у контексті прагнення до формування єдиного економічного й політичного простору в межах Європейського Союзу. Предметом даного дослідження є розгляд співвідношення інституту законного представництва та конструкції так званого конструктивного трасту, яка застосовується в аналогічних ситуаціях у країнах англо-американської правової сім'ї, з метою розмежування зазначених понять і виявлення їхньої специфіки.

Ключові слова: представництво, конструктивний траст, правоздатність, представник, трасті, фідучіарні правовідносини, довірна власність, установник управління, вигодапобувач, управитель.

Summary

Nekit K. G. Constructive Trust as an Analog of the Legal Representation: Roman Law Ideas and Modern Model. — Стаття.

Coexistence in the world of the roman-German and Anglo-Saxon law families gives birth to the constant discussions about the advantages and disadvantages of one or another legal system. Such debates acquired the greatest actuality in the tendency to create the unique economic-legal area in the EU. The subject of the given research is the analyses of the correlation between the institute of legal representative and so-called constructive trust, which is used in the analogical situations in the countries of Anglo-American law families, with the aim to delineate the given notions and identify its specifications.

Keywords: representation, constructive trust, legal ability, representative, trustee, fiduciary legal relations, trust, settler, beneficiary.

УДК 340.15(37):347.453

А. М. Гужва

ФОРМУЛИ «QUOD INTEREST», «QANTI INTEREST» У ДОГОВОРІ НАЙМУ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ

Орендні відносини у сучасний період відіграють провідну роль у цивільно-му обороті. Майже кожен підприємець зараз не обходиться без укладання договорів оренди. З'являється багато праць, в яких розглядаються проблеми, пов'язані з орендними відносинами. Але, на наш погляд, бракує досліджень, які б аналізували вказані проблеми, враховуючи досвід римського права.

Мета цієї статті — розглянути один з аспектів відносин майнового найму у римському праві, а саме: з'ясувати, як римські юристи визначали розмір відпо-

відальності у разі порушення договору, зміст позовних вимог, а також критерії, які враховувались у разі задоволення позову з найму.

Договір найму у Стародавньому Римі був досить поширеним у господарському житті суспільства. Одразу ж слід зауважити, що цим договором (*locatio-conductio*) охоплювались відносини, які у наш час регулюються трьома договорами: оренди, підряду та договором про надання послуг. І. В. Шерешевський помітив, що визначення договору *locatio-conductio* джерела не надають, але у багатьох фрагментах вказується на схожість цього договору з купівлею-продажем (напр., D.19.2.2.1; Inst. Gaj. 3.24). За словами римських юристів Феста і Гая, був час, коли вирази *locare-conducere* и *emere-vendere* вживалися як синоніми [1, 15]. Спираючись на це положення, інтерес наймача можна розглядати у тих самих аспектах, що й інтерес покупця. Так, наймач, як і покупець зацікавлений у якості об'єкта, який передається згідно з договором, у правомірності титулу володіння і т. д. Однак римський договір найму (*locatio-conductio*) має свої особливості, на які, на наш погляд, слід звернути увагу.

Інтерес наймодавця полягав в отриманні плати за найм. Як правило, плата за найм була у вигляді грошової суми, і розмір цієї суми дорівнював інтересу наймодавця. Але в одному з фрагментів Дигест розглядається казус, де з наймодавцем обумовлено, що він отримає як плату зерно. Якщо наймодавець відмовлятиметься отримувати і зерно і грошову суму, позовна вимога, на думку Ульпіана, буде у розмірі грошової суми, але при розгляді справи суддя повинен оцінити інтерес наймодавця отримати саме зерно, а не грошову суму. Можна припустити, що у цьому випадку позовна вимога буде перевищувати вартість зерна (наприклад, включати ще й витрати наймодавця на придбання зерна в іншому місці, перевезення тощо), і тоді, звичайно, інтерес наймодавця буде більший за обумовлену плату за найм у вигляді зерна.

Як зазначав римський юрист Павло, у разі коли наймач достроково залишить земельну ділянку, за наймодавцем залишається право вимагати сплати усіх платежів за увесь строк договору найму, доки він має право вимагати у розмірі інтересу.

Однак більшої уваги, на нашу думку, заслуговує інтерес наймача як більш вразливої сторони. Обов'язком продавця було надати покупцю безперешкодне володіння річчю (*vacua possessio*), а наймодавець був зобов'язаний надати наймачеві безперешкодне користування (*frui licere praestare*). У разі продажу маєтку, який передано у найм, він повинен був забезпечити, щоб і після продажу наймач міг користуватись предметом найму. Так само як покупцю надавався позов до продавця, так і наймач міг подати позов до наймодавця, якщо третя особа стверджувала, що право на річ належить їй, і витребувала річ. Тож поняття «евікція» можна застосовувати рівною мірою як до купівлі-продажу, так і до найму, оскільки і продавець, і наймодавець повинні були надати контрагенту річ у безперешкодне володіння (*vacua possessio*). Вимоги наймача за позовом з найму також визначались формулою *id quod interest*, тобто треба було визначити межі його інтересу у здійсненні свого права найму (D. 19.2.15.1). При цьому, як стверджує Р. Цімерман, не має значення, чи була у наймодавця

добра совість, чи йому можна приписати недбалість [2, 363]. Проте В. О. Умов, спираючись на положення про наслідки евікції за договором купівлі-продажу, стверджує, що якщо наймач знав про права третіх осіб, то йому можна було повертати лише плату за найм у випадку евікції [3, 231].

Оскільки позов з найму, як і позов з купівлі-продажу, був позовом *bonae fidei* (доброї совісті), то тут, як і при розгляді позову з купівлі, приймаючи рішення, суддя був вільний у визначенні інтересу наймача у кожному конкретному випадку. Що розуміли при цьому римські юристи під інтересом, видно з фрагментів Дигест 19.2.7 і 19.2.8: на думку Павла, позовна вимога орендаря до орендодавця, який віддасть дім у суборенду, у разі якщо власник заборонить суборендарю жити у будинку, визначається не за ціною оренди, а за ціною суборенди, оскільки за ціною суборенди відповідатиме і сам орендар перед суборендарем (якщо суборендар подасть позов до нього у разі втрати речі внаслідок витребування її власником). У наступному фрагменті іншим юристом зазначається, що позов орендаря повинен бути не у розмірі ціни оренди чи суборенди, а у розмірі інтересу у користуванні річчю (*quantum interest perfrui conductione*).

Дуже схожі випадки з пороком титулу володіння і, як наслідком цього, евікцією випадки вилучення речі за наказом державної влади (*publicatio*). Проте у цьому випадку наймодавець повинен був повернути лише плату за найм, як отриману безпідставно: «...*quod hac tenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi...*». В. О. Умов вважав, що вилучення за наказом держави є не стільки юридичною, скільки фактичною перепорою до користування і може розглядатися як випадок, за який ніхто не відповідає (як наприклад, загибель речі або перехід її до речей поза цивільним оборотом незалежно від волі наймодавця) [3, 227]. За цих обставин вина наймодавця була виключена, а за відсутністю вини й відповідальність за збитки у розмірі інтересу була неможливою.

Однак римський юрист Юліан вважав за потрібне вимагати у розмірі всього інтересу наймача навіть у тому випадку, коли наймодавець взагалі не міг бути винуватим. Ці межі відповідальності (у розмірі інтересу наймача) базуються на припущенні гарантії того, що річ у наймача взагалі не буде вилучена.

У разі, якщо наймодавець замовчував про право третьої особи на річ, то наймач, який був обмежений у користуванні чи взагалі позбавлений його, міг вимагати за позовом з найму у розмірі інтересу. Якщо ж наймодавець надавав наймачеві на строк договору найму інший такий самий предмет, то він звільнявся від відповідальності.

В. О. Умов вважав, що і добросовісний, і недобросовісний наймодавець відповідав у розмірі інтересу, оскільки він особисто зобов'язувався надати наймачеві користування, не кажучи вже про те, що від наймодавця при придбанні права на річ слід очікувати більшої обачливості, ніж від наймача при укладенні договору найму [3, 230].

У зміст інтересу входять не лише збитки від неможливості користування річчю, але й компенсація за шкоду, яку було завдано внаслідок недоліків речі. Так, римський юрист Павло розмірковує, який позов матиме місце, якщо раб,

якого віддали у найом для роботи у таверні, вчинить крадіжку. Зіставляючи два позови (позов з найму як позов доброї совісті і позов з делікту, вчиненого рабом), він доходить висновку, що за другим позовом вимога буде більшою, оскільки охоплюватиме також збиток від крадіжки раба.

Збитки наймача можуть охоплювати також прибуток, який він отримав би від суборенди, якби мав можливість користуватися річчю. Римський юрист Алфен аналізує казус, у якому наймодавець руйнує будинок, який він віддав у найм, через те що цей будинок мав ушкодження. На думку юриста, позов наймача у цьому випадку треба оцінювати не у розмірі плати за найм, а у розмірі його інтересу, тобто врахувати усе те, що він отримав би від суборенди за весь час, коли його власні наймачі не могли займати приміщення. Але якщо сам наймодавець відбудує приміщення, то він відповідатиме у розмірі інтересу наймача, щоб мешканці не переселялися.

Слід також зазначити, що специфіка відношень майнового найму така, що наймач має інтерес у більшості випадків не лише у безперешкодному володінні річчю, але й у реалізації тієї господарської мети, задля якої річ було отримано у найм: в отриманні плодів, у використанні для зберігання інших предметів, в отриманні прибутків від суборенди і т. д. Тому в разі неможливості використання речі за її призначенням з причини її втрати або недоліків самої речі збиток наймача буде перевищувати вартість плати за найм. Цим і пояснюється, що позовна вимога наймача була у розмірі його інтересу, тобто у розмірі того, що він би отримав, якщо б річ залишилась у нього у володінні або якщо б була за якістю такою, що її можна б було використовувати за призначенням.

Німецький романіст XIX ст. Б. Віндшейд у випадку виявлення недоліків речі, переданої за договором найму, розрізняє ступінь відповідальності наймодавця залежно від наявності у нього вини. На його думку, якщо наймодавець винен у тому, що не може надати володіння річчю, він відповідає у розмірі інтересу, в іншому випадку — він відповідає у розмірі плати за найм. Під виною вказаний автор розуміє і злий умисел, і недбалість. Також винуватість наймодавця для його відповідальності у розмірі інтересу вимагається, якщо надана за договором найму річ має такі недоліки, які виключають можливість користування нею. Тобто наймодавець відповідає у розмірі інтересу, якщо він стверджував, що недолік є відсутній, або не сказав про нього [4, 360–361]. Розглядаючи це питання, не можна не згадати про один фрагмент з Дигест Юстиніана, де враховується різне ставлення до винуватості наймодавця у наданні неякісної речі. Маємо очевидну неузгодженість: у випадку з бочками, які протікають, не має значення для визначення розміру відповідальності, чи знав наймодавець про несправність (*nec ignorantia ejus erit excusata*); в іншому ж випадку з пасовиськом, на якому росла отруйна трава, якщо наймодавець не знав про шкідливі рослини на пасовиську, яке він віддавав у найм, то його відповідальність буде не у розмірі інтересу, а у розмірі плати за найм: наймач не повинен йому її платити. Незнання наймодавця про бочки, які протікають, є таким, яке не вибачається, оскільки саме він вибирав бочки перед тим, як передати їх у найм, і наймач не мав можливості ознайомитися з їх придатністю для

зберігання вина. Незнання ж наймодавця про те, що на пасовиську є отруйні рослини, враховуються при визначенні відповідальності: він вважається винуватим лише у тому випадку, коли знав про отруйні рослини на пасовиську. Тож обачливість наймодавця вимагається лише у другому випадку: наймодавець бочок повинен був знати про їх дефекти, а наймодавець пасовиська міг і не знати про отруйні рослини.

Вказана суперечність розглядається упродовж всього часу вивчення римського права. Так, ще з часів Глоси Акурсія так пояснювали цей фрагмент Дигест: як правило, наймодавці мешкали у Римі і не могли очікувати, що рослини на пасовиськах, які вони віддають у найм десь за містом, виявляться отруйними, у той час як власники бочок могли легко визначити, що їх бочки протікають [2, 367]. У літературі також є думка, що наймодавці пасовиськ належали до вищого класу і юристи не вважали доцільним розширювати коло їх відповідальності. Таку позицію можна вважати досить обґрунтованою з огляду на те, що за словами О. С. Йоффе, інтерпретаторська діяльність римських юристів була направлена не просто на задоволення потреб обороту в цілому, але насамперед на захист інтересів його більш багатих і більш сильних у майновому відношенні учасників [5].

За думкою романіста В. О. Умова, наймодавець не звільнявся від відповідальності у розмірі всього інтересу у двох випадках:

- 1) якщо договір найму було укладено відносно родових речей, оскільки наймодавець відповідає у цьому випадку за вибір;
- 2) якщо за договором найму віддано дім, який через недоліки буде зруйнований, що завдасть наймачеві збитки.

Якщо ж недолік виник після передачі, треба було прийняти до уваги, чи була вина наймодавця у тому, що з'явився недолік. Якщо була, то стягнення було у розмірі інтересу, але в обох випадках наймач звільнявся від плати за найм. Обсяг інтересу становлять збитки і шкода, яку зазнав наймач внаслідок недоліків речі.

Наймодавець звільняється від відповідальності за недоліки речі, якщо про це було обумовлено при укладенні договору або якщо наймач, укладаючи договір, знав про існування недоліку.

Таким чином, договір найму *locatio-conductio* у римському праві передбачав для наймача захист за допомогою відповідного позову. Римськими юристами були детально розроблені питання, які стосувались меж відповідальності наймодавця: враховувались характер речей, які передавалися у найм, ступінь вини наймодавця, а також шкода, яку зазнав наймач внаслідок пред'явлення третьою особою прав на річ і внаслідок недоліків самої речі. Оскільки позови з договору *locatio-conductio* належали до позовів *bonae fidei* (доброї совісті), то стягнення у разі задоволення цих позовів дорівнювало інтересу наймача, що виражалося формулами «*id quod interest*», «*quantum interest*».

Детально розроблені римськими юристами критерії, за якими визначається відповідальність наймодавця у разі пред'явлення третьою особою прав на річ або у разі виявлення неякісності речі, не представлені докладно у сучасному

законодавстві. Так, ст. 767 ЦК України встановлюється обов'язок наймодавця попередити наймача про особливі властивості та недоліки речі, але, якщо наймач у момент передання речі не переконається у її справності, річ вважається такою, що передана йому у належному стані. Тобто перевірка якості речі є обов'язком наймача. Можна дійти висновку, що незнання наймодавця про недоліки речі і необачність наймача при переданні речі взагалі виключають відповідальність наймодавця. Врахування розміру відповідальності наймодавця залежно від ступеня його вини у разі виявлення недоліків речі взагалі не передбачено, як і у разі неповідомлення наймача про всі права третіх осіб на річ. Отже, дослідження цього питання у римському праві надасть змогу заповнити прогалини у регулюванні визначення розміру відповідальності наймодавця у сучасному цивільному праві.

Література

1. Перешевский И. В. Правовое регулирование наемного труда в Риме // Часопис цивілістики. — 2008. — Вип. 7. — С. 15–23.
2. Zimmermann R. The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition / R. Zimmermann. — Cape Town, 1990.
3. Умов В. А. Договор найма имущества по римскому праву и новейшим иностранным законодательствам. Ч. 1 / В. А. Умов. — М., 1872.
4. Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву / Б. Виндшейд. — С.Пб., 1875.
5. Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» [Электронный ресурс] // Классика российской цивилистики: электрон. б-ка. — Режим доступа: http://civil.consultant.ru/elib/books/3/page_2.html. — Загл. с экрана.

Анотація

Гужва А. М. Формули «quod interest», «quanti interest» у договорі найму за римським правом. — Стаття.

У статті розкриваються наслідки порушення договору найму у римському праві як з боку наймача, так і наймодавця, насамперед у випадку евікції речі, переданої за договором, а також її неякісності. Увагу автора зосереджено на визначенні розміру відшкодування під час розгляду позову. Оскільки межі відповідальності юристи виражали формулами «quod interest», «quanti interest», стаття розкриває, що розуміли під вказаними формулами у джерелах римського права. Також предметом розгляду публікації є ті критерії, які враховувались при визначенні розміру відшкодування у разі задоволення позову з договору, а саме: наявність вини, характер речей, які є предметом найму, і шкода потерпілої сторони.

Ключові слова: римське право, договір найму, оренда, відшкодування збитків, інтерес, евікція.

Summary

Guzhva A. M. Formules “quod interest”, “quanti interest” in the Hiring Agreement in the Roman Law. — Article.

The article gives consequences of breaking the contract of engagement in the Roman Law both as of the lessee and of the lesser, first of all in the case of eviction of a thing, passed by the contract, as well as its pooriness. One draws attention to determining the amount of compensation under the claim. As long as roman lawyers expressed the limits of responsibility by formulations “quod interest”, “quanti interest”, the article explains what was meant under the mentioned above formulations in sources of the Roman Law. Also the subject of the article is the criteria that were taken into account during determining the amount of compensation in the case of satisfaction of a claim out of the contract, viz: presence of the blame, being of things, being the subject of lease and the damage of an offended party.

Keywords: the Roman Law, the contract of engagement, lease, compensation of damages, interest, eviction.

ПОНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРНІ РИСИ ДОГОВОРУ ДОРУЧЕННЯ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ

Для здійснення цивільних прав та обов'язків громадяни та юридичні особи нерідко змушені звертатися до послуг інших осіб, які здійснюють для них різноманітні дії, що породжують виникнення, зміну та припинення цивільних правовідносин. Відносини такого роду прийнято називати «представництвом». Найбільш поширеним договором, що породжує представництво, є договір доручення, без існування якого не можливо уявити сучасне суспільне життя. Сучасний договір доручення закріплений у главі 68 Цивільного кодексу України, якою передбачено детальний опис поняття договору доручення, термін дії, права та обов'язки сторін, умови припинення відповідних договірних відносин [1, 264].

Винайдена ще за часів римського права юридична конструкція дозволила суб'єктам правовідносин досягати певних результатів не обов'язково особисто, а й через інших осіб та в різних сферах діяльності, можливо навіть одночасне ведення справ, не враховуючи територіального знаходження певного юридичного суб'єкта. Тому залучення інших осіб при виконанні ними доручень на підставі особливо довірчих відносин, визначення меж прав та обов'язків повіреного було актуальним за часів Стародавнього Риму і продовжує бути актуальним в умовах сьогодення.

У договірному праві Стародавнього Риму більше, ніж в іншій галузі приватного права, виявилось вміння римських юристів, не відступаючи формально від консерватизму, характерного для римського цивільного права, враховувати нові інтереси й нові потреби і таким чином сприяти подальшому розвитку господарського життя. Виконуючи таку стимулюючу роль, римське договірне право було придатне не лише для господарських відносин у Римі, а й широко застосовувалося у наступні століття для регулювання економічних відносин, які постійно розвивалися на ґрунті промисловості й торгівлі.

Проблемам зобов'язань, що виникають з договорів, у тому числі що пов'язані з довірчими стосунками, були присвячені деякі праці науковців-романістів Д. В. Дождева, О. С. Йоффе, О. А. Підпригори, Іво Пухан, Мір'ян Поленак-Акимовської, Є. О. Харитонова та інших, проте їх дослідження спрямовані у площину загальних положень і не торкнулися детального аналізу характерних рис договору доручення.

Разом із тим договору доручення як фідучіарному договору уваги приділялося недостатньо, що зумовлює актуальність досліджень у цій галузі. Завдання цієї статті полягає у визначенні поняття «mandatum» та характерних рис договору доручення, який базувався на особливо довірчих відносинах. Для того, щоб дати найбільш повне визначення договору доручення за римським приватним правом, необхідно розглянути предмет договору, права та обов'язки сторін, способи припинення довірчих відносин при виконанні доручень, а та-

кож визначити, до яких договорів за римською класифікацією належить *mandatum*.

Отже, договір доручення за класифікацією відомого юриста II ст. н.е. Гая належав до консенсуальних договорів. Усі договори одержали назву залежно від способу їх виникнення. Зокрема, на його думку, договори виникають у результаті використання усної мови (*verba*), письмової форми (*litterae*), передачі якоїсь речі (*res*) або формальної згоди (*consensus*). Звідси контракти дістали назви — *вербальні, літеральні, реальні і консенсуальні*, пізніше з'являються *безіменні контракти* [10, 221].

Група консенсуальних договорів сформувалася пізніше інших, і формалізм при їхньому укладенні був істотно пом'якшений. Укладення договору досяглося тут простою угодою сторін. До групи входили договори купівлі-продажу, найму (речей, послуг, роботи), доручення, товариства. Консенсуальні контракти також становили замкнену групу. Ніякі інші угоди, що навіть за ознаками відповідали консенсуальним контрактам, не могли бути сюди віднесені.

Основна ознака, що об'єднувала консенсуальні договори, полягала в набутті чинності на момент досягнення угоди про предмет договору без виконання яких-небудь додаткових формальностей. Отже, на відміну від реальних договорів, досягнення угоди набувало тут юридичного значення, ставало юридичним фактом, який встановлював обов'язки сторін виконувати певні дії.

Інституції Юстиніана так визначають можливість укладення консенсуального контракту: «Кажуть, що зобов'язання укладається у таких випадках шляхом досягнення згоди тому, що не вимагається ні листа, ні наявності контрагентів; не вимагається передавання речі для того, щоб зобов'язання вважалося дійсним, але достатньо однієї згоди тих осіб, які здійснили правочин.

Характерною рисою консенсуальних контрактів є те, що з них виникають взаємні зобов'язання, тобто такі, в яких кожна із сторін несе певні обов'язки. Тому виконання однією із сторін свого обов'язку надає їй право вимагати і від контрагента виконання обов'язку. Тільки в такому випадку виникає право на позов. Іншими словами, консенсуальні контракти характеризуються також функціональною двосторонністю зобов'язання. З цього приводу Гай писав: «Таким же чином в цих договорах кожна сторона зобов'язується стосовно другої до того, що, за природною справедливістю, вони повинні доставляти одна одній, тоді як при зобов'язаннях словами один здійснює стипуляцію, інший обіцяє, а при письмових договорах один (кредитор) відзначає грошову суму, ніби видану в позику, а другий (боржник) відзначає її, ніби одержану в позику» (Гай, 3.137).

До того ж кожен з договорів, в тому числі й *mandatum*, повинен відповідати певним умовам дійсності. По-перше, повинна бути згода сторін, які домовилися про зміст договору. Така згода не може суперечити так званим добрим нравам (*boni mores*), *negotia bonae fidei*, *actiones bonae fidei*. По-друге, зміст договору повинен бути фізично можливим [11, 153].

Таким чином, договір доручення є дійсним договором. Існують різні авторські думки щодо визначення договору доручення за римським приватним правом.

1. Договір доручення (*mandatum*) — консенсуальний контракт, за яким одна сторона (повірений, мандатарій) брала на себе обов'язки виконати безоплатно на користь іншої сторони (довірителя, манданта) певні дії [8, 332].

2. Договір доручення полягав у тому, що одна особа (довіритель, мандант) поручала, а інша особа (мандатарій, повірений) приймала на себе виконання безоплатно певних дій [5, 245].

3. Договір доручення, або *mandatum*, консенсуальний та двосторонній нерівний договір, що встановлювався між довірителем та повіреним про те, що повірений на користь довірителя безоплатно виконає будь-який правовий акт, доручений йому довірителем (Гай 3, 155–156; Гай 4, 82–87) [10, 268].

У всіх трьох визначеннях одна сторона (довіритель або мандант) на свою користь поручала іншій стороні (мандатарію або повіреному) виконання будь-якого правового акта, що було предметом доручення. Тобто з договору *mandatum* виникало зобов'язання *facere*. Природа діяльності повіреного могла бути різноманітною: це могла бути фізична (*operae illiberales*) та інтелектуальна (*operae liberales*) праця (Гай 3, 162; I 3,26,13; Д 17,1,36,1) [10, 267].

Тобто предметом доручення могли бути дії як юридичного (здійснення угод, виконання процесуальних дій), так і фізичного характеру (в джерелах наводяться приклади безоплатної починки одягу тощо (J.3.26.13)). Але договір доручення частіше укладався на предмет вчинення саме юридичних дій — правочинів, виконання процесуальних дій тощо.

За предметом договір доручення наближається до договору найму послуг: і в тому і в другому предметом можуть бути фізичні послуги. Розрізнення їх істотна ознака — договір найму послуг — оплатний, а договір доручення завжди безоплатний. Безоплатність виконання доручення була характерною рисою договору доручення. Якщо за виконання дії призначалася плата, то тим самим договір перетворювався в договір найму. Тому римське право чітко відрізняло найм послуг і доручення.

Сама робота повіреного не підлягала оплаті. Проте договір доручення інколи вимагав значних витрат, часу, зусиль, енергії, роз'їздів і тощо. В такому випадку довіритель зобов'язаний відшкодувати повіреному витрати, пов'язані з виконанням доручення.

Римські юристи пояснювали це таким чином. Договір доручення веде своє походження із громадського обов'язку і дружби (*ex officio atque amicitia*) [8, 332], а виконання обов'язку та отримання за це плати, за поняттями римлян, несумісні (D.17.1.1.4). Крім того, брати плату за послуги, виконані в силу громадського обов'язку або дружби, в римському рабовласницькому суспільстві вважалося ганебним, таким, що принижує гідність вільної людини. Мандатарій вважав за честь виконати певні послуги на користь іншої вільної людини і плату розглядав як образу своєї честі.

З розвитком цивільного обороту потреба в наданні юридичних послуг зростала. На виконання доручень доводилося витрачати багато зусиль і часу. Добре виконане доручення почали певним чином винагороджувати — щось дарувати або іншим шляхом матеріального заохочення, або в достойний спосіб, який

не принижував честі повіреного, стимулювали його працю по виконанню доручення. Такі дарунки пізніше ввійшли в практику і стали називатися «*honor*» (звідси сучасний термін «гонорар»). Підносити дарунок або якимсь іншим способом матеріально винагороджувати повіреного довіритель спочатку був не зобов'язаний, але з часом така форма оплати доручення усталилася. З веденням поняття «гонорар» створювалася штучна оболонка, яка повинна була прикрити дійсні відносини між мандантом та мандатарієм.

Не менш важливим при розгляді договору доручення є вивчення прав та обов'язків сторін. Хоча договір доручення був двостороннім контрактом, права і обов'язки в ньому розподілялися нерівномірно. Більш суворо ставилися до повіреного, незважаючи на безоплатність договору, на його старанність, добросовісність, сумлінність. Юрист Павло говорив: «Справа волі — взяти на себе доручення, справа необхідності — виконати його» (Д.17.6.17.3). (Д.13.6.17.3.)

Основний обов'язок повіреного (мандатарія) — ретельно і сумлінно виконати доручення, довести прийняту справу до кінця. Він повинен був суворо дотримуватися одержаних вказівок, не відхиляючись від них навіть у тих випадках, коли це могло принести довірителью вигоду.

Видозмінювати доручення, хоча б з метою надати довірителью вигоду, мандатарій не мав права; наприклад, отримавши конкретне доручення купити дім Сея за 100, мандатарій купив дім Тіція, і хоча йому вдалося купити цей дім дешевше ніж за 100, доручення вважалось невиконаним. Може виявитися, що виконання доручення в тонкощах неможливе внаслідок зміни обставин. В такому випадку мандатарій повинен був запитати додаткових вказівок від манданта; якщо це фактично виявляється неможливим, то вчинити так, щоб рішення відповідало загальному сенсу доручення.

В іншому випадку, коли переконавшись у неможливості виконати доручення відповідно до одержаних інструкцій, він також зобов'язаний був повідомити про це довірителя з метою заміни його іншою особою. В разі наполягання останнього на продовженні виконання доручення повірений міг в односторонньому порядку відмовитися від договору. Проте відмова від нього не повинна завдати довірителью майнової шкоди. Якщо мандатарій не сповістить манданта про неможливість виконання доручення, він відповідав перед мандантом за завдані збитки [5, 198].

Особисте виконання доручення не завжди було обов'язковим. У договорі чітко визначалося, чи виконує доручення повірений особисто, чи може залучати третіх осіб. Якщо предмет доручення не передбачав персональної (особистої) діяльності мандатарія, йому дозволено спиратися на помічників (залучати до виконання доручення заступників та субститутів).

Навіть якщо за характером доручення обов'язково лише особисте його виконання, могло виявитися неминучим участь третіх осіб при виконанні доручення: для мандатарія могло виявитися неможливим особисте здійснення дорученої дії за таких умов, коли інтереси манданта не дозволяли відкласти певну дію. Залежно від того, має чи ні мандатарій право користуватися послугами третіх осіб (субститутів), існувала і відповідальність мандатарія за дії

його помічників та заступників. Отже, вдавшись до допомоги третіх осіб без спеціального дозволу на це довірителя, повірений сам відповідав за їхні дії. Але якщо мандатарію в конкретному випадку було надано право звертатися до послуг помічників та субститутів, то він за їхні дії не відповідав (вони відповідали безпосередньо перед довірителем). Але повірений відповідав перед мандантом тільки за обережний, ретельний вибір помічників, субститутів (*culpa in eligendo*).

Виконавши доручення, повірений звітує перед довірителем, передає йому все одержане в результаті виконання доручення з усіма прирощеннями. Так мандатарій передавав манданту не лише всі стягнення з боржників манданта, але й випадково отримане ним для манданта (наприклад, помилковий платіж неіснуючого боргу). Передача результатів довірителю, особливо у випадках, коли йшла мова про повноваження на укладання будь-якого договору, повинна була завершуватися або традиційним отриманням речі або процесуальною відмовою від вимог (*actions per transpositionem*). Так було тому, що римський мандатум був договором, за яким встановлювалося так зване опосередковане виконання: при виконанні вказівок довірителя повірений не діяв від імені довірителя, але укладав договори від свого імені та за своїм розумінням. Відповідно всі права та всі обов'язки на підставі укладених договорів належали повіреному особисто. Тому після виконання договору мандатум повірений повинен був передати довірителю всі набуті права.

Повіреному не дозволялось перевищувати надані йому повноваження, інакше довіритель міг відмовитись від прийняття виконання. В випадку перевищення мандатарієм меж доручення мандант не зобов'язаний був приймати виконання; але в межах доручення мандант згідно з пануючою серед римських юристів точкою зору приймав виконання.

Особливо соціальне та побутове значення мандата в рабовласницькому суспільстві відображалось на характері відповідальності. Безоплатність договору доручення робила його не вигідним для повіреного. І все ж римське право встановлювало підвищену відповідальність для нього попри загальний принцип — сторона, яка не мала вигоди в договорі, несла обмежену відповідальність (лиш за *dolus* и *culpa lata*). Особливо довірчі відносини між сторонами в договорі доручення зумовлювали відповідальність повіреного за будь-яку вину (з посткласичного права по *culpa in abstracto*). Він зобов'язаний був відшкодувати довірителю всі збитки, заподіянні неналежним виконанням або невиконанням договору, хоча і були завдані внаслідок легкої вини мандатарія (С 4.35.13).

Права повіреного (мандатарія) в цьому договорі були досить обмеженими. Він міг відмовитися від його виконання, якщо доходив висновку, що не зможе його виконати належним чином, а також вимагати відшкодування витрат, пов'язаних із виконанням договору.

Обов'язки і права довірителя (мандант). Виконуючи доручення, мандатарій не повинен зазнати будь-якої матеріальної шкоди. Якщо мандатарій зазнав такої шкоди, то мав право вимагати відшкодування. Основний обов'язок довірителя — відшкодувати повіреному понесені при виконанні доручення

витрати, навіть не залежно від результату, досягнутого шляхом проведених витрат, тільки б мандатарій діяв добросовісно та розумно. Вони підлягали відшкодуванню навіть у тому випадку, якщо результат доручення не досягнутий без вини повіреного. Крім того, довіритель зобов'язаний відшкодувати повіреному збитки, заподіяні йому з вини довірителя або, в крайньому разі, в безпосередньому зв'язку з виконанням доручення; випадкові збитки, що настали лише під час виконання доручення, не підлягали відшкодуванню мандантом. Права його відповідали обов'язкам повіреного.

Відносини між довірительом та повіреним стосовно **припинення договору доручення** могли вирішуватися й до виконання зобов'язань повіреним у випадку, коли сторони це обговорили (*dissensus*), або коли закінчився термін дії договору. Крім того, кожна із сторін мала право в будь-який час в односторонньому порядку відмовитися від договору. Так, договір доручення припинявся мандантом шляхом простого повідомлення про це мандатарію. Якщо мандатарій виконав доручення раніше, ніж дізнався про скасування мандата, мандант зобов'язаний був прийняти виконання та розрахуватися з мандатарієм. Повірений теж вправі був відмовитися від подальшого виконання договору доручення, але його право відмови обмежувалося так, аби не заподіяти шкоди довірителю. Тобто він своєчасно повинен повідомляти останнього про відмову від доручення, аби той міг вжити необхідних заходів щодо запобігання можливим збиткам внаслідок відмови мандатарія. Якщо мандатарій відмовлявся від договору з порушенням вказаної вимоги, він був зобов'язаний компенсувати (відшкодувати) внаслідок цього понесені мандантом збитки [6, 198].

Договір доручення припинявся смертю однією із сторін. Це також зумовлювалося довірчим характером відносин, спадкоємці померлого могли викликати недовіру іншої сторони. Проте і в цих випадках повірений зобов'язаний довести до кінця розпочаті дії, аби запобігти можливій шкоді спадкоємцям довірителя. Тобто мандатарій не вправі при отриманні відомостей про смерть манданта негайно залишити доручену справу. З іншої сторони, якщо мандатарій, не дізнавшись про смерть манданта, виконував доручення до кінця, він вправі був подати позов до спадкоємців манданта.

У випадку смерті мандатарія його спадкоємці були зобов'язані сповістити про це манданта. Якщо спадкоємці мандатарія, не отримав відповідних вказівок від манданта, виконували доручення, їм не надавався *action mandate contraria*.

Для захисту інтересів сторін кожна з них мала спеціальний позов, що впливав з договору доручення [8, 334]. Для здійснення прав манданта, що відповідають викладеним обов'язкам мандатарія, манданту надавався позов *action mandate directa*. Свої претензії мандатарій здійснював за допомогою *action mandate contraria*. Обидва позови були *actions bonae fidei* и призводили до *infamia* засуджених осіб.

Вищевказані спеціальні випадки припинення договору доручення пояснюються тим, що договір доручення передбачав особливу довіру та взаємну прихильність сторін, і цю довіру не можна було зневажати платою. Громадський обов'язок чи

дружба цінувалися вище грошової винагороди. У більшості випадків повірені цінили особливу довіру та честь виконання громадського обов'язку, були благородні, чесні, достойні громадяни, які користувалися повагою, авторитетом тощо, нарешті, були достатньо багаті і для них плата за послуги істотного значення не мала. *Mandatum* ґрунтувався на фідучіарних (довірчих) відносинах.

Саме фідучіарні угоди дали початок різноманітним сучасним договорам. Починаючи з того, що кожен фідучіарний договір був індивідуальним за метою, за формою волевиявлення, сферою застосування та призначенням. Визначальним фактором є вибір контрагента — фідучіарія. Якщо фідучіант домовлявся з близькою людиною, другом, то відповідний договір, за відсутності забезпечувальної функції, служив збереженню майна. Цей різновид фідучії мав назву *Fiducia cum amico contracta*. В юридичній літературі сфера застосування *fiducia cum amico* характеризується неоднозначно. Так як за допомогою цієї форми здійснювався не лише договір доручення, а й такі договори, як зберігання (*depositum*), позики (*commodatum*). В цих договорах *amicus* — це нормативний учасник угоди [3, 153], до якого спрямована зайва довіра. І якщо довіра за договором доручення припинялась — припинявся й сам договір.

Таким чином договір доручення є консенсуальним, фідучіарним, двостороннім, нерівним договором, що встановлювався між довірительом та повіреним про те, що одна особа (довіритель, мандант) поручала, а інша особа (мандатарій, повірений) приймала на себе виконання безоплатно певних дій. Доручення повинно бути виконано в повній відповідності з його змістом (причому як з його буквального змістом, так і з його внутрішнім сенсом). Крім того, *mandatum* не має наслідків для третіх осіб. У принципі *mandatum* безоплатний, однак за певні висококваліфікаційні послуги (*artes liberales*) було прийнято добровільно обдаровувати (*mandatum honorarium*). *Mandatum* засновується на взаємній довірі, тому він припиняється, якщо один з контрагентів відмовиться від договору (*revocation, renuntiatio*) або помре. При Юстиніані *mandatum* може продовжуватися й після смерті манданта (*mandatum post mortem; fideicommissum; obligation*). Мандатарій зобов'язаний керуватися вказівками манданта (перевищив їх, він діє на власний ризик), виконати доручення точно й належним чином, передати разом з плодами (відсотками) все, що дісталось йому від *mandatum*; він відповідає за *dolus*, в праві Юстиніана і за *culpa*. Мандант зобов'язаний звільнити мандатарія від взятого зобов'язання, відшкодувати йому витрати та можливі збитки, понесені при виконанні доручення (тобто *ex causa mandate, non ex occasione mandatum*) [2, 212].

На підставі *mandatum* встановлювалися вимоги довірителя (*dominus negotii*) та обов'язки повіреного (*procurator*), у вигляді виключення — вимоги повіреного та обов'язки довірителя.

Так, завдяки угоді *fiducia cum amico* римське право дало життя сучасному договору доручення, поняття та характеристика якого відображені в главі 68 Цивільного кодексу України [1, 264].

Переглядаючи норми чинних договорів, створюючи нові норми все одно повертаємося до римських надбань. Оскільки римське приватне право стало ви-

щою фазою розвитку європейського права. Юридичне значення римського права полягає в тому, що термінологія сучасного права ґрунтується на ідеях, засадах та визначеннях, розроблених римською класичною юриспруденцією.

Література

1. Цивільний кодекс України : коментар. — Вид. 2-ге, із змінами за станом на 2004 р. — Х. : Одеський, 2004. — 856 с.
2. Бартошек М. Римское право. (Понятие, термины, определения) : пер. с чешск. / М. Бартошек. — М., 1989. — 448 с.
3. Дождев Д. В. Римское частное право : учеб. для юрид. вузов и ф-тов / Д. В. Дождев. — М. : НОРМА, 2000. — 784 с.
4. Майдапик Р. А. Довірчі угоди в праві Стародавнього Риму: поняття, види, правова природа // Вісник. Юридичні науки / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — 2000. — № 40. — С. 17–25.
5. Повицкий И. Б. Основы римского гражданского права : учеб. для юрид. вузов / И. Б. Повицкий ; Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова, Рос. гос. арх. древних актов. — М. : Зерцало, 2000. — 245 с.
6. Повицкий И. Б. Римское право : учеб. для вузов / И. Б. Повицкий. — М. : ИКД ЗЕРЦАЛО-М, 2002. — 256 с.
7. Подопригора О. А. Римське право : підручник / О. А. Подопригора, С. О. Харитонов. — К. : Юрішком Інтер, 2003. — 337 с.
8. Подопригора О. А. Римське приватне право : підруч. для студент. юрид. спец. вищ. навч. закл. / О. А. Подопригора. — Вид. 3-тє, переробл. та допов. — К. : Ін Юре, 2001. — 440 с.
9. Подопригора А. А. Основы римского гражданского права / А. А. Подопригора. — К. : Вища шк., 1990. — 284 с.
10. Пухан-Иво П. Римское право / П. Пухан-Иво, М. Акимовская. — М. : Зерцало-М, 2003. — 448 с.
11. Скриплев Е. А. Основы римского права : конспект лекцій / Е. А. Скриплев. — 2-е изд. — М. : Ось, 2000. — 208 с.

Анотація

Дихта Н. М. Поняття та характерні риси договору доручення за римським приватним правом. — Стаття.

Стаття присвячена найбільш точному визначенню поняття «mandatum» та характерних рис договору доручення, який базувався на особливо довірчих відносинах. У статті падає визначення «mandatum».

Ключові слова: поняття «mandatum», договір доручення, особливо довірчі відносини, повірений (мандатарій), довіритель (мандант).

Summary

Dykhta N. M. Notion and Features of the Comission Agreement in the Roman Private Law. — Article.

The article is devoted to the determination of such exact concept as «mandatum» and the basic characteristics of the contract of agency, based on extra trust relationships. The article determines the concept of «mandatum».

Keywords: concept of «mandatum», the contract of agency, extra trust relationships, agent, principal.

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ВІДКАЗОДЕРЖУВАЧІВ ЗА ЗАПОВІДАЛЬНИМ ВІДКАЗОМ

Сучасне цивільне законодавство України серед розпоряджень заповідача передбачає спеціальні заповідальні розпорядження, серед яких найбільш дискусійним залишається заповідальний відказ.

Окремі аспекти правової характеристики заповідального відказу були предметом досліджень як дореволюційних цивілістів (Т. Ф. Шершеневич та ін.), так і вчених радянської епохи (О. С. Йоффе, Б. Л. Хаскельберг та ін.). Серед сучасних вітчизняних цивілістів увагу цьому інституту було приділено в працях В. В. Васильченка, Ю. О. Заїки тощо.

Проте питання щодо визначення специфіки правовідносин, що виникають у зв'язку з використанням громадянами зазначеної конструкції, залишається актуальним і на сьогодні. Крім того, на практиці у зв'язку із цим можуть виникати певні труднощі у правозастосуванні.

В українському цивільному праві й досі залишається невизначеним ряд питань, серед яких найбільш принциповим є встановлення відмінностей між спадкоємцями за заповітом та відказоодержувачами (вигодонабувачами), а особливо правового становища останніх.

Саме це й зумовило доцільність спеціального звернення до даної теми у межах цієї статті.

Чинний ЦК України, відображаючи зміст одного із видів заповідальних розпоряджень, передбачає, що заповідач вправі покласти на одного чи декількох спадкоємців виконання якого-небудь зобов'язання (заповідальний відказ) на користь одного чи декількох осіб (таких осіб прийнято називати відказоодержувачами), які у зв'язку з посвідченням заповіту і у разі смерті заповідача здобувають право вимагати виконання зазначеного у заповіті обов'язку, тобто заповідального відказу.

Можливість встановлення заповідального відказу передбачена ст. ст. 1237–1239 ЦК України. Заповідальний відказ може покладатися лише на спадкоємців за заповітом; відповідно, не може бути покладено таке зобов'язання на спадкоємців, які спадкують за законом.

Специфікою правовідносин, що виникають при виконанні заповідального відказу, є набуття певного речового права або речі відказоодержувачем не безпосередньо від заповідача, а через спадкоємця, який зобов'язаний спадкодавцем до здійснення відповідних дій на користь відказоодержувача. Такий вид набуття майнових прав носить сингулярний характер і поряд з відносинами універсального правонаступництва також входить до предмета регулювання спадкового права.

Таким чином, після відкриття спадщини між спадкоємцем, на якого покладено виконання заповідального відказу, і відказоодержувачем виникають зо-

бов'язальні правовідносини, в яких спадкоємець виступає боржником, а відказоодержувач — кредитором.

Відказоодержувачами можуть бути будь-які особи, як ті, що входять, так і ті, що не входять до числа спадкоємців за законом. Більш того, спадкодавець вправі зобов'язати спадкоємця виконати заповідальний відказ на користь особи, яка була зачата за життя спадкодавця і народилася живою після відкриття спадщини [1, 192].

Висновок про можливість призначення зазначених суб'єктів відказоодержувачами відповідає принципу свободи заповіту, що передбачає право включати в заповіт не тільки розпорядження, що стосуються визначення спадкоємців, а також інші розпорядження, передбачені ЦК України. Отже, відказоодержувачами можна призначати спадкоємців як за законом, так і за заповітом, одночасно і тих, і інших, а також осіб, що не є спадкоємцями ані за законом, ані за заповітом.

У зв'язку з цим постає питання щодо сенсу і можливих мотивів призначення однієї й тієї ж особи і спадкоємцем за заповітом, і відказоодержувачем (насамперед, при невідповідності предмета легата і майна, що відписали), яка законом хоч і не передбачена, але й не виключається, а відповідно, можлива. Можна поставити і більш загальне питання — про необхідність і доцільність інституту заповідального відказу в умовах легально закріпленої широкої заповідальної свободи спадкодавця.

Встановлюючи легат на користь певної особи, заповідач може керуватися різними міркуваннями. Можна назвати деякі мотиви на користь даного інституту взагалі та окремих випадків встановлення легата зокрема і не претендувати не тільки на вичерпний, але й на відносний їх перелік.

Перш за все слід зазначити, що без заповідального відказу досягнення деяких цілей заповідача не є можливим [4, 319] і не може бути забезпечено шляхом призначення спадкоємця за заповітом, наприклад, коли заповідач бажає надати кому-небудь право довічного або тимчасового користування майном при одночасній передачі цього ж майна у власність іншої особи. Так, якщо до спадкоємця переходить квартира чи інше житлове приміщення, заповідач може покласти на спадкоємця обов'язок надати іншій особі довічне або на певний термін право користування цим приміщенням або якою-небудь його частиною. Інший приклад: на спадкоємця може бути покладений обов'язок придбати яку-небудь конкретну річ, якої нема у складі спадкового майна, і передати її легатарію. Якщо предметом заповідального відказу є прощення боргу, або, інакше кажучи, звільнення боржника від обов'язку, здійснення заповідачем такого наміру неможливо при становленні боржника спадкоємцем, проте сповна забезпечується призначенням боржника відказоодержувачем. Теж саме можна сказати, якщо предметом заповідального відказу є виконання певної роботи або надання послуги.

Можуть бути названі міркування й іншого роду, що спонукають заповідача встановити легат. Встановлюючи легат на користь певної особи, що не є законним спадкоємцем і не призначена спадкоємцем за заповітом, спадкоємець

бажає не тільки «обдарувати» легатарія певним майновим благом, але й звільнити його від турбот спадкоємця (якщо б він був призначений таким), а також від матеріальних витрат, пов'язаних з прийняттям спадщини і його оформленням, сплатою податку на майно, що переходить у порядку спадкування тощо.

Наведеними міркуваннями можна обґрунтувати також і доцільність встановлення заповідального відказу на користь особи, що є спадкоємцем за законом або за заповітом.

Однак незважаючи на це, відказоодержувачі не володіють правовим статусом дійсних спадкоємців заповідача: зазначення їх у заповіті як відказоодержувачів не породжує для них яких-небудь наслідків, що виникають після відкриття спадщини. Правове становище відказоодержувачів за цілим рядом моментів суттєво відрізняється від правового становища спадкоємців [2].

По-перше, спадкоємець, набуваючи право на залишене йому у спадщину майно, одночасно стає і особою, зобов'язаною перед кредиторами спадкодавця, що впливає із універсального характеру спадкового наступництва.

Відказоодержувач же набуває лише зобов'язальні вимоги в порядку часткового (сингулярного) наступництва, тому відповідальності за зобов'язаннями спадкодавця не несе.

По-друге, спадкоємець набуває право на спадщину за актом прийняття спадщини, тобто вчиненим ним одностороннім правочином, який виражає його згоду прийняти спадщину.

Відказоодержувач набуває зазначені в заповіті зобов'язальні вимоги і стає кредитором спадкоємця на момент відкриття спадщини, однак він може відмовитися від використання встановленого на його користь права [3, 216].

Слід зазначити, що у випадку, коли відказоодержувач є одночасно спадкоємцем, його право відмовитися від отримання заповідального відказу не залежить від його права прийняти спадщину або відмовитися від неї [2].

Закон відрізняє відмову від прийняття заповідального відказу і ситуацію, коли відказоодержувач не скористався своїм правом на отримання заповідального відказу. Відмовою від прийняття легату слід вважати заяву зобов'язаному спадкоємцю (спадкоємцям) у будь-якій формі про незгоду прийняти легат. Вислів же «не скористатися своїм правом на отримання заповідального відказу» означає, певно, бездіяльність відказоодержувача, неприйняття ним легату у визначений шестимісячний термін [5].

Адже легатарій має право, але не зобов'язаний прийняти легат. Заповідальний відказ є завжди правом, але не обов'язком, хоча у складі спадщини є і те й інше [6, 773].

По-третє, до спадкоємця за певних обставин понад його частку, яка визначена у заповіті, може перейти й інша частка спадщини або взагалі все спадкове майно в порядку так званого прирощення спадкових часток.

Відказоодержувач права на прирощення спадкових часток ніколи не набуває.

По-четверте, спадкоємець після прийняття спадщини набуває не лише зобов'язальні права, які належали спадкодавцеві, а і речові права, в більшості ви-

падків — це право приватної власності на майно, що належало спадкодавцеві, і як правило, ці речові права становлять основну частину спадкового майна.

Навпаки, відказоодержувач може набути лише зобов'язальні права вимоги, які звернені до спадкодавця, обтяженого заповідальним відказом. Від спадкодавця, який не відмовився від спадщини, але відхиляється від виконання обов'язку, відказоодержувач має право вимагати виконання обов'язків. Він може вимагати виконання обов'язку у трирічний термін позовної давності (ст. 257 ЦК України) з моменту відкриття спадщини, тобто з того часу, коли в нього виникло право вимоги [1].

По-п'яте, до спадкоємця переходять ті права, які належали спадкодавцеві, а до відказоодержувачів переходить не завжди саме те за змістом право, яке належало спадкодавцеві. Наприклад, будинок, який належав спадкодавцеві на праві приватної власності, переходить у приватну власність спадкоємця. В той же час спадкоємець, у силу заповідального відказу, зобов'язаний надати відказоодержувачу лише право користування цим майном.

По-шосте, при призначенні спадкоємця за заповітом може мати місце підпризначення спадкоємця (на той випадок, коли спадкоємець помер до відкриття спадщини чи відмовиться від її прийняття).

Чинне ж спадкове законодавство підпризначення відказоодержувачів не допускає. Закон у цьому плані категорично зазначає, що заповідальний відказ втрачає чинність у разі смерті відказоодержувача, що сталася до відкриття спадщини (ст. 1239 ЦК України). Якщо відказоодержувач помре до відкриття спадщини, спадкоємець за заповітом — виконавець заповідального розпорядження звільняється від тягара виконання і отримує свою частку майна повністю без будь-яких зобов'язань щодо інших спадкоємців.

Заповідальний відказ або легат, як ми бачимо, є зручним та ефективним засобом щодо наділення майновими благами осіб, по відношенню до яких заповідач не бажає створювати відносини спадкування, але прагне наділити їх певною майновою вигодою у випадку своєї смерті.

Слід підкреслити, що легат — це «дарування», звільнення від затрат, прояв піклування за певну людину. А правовідносини, що виникають із заповідального відказу, ставлять відказоодержувача в особливе становище, яке нагадує становище обдарованого, оскільки:

- легатарій, отримуючи за заповітом будь-яку майнову вигоду, не відповідає за борги спадкодавця своїм майном;
- майнове благо як дарунок передається вільним від боргів, тому легат виконується після погашення спадкоємцями кредиторської заборгованості заповідача.

Питання про співвідношення заповіту і договору дарування було предметом дослідження і раніше. Так, Ілля Веніамінович Шерешевський у своїй роботі «Общие и местные законы о Духовных завещаниях (Практическое руководство)» [7], зазначав:

«Духовные завещания, коими имена при жизни владельца укрепляются за другими лицами бесповоротно, должны быть признаны дарственными запися-

ми, и, на оборот, дарственные записи, посредством коих имущество должно поступить в другое владение не при жизни, но по смерти дарителя, принадлежат по существу к актам завещательным. Ввод во владение недвижимым имуществом по дарственной записи должен следовать немедленно по совершении акта и ни в каких случаях не может быть отсрочен до смерти дарителя».

Дійсно, заповідальний відказ, який може становити зміст заповіту, за своєю суттю схожий на дарування. Проте, щоб не виникало жодних питань, законодавець чітко визначив ситуацію, коли дарувальник або обдарований помре до настання строку (терміну) або відкладальної обставини, встановленої договором дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому, договір дарування припиняється.

Таким чином, звернення в межах даної статті до питання правового становища відказоодержувача за заповідальним відказом та його співвідношення з правовим статусом спадкоємця за заповітом та обдарованого за договором дарування може бути використаним для подальших дискусій й надалі.

Література

1. Барапник Н. М. Наследство. Наследники. Наследование / Н. М. Барапник. — Х. : Эспада, 2004.
2. Васильченко В. В. Комментарий Книги шестой Гражданского кодекса Украины «Спадкове право» // Довідник нотаріуса. — 2006. — № 1. — С. 4–96.
3. Заїка Ю. О. Спадкове право України : навч. посіб. / Ю. О. Заїка. — К. : Істина, 2006.
4. Йоффе О. С. Советское гражданское право : курс лекций. Ч. III / О. С. Йоффе. — Ленинград, 1965.
5. Хаскельберг Б. Л. Правоотношение из завещательного отказа и его элементы // Цивилистические исследования : сб. науч. тр. памяти проф. И. В. Федорова / под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. — М., 2004. — Вып. 1. — С. 78–111.
6. Шершневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершневич. — Изд. 6-е. — СПб., 1907.
7. Шершевский И. В. Общие и местные законы о духовных завещаниях : (практическое руководство) / И. В. Шершевский. — О., 1917.

Анотація

Цибульська О. Ю. Правове становище відказоодержувачів за заповідальним відказом. — Стаття.

У роботі проаналізовано норми спадкового права з позицій співвідношення універсального та сингулярного правонаступництва при спадкуванні. Вивчення окремих аспектів правової характеристики заповідального відказу дозволило визначити специфіку правовідносин, що виникають у зв'язку з використанням громадянами конструкції легату, де легатарій виступає в ролі кредитора, а спадкоємець — боржником.

Ключові слова: спадкування, універсальне спадкове правонаступництво, сингулярне спадкове правонаступництво, заповіт, заповідальні розпорядження, легат, відказоодержувач, спадкоємець за заповітом, зобов'язання, кредитор, боржник, договір дарування.

Summary

Tsybulska O. Y. Legal Status of Endowed under the Testamentary Gift. — Article.

In that work have been analyzed the standards of succession from the position correlation universal and singular succession. Analyzing separate aspects of the legal characters of legatee have been determined specification of relations between creditor and legatee.

Keywords: inheritance, universal succession, singular succession, (last) will, legatee refuse, refusing receiver, legatee, obligation, creditor, debtor, agreement of gift.

ПОЯВА ІНСТИТУТУ ПЕРЕВЕДЕННЯ БОРГУ АБО ЗАМІНИ БОРЖНИКА У ЗОБОВ'ЯЗАННІ

Дослідження будь-якого правового інституту необхідно починати з його походження та історії розвитку, адже при цьому можна прослідкувати та зробити висновки, що саме привело до появи того чи іншого інституту, які факти та суспільні відносини вплинули на появу, розвиток, трансформацію чи навіть зникнення інституту взагалі та чи потрібне існування саме цього інституту. У цій статті ми хотіли би приділити увагу появі такого важливого інституту цивільного права, як заміна боржника у зобов'язанні, та виявити обставини, що привели до його появи.

Історії виникнення інституту заміни боржника як у вітчизняній юридичній літературі, так і літературі країн СНД, на наш погляд, приділяється недостатньо уваги. Питання щодо виникнення, формування, розвитку та змін цього інституту досліджувались таким вченими-цивілістами, як О. С. Йоффе, Ф. І. Гавзе, І. Б. Новицький, І. О. Покровський, О. А. Підпригора, В. Пушай, Р. Саватьє, В. С. Толстой, Є. О. Харитонов та ін.

У найдавнішу епоху, коли зобов'язання уявлялося строго особистим зв'язком між двома особами, ні про яке перенесення вимоги або боргу не могло бути й мови. Лише, у міру того як у зобов'язанні усе більше й більше виступав на перший план майновий елемент, могла виникнути потреба в подібному перенесенні й думка про його можливості. Часто, наприклад, кредитор, маючи потребу в особистих грошах і маючи вимогу, строк якої ще не настав, міг би реалізувати її у той же час шляхом продажу іншій особі. Точно так і боржник міг бажати передати свій борг у зв'язку з тими або іншими діловими відносинами. Взагалі, у міру того, як торговельний оборот розвивається, розвивається й циркуляція вимог.

Примітивному суспільству зовсім далеке було уявлення про те, що будь-який договір вже сам по собі створює зобов'язання між сторонами. Звичайно, уже в самому нерозвиненому побуті з'являються відомі відносини між людьми: люди обмінюються речами, дають навіть у кредит і т.д.; але всі ці відносини далеко ще не мають характеру зобов'язань у юридичному змісті [3, 234].

Вступаючи в яку-небудь угоду, кредитор уже заздалегідь намагається створити ті або інші додаткові стимули для боржника виконати прийнятий на себе обов'язок. Так, досить поширеним у стародавності звичаєм є інститут поруки: коли боржник надавав замість себе поручителя, відповідального перед кредитором, поки обов'язок не буде виконаний. Ідея такого доручення, без сумніву, лежить в основі давньоримського інституту *praedes i vades*. Цей інститут був навіть в історії римського права найдавнішим видом зобов'язання, попередником всіх інших, так сказати, мостом між зобов'язаннями з деліктів і зобов'язаннями з договорів. Іншим досить сильним додатковим засобом забезпечи-

ти виконання з боку боржника його обіцянки було втілення цієї обіцянки у форму клятви, завдяки цьому, договір ставав під захист релігії й забезпечувався сакральною санкцією. Ми знаємо, що в той найдавніший час сакральне право часто йшло поперед світського.

Римське зобов'язання на ранніх стадіях було суворо особистими взаєминами кредитора і боржника, що за умов обмеженого цивільного обігу не спричиняло істотних незручностей і заміна сторін у зобов'язанні спочатку не допускалась. Пізніше був потрібен більш гнучкий підхід. Цьому сприяло перш за все те, що з давніх часів римське право допускало перехід більшості зобов'язань у спадщину, винятком були зобов'язання, тісно пов'язані з особою кредитора або боржника.

Коли потреба заміни однієї зі сторін стала сильніше відчуватися в Римі, вона спочатку задовольнялася кружним шляхом. Найдавніший спосіб для цієї мети, вироблений ще в епоху *legis actiones* — *novatio obligationis* у вигляді *expromissio*, якщо справа йшла про переуступку вимоги іншому кредиторові й *delegatio*, якщо переносився борг на іншого боржника.

Основою заміни осіб у зобов'язанні стала новація (оновлення зобов'язання), на підставі якої кредитор міг передати своє право вимоги іншій стороні. З цією метою зі згоди боржника кредитор укладав з третьою особою, якій хотів передати своє право вимоги до боржника, новий договір того самого змісту, який був у першому зобов'язанні. Новий договір відміняв старий, встановлюючи зобов'язально-правові відносини між тим самим боржником і новим кредитором.

На зміну новації прийшли більш досконалі форми заміни сторін у зобов'язанні, а саме — *цесія* та *делегатія* — переведення боргу.

При перенесенні боргу з одного боржника на іншого необхідність згоди кредитора була обов'язковою, адже замість одного боржника, цілком надійного й заможного, кредитор може одержати іншого, може бути й неспроможного. Вступаючи в зобов'язання, кредитор мав бути певним у його виконанні новим боржником та вірити йому, тому переведення боргу мало місце лише за згодою кредитора. Адже головна мета будь-якого зобов'язання — це задовольнити належним чином та у встановленому обсязі вимоги кредиторів. Як зазначав Г. Н. Амфітеатров, виконання є тією кінцевою метою, заради якої приводиться в рух увесь складний механізм договірних зв'язків і без якої договір перетворився б на нісенітницю [1, 38]. Виконання зобов'язань полягає в здійсненні боржником дій, що становлять зміст зобов'язання. Таким чином, при цьому особа нового боржника набувала істотного значення. Спочатку правила та вимоги щодо переведення боргу складалися на прикладах подібних випадків при заміні боржника у зобов'язанні. Але згодом з'явилися конкретні умови, а саме: 1) добровільне прийняття чужого боргу; 2) належне оформлення. Іноді вимагалось як забезпечення зобов'язання надання застави або поруки [2, 357].

Слід сказати, що у римському праві інститут заміни кредитора у зобов'язанні з'явився раніше, ніж заміна боржника. Це було пов'язано з тим, що зобов'язання регулювалися здебільш тільки кредитором, який встановлював головні та необхідні, на його думку, правила щодо їх виконання, а також і відпові-

дальність за неналежне виконання. Щодо боржника, то він був тільки зобов'язаний їх виконувати та підвладний кредитору. І тільки згодом виникла потреба саме у заміні боржника, наприклад, у випадках, коли первісний боржник не міг з непереборних причин виконати своє зобов'язання або коли така заміна була необхідна саме кредитору. Адже зобов'язання повинні бути виконаними належним чином, у встановлений строк та належною стороною. Тобто мається на увазі виконання зобов'язань з додержанням всіх особливостей порядку виконання, що вказане для зобов'язань певного роду відповідним нормативним актом чи договором та відповідною стороною, на яку покладається обов'язок такого виконання.

Що стосується періоду формування українського цивільного права, то інститут заміни сторони у зобов'язанні існував ще у такому нормативному акті, як «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року — так званий перший кодекс українського права [4, 48], який дозволяв замінювати як кредитора, так і боржника. Умови та порядок такої заміни не були досить конкретними та визначалися не зовсім зрозуміло для застосування, але у той період важливим було хоча б те, що такий інститут існував та мав нормативне закріплення. У XIX столітті — «Збір прав малоросійських» — перший український цивільний кодекс також закріплював окрему главу — зобов'язальне право та інститут заміни сторони у зобов'язанні, у тому числі і боржника. В 1922 році був прийнятий цивільний кодекс УРСР, у якому також були норми, присвячені заміні сторін у зобов'язанні, а саме у розділі III — Загальна частина зобов'язального права, у главі 24 — Переміна осіб у зобов'язанні, були закріплені дві статті щодо переведення боргу та форми такого переведення, які згодом були втілені у Цивільний кодекс України 1963 року.

Всі перелічені нормативні акти більше приділяли уваги заміні кредитора, щодо боржника, то вони закріплювали можливість такої заміни та деякі умови. Така тенденція спостерігалась ще у римському праві і скоріш за все зберегалась і у цивільному праві інших держав.

Сучасні цивільні правовідносини, безумовно, не можуть обійтися без заміни сторони у зобов'язанні, як кредитора, так і боржника. Так, Цивільний кодекс Української РСР 1963 року, у главі 17 — уступка вимоги та перевід боргу, а саме у статті 201, закріплював, що перевід боржником свого боргу на іншу особу допускається лише за згодою кредитора. Новий боржник вправі висувати проти вимоги кредитора всі заперечення, що ґрунтуються на відносинах між кредитором і первісним боржником. Порука і встановлена третьою особою застава припиняються з переводом боргу, якщо поручитель або заставодавець не виявив згоди відповідати за нового боржника. Також іде мова про форму переводу боргу, а саме — перевід боргу, що ґрунтується на угоді, укладеній у письмовій формі, повинен бути вчинений в простій письмовій формі [5]. Що стосується Цивільного кодексу України від 16.01.2003 року, то, безумовно, він також має норми, що закріплюють порядок переведення боргу, які входять у главу 47 — поняття зобов'язань, сторони у зобов'язанні. Відмінність між двома кодексами полягає у формулюванні назви цього інституту — заміна борж-

ника, тоді як у кодексі 1963 року використовується термін «перевід боргу», що по суті є тотожним. Щодо змісту статей, то вони суттєво не були змінені, а просто ст. 201 кодексу 1963 року розбита на окремі три статті в кодексі 2003 року; щодо форми правових дій відносно заміни боржника у зобов'язанні, то вона закріплена окремою статтею у двох вищезазначених нормативних актах.

Незрозумілим залишається питання: невже при розробці та прийнятті Цивільного кодексу 2003 року не виникло жодних доповнень з кодексу 1922 року та не було ніяких пропозицій щодо вдосконалення механізму переведення боргу, деталізації та вирішення необхідних питань, що пов'язані з переводом боргу — які безумовно існують — на законодавчому рівні, але це вже тема іншого дослідження [6].

Література

1. Амифитеатров Г. Н. Основные черты законопроекта о договорах / Г. Н. Амифитеатров. — М., 1934.
2. Підпригора О. А. Римське право : підручник / О. А. Підпригора, С. О. Харитонов. — К. : Юрінком Інтер, 2007. — 512 с.
3. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский ; вступ. ст., пер. с лат., науч. ред. и коммент. А. Д. Рудокваса. — С.Пб. : Летний сад, 1998. — 560 с.
4. Харитонов Е. О. Гражданское право Украины : учебник / Е. О. Харитонов, А. В. Старцев, Е. И. Харитонова. — Изд. 4-е. — Х. : Одиссей 2008. — 920 с.
5. Цивільний кодекс Української РСР від 18 лип. 1963 р.
6. Цивільний кодекс України від 16 січ. 2003 р.

Анотація

Смілянecь І. П. Поява інституту переведення боргу або заміни боржника у зобов'язанні. — Стаття.

Переведення боргу — один із найважливіших інститутів зобов'язального права, за допомогою якого учасники цивільних правовідносин мають можливість реалізувати свої права та захистити інтереси у повному обсязі. Досить важливим є визначення моменту появи вказаного інституту та характеристика певних історичних фактів, які відображають його розвиток. Це в свою чергу дозволяє проаналізувати, які саме підстави сприяли виникненню такого правового інституту, як переведення боргу (заміна боржника), чи є необхідність у його існуванні сьогодні та яким чином він вдосконалювався до теперішнього часу.

Ключові слова: боржник, кредитор, зобов'язання, переведення боргу, заміна боржника, виконання зобов'язання, повалія, делегація.

Summary

Smilianec I. P. Origin of the Debt Aversion or Debtor Changing Institute. — Article.

Transference of a debt is one of the most important institute of obligation law, that helps all civil law participants realize their rights and defend their interests in necessary volume. It is quite important to find out the moment of appearance this institute and some historical facts, that show us its development. According to this we have a possibility to analyse what exactly basis promote for rise such law institute as transference of a debt (replacement of a debtor) and are there some necessities in its existence and how it become better until nowadays.

Keywords: debtor, creditor, obligation, transference of a debt, replacement of a debtor, execution the obligation, novation, delegation.

ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ХРИСТИЯНСЬКОЇ ЦЕРКВИ ЗА РИМСЬКИМ ІМПЕРАТОРСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Людство завжди вдивляється у минулі часи, прагнучи віднайти у них ознаки майбутнього. Питання суспільно-державного устрою, організації державної влади завжди перебували під пильною увагою дослідників. При цьому правові проблеми завжди розглядалися у тісному переплетенні з морально-етичними категоріями, а останні тим чи іншим чином усвідомлено чи підсвідомо пов'язувались з божественними істинами. Ступінь цього взаємозв'язку змінювався від повної взаємної детермінованості до не менш повної відмови від будь-якого зв'язку [1, 4]. Саме у досліджуваний період (IV ст. н.е.) відбувається започаткування процесу оформлення правового статусу християнської церкви, а також християнізація римського права, що справило значний вплив на всю подальшу історію європейських народів.

Крім того, слід окремо звернути увагу на ту обставину, що, обираючи напрямки дослідження проблем формування та реалізації правового статусу християнської церкви у зазначений період та визначаючи коло відповідних джерел, багато хто з авторів виходить з того, що насамперед має бути врахованим стан вивчення проблеми у тих країнах, на правову традицію яких справило вплив відповідне право. Такий підхід, звичайно, пояснюють тим, що оскільки право тісно пов'язане з моральністю та етичними категоріями, а отже — з релігією, то, передусім, аналіз візантійської традиції права являє собою теоретичний та практичний інтерес для держав, в яких засади світогляду визначає православна гілка християнства. Інакше кажучи, маються на увазі держави, що належать до так званої «Візантійської Співдружності Націй» [2, 13–15], де духовними провідниками, головним чином, є Східні Православні церкви, які слідують Візантійській релігійній традиції [3, 90–106] і становлять разом так зване Східне Християнство [4, 9–12, 25–30]. Поміж таких країн найчастіше називають Болгарію, Грецію, Грузію, Росію, Румунію, Україну та інші країни, де пануючою ідеологією у галузі релігії є «візантійське православ'я» [5, 14–15].

Незважаючи на те, що до поставленої проблематики так чи інакше у різні часи зверталася велика кількість дослідників, однак достатньо актуальним завжди є звернення до переліку праць саме вітчизняних науковців, при цьому характеризуючи стан дослідження питання формування правового статусу християнської церкви за римським імператорським законодавством у вітчизняній науці.

Існує низка вітчизняних джерел та публікацій, які пов'язані із дослідженням передумов та чинників легалізації християнської церкви у IV ст., її взаємовідносин з Римською державою, характером та змістом цих відносин тощо.

Так, дослідженню зазначених проблем присвячено праці І. С. Берднікова, О. І. Бріліантова, П. П. Соколова, М. С. Суворова, Ф. П. Успенського, В. Болотова та ін.

Безпосередньо питанням формування правового статусу християнської церкви присвячені праці І. С. Берднікова [6], О. І. Бріліантова [7].

Питання становлення майнових відносин в аналізований період досліджувалися П. П. Соколовим [8].

М. С. Суворов, який вважається засновником російської науки церковного права, приділяє увагу питанням канонічного права, а також дослідженню проблем сутності церкви, її взаємовідносин з державою тощо. Результатом наукових розвідок науковця, що цікавлять у контексті цього дослідження, є низка його праць. До них, зокрема, належить праця «Обсяг дисциплінарного суду і юрисдикція церкви в період вселенських соборів» [9], «Візантійський папа. З історії церковно-державних відносин у Візантії» [10] М. С. Суворов досліджує також римське та цивільне право, в яких особливу увагу приділяє інститутові юридичної особи. У своїх працях «Про юридичні особи за римським правом» [11], «Центральна організація церкви як юридична особа» [12, 27], «Монастирі і церкви як юридичні особи» [13, 60] автор здійснює дослідження сутності церкви як організації, як юридичної особи.

У контексті досліджуваної проблематики достатньо відомою є монографія Є. Е. Ліпшиць, яка присвячена дослідженню розвитку візантійської правової системи у IV–VIII ст. [14]. По-перше, вона висвітлює стан візантійського права і судочинства за досить тривалий період (п'ять століть), а тому, вже внаслідок цього, не може містити достатньо детального аналізу трансформацій права у зв'язку із становленням правового статусу християнської церкви. По-друге, професор Є. Е. Ліпшиць і не мала на меті детальний аналіз саме цього питання, розглядаючи його лише у контексті загального процесу формування та розвитку візантійського (греко-римського) права. По-третє, зазначена монографія написана із суто «історичних» позицій. Вона не має «юридичного» спрямування і внаслідок цього не містить історико-правового аналізу та оцінки передумов, чинників та власне формування правового статусу християнської церкви в аналізований період.

Н. В. Пігулевська у своїх роботах також, хоча і по дотичній, торкалася питань становлення християнської церкви у IV ст. н. е. Цьому питанню, зокрема, присвячена одна із перших наукових праць історика — «Про сірійський рукопис «Церковної історії Євсевія Кесарійського у Російській публічній бібліотеці» [15], яка давно стала бібліографічною рідкістю. Тим часом вона являє певний інтерес і як опис цінного сірійського рукопису і як зразок його монографічного дослідження. Цим твором позначено початок творчого шляху видатного історика, і він є свідченням того, на якій основі скрупульозного філологічного та історичного дослідження ґрунтуються у подальшому наукові твори авторки.

До аналізу подій, пов'язаних із відносинами християнської церкви та римської держави у IV ст. н. е., звертався також М. М. Казаков у своїй праці «Християнська церква та римська імперія у IV сторіччі» [16, 24–44]. Оцінюючи цей історичний етап, науковець зазначає, що IV ст. в історії християнства було часом настільки значущим для долі цієї релігії, що його можна порівняти хіба що з самим Священним Письмом. Це час поширення християнства у всьому

римському світі і за його межами, християнізації усіх сфер життя суспільства, формування церкви як особливого суспільного, політичного, соціального та економічного інституту, формування основних форм союзу церкви та держави, які визначають перспективи політичного розвитку Європи та Візантії в епоху середньовіччя [17]. Оцінюючи значення Міланського едикту 313 р., яким християнству було надано право легального існування у Римській імперії, М. М. Казаков зазначає, що на початок IV ст. склалися об'єктивні умови для союзу християнства з Римською імперією. По-перше, система доміну, створення якої почалося з часів Діоклетіана (284–305 рр.), потребувала нового ідеологічного підґрунтя, якісно відмінного від поганства. По-друге, попри репресивну політику влади по відношенню до християнства, нова релігія ставала дедалі популярнішою, а отже зростала небезпека опозиції всередині держави. По-третє, соціальний склад християн і його соціальна доктрина на цей час зазнали істотних змін, що давало державі можливість отримання у новій релігії цінного спільника. По-четверте, сама церква потребувала легалізації, оскільки у зв'язку з поширенням християнства все важче було зміцнювати зростаючу матеріальну базу в умовах гонінь. І, нарешті, християнство мало міцну організацію — церкву, яка могла стати для доміну додатковою ланкою управління паралельно з бюрократією, діяльність якої не поширювалася на духовну та ідеологічну сфери життя.

Відомий російський історик С. Г. Лозинський чималу увагу у своїй роботі приділяв історії католицизму. «Історія папства» [18], над якою він працював багато років, є кропітким дослідженням історії християнства починаючи з I ст. н. е. і до кінця XIX ст. У цій праці висвітлено історію католицької ієрархії. Торкається науковець, зокрема, і питань передумов становлення християнської церкви, її легалізації у IV ст., а також ролі у цьому процесі першого християнського імператора Костянтина Великого. Оцінюючи значення Міланського едикту 313 р., автор підтверджує поширену тезу про те, що з цього моменту церква вважається, поруч із військом, законодавством та бюрократією, могутнім фактором у справі створення міцної імператорської влади. Духовенству надаються юридичні та фінансові пільги, що полягають, зокрема, у звільненні від державних повинностей, чим воно прирівнюється до чиновництва. Костянтин тим самим не лише уклав союз з «вівтарем», але й поклав початок створенню християнської державної церкви з провідною роллю імператора (цезарепапізм).

Дуже цікавим є у контексті цього дослідження і ґрунтовна праця І. С. Свенцицької «Раннє християнство: сторінки історії» [19], присвячена дослідженню чинників перетворення малочисельних, окремих християнських громад у могутню церкву, що зайняла панівне становище серед інших релігійних культів Римської імперії. Перша частина цієї праці «Від громади до церкви» присвячена становленню християнської церковної організації протягом перших століть поширення нової релігії, тобто від появи перших християнських груп у східних провінціях Римської імперії у другій половині I ст. н. е. до перетворення християнства на панівну релігію на всій території імперії у IV ст. н. е. Це поступовий процес, який починається з абстрагування поняття «еклезія» (еклезія — вже не просто конкретна громада християн якогось міста, а єдина церква (като-

лична), містично пов'язана з Богом). Паралельно з абстрагуванням поняття церкви відбувалося посилення влади кліру всередині громад. Кліром називали сукупність керівників громад. Протягом II ст. із кліриків виокремлюються вищі посадові особи — біскупы, які у подальшому (II–III ст. н. е.) стають одноособовими керівниками у більшості християнських громад. Ускладнення функцій кліру вже в цей період призвело до того, що його представники не мали часу заробляти собі на життя і тому почали існувати на утриманні громади. Біскупы, що керували життям християнських громад, займались організацією богослужінь, накладенням дисциплінарних стягнень, висловлювались з питань віри. Важливою функцією біскупів було управління майном громад.

Постановою, що легалізувала християнську церкву, був Міланський едикт 313 р. Характеризуючи цей важливий нормативний акт, І. С. Свенцицька зазначає, що відповідно до нього християнство формально ставало лише одним із чисельних дозволених культів імперії. Провідна роль у перетворенні християнства на державну релігію належить імператору Костянтину Великому. Союз Костянтина з християнською церквою мав, насамперед, політичний характер.

Дослідженням проблем, пов'язаних із союзом християнства і Римської держави, римського права, присвятив низку своїх праць А. Д. Рудоквас. Його монографія «Нариси релігійної політики Римської імперії часу імператора Костянтина Великого» висвітлює період, який, на думку автора, є одним із найцікавіших в історії Римської імперії і Європи в цілому. Як зазначає науковець, саме в цей час було надано імпульсу радикальним змінам у сфері культури, політики, у всьому світосприйнятті античного суспільства, в якому почали проглядати контури нової, середньовічної християнської цивілізації, яка йшла на зміну античній, частково відкидаючи її спадок, частково сприймаючи та переробляючи його. Це був час, коли масштабні зміни, що давно назріли, було здійснено у найкоротші строки, а враховуючи вплив, який вони спричинили на подальший історичний розвиток, автор називає їх революційними.

Питанням впливу християнства на римське право в період правління імператора Костянтина присвячена також його праця «Про християнізацію римського права в епоху імператора Костянтина Великого» [20, 161–180]. Як зазначає сам автор, питання про вплив християнства на римське право в цей період є дуже важливим і відповідь на нього є позитивною. Методом дослідження автор обирає комплексний аналіз можливого впливу християнства на правову політику. Першим кроком має стати виокремлення основного комплексу політичних і правових ідей церковного вчення, який визначається специфікою християнського світогляду, має власний понятійний апарат і може розумітися як правова доктрина християнства, архетип правового мислення. Другий крок, або етап аналізу — це виокремлення конкретних змін у законодавстві епохи, що досліджується. Особливо це стосується тих змін, що не пов'язані напряму з інтересами церкви і конкретними постулатами церковного вчення. У разі, якщо кількість таких змін є значною, якщо вони не вписуються у традиційну парадигму римської правової традиції, порушуючи наступність всередині неї, автор стверджує, що можна зробити висновок про те, що поворот до християн-

ства в епоху Костянтина мав системний характер і вплинув на всі сторони суспільного життя.

Послугуючись цією методологією, автор робить висновок про значний вплив християнства на римське право у сфері цивільного судочинства [21, 93–101], кримінального права, сімейного права тощо. У цей же час, як наслідок впливу християнства на римське право, відбувається формування особливого правового режиму церковного майна і надання статусу юридичних осіб церковним організаціям, тобто інституціоналізація правового статусу християнської церкви.

Поміж праць останніх років варто згадати, зокрема, курс лекцій з історії християнства С. Головаценка, де поряд з іншими висвітлюються питання догматики, засади віровчення, особливості богослужіння та моральної доктрини християнства, суспільної історії розділеної церкви тощо, які допомагають з'ясувати низку нюансів формування правового статусу церкви [22].

З точки зору проблематики дослідження являє також інтерес книга А. Ніколіна «Церковь и государство», присвячена взаємовідносинам Церкви та держави з перших днів християнства до сьогодення [23]. Ця праця цікава насамперед тим, що поряд з іншими питаннями висвітлює характер стосунків Церкви та держави у галузі регулювання низки немайнових, у тому числі — сімейних відносин, розподіл між ними компетенції у регулюванні відповідних відносин тощо.

Стислу, але досить точну характеристику джерел церковного права ранньої доби, а також характеристику окремих елементів правового статусу церкви містить навчальний посібник В. Ципіна [24, 28–63, 337–368].

Щодо стану дослідження власне римського права, слід зазначити, що тривалий час радянські юристи були ніби сторонніми спостерігачами щодо проблем, які хвилювали світову романістику. За деякими винятками їхній доробок у цій галузі обмежувався створенням підручників та навчально-методичних посібників, перелік яких був вкрай незначним. Ситуація помітно змінилася після проголошення перебудови, коли цінності та категорії приватного права почали відновлюватися на найвищому рівні. Видаються фрагменти Дигест Юстиніана, переклад яких здійснив ще у 50-х рр. відомий радянський романіст І. С. Перетерський, з'являється низка нових підручників [25], наукових публікацій з питань римського права [26].

Оцінюючи значення зазначених праць з точки зору встановлення ступеня вивчення проблеми, що є предметом цього дослідження, варто зазначити, що попри високу кваліфікацію авторів та глибокий аналіз ними значної кількості нормативних актів, ці публікації якраз свідчать про недоліки у вивченні проблематики, пов'язаної з формуванням правового статусу християнської церкви у IV ст. н. е.

Що стосується вітчизняної історико-правової науки, то в Україні помітне зростання інтересу до вивчення історії римського права та історії держави і права Візантії має місце вже наприкінці дев'яностих років минулого століття.

У цей час виходять друком кілька монографій, де, поміж інших питань, розглядається становлення візантійської системи права [27]. Однак предметом дослідження тут є загальний розвиток традиції приватного права в Європі

і, у тому числі, у Візантії. Це, з одного боку, розширює хронологічні та географічні рамки наукових розвідок, які у часі охоплюють період від виникнення Східної римської імперії до її занепаду і падіння, у просторі — усю Східну Європу, з іншого — звужує їхній об'єкт, оскільки йдеться не про всю систему візантійського права в цілому, а лише про таку його частину, як приватне (цивільне) право.

Поміж праць більш загального характеру слід назвати підручник відомого російського романіста і візантиніста Д. І. Азаревича, де охарактеризований перебіг розвитку цієї системи права більш ніж за півтора тисячоліття [28].

В цілому можна зробити висновок, що цьому періодові приділялася певна увага в історичній та юридичній літературі. Однак що стосується розгляду перебігу формування та інституціоналізації правового статусу християнської церкви, його змісту та проблем реалізації, то спеціальні комплексні дослідження, пов'язані із цими питаннями, тут практично відсутні.

Огляд існуючої із цього питання літератури також свідчить про відсутність наукових розвідок, спеціально присвячених формуванню та сутності правового статусу християнської церкви у вітчизняній історико-правовій науці. А тому актуальним є звернення в окремій роботі саме до питань формування правового статусу християнської церкви у IV ст. н. е.

Література і примітки

1. Папаян Р. А. Христианские корни современного права / Р. А. Папаян. — М. : НОРМА, 2002.
2. Оболенский Д. Византийское Содружество Папий. Шесть византийских портретов / Д. Оболенский. — М. : Янус-К, 1998.
3. Павлов С. В. География религий / С. В. Павлов, К. В. Мезенцев, О. О. Любичева. — К. : АртЕк, 1999.
4. Поспішил В. Д. Східне католицьке право. Згідно з Кодексом Канонів Східних Церков : пер. з англ. / В. Д. Поспішил. — Л., 1997.
5. Форманюк В. І. Формування візантійської системи шлюбно-сімейного права (IV–VI ст.) : дис. ... канд. юрид. наук / В. І. Форманюк. — О., 2000.
6. Бердников И. Государственное положение религии в Римско-византийской империи / И. Бердников. — Казань, 1881.
7. Бриллиантов А. И. Император Константин Великий и Миланский эдикт 313 г. / А. И. Бриллиантов. — Петроград, 1916.
8. Соколов П. П. Церковно-имущественное право в Греко-Римской империи. Опыт историко-юридического исследования / П. П. Соколов. — Новгород, 1896.
9. Суворов П. С. Объем дисциплинарного суда и юрисдикция церкви в период вселенских соборов // Временник Демидовского юридического лицея. XXXIV–XXXVI. — Ярославль, 1884.
10. Суворов П. С. Византийский папа. Из истории церковно-государственных отношений в Византии / П. С. Суворов. — М., 1902.
11. Суворов П. С. Об юридических лицах по римскому праву / П. С. Суворов. — М. : Статут, 2000. — (Классика российской цивилистики).
12. Суворов П. С. Центральная организация церкви как юридическое лицо // Журнал юридического общества. — 1895. — Кн. 5.
13. Суворов П. С. Монастыри и церкви как юридические лица // Журнал юридического общества. — 1896. — Кн. 6.
14. Липшиц Е. Э. Право и суд в Византии в IV–VIII в. — Ленинград, 1976.
15. Пигулевская П. В. О сирийской рукописи «Церковной истории» Евсевия Кесарийского в Российской Публичной библиотеке // Восточный сборник Государственной Публичной библиотеки. — 1926. — № 1. — С. 115–122, табл. I–III.
16. Очерки истории христианской церкви в Европе (Античность, средние века, Реформация) /

- Ю. Е. Ивонин, М. М. Казаков, В. Л. Керов, Г. Л. Курбатов, В. А. Федосик. — Смоленск : Смол. гос. пед. ун-т, 1999. — С. 24–44. — Режим доступа : <http://shu.ru/~mkaz>.
17. <http://rome.webzone.ru/site/kazakov.htm>.
 18. Лозинский Г. С. История папства / Г. С. Лозинский. — 3-е изд. — М. : Политиздат, 1986.
 19. Свенцицкая И. С. Раннее христианство: страницы истории / И. С. Свенцицкая. — М. : Политиздат, 1988.
 20. Рудоквас А. Д. О христианизации римского права в эпоху императора Константина Великого // Древнее право = Ius Antiquum. — М., 2002. — № 1. — С. 161–180.
 21. Рудоквас А. Д. Юрисдикция епископского суда в области гражданского судопроизводства Римской империи IV в. н. э. // Древнее право = Ius Antiquum. — М., 1998. — № 1. — С. 93–101.
 22. Головащенко С. Історія християнства / С. Головащенко. — К., 1999.
 23. Николин А. Церковь и государство / А. Николин. — М. : Изд. Сретен. монастыря, 1997.
 24. Цыпин В. Церковное право : учеб. пособие / В. Цыпин. — М., 1996.
 25. Підпригора О. А. Римське право : підручник / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. — К. : Юрінком Інтер, 2003 ; Підпригора О. А. Римське приватне право : підручник / О. А. Підпригора. — Вид. 3-тє, переробл. та допов. — К. : Ін Юре, 2001 ; Харитонов Е. О. Основы римского частного права / Е. О. Харитонов. — Ростов н/Д : Феникс, 1999 ; Харитонов Е. О. Основы римского частного права / Е. О. Харитонов. — Х. : Одиссей, 1998 ; Харитонов Е. О. Приватне право у Стародавньому Римі / Е. О. Харитонов. — О. : БАХВА, 1996. З'являється також низка підручників російських авторів: видається підручник з римського приватного права за редакцією відомих науковців І. Б. Новицького та І. С. Перетерського: Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. — М. : Новый Юрист, 1997 ; Черниловский З. М. Лекции по римскому частному праву / З. М. Черниловский. — М. : Юрид. лит., 1991 ; Косарев А. И. Римское частное право : учебник / А. И. Косарев. — М. : Закон и право : ЮНИТИ, 1998 ; Савельев В. А. Римское частное право. (Проблемы истории и теории) / В. А. Савельев. — М. : Юристъ, 1995 ; Дождев Д. В. Римское частное право : учебник / Д. В. Дождев ; под ред. В. С. Нерсисянца. — М. : ИНФРА М-НОРМА, 1996 та ін.
 26. Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти) / Є. О. Харитонов. — О., 1997 ; Томсинов В. А. Юриспруденция в Древнем Риме (классический период) // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. — 1995. — № 1. — С. 33–41 ; № 2. — С. 35–45 ; Копылов А. В. Возникновение и развитие ограниченного вещного права на землю // Государство и право. — 1993. — № 4. — С. 144–150 ; Копылов В. А. Строение на чужой земле: от суперфиции до права застройки // Гражданское право России при переходе к рынку. — М., 1995. — С. 93–114.
 27. Харитонов Є. О. Історія приватного права Європи. Східна традиція. — О. : Юрид. л-ра, 2000 ; Харитонов Є. О. Рецепція приватного права: парадигма прогресу / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова. — Кіровоград : Центр. укр. вид-во, 1999.
 28. Азаревич Д. И. История Византийского права. Т. I, ч. I / Д. И. Азаревич. — Ярославль, 1876.

Анотація

Попсуєнко Л. О. Формування правового статусу християнської церкви за римським імператорським законодавством. — Стаття.

У статті надається історіографічний огляд вітчизняних джерел та публікацій, які пов'язані із дослідженням передумов та чинників легалізації християнської церкви у IV ст., її взаємовідносин з Римською державою, характером та змістом цих відносин тощо. Так, дослідженню зазначених проблем присвячено праці І. С. Берднікова, О. І. Бріліантова, П. П. Соколова, М. С. Суворова, Ф. П. Успенського, В. Болотова та ін.

Ключові слова: християнська церква, римське імператорське законодавство, правовий статус церкви.

Summary

Popsuyenko L. O. Formation of the Legal Status of the Christian Church under the Roman Imperial Legislation. — Article.

Article is about historiographic review of domestic sources and publications which are connected with research of preconditions and the reasons of legalization of Christian church in IV century, its mutual relations with the Roman state, character and the maintenance of these relations, etc. This problems is devoted by I.S. Berdnikov, A.I. Brilliantov, P.P. Sokolov, N.S. Suvorov, F.P. Uspenskiy, V. Bolotov, etc.

Keywords: Christian church, Roman imperial legislation, legal status of church.

Розділ 2

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Загальні засади охорони права громадян на творчу діяльність містяться у ст. 41 Конституції України, яка передбачає, що кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, та у ст. 54 Конституції України, котра гарантує громадянам свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості.

У ЦК України праву інтелектуальної власності присвячена Книга четверта, розміщення якої за Книгою третьою «Право власності та інші речові права» розробники Кодексу мали намір підкреслити соціально-економічну значимість інтелектуальної власності, розглядаючи її як підгалузь цивільного права [1, 186]. На мій погляд, саме генетичний зв'язок між правом власності та правом інтелектуальної власності, який просліджується відповідно до концепції ЦК України у вітчизняному цивільному законодавстві, має бути визначальним при характеристиці змісту прав інтелектуальної власності, хоча ця обставина не завжди привертала увагу дослідників.

Слід зазначити, що проблеми прав інтелектуальної власності були предметом низки ґрунтовних наукових розвідок (праці О. А. Підпригори та О. О. Підпригори [2], Ю. Л. Бошицького [3], О. М. Мельник [4], Р. Б. Шишки [5] та ін.). Проте в зазначених працях практично відсутній науковий аналіз змісту права інтелектуальної власності, що зумовлює доцільність спеціального розгляду цього питання.

Розглядаючи поняття «право інтелектуальної власності», слід враховувати, що воно може вживатися у суб'єктивному та об'єктивному сенсі, а також нерідко вживається, в тому числі в ЦК України (наприклад, ч. 2 ст. 418 ЦК України), для позначення елемента правосуб'єктності (правоздатності) особи. Це пов'язано з тим, що у цивілістиці традиційно розрізняють право власності у об'єктивному та суб'єктивному сенсі [6, 12–13]. Право власності у об'єктивному сенсі розуміють як сукупність правових норм, що регулюють відносини власності та є юридичною підставою існування і реалізації права власності, котре належить певному суб'єкту, тобто права власності в суб'єктивному сенсі. Право власності у суб'єктивному сенсі тлумачать як право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб (ст. 316 ЦК України). Нерідко у цивілістиці право власності в суб'єктивному сенсі визначають також як право особи володіти, користуватися і розпоряджатися річчю своєю владою і у власному інтересі [7, 485]. Саме у праві власності в суб'єктивному сенсі знаходить відображення сутність власності як вищої влади особи над річчю, яка визнана іншими особами.

Характерними ознаками права власності як суб'єктивного права є те, що: 1) це складне за змістом суб'єктивне цивільне право особи, яке охоплює низку

повноважень власника: право володіння, право користування і право розпорядження майном (ст. 317 ЦК України); 2) суб'єктами права власності можуть бути усі учасники цивільних відносин: фізичні особи, юридичні особи, держава та інші соціально-публічні утворення; 3) усі суб'єкти права власності є рівними перед законом (ст. 13 Конституції України, ч. 2 ст. 318 ЦК України). Отже існують рівні умови здійснення і захисту права власності. Разом із тим це не означає, що має існувати однаковий правовий режим для всіх форм власності; 4) об'єкт правовідносин власності має бути індивідуально визначеним; 5) своє право власник здійснює завжди своєю владою і на свій розсуд (ст. 319 ЦК України); 6) власник має максимально повну владу над об'єктами, що йому належать. Проте права власника можуть бути обмежені правами інших осіб (сервітутами тощо). Крім того, власник не може виходити за загальні межі здійснення цивільних прав; 7) право власності у випадках його обмеження має здатність до «самовідновлення»; 8) на зміст права власності не впливають місце проживання власника та місцезнаходження об'єкта права власності [8, 247–249].

На такому підґрунті можемо визначити право інтелектуальної власності в об'єктивному сенсі як сукупність правових норм, що регулюють відносини, які складаються у процесі створення, легітимації, використання та охорони результатів інтелектуальної, творчої діяльності.

Право інтелектуальної власності в суб'єктивному сенсі у ч. 1 ст. 418 ЦК визначається як право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений Цивільним кодексом та іншим законом.

Якщо конкретизувати деякі положення наведеного легального визначення цього поняття, то право інтелектуальної власності в суб'єктивному сенсі можна визначити як право особи володіти, користуватися, розпоряджатися та захищати від порушень з боку усіх інших суб'єктів права результат інтелектуальної, творчої діяльності або інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений законом.

Отже, право інтелектуальної власності є правом творця (та інших осіб, вказаних у законі) на одержаний ним результат інтелектуальної, творчої діяльності, який законом визнається об'єктом правового регулювання і охорони.

Визначаючи співвідношення права інтелектуальної власності з іншими майновими та немайновими правами, варто звернути увагу на те, що на сьогоднішній день існує два основних підходи до визначення її правової природи.

В одному випадку права автора результатів творчої діяльності розглядають як право інтелектуальної власності, а тому відносять до різновиду (хоча і специфічного) права власності. Зокрема, Закон України «Про власність» у п. 2 ст. 13 містив пряму вказівку на те, що результати інтелектуальної праці є об'єктами права власності громадян [9].

Друга концепція полягає в тому, що права авторів результатів творчої діяльності тлумачаться як виключні права, котрі не є правами власника [10, 133].

Слід зазначити, що й концепція ЦК України з цього питання зазнала трансформацій. Так, проект ЦК України у редакції 1996 р. [11] ґрунтувався, скорі-

ше, на ідеї визнання за творцями виключних прав на використання результатів інтелектуальної діяльності або засобів індивідуалізації (ст. 429 Проекту ЦК). Про «виключні права» йшлося і у ст. ст. 430–433 ЦК України.

Проте ст. 418 ЦК України, яка містить поняття права інтелектуальної власності, не характеризує його як виключне право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності. Натомість, ст. 419 ЦК України, визначаючи співвідношення права інтелектуальної власності і права власності, фактично розглядає їх як категорії одного порядку.

Згідно зі ст. 419 ЦК України право інтелектуальної власності та право власності на річ існують як самостійні правові категорії, що пов'язане з наявністю між об'єктами права інтелектуальної власності та матеріальними об'єктами права власності таких відмінностей: 1) результат інтелектуальної діяльності може бути визнаний об'єктом права інтелектуальної власності лише у суворій відповідності до вимог закону; 2) існування права інтелектуальної власності, хоча воно і є абсолютним, виключним правом, обмежене певним строком.

Оскільки право інтелектуальної власності та право власності на річ є самостійними правовими категоріями, передача кожного з цих прав є самостійним юридичним фактом, що породжує, змінює, припиняє самостійні правовідносини. Внаслідок цього перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ, у якій було зафіксовано об'єкт творчої діяльності. З тієї ж причини перехід права власності на матеріальну річ не означає одночасного переходу права на об'єкт права інтелектуальної власності. Наприклад, придбання картини не означає автоматичного переходу авторського права до особи, що придбала цю річ. Таким чином, можна зробити висновок, що згідно з сучасною вітчизняною концепцією у цій галузі право інтелектуальної власності розглядається як особливий різновид права власності, а отже і речових прав на специфічний об'єкт — результати інтелектуальної, творчої діяльності.

При визначенні змісту права інтелектуальної власності слід, на нашу думку, звернути увагу на те, що для сучасної концепції українського цивільного права характерним є те, що право інтелектуальної власності стосовно особи розглядається у двох значеннях: 1) як елемент правосуб'єктності (правоздатності, статусу) особи; 2) як суб'єктивне право.

Відповідно і зміст права інтелектуальної власності не може не мати два тлумачення.

По-перше, йдеться про сукупність майнових та немайнових прав, які разом складають «право інтелектуальної власності», як елемент статусу приватної особи. Саме такого «змісту права інтелектуальної власності» стосуються ст. ст. 418, 423, 424, 425 ЦК України.

Зокрема, ч. 2 ст. 418 ЦК України розкриває «зміст» права інтелектуальної власності як елемента правосуб'єктності, вказуючи, що право інтелектуальної власності становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності, зміст яких щодо певних об'єктів

права інтелектуальної власності визначається Цивільним кодексом та іншими законодавчими актами.

Згідно зі ст. 423 ЦК особистими немайновими правами суб'єктів права інтелектуальної власності є: 1) право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності; 2) право перешкоджати будь-якому посяганням на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності; 3) інші особисті немайнові права, встановлені законом.

Зазначені немайнові права можуть бути поділені на два види: а) особисті немайнові права, пов'язані з майновими правами; б) особисті немайнові права, не пов'язані з майновими правами. Особистим немайновим правом, пов'язаним з правом майновим, є право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності. У цьому випадку визнання автором породжує для людини усю сукупність майнових прав інтелектуальної власності (ст. 424 ЦК України). Особистим немайновим правом, не пов'язаним з майновими правами, є право перешкоджати будь-якому посяганням на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності, та деякі інші особисті немайнові права. Хоча завдання шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності тягне виникнення у нього права на відшкодування моральної шкоди, однак це є наслідком правопорушення, а не результатом творчої діяльності.

Висновку про те, що ч. 1 ст. 423 ЦК України розрізняє два види особистих немайнових прав суб'єкта права інтелектуальної власності (особисті немайнові права, пов'язані з майновими правами, та особисті немайнові права, не пов'язані з майновими правами), не суперечить положення ч. 3 цієї ж статті про те, що особисті немайнові права інтелектуальної власності не залежать від майнових прав інтелектуальної власності.

Співвідношення між цими правами виглядає таким чином. Особисте немайнове право на визнання творця об'єкта інтелектуальної власності автором, породжує для нього усю сукупність майнових прав інтелектуальної власності.

Разом із тим, навіть якщо він не реалізує жодне із майнових прав, це не вплине на його право бути автором твору, захищати недоторканність цього твору тощо.

Особисті немайнові права є чинними безстроково (ч. 1 ст. 425 ЦК України). Вони можуть відчужуватися (переходити від автора до іншої особи) лише у виняткових випадках, котрі спеціально встановлені законом. Таке рішення пов'язане з тим, що ці особисті немайнові права належать саме певній особі — автору, творцю об'єкта права інтелектуальної власності. Поміж винятків із загального правила можна назвати перехід у разі смерті автора його права на охорону недоторканності твору до особи, уповноваженої на це автором (ст. 439 ЦК України).

Майнові права суб'єкта права інтелектуальної власності — це суб'єктивні права учасників правовідносин, що виникають у результаті інтелектуальної,

творчої діяльності, які пов'язані з володінням, користуванням і розпорядженням майном, а також з тими матеріальними вимогами, які виникають з приводу розподілу цього майна і обміну. Вони можуть бути, як абсолютним (виключним) правом творця або інших осіб на об'єкт права інтелектуальної власності, так і мати зобов'язальний характер у правовідносинах, пов'язаних з передачею цих прав від автора до іншої особи.

Частина 1 ст. 424 ЦК України включає обидва згадані вище види майнових прав інтелектуальної власності, зазначаючи, що такими майновими правами є: 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Загалом, вказані майнові права інтелектуальної власності належать до абсолютних прав, оскільки мають виключний характер. Разом із тим у процесі їхнього використання можуть виникати також права зобов'язального характеру (наприклад, при укладенні договору про передачу твору автором для використання іншою особою).

На відміну від особистих немайнових прав інтелектуальної власності, існування майнових прав у правовідносинах інтелектуальної власності обмежене строком. Частина 2 ст. 423 ЦК України, де закріплене це правило, не встановлює конкретних термінів, лише вказує, що майнові права інтелектуальної власності є чинними протягом строків, встановлених Кодексом, іншим законом чи договором. Отже, ця норма має відсильний характер. Прикладом спеціальної норми, що встановлює конкретний строк у цій галузі, може бути ст. 446 ЦК України, яка передбачає, що, за загальним правилом, строк чинності майнових прав інтелектуальної власності на твір спливає через сімдесят років, що відраховуються з 1 січня року, наступного за роком смерті автора чи останнього із співавторів, який пережив інших співавторів. З цього правила законом можуть бути встановлені винятки. Скажімо, строк чинності суміжних майнових прав у більшості випадків становить п'ятдесят років (ст. 456 ЦК України).

Оскільки існування майнових прав інтелектуальної власності обмежене певним строком, то вони можуть бути припинені й достроково, наприклад, якщо це передбачено договором. Дострокове припинення майнових прав інтелектуальної власності може бути також встановлено безпосередньо у законі.

По-друге, має бути оціненим зміст права інтелектуальної власності як суб'єктивного права творця та інших осіб, зазначених у законі.

У цьому разі слід виходити із загальної характеристики суб'єктивного цивільного права як такого, що містить три складових: 1) можливість певної власної поведінки (здійснення права); 2) можливість вимагати певної поведінки від інших осіб; 3) можливість вимагати захисту від суду або інших державних органів.

Найбільш повно специфіка змісту права інтелектуальної власності проявляється у першому із вказаних елементів: можливості певної поведінки, спрямованої на здійснення цього права.

Враховуючи викладене вище бачення співвідношення права власності і права інтелектуальної власності, до характеристики особливостей здійснення права інтелектуальної власності торкнемося деяких загальних положень здійснення права власності.

Передусім, зазначимо, що у реальному житті воля власника щодо реалізації влади над об'єктом, який йому належить, виражається у таких фактичних діях, як посідання (володіння), користування та розпорядження ним. Посідання полягає у фактичному володінні певними об'єктами. Воно означає юридичне та фактичне панування власника над об'єктом, можливість впливати на нього у будь-який момент. Користування реалізується шляхом видобування з об'єкта його корисних (споживчих) властивостей. Розпорядження означає вчинення стосовно об'єкта дій, що визначають його долю. Це може бути відчуження, знищення об'єкта, відмова від нього тощо.

Що стосується юридичної форми зазначених вище дій, то вітчизняна концепція з цього питання, зафіксована у ст. 317 ЦК України, згідно з якою зміст права власності у суб'єктивному значенні складається з трьох «прав» (юридично закріплених можливостей) власника: 1) права володіння майном; 2) права користування майном; 3) права розпорядження майном.

Стосовно права інтелектуальної власності зазначені положення виглядають таким чином. Правом володіння визнається юридично забезпечена можливість суб'єкта фактичного панування над результатом своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Правом користування визнається юридично забезпечена можливість суб'єкта видобувати з свого результату його корисні властивості для задоволення своїх особистих та майнових потреб. Правом розпорядження визнається юридично забезпечена можливість визначати долю результату своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Стосовно майнових прав суб'єкта права інтелектуальної власності, розпорядження нерідко здійснюється шляхом передавання їх іншій особі. Отже може йтися про право передавання майнових прав у рамках реалізації права розпорядження правом інтелектуальної власності.

Крім того, до вказаних прав суб'єкта права інтелектуальної власності має також бути додане право легітимації, тобто право автора результату інтелектуальної, творчої діяльності на визнання такого результату, за наявності умов, встановлених законом, об'єктом права інтелектуальної власності.

Зі згаданих вище прав суб'єкта права інтелектуальної діяльності найбільше практичне значення мають право користування та право розпорядження об'єктом цього права.

Закріплені у Конституції України повноваження суб'єкта права інтелектуальної власності зумовлюють принцип свободи використання — безпосередньо або шляхом укладення договору — об'єкта інтелектуальної власності. Відповідно до цього принципу суб'єкт права інтелектуальної власності має право укладати будь-які договори з приводу інтелектуальної власності, дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, взагалі будь-яким чином використовувати цей об'єкт на власний розсуд, з додержанням при цьому вимог до здійснення цивільних прав, зокрема, не порушувати права інших осіб.

Способи використання об'єкта права інтелектуальної власності визначаються законом. Наприклад, відповідно до ст. 441 ЦК України використання твору, що є об'єктом права інтелектуальної власності, можливе шляхом: опублікування (випуску у світ); відтворення будь-яким способом та у будь-якій формі; перекладу; переробки, адаптації, аранжування тощо; включення складовою частиною до збірників, баз даних, антологій, енциклопедій тощо; публічного виконання; продажу, передання в найом (оренду) тощо; імпорту його примірників, примірників його перекладів, переробок тощо.

Абсолютний характер права інтелектуальної власності означає, що використання об'єкта права інтелектуальної власності іншою особою, за загальним правилом, має здійснюватися з дозволу особи (того, хто створив об'єкт інтелектуальної власності, уповноваженої ним особи, спадкоємців тощо), яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Однак законом можуть бути передбачені випадки правомірного використання об'єктів інтелектуальної власності без такого дозволу. Зокрема, ст. 444 ЦК України передбачає, що твір може бути вільно, без згоди автора та інших осіб, та безоплатно використаний будь-якою особою як цитата з правомірно опублікованого твору або як ілюстрація у виданнях, радіо- і телепередачах, фонограмах та відеограмах, призначених для навчання, за умови дотримання звичаїв, зазначення джерела запозичення та імені автора, якщо воно вказане в такому джерелі, та в обсязі, виправданому поставленою метою; для відтворення у судовому та адміністративному провадженні в обсязі, виправданому цією метою, тощо. Проте при цьому особа, яка використовує твір, зобов'язана зазначити ім'я автора твору та джерело запозичення.

Дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності, як правило, проводиться шляхом видачі ліцензії. Умови видачі такої ліцензії можуть бути визначені ліцензійним договором.

Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності можливе за допомогою різних договорів: ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності; ліцензійного договору; договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності; договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності; інших договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. У випадках, передбачених ліцензійним договором, може бути укладений субліцензійний договір, за яким ліцензіат надає іншій особі (субліцензіату) субліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності. У цьому разі відповідальність перед ліцензіаром за дії субліцензіата несе ліцензіат, якщо інше не встановлено ліцензійним договором. Права на використання об'єкта права інтелектуальної власності та способи його використання, які не визначені у ліцензійному договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіату (ст. ст. 1107–1109 ЦК України).

Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності може також здійснюватися шляхом внесення їх до статутного капіталу юридичної особи, передачі у заставу та використання в інших цивільних відносинах (ч. 3 ст. 424

ЦК, Закон України «Про заставу» та ін.). Оцінка вартості майнових прав інтелектуальної власності у таких випадках провадиться за згодою сторін з врахуванням приписів закону.

Ведучи мову про правові аспекти здійснення права власності взагалі та права інтелектуальної власності зокрема, слід звернути увагу на ту обставину, що у сукупності право володіння, право користування та право розпорядження утворюють класичну для українського цивільного права «тріаду», що характеризує право власності в суб'єктивному сенсі.

Варто, однак, зазначити, що таке розуміння змісту (визначення переліку елементів) права власності не здається досконалим, оскільки визначення змісту права власності проводиться без врахування загального розуміння суб'єктивного цивільного права як такого, що, у свою чергу, включає три права (юридичні можливості): 1) право на власні дії (поведінку); 2) право вимагати певних дій від інших осіб; 3) право звернутися за захистом у випадку порушення права. Неважко помітити, що всі елементи традиційної «тріади права власності» практично повною мірою стосуються лише першої складової частини суб'єктивного цивільного права — права на власну поведінку. Такий акцент виглядає достатньо природним, оскільки у багатьох випадках саме поведінка власника дозволяє йому реалізувати його право власності. Звісно, не заперечується, що при цьому власник може вимагати, щоб інші особи не порушували право власності, а також має право звернутися до відповідних органів за захистом порушеного права. Але ці вимоги вже розглядаються як такі, що стосуються, головним чином, тієї чи іншої складової: порушення права володіння, порушення права користування, порушення права розпорядження.

Отже виникає питання: чи йдеться про право власності як єдине суб'єктивне право, чи кожний окремих елемент тріади розглядається як окреме суб'єктивне право, що включає три правомочності?

Якщо ми прагнемо все ж таки вести мову про єдине суб'єктивне право власності і розглядаємо його у якості такого, то маємо аналізувати саме стосовно цього поняття усі правомочності — не лише власної поведінки, але й вимоги поведінки від інших осіб та правоможності вимагати захисту порушеного права власності. Звідси впливає висновок про необхідність розгляду змісту права власності у двох площинах: 1) як суб'єктивного права взагалі; 2) як змісту права на таку поведінку власника, котра у багатьох випадках слугує вираженням права власності взагалі.

Таким чином, зміст права власності має включати такі елементи: 1) право на власну поведінку (право на здійснення права власності на власний розсуд); 2) право вимагати «від усіх і кожного» не створювати перешкод у здійсненні права власності (не порушувати його); 3) право звернутися до суду за захистом порушеного права власності з речовим позовом (віндикаційним, негативним тощо).

У свою чергу, змістом права «здійснення права власності» є: право володіння, право користування, право розпорядження тощо. При цьому слід зазначити, що традиційна «тріада», як уже зазначалося, є дуже приблизною і не містить

згадки про деякі важливі елементи. Наприклад, елементом права власника на здійснення його права є право управління майном. Спеціальним правом суб'єкта права інтелектуальної власності є право легітимації, тобто право автора результату інтелектуальної, творчої діяльності на визнання такого результату об'єктом права інтелектуальної власності.

З урахуванням викладеного вище можна зробити висновок, що при здійсненні прав інтелектуальної власності слід враховувати багатоплановість розуміння змісту цієї категорії, що дасть змогу більш ефективного здійснення цього права у контексті загальної реалізації власності.

Література

1. Кодифікація приватного (цивільного) права України/ за ред. А. С. Довгєрта. — К., 2000.
2. Підпригора О. А. Право інтелектуальної власності в Україні : навч. посіб. / О. А. Підпригора, О. О. Підпригора. — К., 1998.
3. Бошицький Ю. Л. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. / Ю. Л. Бошицький. — К. : Логос, 2007. — 488 с.
4. Мельник О. М. Проблема охорони прав суб'єктів інтелектуальної власності в Україні / О. М. Мельник. — Х. : Вид-во Пац. ун-ту внутр. справ, 2002. — 362 с.
5. Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект / Р. Б. Шишка. — Х. : Вид-во Пац. ун-ту внутр. справ, 2002. — 368 с.
6. Право власності в Україні : навч. посіб. / О. В. Дзєри, Н. С. Кузєнєцова, О. А. Підпригора [та ін.] ; за заг. ред. О. В. Дзєри, Н. С. Кузєнєцової. — К. : Юрішком Інтер, 2000.
7. Гражданское право : учебник. В 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : БЕК, 1998.
8. Харитонов С. О. Вступ до цивільного права України : навч. посіб. / С. О. Харитонов. — К. : Істипа, 2006.
9. Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1991. — № 20. — Ст. 249.
10. Сірепко І. Юридична природа прав на об'єкти інтелектуальної власності // Українське право. — К., 1997. — Чис. 3.
11. Цивільний кодекс України : проект у ред. від 25 серп. 1996 р. // Українське право. — К., 1996. — Чис. 2 (спецвип.). — С. 32–523.

Анотація

Харитонєва О. І. До визначення поняття права інтелектуальної власності. — Стаття.

У статті аналізуються поняття та зміст прав інтелектуальної власності, котрі розглядаються як елемент правоздатності фізичної особи та як суб'єктивне право особи. При цьому зміст права інтелектуальної власності у суб'єктивному значенні оцінюється як сукупність юридичних можливостей володіння, користування, розпорядження та легітимації результату інтелектуальної, творчої діяльності, які належать його автору за наявності умов, встановлених законом.

Ключові слова: інтелектуальна власність, немайнові права, виключний характер, суб'єктивне право, елемент правоздатності.

Summary

Kharytonova H. I. To the Notion of Intellectual Property Law Definition. — Article.

The article analyses the concept and contents of intellectual property rights examined as an element of legal capacity of physical person and as a subjective right of a person. Herein, the contents of a right of intellectual property in the subjective sense is estimated as an aggregate of legal possibilities of possession, enjoyment, order and legitimization of the result of intellectual, creative activity, which belong to the author in the presence of the terms, fixed by law.

Keywords: intellectual property, non-proprietary right, exceptional character, subjective right, element of legal capacity.

СПОСОБИ НАБУТТЯ ТА ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Одними із найважливіших сторін інституту права власності є підстави виникнення та припинення права власності. Ці підстави дають змогу власнику здійснювати свої правомочності стосовно майна у повному обсязі або припиняють право власності назавжди разом із знищенням майна. Виникнення права власності в одного власника може бути логічним наслідком його припинення для іншого власника, наприклад із відчуженням майна, тому у таких випадках може йти мова про трансформацію суб'єктного складу правовідносин власності.

Підстави набуття права власності та юридичні факти у цивільному праві не раз були предметом досліджень провідних українських та російських вчених-юристів (С. С. Алексєєва [1], В. С. Толстого [2], В. Б. Ісакова [3], О. А. Красавчикові [4], Є. О. Харитонова [5] та ін.). Ціллю цієї статті є сучасний загальний аналіз підстав виникнення та припинення права власності.

Як підстави виникнення, так і підстави припинення права власності у своєму змісті є юридичними фактами, тобто вказаними у гіпотезі норми права конкретними життєвими обставинами, які є підставами виникнення, зміни або припинення правовідносин.

Окрім юридичних фактів, до передумов виникнення і припинення права власності належать норми права, що регулюють ці підстави, та правосуб'єктність учасників правовідносин власності. Норми права виражені у відповідних нормативно-правових актах, наприклад у Цивільному кодексі, а елемент правосуб'єктності ставить певні вимоги до правоздатності та дієздатності власників. За вольовою ознакою юридичними фактами-підставами виникнення і припинення права власності можуть бути як дії, так і події. Наприклад, дією-підставою для виникнення права власності є укладення правочину щодо купівлі майна, а смерть власника є подією-підставою для припинення його права власності. Діями, внаслідок яких виникає або припиняється право власності, також можуть бути як юридичні вчинки, так і юридичні акти, залежно від того, чи мав намір власник своїми діями створити юридичні наслідки. Наприклад, знахідка чужої загубленої речі є юридичним вчинком, а укладення договору купівлі-продажу – юридичним актом.

Загальноновизнаним є поділ підстав виникнення права власності на первісні і похідні. Первісними є такі підстави, за яких право власності виникає вперше або незалежно від волі попереднього власника.

Серед первісних підстав виділяють: створення нової речі; привласнення загальнодоступних дарів природи; набуття права власності на безхазяйну річ; переробка речі; набувальна давність; знахідка; затримання бездоглядної домашньої тварини; знайдення скарбу [6, 98].

Порядок набуття права власності за вищевказаних первісних підстав регламентується низкою статей глави 24 ЦК. Правові норми цих статей у своїх

гіпотезах встановлюють юридичні факти, що слугують первісними підставами виникнення права власності, а в диспозиціях описуються дії претендента на право власності, залежно від яких він стає власником або ні. Також у диспозиціях іноді встановлюються строки, після перебігу яких відбувається перехід права власності. Тим самим здійснюється захист попереднього власника та пересторога від можливих зловживань з боку нових власників.

Наприклад, виникнення права власності на підставі знахідки регламентується ст. ст. 337–339 ЦК. Можливі дії після знаходження та відповідальність за втрату знахідки встановлює ст. 337. Стаття 338 визначає строки та умови, за яких виникає право власності у особи, що знайшла знахідку. А у ст. 339 визначаються зобов'язання, що виникають у власника, який загубив річ, при її поверненні.

Питання, які пов'язані з набувальною давністю, актуальні не тільки з точки зору цивільного права, а й з позиції практики її правозастосування. Інтерес до даного правового інституту пояснюється, по-перше, невизначеністю його правової природи, а по-друге, недостатньою врегульованістю у Цивільному кодексі України. Законодавець відніс вказаний інститут цивільного права до числа засобів виникнення права власності поряд з набуттям права на знахідку, схов, безхазяйне майно тощо. Однак існування набувальної давності настільки специфічно та відмінно від інших засобів набуття права власності, що ненароком звертає на себе увагу та викликає багато ускладнень.

Аналіз історичних етапів розвитку набувальної давності показує, по-перше, багато суперечностей та недоліків, неповноту у правовій регламентації володіння за давністю, по-друге, кардинальні зміни сучасного ставлення до необхідності набувальної давності. Так, перші пам'ятки українського писаного права, що надали матеріально-правової сили давності, можна вже зустріти у «Руській правді», у нормах Литовських статутів, Псковській судній грамоті, Правах, за якими судиться малоросійський народ, Маніфесті Катерини II тощо. Проте найбільш повне закріплення володіння за давністю відбулось, на думку багатьох вчених, лише наприкінці XIX ст. у Зводі законів Російської імперії [7, 12].

Теоретичні опрацювання проблем набувальної давності здійснені переважно науковцями дорадянського періоду нашої історії і майже зовсім не розроблені сучасними українськими науковцями. У зв'язку з чим теоретичне підґрунтя вказаного інституту не здатне відповісти сучасним реаліям і потребує істотного доповнення для пристосування до нинішніх умов.

Таке «хибне» становище інституту набувальної давності у сучасній цивілістиці можна «виправдувати», по-перше, тим, що в радянській цивілістиці панувала презумпція «державної власності», вважалось недоцільним вести мову про набувальну давність, оскільки за допомогою неї можна набути право власності на річ [8, 319].

З здобуттям незалежності України, прийняттям Основного Закону України — Конституції, яка проголосила усіх суб'єктів права власності рівними перед Законом, суттєво змінились соціально-економічні фактори розвитку суспільства, що послужило причиною формування нових поглядів на інститут набу-

вальної давності, а також на підстави для її нормативної регламентації у сучасному цивільному законодавстві.

Проте сучасними російськими вченими-цивілістами Є. А. Сухановим [9, 183], Ю. К. Толстим [10, 49] та українським науковцем В. І. Цікало [11, 12] неодноразово підкреслювалась необхідність законодавчого закріплення набувальної давності, що, безспірно, сприяє формуванню цивілізованого цивільного обігу.

Цивільним кодексом України передбачено, що право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів.

Поняття правочину визначено Цивільним кодексом України. Ним є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Чинне цивільне законодавство залежно від того, чи впливає дія, спрямована на набуття, зміну чи припинення цивільних правовідносин, від однієї, двох чи більш осіб, підрозділяє правочини на односторонні, двосторонні чи багатосторонні (договори) [12, 11].

Одностороннім правочином є дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами. Це правочин, для здійснення якого досить волі і дії тільки однієї сторони. Він може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила. Односторонній правочин може створювати обов'язки для інших осіб лише у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами. Прикладом одностороннього правочину є договір дарування.

Двостороннім або багатостороннім правочином є погоджена дія двох або більше сторін. Це найбільш поширений вид правочинів. Прикладом двосторонніх договорів є договори купівлі-продажу, довічного утримання тощо. Для цих договорів характерним є взаємоузгодження волі двох сторін. Юридична особа публічного права набуває право власності на майно, передане їй у власність, та на майно, набуте нею на підставах, не заборонених законом [13, 102].

Особа, яка виготовила (створила) річ зі своїх матеріалів на підставі договору, є власником цієї речі. Право власності на нову річ, яка виготовлена (створена) особою, набувається нею, якщо інше не встановлено договором або законом. Право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки), виникає з моменту завершення будівництва майна.

Особа, яка збирала ягоди, лікарські рослини, зловила рибу або здобула іншу річ у лісі, водоймі тощо, є їхнім власником, якщо вона діяла відповідно до закону, місцевого звичаю або загального дозволу власника відповідної земельної ділянки.

Право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Переданням майна вважається вручення його набувачу чи перевізнику, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачу майна, відчуженого без зобов'язання доставки.

Право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішення суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним. Якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації.

Особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито і безперервно володіти ним протягом 10 років або рухомим майном — протягом 5 років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено ЦК [14, 280].

Фізична або юридична особа може набути право власності у разі приватизації державного майна та майна, що є в комунальній власності.

Похідними вважаються такі підстави, за яких право власності на майно виникає за волею попереднього власника.

Серед похідних підстав виділяють: правочини, спрямовані на передачу майна у власність; спадкування; приватизація.

При похідних способах набуття права власності до нового власника переходять усі обов'язки, які мав попередній власник. Так, наприклад, за ст. 770 ЦК, у разі зміни власника речі, переданої у найм, до нового власника переходять права та обов'язки наймодавця. Правочинами, за яких відбувається перехід майна у власність, є договори купівлі-продажу, міни, позики, дарування [15, 33]. У випадку спадкування спадкоємці після смерті спадкодавця отримують майно у власність шляхом прийняття спадщини. Воля попереднього власника у даному випадку виявляється в укладенні заповіту або навіть в його неукладанні, таким чином спадкодавець погоджується із спадкуванням за законом. Підстави виникнення права власності за спадкуванням розкриває Книга шоста ЦК. Приватизацією є перехід майна із державної (комунальної) власності у приватну. Таким чином, у фізичної або юридичної особи виникає право власності на майно, що раніше перебувало у власності держави (громади). Ця підстава вказана у ст. 345 ЦК. Згідно із законом, приватизація державного майна — це відчуження майна, що перебуває у державній власності, і майна, що належить Автономній Республіці Крим, на користь фізичних та юридичних осіб, які можуть бути покупцями відповідно до цього Закону, з метою підвищення соціально-економічної ефективності виробництва та залучення коштів на структурну перебудову економіки України. Приватизації не підлягають об'єкти, що мають загальнодержавне значення, а також казенні підприємства [16]. Перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації, встановлюється однойменним законом.

У ч. 2 ст. 328 ЦК України встановлюється презумпція правомірності набуття права власності: право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом.

На відміну від підстав виникнення, перелік підстав припинення права власності, встановлений у ст. 346, є невичерпним. Ця стаття встановлює юридичні факти, внаслідок яких припиняється право власності на визначене майно. Підстави припинення права власності як і підстави його виникнення можна поділити на дві категорії за вольовою ознакою. Так, за волею власника право власності припиняється при: відчуженні власником свого майна; відмови від права власності; знищенні майна.

Варто сказати, що виникнення права власності за похідними підставами є нас-

лідком його припинення за волею попереднього власника, тобто ці підстави є кореспондуючими і відповідають одні одним. Наприклад, набуття права власності за укладеною угодою купівлі-продажу відбувається разом із припиненням права власності на це майно для попереднього власника. Відповідно до ст. 347 ЦК, особа може відмовитися від права власності на майно, заявивши про це або вчинивши дії, які свідчать про її відмову від права власності. Право власності на майно також припиняється у разі його знищення, оскільки у такому разі стає відсутнім об'єкт власності, без якого ці правовідносини не можливі [8, 312].

Незалежно від волі власника право власності припиняється за умови: викупу земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю; викупу нерухомого майна у зв'язку із викупом для суспільної необхідності земельної ділянки, на якій воно розміщене; звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника; реквізиція; конфіскація; припинення юридичної особи; смерть власника; припинення права власності на майно, що за законом не може належати даній особі; викуп пам'ятників історії культури.

Аналізуючи даний перелік, можна сказати, що у більшості із перелічених підстав відбувається припинення права саме приватної власності. Тобто власниками, для яких припиняється право власності, є юридичні або фізичні особи. Майно за цих підстав, найчастіше переходить до державної (комунальної) власності, за винятком хіба що таких підстав, як припинення юридичної особи, смерть власника чи звернення стягнення, коли новими власниками можуть стати суб'єкти приватного права [17, 217].

Необхідно звернути увагу на такі випадки примусового припинення права приватної власності, як реквізиція і конфіскація. Реквізицією, виходячи із ст. 353 ЦК, є примусове відчуження майна з метою суспільної необхідності у разі стихійного лиха, аварії. Обов'язковою умовою реквізиції є попереднє або наступне повне відшкодування вартості майна його власнику [13, 113]. На відміну від реквізиції, конфіскацію можна назвати деліктним вилученням майна, оскільки вона застосовується за рішенням суду у разі вчинення власником правопорушення і вартість майна у цьому разі не відшкодовується.

Література

1. Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Антология уральской цивилистики. 1925–1989 : сб. ст. — М. : Статут, 2001. — С. 54–68.
2. Толстой В. С. Понятие и значение односторонних сделок в советском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. С. Толстой. — М., 1966.
3. Исаков В. Б. Юридические факты в советском праве / В. Б. Исаков. — М. : Юрид. лит., 1984.
4. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. — М. : Госюриздат, 1958.
5. Харитонов Є. О. Цивільне право України. Елементарний курс : навч. посіб. / Є. О. Харитонов, А. І. Дрішлюк. — Суми : Університет. кп., 2006.
6. Мичурин Е. А. Гражданское право : учеб. пособие / Е. А. Мичурин. — Х. : Юрсвіт, 2006.
7. Михайленко О. О. Речово-правові обмеження права приватної власності за стародавнім римським та сучасним цивільним правом України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. О. Михайленко ; Нац. юрид. акад. ім. Я. Мудрого. — Х., 2003.
8. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. У 2 ч. Ч. 1 / ред. Я. М. Шевченко. — К. : ІнЮрс, 2004.

9. Суханов Е. А. Гражданское право России — частное право / Е. А. Суханов. — М. : Статут, 2008.
10. Толстой Ю. К. Понятие права собственности. Проблемы гражданского и административного права / Ю. К. Толстой. — Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1962.
11. Цікало В. І. Давність у цивільних правовідносинах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. І. Цікало. — Л. : Вид. центр Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2004.
12. Кириченко Т. Пабуття права власності на нерухоме майно // Юридичний вісник України. — 2006. — № 47.
13. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузисцової. — К. : Юріком Інтер, 2002.
14. Цивільне право України. Академічний курс / за ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2003.
15. Заїка Ю. О. Право власності. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, В. М. Співак. — К. : Наук. думка, 2000.
16. Про приватизацію державного майна : Закон України від 4 берез. 1992 р. № 2163-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 24.
17. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України. В 4 т. Т. 1 / А. Г. Яр-ма, В. Я. Карабаш, В. В. Кривченко, В. Г. Роташ. — К. : А.С.К. ; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2004.

Анотація

Вороніна Н. В. Способи набуття та припинення права власності. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню способів набуття права власності. Крім того, досліджується класифікація підстав виникнення права власності, зокрема всі підстави виникнення права власності поділені на первісні і похідні, а також відповідно до цього критерію проведений аналіз окремих способів набуття права власності. Досліджені підстави припинення права власності.

Ключові слова: набуття права власності, набувальна давність, знахідка, реквізиція, конфіскація.

Summary

Voronina N. V. Ways of Origin and Cassation of the Property Rights. — Article.

The article is devoted to the research of acquisition methods of the right of property. Furthermore, the classification of accrual causes of the right of property is examined, in particular all accrual causes of the right of property are divided into initial and derivative, and also in accordance with this criterion the analysis of specific acquisition methods of the right of property is made. Reasons of termination of the right of property are examined.

Keywords: acquisition of the right of property, acquisitive prescription, the finding, the requisition, the confiscation.

УДК 347.417

Н. Ю. Голубева

СВОБОДА ДОГОВОРУ ЯК ПРИНЦИП ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Радикальні економічні й політичні перетворення в суверенній і незалежній Україні мають на меті побудувати нову модель господарської системи, її фундамент становлять різноманітні форми власності відповідних суб'єктів, їх рівноправність і змагальність.

Суб'єкти цивільного права знаходяться стосовно один до одного в юридично однаковому становищі. Юридична рівність сторін у цивільно-правовому відношенні є правовим виразом економічної рівності учасників товарно-грошових відносин, кожна з сторін має свій комплекс прав і обов'язків і не підпорядкована іншій.

© Н. Ю. Голубева, 2009

Для цивільного права характерне виникнення цивільно-правових відносин в результаті вольових дій (договорів, односторонніх правочинів тощо) їх учасників.

Диспозитивні основи в цивільному праві надають можливість вибору між кількома варіантами поведінки в межах, встановлених законом, а також у відповідних випадках визначити зміст цивільних прав і обов'язків, розпоряджатися суб'єктивними правами на свій розсуд.

Одним з втілень диспозитивності у цивільному праві є принцип свободи договору.

Цей принцип досліджувався достатньо багато, як в рамках підручників з цивільного та господарського права, так і в спеціальних дослідженнях, наприклад, А. П. Беляєвою [1], В. О. Горевим [2], А. В. Луць [3], В. Мілаш [4], А. Н. Танагою [5] тощо.

Метою цієї статті є визначення «свободи» та «несвободи» при укладенні договору.

У даний час принцип свободи договору як на законодавчому, так і доктринальному рівні визнається основоположним для розвитку майнового обороту. Конституція України, Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України та низка інших нормативних актів проголошують свободу підприємницької діяльності, зокрема у договірній формі.

У праві ряду зарубіжних країн даний принцип розглядається як одне із основних прав людини, а не лише суб'єктів цивільних правовідносин [5, 10].

Свобода договорів разом з рівністю учасників цивільних відносин та іншими принципами належить до загальних засад цивільного законодавства, закріплених у ст. 3 ЦК. Свобода договору полягає передусім у вільному виявленні волі сторін на вступ у договірні відносини. Волевиявлення учасників договору має складатися вільно, без жодного тиску з боку контрагента або інших осіб і відповідати їхній внутрішній волі.

Зміст принципу свободи договору полягає у свободі особи вільно вступати у договірні відносини; самостійно обирати контрагента; самостійно визначати структуру і вид договірної зв'язку.

Вищевказаний принцип виражається в таких основних положеннях.

По-перше, сторони цивільних правовідносин самі визначають, укласти їм договір чи ні та з ким з партнерів вступати у договірні правовідносини, тобто вибір контрагента договору і вирішення питання про встановлення договірних відносин, за ЦК України, вирішується самими сторонами договору. Як виняток з цього правила законом можуть встановлюватися певні обмеження щодо вибору контрагентів.

Так, наприклад, якщо учасник товариства з обмеженою відповідальністю бажає продати належну йому частку у статутному капіталі товариства, його право на вільний вибір обмежене переважним правом купівлі, яке мають інші учасники товариства. Укладення договору у примусовому порядку допускається як виняток і лише у випадках, прямо встановлених законом у публічних інтересах або добровільно прийнятими сторонами зобов'язаннями.

По-друге, сторони самі обирають вид договору, який регулюватиме їх взаємні

відносини. Причому сторони можуть обрати не обов'язково договір, передбачений законом, але й договори, які прямо не передбачені законом, крім тих, що суперечать його загальним засадам.

По-третє, сторони самостійно визначають умови (зміст) договору, що відповідно ст. 628 ЦК України означає те, що сторони договору мають право на волевиявлення.

По-четверте, в період дії договору сторони, відповідно до закону, мають право як змінити (повністю або частково) зобов'язання, що випливають із нього, так і припинити дію договору в цілому, якщо інше не передбачене законом або самим договором.

Даний принцип є одним з провідних у зобов'язальних відносинах, що виникають у ринковій економіці.

«Свобода договору» на початку ХХ ст. була однією з основ цивільного права більшості іноземних країн, сутність якої полягала в праві сторін за їх бажанням як вирішувати питання про укладення договору, так і шляхом «вільної» домовленості визначати його зміст.

Початок «свободи договору» традиційно пов'язувався з початком свободи приватної власності, оскільки розпорядження власника речами, як правило, виражається у договірній формі. Західна юриспруденція виводила і свободу власності, і свободу договору із загального початку «свободи» особистості [4, 36].

Згодом в іноземній літературі середини ХХ ст. вже підкреслювалася та обставина, що воля приватних осіб при укладенні договору не має вирішального значення, оскільки значна частина умов заздалегідь визначена для сторін імперативними приписами закону [6].

Відхід від «свободи» договору, в зазначений період, здійснювався двома шляхами. З одного боку, виконуючи завдання монополістичних об'єднань, держава в окремих випадках втручалася в договірні відносини, контролюючи ввіз та вивіз товарів, встановлюючи в інтересах монополій на них ціни тощо. З іншого боку, монополістичні організації самі отримали можливість створювати своє, так зване «формулярне право». Монополістичні організації в односторонньому порядку заздалегідь розроблювали формуляри, в яких визначався зміст договору, іншій стороні пропонувалося лише підписати формуляр, що вона й була змушена зробити.

Зміст договору в більшості країн початку ХХ ст. перестає визначатися домовленістю сторін, монополія диктує свої умови, до яких контрагент лише приєднується. Вони дістали назву «договори приєднання».

У зв'язку з тим, що відбулася докорінна зміна як в суспільній оцінці договору, так і в політиці законодавця стосовно нього, саме право багато у чому стало перешкоджати свободі сторін укладати договір за їх розсудом [7, 211].

Договір — це насамперед угода рівноправних осіб, які мають майнову самостійність.

Свобода договору заснована на свободі волевиявлення, а останнє, у свою чергу, спирається на свободу волі, що реалізується за допомогою диспозитивності норм цивільного права. Під диспозитивністю прийнято розуміти засновану на

нормах даної галузі права юридичну свободу суб'єкта цивільних правовідносин здійснювати свої суб'єктивні права за своїм розсудом.

Таким чином, правовими засобами закріплення свободи договору традиційно розуміють норми-принципи, які проголошують свободу договору, свободу підприємницької діяльності та диспозитивні норми права, в яких втілено даний принцип.

Зміст принципу свободи договору розкривається в ст. 627 ЦК України. Він є однією з фундаментальних засад цивільно-правового принципу диспозитивності, через який суб'єкти цивільного права набувають і здійснюють свої цивільні права вільно на свій розсуд (ч. 1 ст. 12 ЦК України).

Важливим елементом свободи договору є воля та її зовнішній вираз — волевиявлення. Наявність договору свідчить про те, що обидва учасники бажали укласти договір і що їхній зовнішній вираз волі (волевиявлення) відповідає внутрішній волі.

Єдність внутрішньої волі і волевиявлення є характерною для договору, оскільки невідповідність внутрішньої волі і волевиявлення означає, що справжня воля, справжнє бажання укласти угоду відсутні. Такий договір не може охоронятися законом. При цьому розходження між внутрішньою волею і волевиявленням може виникнути передусім у випадках, коли договір укладається під впливом насильства.

Особа, яка укладає договір під впливом насильства, фактично позбавлена можливості виявити власну волю. Її воля замінюється волею насильника.

На відміну від випадків укладання договорів під впливом насильства, при застосуванні погрози потерпілий виражає свою волю, але оскільки це відбувається під впливом погрози, то вона не збігається із справжнім його бажанням. Погроза може бути підставою для визнання угоди недійсною, коли обставини, які мали місце на момент укладання договору, свідчать, що відмова учасника договору від її укладання могла спричинити шкоду його законним інтересам.

Отже, погроза за змістом повинна бути серйозною, реальною, протиправною.

Укладення договору з недоліками волі має місце і тоді, коли він укладається у зв'язку з тим, що одна сторона умисно вводить в оману іншу, повідомляючи її про факти, які не відповідають дійсності. Обман має місце і тоді, коли одна із сторін замовчує обставини, які мають істотне значення для договору.

Договір, що укладається під впливом обману, може бути визнаним недійсним. Має місце невідповідність внутрішньої волі волевиявленню, якщо представник однієї сторони укладає договір, завідомо знаючи, що шкодить інтересам іншої сторони.

Розвиток свободи договору має у своїй основі ряд факторів. По-перше, це перетворення відносин власності, відхід від монополії державної власності. Зняття заборон і обмежень на приватну власність істотно змінило й саме поняття «право власності». Тепер будь-який власник, включаючи громадянина, може за своїм розсудом використати майно для будь-якої діяльності, не забороненої законодавством, у тому числі й для підприємницької. Він вправі робити відносно свого майна будь-які дії, що не суперечать закону, включаючи передачу своїх

повноважень іншим особам, використання майна як предмет застави й т.п. Все це істотно розширює втримування цивільної правоздатності. По-друге, свобода договору пов'язана зі скасуванням всеохоплюючого планування економічних зв'язків. Примус до укладання договору зберігається тільки у випадках, строго визначених законом або при добровільно прийнятому на себе зобов'язанні однієї зі сторін. По-третє, свобода договору пов'язана зі скасуванням системи адміністративних приписів по формуванню умов договору, насамперед за ціною товарів і послуг. Умови договорів, у тому числі й істотні, такі як предмет договору, ціна, строк, визначаються в основному за згодою сторін. Державне регулювання умов договору зберігається лише у випадках, установлених законом (наприклад, ціни на житлові й комунальні послуги). І ще одним фактором свободи договору стало істотне розширення сфери застосування договору. Тепер шляхом договірних угод вирішуються питання інтелектуальної власності, біржової й банківської діяльності, обіг цінних паперів і т.д.

Разом з тим індивідуальна воля, складова основа свободи договорів, відносна. Людина живе в суспільстві й повинна дотримуватися законів цього суспільства. Свобода одного не повинна порушувати свободу іншого.

Свобода договору не є безмежною: вона існує в рамках чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, а дії сторін договору мають ґрунтуватися на засадах розумності, добросовісності та справедливості.

Головним правовим засобом обмеження договірної свободи є імперативні норми, які діють навіть проти волі сторін, отже, виключають їх автономію у вирішенні того чи іншого питання.

Виключенням із загального принципу свободи договору є випадки, коли:

1) укладення договору є обов'язковим (публічний договір, основний договір, укладений у виконання попереднього, договір з особою, що виграла торги, договори соціальної оренди житлових приміщень, при виконанні оборонного, мобілізаційного замовлення тощо);

2) укладення договору певного типу може бути заборонено тим або іншим суб'єктам, що впливає, як правило, з природи діяльності, що оформляється відповідними договорами. Так, гарантом правочину про видачу банківської гарантії може бути або кредитна, або страхова організація; фінансовим агентом за договором фінансування може бути лише спеціалізована організація; приймати внески і укладати договір банківського внеску можуть лише банки; страхувальниками за договорами страхування можуть бути тільки страхові організації. Укладання цих договорів іншими суб'єктами тягне визнання їх недійсними;

3) будь-яка із сторін договору позбавлена можливості брати участь у формуванні його умов (на основі типових договорів, договору приєднання, попереднього договору, договору на користь третіх осіб).

Можливість виключень з принципу свободи договору викликана необхідністю захисту державою суспільних інтересів, прав споживачів, особливо в тих сферах економіки, які віднесені до природних монополій або в яких можливо порушення меж здійснення цивільних прав особами, що займають на ринку домінуюче становище.

Література

1. Бєляєва А. П. Принципи свободи договору в правовому регулюванні зовнішньоекономічного контракту : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. П. Бєляєва. — Х., 2005. — 20 с.
2. Горєв В. О. Істотні умови договору як обмеження договірної свободи учасників цивільних правовідносин // Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених. — Сімферополь, 2006. — Вип. 9. — С. 165–170.
3. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Луць. — К., 2001. — 18 с.
4. Мілаш В. Принцип свободи підприємницького комерційного договору // Право України. — 2005. — № 2. — С. 36–40.
5. Танага А. П. Принцип свободи договору в цивільному праві Росії / А. П. Танага. — СПб., 2003. — 211 с.
6. Гражданское и торговое право капиталистических государств : учебник. Ч. 2 / под ред. Р. Л. Нарышкиной. — М., 1984. — 304 с.
7. Аппел В. Договорное право / В. Аппел ; под ред. О. П. Садикова. — М., 1984. — 464 с.

Анотація

Голубєва Н. Ю. Свобода договору як принцип цивільного права. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню одного з принципів цивільного права — принципу свободи договору. Визначений зміст відповідного принципу, досліджуються правові засоби закріплення свободи договору. Крім того, проаналізовані виключення із загального принципу свободи договору.

Ключові слова: принципи цивільного права, свобода договору, обмеження свободи договору.

Summary

Golubieva N. Y. Freedom of the Agreement as a Principle of the Civil Law. — Article.

The article is devoted to the research of one of the principles of civil law — the principle of freedom of the agreement. The content of the appropriate principle is determined, legal means of embody of freedom of the agreement are examined. Furthermore, the exceptions from the general principle of freedom of the agreement are analysed.

Keywords: principles of civil law, freedom of the agreement, the limitation of freedom of the agreement.

УДК 347.51

В. С. Деревнін

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Порядок у суспільстві, визнання дії права досягаються постійним подоланням сваволі, деформації правопорядку та протиправних діянь. Виникненню позитивного права з самого початку протистояло його внутрішня протилежність — правопорушення, яким пронизана вся історія створення правового режиму. У сфері права форми самоствердження суспільства ухвалюють риси юридичної відповідальності, державний примус.

Забезпечення суспільної дисципліни та правопорядку здійснюється за допомогою впливу на поведінку та свідомість людей шляхом застосування таких методів державної та суспільної діяльності, як переконання та примус.

У широкому (філософському) значенні поняття відповідальності трактуєть-

ся як ставлення особи до суспільства й державі, до інших осіб з погляду виконання ними певних вимог, усвідомлення й правильного розуміння громадянином своїх обов'язків (боргу) стосовно суспільства, держави й інших осіб.

Визначення питання відповідальності, незважаючи на багато досліджень цього питання, залишається актуальним та дискусійним.

Юридична відповідальність може виступати в різних формах, але завжди полягає у певному впливі на правопорушника. Оскільки предметом цивільного права є майнові відносини, тому і цивільно-правова відповідальність повинна відповідати регульованим суспільним правовідносинам. У цьому і полягає особливість цивільно-правової відповідальності.

Цивільно-правова відповідальність є одним із різновидів юридичної відповідальності і тому у всіх істотних характеристиках має властивості останньої.

Отже, дослідження теоретичних аспектів цивільно-правової відповідальності є, безумовно, необхідним, тому що це дає необхідні методологічні основи для більш глибокого та фундаментального дослідження цього явища.

Поняття цивільно-правової відповідальності, формуючись протягом декількох тисячоліть, залишається предметом наукових дискусій. Питання про це поняття багато років є спірним в юридичній науці. Цим і обґрунтовується розмаїття точок зору відносно сутності цього поняття, висловлених у юридичній літературі. Справа в тому, що запропоновані висновки залежать нерідко від обраного аспекту досліджень цього неоднорідного поняття.

Дослідженню цього питання в юридичній літературі приділяли увагу такі вчені, як: О. А. Красавчиков, С. С. Алексєєв, Н. С. Малєїн, О. С. Йоффе, Є. О. Харитонов, В. Примак, С. Бервенко, Л. Тарасенко, С. Сібільов, О. В. Церковна, І. С. Канзафарова, С. Братусь, В. П. Грібанов, А. Савицька, В. Тархов, Г. Матвєєв та ін.

У класичному приватному праві Стародавнього Риму поняття цивільно-правової відповідальності ще не склалося, але її основні риси вже почали формуватися.

Римське приватне право слід розглядати як еталон сучасного цивільного права не тільки України, але і цивільного права всього сучасного європейського законодавства. Тому здається необхідним розглянути основні положення римського приватного права щодо відповідальності.

Аналіз джерел дозволяє дійти висновку, що, по-перше, умовою відповідальності була протиправність дій боржника. Якщо ж дії його відповідали вимогам договору та закону, то про відповідальність не йшлося.

По-друге, відповідальність не наставала, якщо порушення контракту не тягло порушення інтересу кредитора.

У разі невиконання або неналежного виконання боржником свого обов'язку він ніс відповідальність перед кредитором. У різні періоди розвитку римського права форми відповідальності були різними. На ранньому етапі розвитку римського права відповідальність мала особистий характер. У разі невиконання боржником свого обов'язку до нього застосовувались безпосередньо кредитором засоби особистого характеру (позбавлення волі, продаж у рабство, навіть

позбавлення життя). З часом форми відповідальності були пом'якшені: за невиконання обов'язку боржники почали відповідати своїм майном. Відповідальність боржника будувалась в римському праві на принципі вини: боржник відповідав тільки у тому випадку, якщо він був винний у шкоді, яка виникла у кредитора [1, 151].

Розглядаючи сучасні праці вчених з питань про поняття цивільно-правової відповідальності, слід звернути увагу на те, що наукове обґрунтування визначення юридичної відповідальності є неоднозначним.

В. П. Грібанов визначає цивільно-правову відповідальність як форму державного примусу, пов'язаного із застосуванням санкцій майнового характеру, які спрямовані на відновлення порушених прав та стимулювання нормальних економічних відносин юридично рівноправних учасників цивільного обігу [2, 172–173].

Б. І. Пугінський також дотримується такої точки зору і вважає, що незважаючи на те, що відповідальність може бути реалізована у безспірному (неповному) порядку і навіть добровільно покладена на себе боржником шляхом сплати суми неустойки або збитків потерпілій стороні, це не замінює її державно-примусового характеру [3, 137].

Прикладом широкого підходу до поняття «юридична відповідальність» можна назвати визначення В. А. Тархова, який вважає, що юридична відповідальність — це врегульований правом обов'язок розуміти значення своїх дій [4, 8–11]. Навпаки, надзвичайно вузьке визначення цивільно-правової відповідальності наводить М. І. Брагінський, який зазначає, що відповідальністю за порушення зобов'язання називають установлені законом засоби майнового впливу на боржника, який порушив зобов'язання [5, 269].

Відповідальність у цивільному праві пов'язана із поняттям «санкції». О. Е. Лест визначає санкцію як засіб державного примусу до виконання (додержання) цієї вимоги, загроза примусом на випадок її порушення [6, 23].

Разом із категорією «санкція» юридична відповідальність пов'язується з категорією «обов'язок». Наприклад, підкреслюється, що відповідальність слід вважати обов'язком, що примусово виконується, який вже існував раніше або знову виник внаслідок правопорушення.

Цивільно-правова відповідальність як різновид санкції — це покладання на правопорушника оснований на законі невиконаних правових наслідків, які виявляються у позбавленні його певних прав або у зміні невиконаного обов'язку новим, або у приєднанні до невиконаного обов'язку нового, додаткового [7, 14].

Аналізуючи питання цивільно-правової відповідальності, слід вказати на помітний вплив на теорію юридичної відповідальності кримінально-правової теорії. Так, О. Е. Лест, вказаний вище, стверджує, що найбільшого розвитку загальні принципи юридичної відповідальності зазнають у кримінальному процесі, й на них засновується решта її видів [8, 323].

Особливий характер мети, призначення та способів реалізації цивільно-правової відповідальності визначає ряд специфічних ознак, що виділяють її у самостійний різновид відповідальності. Специфічними ознаками цивільно-пра-

вової відповідальності є її майновий характер; додатковість обтяження; відповідальність юридично рівних суб'єктів перед одним; компенсаційний характер.

У цивільному законодавстві відсутня норма-дефініція, яка б закріплювала легальне визначення поняття «цивільно-правової відповідальності». Це пояснюється тим, що «цивільно-правова відповідальність» є абстрактною науковою категорією, на якій базуються різні конструкції та інститути цивільного права. Наявність у юридичній літературі великої кількості точок зору обумовлюється використанням терміна «відповідальність» у різних цілях, що не завжди є ефективним. Доцільним здається, щоб законодавець визначився з легальним визначенням цивільно-правової відповідальності. І найбільш вдалим здається, на мій погляд, визначення поняття цивільно-правової відповідальності Є. О. Харитонова, під якою він розуміє покладання на правопорушника оснований на законі невігідних правових наслідків, які виявляються у позбавленні його певних прав, або в заміні невиконаного обов'язку новим обов'язком або у приєднанні до невиконаного обов'язку нового, додаткового.

Неузгодженість у визначенні питання цивільно-правової відповідальності тягне за собою виникнення багатьох помилок у правозастосуванні. Зазначене зумовлює необхідність розробки та впровадження єдиних принципів, що характеризують відповідальність як самостійний засіб гарантування і відновлення прав і свобод людини. Можна відзначити кілька принципів цивільно-правової відповідальності.

Принцип права — це одна із тих категорій, що дозволяє об'єктизувати те чи інше правове явище.

Проаналізувавши сучасне законодавство, можна назвати два основні принципи цивільно-правової відповідальності: це законність та справедливість.

В. С. Нерсисянц виокремлює також принцип правомірності, під яким розуміється співмірність юридичної відповідальності як особливого правового явища з усіма істотними властивостями та вимогами права, відображеними принципами формальної рівності.

Слід погодитись із позицією О. С. Йоффе, який вважав, що значення принципу законності для цивільного права величезне. Порушення цього принципу у сфері покладання відповідальності незалежно від вимог закону тягне за собою безправність і свавілля.

Законність має об'єктивний характер, є загальнообов'язковою, забезпечена державною функцією, обумовлена політико-правовими процесами, які існують у суспільстві.

Принцип законності означає, що відносини всіх учасників цивільних правовідносин вимагають суворого дотримання законів, певних прав і свобод, законних інтересів.

Тому, слід зазначити, принцип законності є допоміжним відповідно до принципу справедливості.

Разом з тим у житті можлива ситуація, коли існують декілька законодавчих актів, які знаходяться у суперечності між собою. І незаконним буде надання законності оборотної сили закону, тому необхідним здається застосування

як протидію іншого принципу. Найбільш відповідним для вирішення цього питання є принцип справедливості.

Принцип справедливості в договірному праві регулює інститут відповідальності. Тут він сам ґрунтується на принципах юридичної відповідальності, є для них системоутворюючим принципом. До таких принципів слід віднести гуманізм, законність, рівність перед законом, право на захист. В. С. Нерсисянц [9, 57] і Синякін [10, 527] називають такий принцип юридичної відповідальності, як обґрунтованість, розуміючи під цим терміном, по-перше, об'єктивне дослідження обставин справи, збір та всебічну оцінку доказів, аргументованість; по-друге, встановлення певної міри покарання, стягнення, відшкодування збитків відповідно до критеріїв, встановлених законом.

Сучасні вчені, які займалися дослідженням відповідальності, називають багато інших принципів відповідальності, але для узагальнюючої характеристики цивільно-правової відповідальності доцільним здається зосередитись на системоутворюючих принципах.

У законодавстві України вперше була вказана справедливість як одна із загальних засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України). У ст. 509 ЦК України вказано, що зобов'язання має ґрунтуватись на засадах добросовісності, розумності та справедливості. Найбільшої актуальності набуває принцип справедливості в умовах, коли сторони самостійно встановлюють правила своєї поведінки, тобто у договірних відносинах. Відповідно, принцип справедливості слід використовувати для захисту прав та інтересів суб'єктів зобов'язальних відносин, якщо ці права і інтереси були порушені у разі неналежного виконання або невиконання зобов'язання.

Із встановленої законодавцем необхідності враховувати принцип справедливості при укладанні зобов'язання виходить необхідність розгляду підстав для настання відповідальності у разі порушення принципу справедливості. Для цього слід вказати роль і значення принципу справедливості у зобов'язальних правовідносинах.

Законом передбачені умови настання негативних наслідків у разі порушення або неналежного виконання зобов'язання. Негативні наслідки, встановлені ЦК України, знаходяться значною мірою у суперечності між собою. Законом передбачається існування припинення зобов'язання, крім належного виконання, іншими способами, але перелік їх у законі є вичерпним. Тому виникає необхідність у їхньому узгодженні з позиції співвідношення інституту відповідальності із принципом справедливості як основної ідеї права.

Таким чином, слід ще раз наголосити на необхідності законодавчого закріплення визначення цивільно-правової відповідальності з урахуванням ознак, які склалися у цивільно-правовій теорії.

Також слід зазначити, що принципи цивільно-правової відповідальності є надзвичайно важливими для юридичної практики, для її застосування, визначення та тлумачення.

Література

1. Новицкий И. Б. Римское право / И. Б. Новицкий. — Изд. 6-е, стереотип. — М., 1996.
2. Гражданское право : учебник. В 2 т. Т. 1 / под ред. Е. А. Сухова. — М. : БЕК, 1993.
3. Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях / Б. И. Пугинский. — М. : Юрид. лит., 1984.
4. Тархов В. А. Ответственность по советскому праву / В. А. Тархов. — Саратов, 1973.
5. Гражданское право России : курс лекций. Ч. 1 / под ред. О. П. Садикова. — М. : Юрид. лит., 1996.
6. Лест О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы) / О. Э. Лест. — М., 1981.
7. Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе.
8. Общая теория права : учеб. для юрид. вузов / под общ. ред. А. С. Пиголкина. — М., 1996.
9. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства / В. С. Нерсесянц. — М., 1999.
10. Теория государства и права : курс лекций / под ред. П. И. Матузова, А. В. Малько. — М., 1997.

Анотація

Деревин В. С. Цивільно-правова відповідальність: теоретичні аспекти. — Стаття.

У статті розглядаються теоретичні аспекти цивільно-правової відповідальності. Визначається поняття відповідальності та її характерні риси. Розглядаються принципи справедливості та законності як принципи цивільно-правової відповідальності. Вказується на необхідність законодавчого закріплення поняття цивільно-правової відповідальності з урахуванням її теоретичних відзнак.

Ключові слова: відповідальність, цивільно-правова відповідальність, принципи цивільного права.

Summary

Derevin V. S. Civil Responsibility: Theoretical Aspects. — Article.

The theoretical aspects of civil liability are examined in the article. A concept of responsibility and its features are determined. The principle of justice and legality as principles of civil liability are examined. The necessity of legislative fixing of civil liability concept, taking into account its theoretical differences, is indicated.

Keywords: responsibility, civil liability, principles of civil law.

УДК 347.122:347.91/95

С. І. Клім

**ЗНАЧЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ
ЯК ДОДАТКОВОГО ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА**

Історія розвитку української правової системи показує, що вона належить до континентальних систем права, де домінуючою формою права є закон. Можливо, саме тому ми протягом довгого часу заперечуємо очевидні факти, зокрема те, що судова практика (саме практика, а не прецедент, що є елементом судової практики) виступає як додаткове джерело цивільного права. Якщо з цією тезою зіткнеться представник догматичної точки зору, то скаже: «Народжений повзати, літати не зможе, інакше кажучи, українська правова система не при звичаєна до такої форми права, як судова практика, і навіть руйнувати поділ влади на три гілки й перекладати законодавчі функції на судову владу».

Так, звісно, дуже вагоме зауваження, але динаміка розвитку нашого суспільного життя обумовлює те, що законодавець не встигає приймати правові норми для врегулювання усіх суспільних відносин, що виникають у державі, внаслідок чого судові органи в процесі вирішення конкретної цивільної справи дуже часто мають на своєму шляху так званий «камень преткновения» у вигляді неоднозначного тлумачення правової норми або відсутності такої взагалі, в результаті: представники судової влади змушені використовувати аналогію закону, права або застосовувати норми суміжного інституту чи галузі, — чи не виступають вони в даному випадку «міні законодавцями»? Крім того, постанови пленуму Верховного суду забезпечують єдність розуміння і застосування правових норм, хоча мають рекомендаційний характер згідно з ЗУ «Про судоустрій», а рішення Конституційного суду України взагалі носять нормативний характер, оскільки вищезазначений орган має право повністю або частково скасувати правову норму з огляду на її невідповідність Конституції України, тим самим вказуючи законодавчому органу на необхідність прийняття відповідної правової норми з метою усунення колізії або прогалини. Хіба не можна визначити в цій ситуації судову практику як фактор, що детермінує виникнення цивільно-правової норми, іншими словами, як додаткове джерело цивільного права? Всі ці питання обумовлюють актуальність обраної нами теми.

Дослідженням такого правового явища, як судова практика, займалися Й. С. Йоффе, С. Вільнянський, П. Орловський, С. Н. Братусь, С. В. Боботов, П. Сандеуар, С. С. Алексєєв, В. А. Туманов, Ю. Г. Попонов, О. В. Венгеров, О. А. Красавчиков, Л. І. Петражицький, М. Коркунов, В. М. Карташов, С. В. Бонно, які зробили значний внесок у розвиток правової науки, але дотримувалися різних точок зору стосовно судової практики як джерела права, внаслідок чого сьогодення потребує подальшого вивчення даного елемента правової системи.

Для того щоб визначити значення та роль судової практики в регулюванні цивільно-правових відносин, звернімося до правових форм здійснення функцій судами, якими є правозастосування, тлумачення права та правотворчість. Враховуючи вказані форми, ми можемо виділити правозастосовну, інтерпретаційну та правотворчу функції судової практики.

Правозастосовна функція є, безперечно, основною функцією судової практики. Як відомо, при застосуванні права, що є особливою формою реалізації права, відбувається поширення загальних правил, зафіксованих у правовій нормі або нормі договору, на конкретні життєві обставини. Застосування права — це владна індивідуально-правова діяльність, яка спрямована на вирішення юридичних справ і внаслідок якої до «тканини» правової системи приєднуються нові елементи — владні індивідуальні приписи [1, 320]. Якщо органи правотворчості закладають у правову систему загальні програми поведінки учасників суспільних відносин, то органи застосування права в оптимальному випадку продовжують справу, розпочату правотворцем. Судова діяльність допомагає закону здійснювати і продовжувати тільки розпочату ним справу підтримки правопорядку. Суди покликані забезпечити втілення в життя загальних програм поведінки, виражених у правових нормах, досягти їх конкретизовано-

го втілення в реальних життєвих процесах з урахуванням особливостей тієї чи іншої конкретної ситуації. Так, наприклад, у ЦК України передбачена можливість укладення договорів, які не передбачені законодавством взагалі, але з умовою, що положення даних договорів будуть відповідати загальним засадам цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України). Суд, розглядаючи справи стосовно таких договорів, дає кваліфікацію правомірності положень, що закріплені в ньому, використовуючи при цьому власні внутрішні переконання щодо таких оціночних понять, як справедливість, доброчесність та розумність. У результаті легітимного вирішення певної кількості схожих справ щодо непередбачених законодавством договорів виникає єдина практика регулювання суспільних відносин, причому ця практика знаходить свій вираз у постановах пленуму Верховного суду, що дає поштовх для прийняття відповідних правових норм законодавчим органом.

Судове правозастосування здійснюється на основі законів, інших джерел права. Проте судова практика не може обмежуватись застосуванням права виключно в «механічному» значенні цього слова [2, 56]. Так, застосовувати чинне право можна лише тоді, коли воно є. Тим часом правотворчий орган досить часто відстає від життя і залишає існуючі суспільні відносини без своєї регламентації. Наприклад, на сьогодні в Україні уже активно розвиваються відносини, пов'язані з використанням Інтернету, а їх законодавча регламентація фактично відсутня. Як зауважив професор М. Гредескул, говорити в подібних обставинах про застосування існуючого права вочевидь легше, ніж дійсно робити це [3, 226]. Саме на ґрунті застосування права судова практика і вимушена стати джерелом права, перейти до створення нових норм права у випадках, не передбачених законом, і таким чином розпочати виконання правотворчої функції.

Аналогічна тенденція спостерігається, коли практика виконує інтерпретаційну функцію, яка також іноді перетворюється на правотворчу. Розглянемо цей аспект детальніше.

Тлумачення — це процес пізнання закону або договору. Зазвичай воно визначається як певний розумовий процес, спрямований на з'ясування змісту норм права, виявлення значень та смислу термінів та виразів, які містяться у нормативних актах, договорах суб'єктів цивільного права, міжнародних договорах [4, 5]. Крім того, під тлумаченням права нерідко мають на увазі сам результат розумового процесу (з'ясування), який фіксується у сукупності мовних висловів, що відображають зміст норм права. Необхідність тлумачення норм зумовлена їх ознаками, особливостями форм вираження зовні та функціонування.

Тлумачення права має місце в будь-якому правозастосовному процесі, оскільки правильно застосувати норму права або договору можна, лише зрозумівши перед цим її смисл. Проте слід зазначити, що діяльність судового органу може бути спрямована безпосередньо на те, щоб розтлумачити певну правову норму, і в такому випадку цей процес слід розглядати як мету і результат самостійної діяльності суду. Така спрямованість притаманна, наприклад, діяльності Кон-

ституційного суду України у справах щодо офіційного тлумачення норм Конституції і законів. Крім того, необхідно звернути увагу на вплив рішень Конституційного суду на розвиток цивільного законодавства та застосування цивільно-правових норм, що виражається, по-перше, в обов'язковості його рішень для усіх представницьких, виконавчих і судових органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій, посадових осіб, громадян і об'єднань, по-друге, рішення Конституційного суду оскарженню не підлягають, є остаточними, а юридична сила антиконституційного закону чи нормативного акта не може бути подолана шляхом повторного прийняття аналогічного закону, по-третє, рішення КС вступають негайно після його проголошення. Суд конституційної юрисдикції дає рекомендації законодавцю щодо необхідності внесення визначених коректив у цивільне законодавство, а також прийняття нових законів для виключення прогалин, які виникли в результаті визнання правових норм неконституційними. Крім того, шляхом тлумачення положень законів Конституційний суд надає відповідь як застосовувати правові норми в тому чи іншому випадку. Наприклад, при тлумаченні ст. 21 КЗпП під терміном «законодавство» Конституційний суд вказав необхідність розуміння всієї сукупності нормативно-правових актів, а не тільки закони. Напевно, за аналогією при використанні терміна «цивільне законодавство» ми говоримо як про підзаконні акти, так і про закони.

Отже, інтерпретаційна функція виконується судами під час правозастосування (тоді її результат закріплюється у мотивувальній частині правозастосовного акта — рішення суду) та як самостійний вид діяльності (результат якої закріплюється окремим актом).

В юридичній науці загальновизнаним є поділ тлумачення на нормативне та казуальне [5, 349]. Перше є загальним, воно неодмінне для всіх справ певної категорії. Казуальне тлумачення є обов'язковим лише для певної справи. Проте слід враховувати, що за своїм значенням воно може наближатися до нормативного. Так, рішення, що винесені з конкретних справ, можуть набувати загального значення в силу їх внутрішньої переконливості і виступати як приклади правильного розуміння цивільного законодавства. Сила авторитету вказаної практики, безумовно, надає інтерпретаційним положенням, які містяться у рішеннях з конкретної справи, загальне, хоча й неформальне обов'язкове значення.

Така ситуація не є дивною. Хоча будь-який життєвий випадок є неповторним і кожна справа має індивідуальні особливості, проте в різноманітних ситуаціях, безперечно, є щось спільне. Саме це дозволяє створювати правові норми — правила загального характеру, що розраховані на регулювання певної групи відносин. На загальне, спільне завжди орієнтується правозастосовець, коли вирішує питання щодо наявності чи відсутності прав і обов'язків у суб'єктів, які опинилися у схожій ситуації. На думку В. Лазарева, такий підхід дозволяє зробити висновок про досить широке значення результатів судового тлумачення, що містяться в окремому правозастосовному акті [6, 83]. Отже, обмеження дії казуального тлумачення лише одним випадком буде неточним. Більше того, воно видається несправедливим. Принцип справедливості, як відомо, вимагає однакового став-

лення до всіх людей в однакових ситуаціях. Інакше порушуються вимоги сталості і впевненості, які нерозривно пов'язані з самим поняттям права. Слід також пам'ятати, що норма завжди розрахована на низку однорідних випадків, і тлумачення, яке підходить тільки до одного з них, має вважатися таким, що порушує право людської особистості на визначеність правової норми.

Крім того, аналізуючи переростання інтерпретаційної функції у правотворчу, слід звернути увагу на те, що даному явищу сприяє загальний характер норм цивільного права. Він автоматично збільшує роль судді в її тлумаченні, обумовлюючи надання суддям широких дискреційних повноважень при застосуванні права та відкриваючи простір для творчого розширювального тлумачення права [2, 56]. Отже, деякі інтерпретаційні акти суду містять нові нормативні положення. Особливо помітним, зауважують фахівці, є створення нової норми у випадку, коли особа, яка тлумачить закон, може вибирати один з кількох варіантів (уточнення, розвитку) норми, що відповідають законові (яскравим прикладом є наявність колізій у Цивільному та Господарському кодексі, внаслідок чого кожен застосовує той чи інший кодекс так, як йому зручно).

Усе вищенаведене дозволяє дійти висновку про наявність правотворчої функції у судовій практиці. Проте слід мати на увазі, що правотворча функція не є основною функцією судової практики. Безсумнівно, діяльність суду не може бути безпосередньо спрямована на створення норм права. Тому очевидно, що виконання судовою практикою цієї функції вже за результатами правозастосовчої та інтерпретаційної діяльності судів є додаток до них. При цьому результат такої правотворчої функції буде закріплений в акті правозастосування або інтерпретаційному акті.

Слід визнати, що Цивільний кодекс з його здатністю за допомогою нормативних узагальнень охопити велику кількість життєвих обставин все ж таки не в змозі давати кожній митті ідеальну норму (еталон) для врегулювання відносин, що постійно розвиваються. Отже, йому необхідна допомога, яку може надати судова практика. Більше того, вона покликана це зробити. На цю обставину ще на початку XX ст. вказував професор М. Гредескул, який, зокрема, відзначав, що судова практика може бути суттєво гнучкішою, ніж закон [3, 226]. І якщо судова практика має свої переваги у порівнянні з законом, а закон — у порівнянні з судовою практикою, то слід комбінувати так судову практику і закон, щоб зберегти переваги, пов'язані з тим чи іншим джерелом права.

Діяльність суду щодо доповнення цивільного законодавства найяскравіше проявляється за наявності прогалин в законодавстві — пропусків у нормативно-правовому регулюванні певних цивільних відносин [7, 47–52]. У таких випадках суд, констатуючи відсутність волевиявлення законодавця з даного кола питань, повинен вирішити спір. При цьому він може застосувати норму, що регулює схожі правовідносини (аналогія закону), або виходити з загальних принципів цивільного права (аналогія права). Інколи суд може вдаватися і до такого засобу подолання прогалин, як субсидіарне застосування права (міжгалузева аналогія).

В юридичній науці прийнято вважати, що таким чином суд здійснює лише подолання прогалин, а єдиним засобом їх усунення є правотворча діяльність.

Уявімо, наприклад, собі ситуацію, коли суд для подолання прогалини в законодавстві застосовує аналогію закону. У такому випадку в мотивувальній частині свого рішення він буде вимушений посилатись на норму, яка регулює інші, хоча і дуже подібні відносини. Таким чином, суд фактично встановлює правило, згідно з яким регулювання певних суспільних відносин здійснюється за допомогою конкретної норми цивільного права.

Закономірно виникає питання: що б в такій ситуації зробив законодавець? Зрозуміло, він міг би усунути прогалину, видавши нормативно-правовий акт, у якому може міститись норма, що встановлює нове конкретне правило поведінки і охопить раніше не врегульовані суспільні відносини. Проте створення нового окремого правила є обов'язковим. Для усунення прогалини законодавець може прийняти нормативно-правовий акт, в якому буде закріплено норму права, яка має відсильну диспозицію.

Але виникає питання: чим у вищеведеній ситуації дії суду, спрямовані на подолання прогалин, принципово відрізняються від діяльності законодавчого органу щодо усунення прогалин? Як ми з'ясували, за наявності прогалин і суддя, і законодавець можуть діяти однаково: створювати правило, що відсилає для регулювання відносин до іншої, вже існуючої норми. Різниця полягає лише у формі зовнішнього виразу цього правила: якщо законодавець надає цьому правилу форму закону, то суд закріплює його в судовому рішенні.

Ще яскравіше можна побачити проблеми традиційного підходу в ситуації з аналогією права, де взагалі відсутня аналогія у строгому значенні, тому що йдеться не про застосування подібного закону, а про вирішення не передбаченого конкретною нормою випадку на основі загальних принципів цивільного права. Тут ми можемо констатувати найбільш глибоке втручання судових органів у правове регулювання. На думку С. Алексєєва, категорія «правоположення» є свого роду теоретичною знахідкою. Цей термін зазвичай розумівся у значенні загальних правил, що з'явилися внаслідок діяльності суду, — так званих квазінорм. Так, С. Алексєєв визначав правоположення як зразки застосування юридичних норм до тих чи інших життєвих ситуацій, випадків, що конкретизують і збагачують закон з питань його застосування, і разом з законом повинні застосовуватись при вирішенні юридичних справ. У багатьох випадках правоположення отримують подальше закріплення в нормативно-правових актах [8, 59].

Таким чином, акти цивільного законодавства виступають, так би мовити, як скелет регулювання цивільних відносин, а життя цьому скелету надають інші фактори. Нормативно-правові акти в цивільному праві не розглядаються вузько та текстуально, а дуже часто залежать від методів тлумачення, в яких проявляється творча роль судової практики. І для того щоб не було так званого суддівського свавілля, тобто судова влада не перевищувала своїх повноважень і не підміняла у повному розумінні цього слова законодавця, для неї практично може існувати тільки одна заборона: не створювати правові норми, які протилежні за своїм змістом існуючим актам цивільного законодавства і загальним принципам цивільного права.

Література

1. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. — М. : Норма, 2001.
2. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции правового развития и драма современной эпохи / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 2000.
3. Гредескул П. А. Общая теория права / П. А. Гредескул. — СПб. : Типо-лит. И. Трофимова, 1909.
4. Черданцев А. Ф. Толкование советского права / А. Ф. Черданцев. — М. : Юрид. лит., 1979.
5. Черданцев А. Ф. Теория государства и права / А. Ф. Черданцев. — М. : Юрайт, 1999.
6. Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов. Вопросы теории / В. В. Лазарев. — Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1975.
7. Погрібняк С. П. Судова практика: поняття та функції / С. П. Погрібняк, О. О. Уваров // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2004. — № 9.
8. Алексеев С. С. Государство и право : начальный курс / С. С. Алексеев. — Свердловск : Свердл. юрид. ин-т, 1973.

Анотація

Клім С. І. Значення судової практики як додаткового джерела цивільного права. — Стаття.

У статті досліджуються питання функцій судової практики та її значення для регулювання цивільно-правових відносин. Зокрема, за формами здійснення судами своєї діяльності виділяється правозастосовна, інтерпретуюча та правотворча функції.

Внаслідок реалізації вищезазначених функцій суд у ситуаціях, коли законодавець з об'єктивних чи суб'єктивних причин прийняв норму, яка не в повній мірі регламентує цивільно-правові відносини, фактично постає творцем правової норми, що потребує встановлення для суддів певних меж їх розсуду.

Ключові слова: джерела цивільного права, судова практика, функції судової практики.

Summary

Klim S. I. Importance of Judicial Practice as a Source of Civil Law. — Article.

The questions of functions of judicial practice and its value for regulation of civil legal relations are researched in this article. We select such functions of judicial practice as applying, interpretation and creating law.

There are blanks in the civil legislation of our state. That's why sometimes court have to create legal norms, and, as a result, legislator must set scopes for judges discretion.

Keywords: sources of civil law, judicial practice, functions of judicial practice.

УДК 347.254:332.81

В. В. Литовченко

ЩОДО ОБОВ'ЯЗКУ УТРИМАННЯ ЖИТЛОВОГО ФОНДУ: ЗАКОНОДАВСТВО ТА СУДОВА ПРАКТИКА

Питання забезпечення схоронності житлового фонду, його експлуатація та ремонт належать до пріоритетних напрямків державної житлової політики. Ефективне та дбайливе використання житлового фонду здатне забезпечити його схоронність та максимальне задоволення належних умов проживання протягом встановленого строку його експлуатації. Важливе значення в цьому має своєчасне здійснення власником відповідних заходів по благоустрою приміщень шляхом проведення його ремонту або виконання реконструкції, модернізації

та інших дій, спрямованих не тільки на підтримання належного технічного стану приміщення, забезпечення належних умов проживання, а й на покращення умов проживання.

Обов'язок по збереженню житлового фонду та підвищенню його благоустрою покладається на відповідні державні, громадські органи, підприємства, організації та службових осіб. З урахуванням розбудови ринкової економіки виникло заміщення передової форми власності в тому числі й в сфері житлових правовідносин, у зв'язку з чим обов'язок щодо схоронності та обслуговування житлового фонду, який за радянських часів переважно покладался на державу в особі відповідних органів, на даний час поширюється й на відповідні територіальні громади, громадян, які є власниками відповідного житлового приміщення.

Різноманітність видів власності, з одного боку, є закономірною в умовах ринкових відносин та відповідає сучасним реаліям розвитку житлових правовідносин. З іншого, в умовах застарілості багатьох положень житлового законодавства багато проблем виникає не тільки при проведенні класифікації житлового фонду, а й при встановленні відповідальності власника кожного з них за його утримання.

Аналіз наукової літератури дозволяє зробити висновок, що існуючі окремі дослідження житлового фонду [1, 67; 2] та його видів [3, 4; 4] не торкаються проблеми утримання житлового фонду, незважаючи на її практичну вагомість.

Відповідно до ст. 4 ЖК УРСР [5] житловий фонд включає в себе жилі будинки, а також жилі приміщення в інших будівлях, що знаходяться на території України. До таких приміщень можуть належати як житлові комплекси або їх частини, житлові будинки або їх частини, квартири у багатоквартирному будинку тощо, які призначені та використовуються для проживання фізичних осіб.

Аналіз зазначеної норми ЖК УРСР дає підстави класифікувати житловий фонд на такі види: 1) державний житловий фонд, до якого належать жилі будинки і жилі приміщення в інших будівлях, які належать державі та можуть перебувати на балансі як місцевих рад, так і знаходитись у повному господарському віданні чи оперативному управлінні державних підприємств, установ, організацій; 2) громадський житловий фонд, до якого належать жилі будинки і жилі приміщення в інших будівлях, що належать колгоспам та іншим кооперативним організаціям, їх об'єднанням, профспілковим та іншим громадським організаціям; 3) фонд житлово-будівельних кооперативів, до якого належать жилі будинки, що належать житлово-будівельним кооперативам і призначаються для проживання його членів; 4) приватний житловий фонд, до якого належать жилі будинки (частини будинків), квартири, що належать громадянам на праві власності; 5) житловий фонд соціального призначення, до якого належать квартири в багатоквартирних жилих будинках, садибні (одноквартирні) жилі будинки, а також жилі приміщення в інших будівлях усіх форм власності, що надаються громадянам, які відповідно до закону потребують соціального захисту.

Особливості правового режиму житлового приміщення, можливість його використання та покладення тягара утримання визначається з урахуванням приналежності його до того чи іншого житлового фонду.

Щодо нежилых приміщень у жилих будинках, призначених для торговельних, побутових та інших потреб непромислового характеру, то відповідно до норм ст. 4 ЖК УРСР нежилі приміщення в жилих будинках до житлового фонду не належать.

Нежилі приміщення житлового комплексу, які не належать житловому фонду, виступають самостійним об'єктом цивільно-правових, а не житлових, відносин.

Відповідно до основ житлового законодавства державний контроль за використанням і збереженням житлового та нежитлового фондів здійснюється радами народних депутатів, їх виконавчими і розпорядчими органами, а також спеціально уповноваженими на те державними органами в порядку, встановленому законодавством.

Спеціально уповноваженим органом, що здійснює державне управління у сфері використання і забезпечення збереження житлового та нежитлового фондів України, є Державний комітет України з питань житлово-комунального господарства.

Для експлуатації державного і громадського житлового та нежитлового фондів створюються комунальні підприємства, діяльність яких здійснюється на основі господарського розрахунку.

До компетенції комунальних підприємств належить забезпечення збереження житлового та нежитлового фондів і належне їх використання, високий рівень обслуговування громадян, а також контроль за дотриманням громадянами правил користування жилими і нежилими приміщеннями, утримання жилого будинку і прибудинкової території.

Формами організації обслуговування багатоквартирних житлових будинків та придомової території можуть виступати не тільки комунальні підприємства, а й житлово-будівельні кооперативи, об'єднання співвласників багатоквартирного будинку тощо.

Існуюча законодавча класифікація житлових фондів внаслідок відсутності чітких підстав віднесення того чи іншого житла до певного житлового фонду на практиці може привести до того, що окремі її види здатні перетинатися та накладатися одна на одну, що в подальшому може привести до заміщення одного суб'єкта-утримувача іншим, а отже й фактичного перенесення тягара утримання на мнимого власника. Ситуація загострюється, коли йдеться про необхідність покладення відповідальності на особу-власника за неналежне утримання, зокрема внаслідок нецільового використання особою житлового приміщення [6, 21], завдання шкоди внаслідок руйнування будинку, пошкодження його конструктивних елементів, технічного обладнання тощо.

Так, наприклад, рішенням Малиновського районного суду м. Одеси було відмовлено у задоволенні позову громадянки Н. про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої затіттям квартири. Фабула справи така. Громадянка Н. звернулась до суду з вищевказаним позовом до громадянки П., в обґрунтування якого зазначила, що остання з моменту придбання квартири, яка розташована над квартирою позивачки, систематично заливає її. В результаті чого позивачці була завдана матеріальна шкода в сумі вартості ремонтно-

відновних робіт її квартири та моральна шкода. Відповідачка у судовому засіданні позов Н. не визнала, звернувшись із зустрічним позовом про усунення перешкод у праві власності та відшкодування моральної шкоди. В обґрунтування заявлених вимог посилялась на те, що вона є власником квартири, яка розташована поверхом вище над квартирою громадянки Н., і ніколи не заливала квартиру сусідки. По суті справи пояснила, що громадянка Н. перекрила постачання гарячої та холодної води до її квартири, а також до інших квартир багатоповерхового будинку, які розташовані поверхом вище, шляхом самовільного встановлення вентилів на внутрішньодомових стояках холодного та гарячого водопостачання, які розташовані в шахті будинку та примикають до санвузлу її квартири. Свої дії мотивувала тим, що експлуатація несправних хрестовин каналізаційного стояку у міжповерховому перекритті призводить до заливки її квартири, тому після проведення громадянкою П. та мешканцями інших квартир під'їзду відповідного ремонту стояку за свій рахунок, водопостачання до зазначених квартир буде відновлено. Громадянка П. вважає, що самовільні дії громадянки Н. порушують її права як власника, у зв'язку з чим підлягають усуненню шляхом проведення демонтажу незаконно встановленої арматури на внутрішньодомових стояках холодного та гарячого водопостачання. Також громадянка П. просила суд стягнути з громадянки Н. на її користь компенсацію завданої їй моральної шкоди, яка виразилась у душевних стражданнях, пов'язаних з протиправними діями останньої. В процесі слухання справи, на підставі та в порядку ст. ст. 45–46 ЦПК України, до участі у справі була допущена прокуратура Малиновського району м.Одеси. У судовому засіданні помічник прокурора Малиновського району м.Одеси подала висновок, в якому вважала необхідним зобов'язати громадянку Н. усунути громадянці П. перешкоди у користуванні квартирою та зобов'язати демонтувати запірну арматуру на внутрішньодомових стояках. Розглянувши матеріали справи, вислухавши пояснення сторін, показання свідків, суд дійшов висновку про необхідність відмовити у задоволенні первісного позову громадянки Н. із задоволенням зустрічного позову громадянки П. У своєму рішенні послався на таке. Судом було встановлено, що будинок, де розташовані квартири сторін, належить до громадського житлового фонду, управління яким здійснюється ЖБК. Громадянка П. мешкає в квартирі, яка розташована поверхом вище над квартирою первісної позивачки. Як вбачається з матеріалів справи, показань свідків та пояснень сторін, між сторонами склались неприємні стосунки, причиною яких є поряд з іншими обставинами той факт, що квартира громадянки Н. неодноразово заливалась. Факти неодноразового заливки квартири останньої підтверджуються відповідними дефектними актами, складеними комісією ЖБК та КП ДЕЗ. При цьому, як встановлено комісією КП ДЕЗ причиною заливки квартири громадянки Н. є наявність тріщини в хрестовині каналізаційного стоку між перекриттям третього та четвертого поверхів будинку. Згідно з ч. 1 ст. 60 ЦПК України, кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посиляється як на підставу своїх вимог і заперечень. Посилання громадянки Н. на те, що причиною заливки її квартири є протиправні дії громадянки П.

не знайшли свого підтвердження у судовому засіданні та суперечать матеріалам справи, у зв'язку з чим не можуть бути покладені в основу рішення. Дефектні акти, складені ЖБК в частині зазначення причин неодноразового заливу квартири громадянки Н. з вини громадянки П., суд оцінив критично, оскільки вказані акти були складені без проведення обстеження квартири останньої, про що зазначено в самих актах та підтверджено у судовому засіданні свідками, які були членами комісії ЖБК. Відповідно до змісту ст. 1166 ЦК України, відшкодування матеріальної шкоди є формою цивільної відповідальності за здійснення цивільного правопорушення. Необхідними умовами настання відповідальності є наявність протиправного діяння, вини та причинного зв'язку між протиправним діянням та наявною шкодою. Оцінивши наведені факти, суд дійшов висновку, що само по собі розташування квартири П. над квартирою громадянки Н., яка зазнала пошкодження внаслідок залиття, не є прямим доказом її вини. Крім того, наявність пошкодження хрестовини каналізаційного стоку в просторі між перекриттями поверхів будинку виключає вину П. у завданні тих негативних наслідків, які зазнала громадянка Н., у разі не доведення останньою протилежного.

Допустимих доказів, які б підтверджували вину П. у залитті квартири, позивачкою надано не було. З вини сторін експертиза по справі не проводилась, інших клопотань до суду про сприяння у зборі доказів з боку сторін також не надходило, тому суд виходить з наявних у справі доказів.

Таким чином, у зв'язку з встановленням судом відсутності обов'язкової складової цивільно-правової відповідальності — вини П. у залитті квартири Н., а відповідно і завдання їй шкоди, підстави для задоволення первісного позову відсутні.

Задовольняючи вимоги П. про усунення перешкод у праві власності, суд виходив з того, що Н., намагаючись самочинними діями вирішити спірну ситуацію, без належного дозволу та технічної документації, встановила у своїй квартирі запірну арматуру на внутрішньобудинкових стояках холодного та гарячого водопостачання, у зв'язку з чим позбавила водопостачання чотири квартири будинку, в тому числі і квартиру громадянки П. Незважаючи на те, що дії Н. мають ознаки необхідної оборони, тобто ознаки правомірності, позивачка не врахувала, що відповідно до п. 34 постанови КМ «Про затвердження Правил надання населенню послуг з водо-, теплопостачання та водовідведення» від 30 грудня 1997 року № 1497, споживач не має права самовільно, з порушенням проектних рішень переобладнувати і використовувати не за призначенням та псувати санітарно-технічне обладнання житлових будинків і житлових приміщень. Вказаними діями Н. порушила права П. на житло та на безпечне для життя і здоров'я довкілля, гарантовані ст. ст. 47, 50 Конституції України, у зв'язку з чим суд вважав необхідним зобов'язати останню усунути завдані перешкоди у користуванні квартирою шляхом проведення демонтажу запірної арматури на внутрішньобудинкових стояках, не передбаченої проектно-технічною документацією.

У Постанові Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31 березня 1995 року (зі змінами від 25 травня 2001 року) «Про судову практику в справах про

відшкодування моральної (немайнової) шкоди» зазначається про необхідність у кожному конкретному випадку з'ясовувати характер правовідносин сторін і встановлювати, якими правовими нормами вони регулюються та чи допускає відповідне законодавство відшкодування моральної шкоди.

Згідно з ч. 1 ст. 1167 ЦК України моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини.

Виходячи з вказаної норми закону та встановлених обставин, суд не знайшов підстав для покладення обов'язку відшкодування моральної шкоди на громадянку Н., оскільки наслідком виниклої між сторонами спірної ситуації є стійкі неприязні стосунки, в результаті чого кожна з них намагалась вирішити спірну ситуацію за рахунок прав та інтересів іншої сторони, зловживаючи правами, зокрема процесуальними, порушуючи вимоги добросусідства, справедливості та розумності. Крім того, громадянкою П. не було надано суду достатньо допустимих доказів на підтвердження завдання їй моральної шкоди з вини громадянки Н. [7].

Ситуація з з'ясуванням виду ремонту та обов'язку щодо утримання відповідного жилого фонду повторюється майже в кожній справі [8], коли особа, чікими діями завдано шкоду, намагається перекласти тягар відповідальності на експлуатуючу організацію, посилаючись на місцями застарілі положення ЖК УРСР щодо обов'язків наймодавця. Звісно, що сучасний стан житлово-комунального господарства не здатний забезпечити належний ремонт та утримання всього фонду, а потерпілому байдуже, хто йому буде відшкодовувати збитки.

Наведений приклад з судової практики, а також аналіз положень ЖК УРСР, Правил користування приміщеннями житлових будинків, затверджених Постановою КМ України від 24 січня 2006 р. № 45 [9], дозволяє зробити висновок, що при покладенні тягара утримання на власника певного житлового фонду, слід виходити не тільки зі статусу усього будинку, а розглядати його поряд зі статусом окремого приміщення. Таке розмежування дозволить правильно встановити статус житла, а отже й особу, на яку законом покладається тягар по його утриманню.

Література

1. Галяптіч М. К. Житлове право України : курс лекцій / М. К. Галяптіч, Г. І. Коваленко. — К., 2002.
2. Гражданское право : учебник. Т. 2 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 2001.
3. Федосеева Т. Р. Право громадян на житло у фондї соціального призначення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т. Р. Федосеева. — Х., 2003.
4. Сліпченко С. О. Житлове право України : наук.-практ. посіб. / С. О. Сліпченко, Є. О. Мічурін, О. В. Соболев. — Х., 2003.
5. Відомості Верховної Ради УРСР. — 1983. — Дод. до № 28. — Ст. 573.
6. Лічман Л. Г. Поняття «житло» і його цивільно-правове значення // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 11.
7. Справа № 2-2257/08 // Архів Малиновського районного суду м. Одеси.
8. Справи № 2-6444/08, 2-2327/08, 2-2227/08 та ін. // Архів Малиновського районного суду м. Одеси.
9. Офіційний вісник України. — 2006. — № 4. — Ст. 159.

Анотація

Литовченко В. В. Щодо обов'язку утримання житлового фонду: законодавство та судова практика. — Стаття.

Стаття містить аналіз положень житлового законодавства щодо існуючої класифікації житлового фонду та його відповідності сучасним реаліям розвитку житлових правовідносин. Запропоновано авторське бачення проблематики розмежування відповідальності по забезпеченню схоронності житлового фонду, його експлуатації та ремонту в умовах різноманітності його власників та особливості правового режиму приміщень, наведені приклади судової практики.

Ключові слова: житловий фонд, схоронність житлового фонду, правовий режим приміщень.

Summary

Lylovchenko V. V. To the Question of the Saving Obligation: Legislation and Judicial Practice. — Article.

The article analyses statutory provisions of housing legislation and his significance in current classification of housing legislation, correspondence to contemporary facts of legal relationship development. It is offered author's vision to problematique of liability delimitation supporting safely intact of the housing fund, his maintenance and overhaul in conditions of wide variety of proprietors, features of premises legal order, also was given examples of cases.

Keywords: housing fund, saving of housing fund, legal regime of premises.

УДК 347.254(477):332.852.3

О. М. Лукавецька

ДЕЯКІ ЗАУВАЖЕННЯ ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ОБМІНУ ЖИТЛА ЗА ПРОЕКТОМ ЖК УКРАЇНИ

В умовах фінансової та економічної кризи, яка торкнулася різних сторін життя суспільства, у тому числі, сфери будівництва житла, зростає значення обміну жилими приміщеннями як способу реалізації права громадян на житло. Це пов'язане з тим, що утрудненість, а у багатьох випадках і неможливість отримання кредитів на житлове будівництво, непевність у належному виконанні зобов'язань, змушує осіб, яких не вдовольняє наявне у них житло, вишукувати прийнятні засоби поліпшення житлових умов. У зв'язку з цим зростають вимоги й до належного правового регулювання відповідних відносин. Однак на сьогоднішній день законодавча база у цій галузі виглядає досить застарілою. Зокрема, обмін жилими приміщеннями регулюється ст. ст. 79–88 Житлового кодексу УРСР 1983 р. (далі — ЖК) та Правилами обміну жилих приміщень в Українській РСР, затвердженими постановою Ради Міністрів УРСР від 31 січня 1986 р. № 31, якими визначаються умови та порядок обміну жилими приміщеннями в будинках державного і громадського житлового фонду та фонду житлово-будівельних кооперативів. Таким чином, актуальними є дослідження тенденцій розвитку законодавства у цій галузі з метою визначення напрямків його подальшого вдосконалення.

Слід зазначити, що вітчизняні правознавці зверталися до розгляду окремих проблем, пов'язаних з обміном жилими приміщеннями [1, 61; 2], однак прак-

тично всі спеціальні публікації з цього питання були результатом аналізу лише чинного житлового законодавства, а їх автори не мали метою дослідження тенденцій правового регулювання у зазначеній галузі. Що стосується досліджень у цій галузі зарубіжних авторів, зокрема з країн СНД, де виникають аналогічні проблеми, то вони можуть бути використані лише для порівняння, оскільки проводилися на іншому законодавчому матеріалі і мають метою вирішення, хоча і дещо схожих, але інакших поставлених питань [3, 109; 4].

Із врахуванням викладених обставин здається доцільним і актуальним розгляд положень щодо обміну проекту ЖК, який уже тривалий час перебуває на розгляді у Верховній Раді України, а також порівняння їх з нормами чинного житлового законодавства з метою оцінки відповідності новел, що пропонуються, вимогам сьогодення та загальним тенденціям динаміки соціального та економічного життя країни.

До того як розглядати положення проекту ЖК у галузі, що нас цікавить, доцільно, хоча б коротко, охарактеризувати норми чинного житлового законодавства, якими регулюється обмін жилими приміщеннями. Як вже зазначалося вище, на сьогоднішній день обмін жилими приміщеннями регулюється ст. ст. 79–88 ЖК 1983 р. та Правилами обміну жилих приміщень в Українській РСР, затвердженими постановою Ради Міністрів УРСР від 31 січня 1986 р.

Принципові засади обміну жилими приміщеннями встановлює ст. 79 ЖК, яка передбачає право наймача за письмовою згодою членів сім'ї, що проживають разом з ним, включаючи тимчасово відсутніх, провести обмін займаного жилого приміщення з іншим наймачем або членом житлово-будівельного кооперативу, в тому числі, з тими, що проживають в іншому населеному пункті.

Доповнюючи і розвиваючи наведене положення, ст. 80 ЖК встановлює гарантії права на обмін для наймача і одночасно гарантії запобігання зловживанням наймачем цим правом для членів його сім'ї. Згадана норма передбачає, що у випадку, коли між членами сім'ї не досягнуто згоди про обмін, кожен з них вправі вимагати у судовому порядку примусового обміну займаного приміщення на приміщення в різних будинках (квартирах).

Чинним житловим законодавством припускається, що предметом обміну, передусім, має виступати окрема квартира або інше ізольоване жиле приміщення, що складається з однієї або кількох кімнат, одноквартирний жилий будинок, на які укладено договір найму або які перебувають у користуванні члена житлово-будівельного кооперативу, тощо. Разом із тим відповідно до ст. 81 ЖК наймач або член його сім'ї має право провести обмін жилої площі, що припадає на нього, в тому числі суміжної кімнати або частини кімнати, з наймачем іншого жилого приміщення за умови, що в'їжджаючий у порядку обміну вселяється як член сім'ї тих, що залишилися проживати в цьому приміщенні.

Угода про обмін жилими приміщеннями набирає чинності з моменту одержання ордерів, які видаються виконавчими комітетами міських, районних у місті, селищних, сільських Рад народних депутатів за місцем оформлення обміну жилими приміщеннями. Відмову у видачі ордера може бути оскаржено в судовому порядку в шестимісячний строк (ст. 83 ЖК).

Обмін жилими приміщеннями не допускається:

- 1) якщо до наймача пред'явлено позов про розірвання чи зміну договору найму жилого приміщення або про визнання ордера недійсним;
- 2) якщо одним з учасників обміну є член житлово-будівельного кооперативу, щодо якого розглядається питання про виключення з кооперативу;
- 3) якщо обмін має корисливий або фіктивний характер;
- 4) якщо будинок, в якому знаходиться обмінюване жиле приміщення, підлягає знесенню або будинок (жиле приміщення) загрожує обвалом чи підлягає переобладнанню для інших цілей;
- 5) якщо будинок підлягає капітальному ремонту з переобладнанням або переплануванням обмінюваного жилого приміщення;
- 6) якщо жиле приміщення є службовим або знаходиться в гуртожитку;
- 7) якщо одне з обмінюваних приміщень знаходиться в будинку підприємства, установи, організації, зазначених у ч. 1 ст. 114 ЖК, крім випадків, коли наймач одержав приміщення в будинку підприємства, установи, організації не у зв'язку з трудовими відносинами або коли наймодавець втратив право на його виселення, а також коли наймач іншого обмінюваного приміщення (член житлово-будівельного кооперативу) перебував з цим підприємством, установою, організацією у трудових відносинах;
- 8) якщо у зв'язку з обміном у квартиру, в якій проживає два і більше наймачі, вселяється особа, яка хворіє на тяжку форму хронічного захворювання, у зв'язку з чим не може проживати в такій квартирі;
- 9) якщо внаслідок міжміського обміну на жилі приміщення в містах республіканського підпорядкування і в курортних місцевостях розмір жилої площі, що припадатиме на кожного члена сім'ї, буде меншим від встановленого Кабінетом Міністрів. Виконавчі комітети обласних, Київської і Севастопольської міських Рад народних депутатів вправі, як виняток, при наявності поважних причин дозволяти обмін на жилі приміщення в зазначених місцевостях і містах при меншому розмірі жилої площі.

Якщо після набрання чинності згоди про обмін жилими приміщеннями сторони відмовляються від обміну, обмін за їх заявою, за умови здачі одержаних ордерів, анулюється виконавчим комітетом Ради народних депутатів, який видав ордери. При відмові від обміну однієї з сторін питання про примусове виконання згоди про обмін може бути вирішене судом.

Піднаймачі в будинках державного і громадського житлового фонду, наймачі в будинках житлово-будівельних кооперативів, тимчасові жильці, які проживають в обмінюваному жилому приміщенні, у разі відмови добровільно звільнити це приміщення виселяються в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення.

Обмін жилими приміщеннями, проведений з порушенням вимог ЖК та інших актів законодавства України, визнається недійсним у судовому порядку. У разі визнання обміну жилими приміщеннями недійсним сторони підлягають переселенню у приміщення, які вони раніше займали (ст. ст. 87, 88 ЖК).

Не зупиняючись тут на більш детальній характеристиці правового регулю-

вання обміну жилими приміщеннями за чинним законодавством, розглянемо далі основні положення у цій галузі за Проектом ЖК України від 30 червня 2005 р., де питанням обміну житла присвячена глава 9 «Обмін житла», яка містить 4 статті (ст. ст. 94–97).

Насамперед, варто зазначити, що хоча Проект містить значно меншу кількість статей (майже в три рази), присвячених обміну житла, однак регулюванню відповідних відносин приділена, на наш погляд, достатня увага. Це досягається за рахунок більш досконалої юридичної техніки, використання відсильних норм і таким чином «розвантаження» Проекту від повторення загальних положень, дублювання норм у різних частинах проекту Кодексу тощо.

Фактично у главі 9 Проекту визначено чотири основних напрямки правового регулювання обміну житла: 1) закріплення права на обмін житла та визначення змісту цього права; 2) визначення предмета та порядку обміну житла; 3) встановлення особливостей примусового обміну житла; 4) визначення кола умов, за наявності яких обмін житла не допускається. При цьому можна зазначити, що перші два напрями визначають загальні положення обміну житлом, а два наступних присвячені регулюванню особливих ситуацій — своєрідних «аномалій» обміну житлом.

Отже, загальним положенням визначення права обміну житлом та його змісту є ст. 94 Проекту ЖК. Із врахуванням тієї обставини, що Проект розрізняє договір найму житла у житловому фонді соціального призначення і у житловому фонді загального призначення та користування житлом у приватному житловому фонді, зазначена норма визначає особливості обміну житлом залежно від того, про який житловий фонд йдеться. Зокрема, ч. 1 ст. 94 Проекту встановлює, що обмін житла з житлового фонду соціального призначення здійснюється відповідно до ч. 11 ст. 49 цього Кодексу. У свою чергу, ч. 11 ст. 49 Проекту («Договір найму соціального житла») встановлює, що наймач житла з житлового фонду соціального призначення має право за письмовою згодою повнолітніх членів сім'ї, включаючи тимчасово відсутніх, провести обмін займаного житла з іншим наймачем житла з житлового фонду соціального призначення за згодою власників цього житла.

Частина 2 ст. 94 Проекту ЖК закріплює право на обмін житла наймача в будинках житлового фонду загального призначення, встановлюючи, що наймач житла в будинках такого житлового фонду має право за письмовою згодою членів сім'ї, які проживають разом із ним, у тому числі тимчасово відсутніх, здійснити обмін займаного житла з іншим наймачем житла з житлового фонду загального призначення або з власником приватного житла за письмовою згодою наймодавця.

Нарешті, ч. 3 цієї ж статті стосується відносин обміну житла, яке належить до приватного житлового фонду. Нею передбачається, що власник приватного житла має право за письмовою згодою співвласників житла, у тому числі тимчасово відсутніх, здійснити обмін житла з іншим власником житла приватного житлового фонду або з наймачем житла державного або комунального житлового фонду за письмовою згодою наймодавця. За наявності заборгованості або

інших обтяжень щодо обмінюваного житла обмін здійснюється за письмовою згодою кредитора або іншої особи. Слід зазначити, що пропозиція щодо прямого закріплення права обміну власника приватного житла з наймачем житла державного або комунального житлового фонду, внесена вже після першого читання ЖК, заслуговує на підтримку, оскільки спрямована на вирішення питання, яке протягом тривалого часу супроводжувалось дискусіями на практиці та в літературі стосовно можливості такого обігу. Як здається, прийняття запропонованої норми буде сприяти більш повному захисту прав та інтересів як власників житла, так і осіб, що користуюся житлом на підставі договору найму.

Аналіз наведених положень ст. 94 Проекту ЖК дає підстави зробити висновок, що головна відмінність між трьома наведеними нормами полягає у фактичному встановленні спеціального правового режиму обміну помешкань житлового фонду соціального призначення. Це впливає з того, що наймач житла у такому фонді має право провести обмін займаного житла лише з іншим наймачем житла з житлового фонду соціального призначення за згодою власників цього житла. Очевидно, що недотримання цієї вимоги має тягти недійсність правочину обміну житлом як такого, що суперечить вимогам закону, настанням наслідків, передбачених цивільним законодавством (ст. 215 ЦК України). На нашу думку, таке вирішення цього питання є цілком виправданим.

Що стосується іншого загального напрямку правового регулювання обміну житла, котрий, як зазначалося, полягає у визначенні предмета та порядку обміну житла (ст. 95 Проекту), то він має як переваги, так і деякі недоліки. Переваги полягають у тому, що досить чітко визначається предмет обміну житла. Так, частина 1 зазначеної норми зазначає, що предметом обміну житла може бути: 1) одноквартирний житловий будинок; 2) квартира; 3) житло, що складається з однієї чи кількох кімнат у квартирі.

Разом із тим поза межами правового регулювання опиняються відносини, які виникають при «внутрішньосімейному» обміні, коли предметом обміну є частина будинку або частина кімнати. Думається, що залишення цього питання поза межами правового регулювання було б не виправданим, оскільки випадки, коли такий обмін є бажаним для членів сім'ї, котрі прагнуть переїхати від одних родичів до інших, зберігаючи при цьому відносно самостійне право на житло, є непоодинокими. З цих міркувань доцільним було б встановлення правила, аналогічного тому, що міститься у ст. 81 чинного ЖК, яка передбачає, що наймач або член його сім'ї має право провести обмін жилої площі, що припадає на нього, в тому числі суміжної кімнати або частини кімнати, з наймачем іншого жилого приміщення за умови, що в'їжджаючий у порядку обміну вселяється як член сім'ї тих, що залишилися проживати в цьому приміщенні [5, 172].

Стаття 96 проекту ЖК призначена регулювати примусовий обмін житла, передбачаючи, що у разі недосягнення згоди стосовно обміну житла зацікавлена особа може вимагати здійснення обміну займаного житла в судовому порядку (примусовий обмін). Приймаючи рішення про примусовий обмін житла суд виходить з рівності часток житла кожного з учасників обміну, за винятком випадків, якщо між учасниками обміну досягнуто згоди щодо порядку корис-

тування житлом, який передбачає інший розподіл займаного ними житла або якщо за одним з учасників обміну судом визнано право на більшу (меншу) частку житла.

Позитивно оцінюючи в цілому запропоновану норму, разом із тим варто звернути увагу на ту обставину, що у Проекті, як і у чинному житловому законодавстві, терміном «примусовий обмін» позначаються два різних за змістом поняття, які містяться у нормах різної спрямованості і призначені вирішувати різні завдання. Так, крім ст. 96 проекту ЖК, яка призначена забезпечити реалізацію права на обмін учасників житлових відносин шляхом примусового обміну у випадку недосягнення ними згоди стосовно обміну житла, термін «примусовий обмін» використовується у ст. 115 Проекту «Підстави для виселення громадян із займаного житла». Частина 3 названої статті Проекту передбачає, що особи, які створили умови, за яких неможливе спільне з ними проживання, за рішенням суду можуть бути виселені без надання іншого житла або зобов'язані здійснити примусовий обмін займаного житла на умовах, запропонованих іншою стороною.

Хоча в обох випадках йдеться про «примусовий обмін», однак сутність «примусу» різна. У першому випадку, передбаченому ст. 96 проекту ЖК, йдеться про судове вирішення спору між рівноправними суб'єктами, внаслідок чого суд повинен виходити з рівності часток житла кожного з учасників обміну, за винятком випадків, якщо між учасниками обміну досягнуто згоди щодо порядку користування житлом, який передбачає інший розподіл займаного ними житла або якщо за одним з учасників обміну судом визнано право на більшу (меншу) частку житла. У випадку, передбаченому ст. 115 проекту ЖК, «примусовий обмін» за рішенням суду є альтернативою виселення без надання іншого житла осіб, котрі створили умови, за яких неможливе спільне з ними проживання. Внаслідок того, що «примусовий обмін» виступає тут як санкція за правопорушення, згадані особи (порушники) можуть бути зобов'язані здійснити примусовий обмін займаного житла на умовах, запропонованих іншою стороною. Оскільки умови визначає інша сторона, то про вимогу рівності часток житла кожного з учасників обміну не йдеться. Порушник може бути зобов'язаний обмінятися на житло меншого розміру, ніж становить його частка, тощо. Вирішуючи такі спори на підставі ч. 2 ст. 116 чинного ЖК (яка передбачала схоже правило, але без вживання виразу «примусовий обмін»), суди виходили з того, що приміщення, яке запропоновано іншою стороною, може бути не лише меншим за розміром, але також знаходитися у більш віддаленому районі населеного пункту, бути менш впорядкованим тощо [6, 165]. Оскільки основні підходи до вирішення цього питання було вироблено вже судовою практикою [7, 143–152], здається доцільним не заново повторювати пройдений шлях, а відразу включити у ст. 115 проекту ЖК відповідні уточнення, одночасно виключивши з неї вираз «примусовий обмін», яким раніше у ст. 96 проекту ЖК позначене інше поняття.

Що стосується визначення у проекті ЖК умов, за яких обмін житла не допускається (ст. 97 Проекту), то тут пропонується низка новел, пов'язаних із

зміною концепції права на житло та його реалізації у сучасних умовах. Наприклад, передбачено, що обмін житла не допускається, якщо житло є предметом іпотеки при відсутності згоди іпотекодержателя на обмін; якщо на житло, що перебуває в приватній власності, накладено в установленому порядку арешт; якщо в обмінюваному житлі виникли обставини, що загрожують здоров'ю або безпеці громадян, або житло визнано таким, що перебуває в аварійному стані, тощо. Згадані новели, безумовно, становлять інтерес. Однак вони потребують окремого ґрунтовного розгляду, який неможливий у межах даної статті.

Завершуючи аналіз тенденцій розвитку вітчизняного житлового законодавства у галузі обміну житла, що знайшли відображення у проекті Житлового кодексу України, можна зробити висновок, що вони значною мірою зумовлені змінами у соціальному та економічному житті країни, які відбуваються зараз. Разом із тим не всі із зазначених особливостей враховані повною мірою, що залишає простір для подальшого вдосконалення у цій галузі.

Література

1. Кофман Ю. П. До питання про обмін жилих приміщень // Радянське право. — 1989. — № 5.
2. Харитонов С. О. Про обмін жилих приміщень та деякі інші проблеми житлового законодавства // Радянське право. — 1989. — № 11.
3. Грошева П. В. К вопросу о договоре обмена жилых помещений / П. В. Грошева, С. П. Левещенко // Роль договора в регулировании общественных отношений. — Пермь, 1979.
4. Гетман Е. С. Обмен жилами помещениями: правовая природа, тенденции развития законодательства // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства / отв. ред. В. Н. Литовки. — М. : Городец, 2005.
5. Сапиахметова Н. А. Жилищное законодательство (в вопросах и ответах) / Н. А. Сапиахметова, Е. О. Харитонов. — М. : Юрид. лит., 1991. — 295 с.
6. Конституционное право на жилище / Г. И. Давиденко, П. П. Дятлов, В. А. Золотарь [и др.] ; отв. ред. П. А. Чеберяк. — К. : Политиздат Украины, 1986. — 205 с.
7. Про деякі питання, що виникли в практиці застосування судами Житлового кодексу України : постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 квіт. 1983 р. № 2 (зі змінами, впроваджені постановами від 10 берез. 1989 р. № 2, від 23 груд. 1992 р. № 13 та від 23 трав. 1998 р. № 15) // Постанови Пленуму Верховного Суду України 1972–2002 : офіц. вид. / за заг. ред. В. Т. Малярєнка. — К. : А.С.К., 2003.

Анотація

Лукавецька О. М. Деякі зауваження щодо регулювання обміну житла за проектом ЖК України. — Стаття.

У статті розглядаються положення щодо обміну житла за проектом ЖК України, а також порівняння їх з нормами чинного житлового законодавства з метою оцінки відповідності новел, що пропонується, вимогам сьогодення та загальним тенденціям динаміки соціального та економічного життя країни.

Ключові слова: обмін житла, житлове законодавство, проект Житлового кодексу.

Summary

Lukavetska O. M. Some Remarks about House Changing Regulation under the House Code of Ukraine Project. — Article.

In this article are considered the issues of the habitation exchange by the project of the Housing Complex of Ukraine, its comparison with the existing norms of housing legislation in order to evaluate the suitability of the offered novels to the nowadays and general tendencies of dynamics in social and economic life of the country.

Keywords: house changing, house legislation, House Code project.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ ФОРМ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА

Самочинне будівництво вже протягом тривалого періоду часу залишається одним з найпоширеніших правопорушень. Поняття самовільного (самочинного) будівництва зустрічається як у законодавстві радянських часів (ст. 105 ЦК УРСР, ст. 199 КК УРСР), так і у чинному законодавстві України (у ст. 376 ЦК України, ст. 97 КУпАП України, ст. 197-1 КК України). Звертає увагу певна розбіжність термінології між нормами законодавства, а саме: закріплення термінів «самовільне будівництво» та «самочинне будівництво». З метою усунення в цьому розбіжностей, фахівці, порівнюючи ст. 105 ЦК УРСР та ст. 376 ЦК України, обґрунтовано вважають, що: «самовільне» та «самочинне» будівництво — поняття тотожні» [9]. Тотожність цих понять також підтверджується філологами [3, 1287, 1292].

Комплексне дослідження питань, пов'язаних із цивілістичним аспектом наслідків самочинного будівництва, проводилось такими науковцями, як: Л. Баранова, І. С. Богданова, А. В. Деєв, С. П. Гришаєв, Є. Н. Кімінчижи, І. Д. Кузьміна, Г. Михайлов, А. В. Савіна, М. Шульга, Л. В. Щенникова, В. В. Цитович та ін. Висловлювались погляди про кваліфікацію самочинного будівництва як правопорушення, як підстави набуття права власності. Разом з цим залишилось поза увагою питання про визначення форм самочинного будівництва.

Метою даної статті є здійснення аналізу нормативно-правових актів у сфері здійснення забудови для визначення поняття «будівництво» та характеристика форм, у яких здійснюється самочинне будівництво.

У науковій літературі дії щодо самочинного будівництва отримують як позитивну, так і негативну характеристику. По своїй правовій суті самочинне будівництво є правопорушенням, тому що суб'єктом такого будівництва ігноруються вимоги законодавства щодо проходження погоджувальної процедури з відповідними державними органами як на стадії землевідведення, так і при підготовці чи при проведенні забудови.

Разом з цим у теорії цивільного права не завжди надають негативну оцінку самочинному будівництву, а розглядають його як узаконений спосіб легалізації відступів від вимог закону, тобто як один з первісних способів набуття права власності [13, 527; 14, 326].

Чинний ЦК України фактично надав можливість легалізувати самочинне будівництво шляхом звернення з позовною заявою про визнання права власності на самочинне будівництво у судовому порядку.

Відповідно до ст. 376 ЦК України, самочинним будівництвом вважається житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил.

Аналізуючи положення законодавства про самочинне будівництво та його наслідки, слід звернутися до ЦК України з метою виокремлення ознак, видів та форм самочинного будівництва. Розглянемо передусім поняття «будівництво». Одні з нормативних актів звужують дане поняття, інші — розширюють.

Так, будівництво — це спорудження нового об'єкта, реконструкція, розширення, добудова, реставрація і ремонт об'єктів, виконання монтажних робіт [7];

– нове будівництво, реконструкція, реставрація, капітальний ремонт будинків, споруд та інших об'єктів, розширення і технічне переоснащення підприємств [6].

Відповідно до міжнародного законодавства термін «будівництво» охоплює:

– будівельні роботи, серед них земляні роботи і спорудження, конструктивні зміни, реставраційні роботи, капітальний і поточний ремонт (куди входять чистка й пофарбування) та знесення усіх видів будинків чи будівель;

– цивільне будівництво, куди входять земляні роботи й спорудження, конструктивні зміни, капітальний і поточний ремонт та знесення, наприклад, аеропортів, доків, гаваней, внутрішніх водних шляхів, гребель, захисних споруд на берегах річок і морів поблизу зон обвалів, автомобільних доріг і шосе, залізниць, мостів, тунелів, віадуків та об'єктів, пов'язаних з наданням послуг, таких як комунікації, дренаж, каналізація, водопостачання й енергопостачання;

– монтаж та демонтаж будов і конструкцій з елементів заводського виробництва, а також виробництво збірних елементів на будівельному майданчику [8].

Слід зауважити, що забудова і будівництво не є тотожними поняттями. Будівництво, будучи лише однією із стадій забудови, належить до видів професійної діяльності, мета якої — зведення споруди, що відповідає містобудівним і будівельним нормам і правилам, а також затвердженому архітектурному проекту [12].

Забудова територій передбачає здійснення нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту, впорядкування об'єктів містобудування, розширення та технічного переоснащення підприємств. Будівництво об'єктів містобудування здійснюється згідно із законодавством, державними стандартами, нормами та правилами, регіональними і місцевими правилами забудови, містобудівною та проектною документацією суб'єктами планування та полягає в організації комплексної забудови території або розташуванні та будівництві окремих будинків і споруд. Знесення існуючих будинків і споруд, зелених насаджень, а також відшкодування збитків власникам (користувачам) будинків і споруд, земельних ділянок здійснюються у встановленому законом порядку.

Таким чином, викладене дозволяє виокремити такі форми самочинного будівництва, а саме:

- нове будівництво, внаслідок якого виникає новий об'єкт нерухомості;
- спорудження нового об'єкта замість зруйнованого;
- переобладнання нежитлої будівлі у житлову;
- проведення реконструкції будівель, що спрямована на зміну площі, етажності будівлі та виражається у вигляді зміни архітектурного вигляду нерухомого майна.

Слід звернути увагу, що будівництво кожної з цих форм може бути кваліфіковано як самочинне лише у випадку наявності відповідних підстав. Самочинним будівництвом вважають житловий будинок, будівлю, споруду, інше нерухоме майно, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що була відведена для цієї мети, або без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм та правил.

Розкриваючи кожну з форм самочинного будівництва необхідно визначити їх особливості.

Так, перша форма — нове будівництво — являє собою створення нового об'єкта нерухомості на земельній ділянці, що не відведена даній особі під забудову.

Друга форма будівництва — це спорудження нового будинку замість зруйнованого на раніш відведеній території без відповідних дозволів.

Відмінності між першою та другою формами самочинного будівництва полягають у тому, що при здійсненні самочинного будівництва у другій формі йде мова завжди про будівництво на раніше відведеній земельній ділянці, але спорудження відбувається замість зруйнованої попередньої будівлі. При першій формі самочинного будівництва мова йде про самовільне зайняття земельної ділянки та, відповідно, будівництво на ній без відповідних на те дозволів.

Третя форма будівництва — це переобладнання нежилої будівлі в жилу. Відбувається за рахунок власника нежилої будівлі.

Правовий режим нежилих, підсобних приміщень (літніх кухонь, сараїв, гаражів тощо) ще у радянські часи полягав у тому, що нежилі, підсобні приміщення не завжди були належністю самого житлового будинку, оскільки могли функціонувати самостійно. Норми чинної ч. 1 ст. 375 ЦК України розширюють коло об'єктів забудови і ведуть мову про наявність права власника земельної ділянки зводити на ній будівлі та споруди, створювати закриті водойми, здійснювати перебудову. До того ж положення пункту «д» ч. 1 ст. 90 ЗК України також надають власникам земельних ділянок право на спорудження житлових будинків, виробничих та інших будівель і споруд. Тому вважаємо за необхідне виділити таку форму самочинного будівництва, тому що на практиці нерідкі випадки, коли особи з метою поліпшення житлових умов намагаються переобладнати, влаштувати нежилі будівлі до жилих умов.

Слід зазначити, що другу та третю форму самочинного будівництва беспосередньо чинний ЦК України не визначає. Разом з цим самовільним будівництвом, відповідно до п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 19 вересня 1975 р. № 9 (з відповідними змінами і доповненнями) «Про практику застосування судами України ст. 105 Цивільного кодексу України», визнавалось також спорудження без дозволу виконавчого комітету відповідної ради нового будинку замість зруйнованого на раніш відведеній громадянину земельній ділянці, а також переобладнання нежилої будівлі у жилу.

На підставі викладеного, вважаємо, що ці дві форми мають місце на практиці, а отже, потребують відповідної кваліфікації як самочинне будівництво.

Розглядаючи четверту форму будівництва — проведення реконструкції бу-

дівель, що спрямована на зміну площі, етажності приміщення та виражається у вигляді здійснення прибудови, надбудови чи іншій зміні архітектурного вигляду.

Самовільне зведення надбудови, прибудови на базі вже існуючого будинку або споруди, перепланування помешкань у радянські часи тягнуло відповідальність за ч. 2 ст. 199 КК УРСР. При цьому не мало значення, за які саме дії на особу раніше було накладено адміністративне стягнення, оскільки ст. 97 КпАП не розмежовує відповідальності за самовільне будівництво самостійної будівлі або споруди й за самовільну зміну їх вигляду [15, 87–88].

Слід одразу зазначити, що до самочинного будівництва при реалізації такої форми будівництва ми відносимо тільки ті приміщення, площа яких змінилась (збільшилась чи зменшилась) без погодження з відповідними уповноваженими на це органами. Незважаючи на те, що положення ст. 376 ЦК України, на відміну від ст. 375 ЦК України, ведуть мову лише про будівництво, а не про «перебудову», судовий порядок визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно, як це впливає із ст. 376 ЦК України, не поширюється на випадки «перебудови», що пояснюється тим, що ці об'єкти вже є власністю будь-кого, а тому їх «перебудова» (переобладнання, перепланування) не може бути підставою для повторного визнання права власності. Але у даному випадку вважаємо за необхідне визнавати права власності на ту частину приміщення, яка була самочинно прибудована (наприклад, на другий поверх будинку, балони та ін.)

Так, рішенням Ленінського районного суду м. Миколаєва по справі за позовом О. визнано право власності на самочинно зведені будівлі із збільшенням житлової площі за рахунок переобладнання кухні в житлову кімнату. Інший приклад має відношення не лише до збільшення жилої площі, а й до збільшення площі підсобних приміщень. Наприклад, Ленінський районний суд м. Миколаєва по справі за позовом Н., крім збільшення житлової площі за рахунок переобладнання кухні в житлову кімнату, вирішив питання про легалізацію збільшення площі гаражу. Зустрічаються випадки, коли місцеві суди області, з визнанням права власності, змінюють функціональне призначення допоміжних приміщень до житлового будинку. Так, рішенням Заводського районного суду м. Миколаєва по справі за позовом М., крім збільшення житлової площі за рахунок переобладнання кухні в житлову кімнату, було вирішено питання і щодо переобладнання сараю в літню кухню [10].

Разом з цим, коли мова йде про перепланування приміщення без зміни його площі, ми підтримуємо висловлену позицію про те, що самочинне перепланування жилих приміщень не кваліфікується як самочинне будівництво, а його легалізація повинна відбуватись в адміністративному порядку. У даному випадку дії щодо перепланування є неправомірними, але вони не впливають на оборотоздатність нерухомості, у якій відбулось перепланування [5, 18–19; 1, 20–22; 2, 10–13].

Питання про визнання законними «перебудов», про які йде мова в ст. 375 ЦК України, може вирішуватися не в судовому, а в адміністративному порядку, а саме — виконавчим органом відповідної ради після проведення технічної

інвентаризації та надання згоди управлінням архітектури та містобудування при дотриманні встановленого порядку.

Проте, захист прав власника за дотримання ним умов проведення такого переобладнання (перебудови, перепланування), встановлених ч. 2 ст. 383 ЦК України, може відбуватись таким чином:

- шляхом оскарження відмови органу місцевого самоврядування у наданні дозволу на проведення переобладнання (перебудови, перепланування);
- заявлення вимог про визнання права власності на майно, як результат самочинного переобладнання (перебудови, перепланування) квартири, у т.ч. поєднаних із оскарженням відмови органу реєстрації об'єктів нерухомості (БТІ) зареєструвати реконструйований об'єкт нерухомості (ст. 392 ЦК України).

Оскарження власником (наймачем) законності відмови органу місцевого самоврядування у наданні дозволу на проведення переобладнання (перебудови, перепланування), якщо останнє ще не проведено, має відбуватись шляхом подання адміністративного позову до місцевого загального суду як адміністративного суду, зважаючи на наявність спору у сфері публічно-правових відносин при здійсненні відповідачем владних управлінських функцій і предметну підсудність, визначену п. 1 ч. 1 ст. 18 КАС України.

Позовні вимоги про визнання права власності на самочинно проведені переобладнання (перебудову, перепланування) квартири, поєднані із оскарженням відмови органу реєстрації об'єктів нерухомості (БТІ) зареєструвати реконструйований об'єкт нерухомості, мають вирішуватись у позовному провадженні, передбаченому ЦПК України.

Відповідачем по цій категорії справ має бути визначений орган місцевого самоврядування, до компетенції якого належить вирішення вказаних питань на час розгляду справи судом [11].

Повертаючись до розгляду питання про здійснення реконструкції будівель шляхом зміни площі, слід зазначити таке. Відповідно до розділу 3 Інструкції про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна, виявлені в установленому порядку об'єкти самочинного будівництва підлягають технічній інвентаризації з включенням їх у планові та інші матеріали.

У разі самочинного будівництва на оригіналах інвентаризаційної справи, технічного паспорту і копіях планових та оцінювальних матеріалів, що їх видають власникам, на вільному від записів місці з лицьового боку проставляється відповідний штамп встановленого зразка КП БТІ. Про виявлене самочинне будівництво БТІ зобов'язане повідомити про це місцеві органи державної виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. Таке повідомлення заповнюється особами, які проводять інвентаризацію, підписуються відповідними посадовими особами БТІ. А після одержання відповідного рішення органу державної виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування щодо самочинного будівництва в примітки раніше проставлених штампів вноситься запис номера та дати цього рішення. Зазначені записи в технічних паспортах скріплюються підписом керівника та печаткою БТІ.

Отже, доцільно висловити думку, що предметом судового розгляду можуть

бути лише ті самочинні будівлі, які дозвільні органи не зареєстрували (чи не змогли зареєструвати). Тому що чинне законодавство України не забороняє (передбачає) не судовий порядок їх реєстрації. До того ж практично по 90 % справ був відсутній спір про право позивачів на самовільну забудову. Це свідчить про те, що позивачі не використали своє право на оформлення самочинного будівництва в адміністративному порядку [10].

Слід зазначити, що для запобігання та своєчасного реагування на четверту форму самочинного будівництва ефективним буде посилення авторського нагляду у сфері будівництва. Так, Є. Греков пропонує під авторським наглядом розглядати цивільно-правовий інститут, спрямований на забезпечення оптимальної можливості втілення в матеріалі твору архітектурного мистецтва, в точній відповідності з проектом, створеним у результаті творчої діяльності автора, який дає йому можливість у процесі будівництва вносити необхідні зміни. Інститут авторського нагляду у будівництві розглядають як комплексний правовий інститут, що поєднує у собі норми, спрямовані як на запобігання порушенню прав авторів творів архітектури в процесі спорудження об'єктів, так і на припинення порушень та поновлення порушених прав шляхом застосування притаманних даному інституту способів захисту [4].

Положення проаналізованої практики дають підставу вважати про необхідність закріплення форм самочинного будівництва з метою виключення неоднозначного застосування норм цивільного законодавства. Протилежні позиції, що склалися у різних областях України з цього питання, створюють неоднозначну практику застосування ст. 376 ЦК України.

Література

1. Бобровникова М. А. О сохранении самовольной перепланировки жилого помещения // Российская юстиция. — 2007. — № 7.
2. Бобровникова М. А. Проблема сохранения самовольной перепланировки жилого помещения // Гражданское право. — 2007. — № 2.
3. Великий тлумачий словник сучасної української мови. — К. ; Ірпінь, 2005.
4. Греков Є. Авторський нагляд в будівництві як елемент охорони та захисту авторського права на твори архітектури // Юридична Україна. — 2007. — № 5.
5. Малета С. Е. Последствия самовольного переустройства (перепланировки) жилого помещения / С. Е. Малета, Е. В. Мордасов // Закон и правоприменение. — 2005. — № 5.
6. Про затвердження Інструкції з організації роботи органів державного пожежного нагляду : наказ Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи (Інструкція, п.1.12) від 6 лют. 2006 р. № 59 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 17. — Ст. 1289.
7. Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 18 Будівельні контракти : наказ Міністерства фінансів України (Положення, п. 2) від 28 квіт. 2001 р. № 205 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 21. — Ст. 965.
8. Рекомендація щодо безпеки та гігієни праці у будівництві від 20.06.1988 р. № 175, м. Женева // Електронна база даних «Нормативні акти України»: Версія 9.5.3.
9. Сахацький С. Самовільне зайняття землі і самовільне будівництво // Правовий тиждень. — 2007. — 17 лип.
10. Узагальнення розгляду цивільно-правових спорів про самочинне будівництво судами Миколаївської області // Архів апеляційного суду Миколаївської області.
11. Узагальнення Судової палати у цивільних справах апеляційного суду Одеської області «Практика розгляду цивільних справ про визнання права власності на самочинно збудоване майно» // Архів апеляційного суду Одеської області.

12. Ханатаев Г. Правовое положение застройщика // Хозяйство и право. — 2005. — № 3.
13. Цивільне право України : підручник. В 2 т. Т. 1 / за ред. С. О. Харитонов, П. Ю. Голубєвої. — Х. : Одиссей, 2008.
14. Цивільне право України : підручник. У 2 т. Т. 1 / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, І. В. Жилишкова [та ін.] ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиби-Фатесєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрішком Інтер, 2004.
15. Цитович М. М. Деякі питання, що виникають при розгляді судами кримінальних справ про самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво // Коментар судової практики в кримінальних та адміністративних справах. Постанови Пленуму Верховного Суду України (1995–1997) / відп. ред. В. Т. Маляренко. — К. : Юрішком Інтер, 1998.

Анотація

Терещенко В. Ю. Цивільно-правова кваліфікація форм самочинного будівництва. — Стаття.

Стаття присвячена визначенню категорії «самочинне будівництво» та кваліфікації його окремих форм. Розглядаються такі форми будівництва: будівництво нового об'єкта; спорудження нового об'єкта замість зруйнованого; переобладнання нежилої будівлі у житлову; проведення реконструкції будівель, що спрямована на зміну площі, етажності будівлі та виражається у вигляді зміни архітектурного вигляду нерухомого майна. Звертається увага, що кожна з цих форм будівництва може бути кваліфікована як самочинне за наявності відповідних законодавчо визначених умов.

Ключові слова: самочинне будівництво, форми самочинного будівництва, легалізація самочинного будівництва, правова відповідальність.

Summary

Teretchenko V. Y. Civil Qualification of the Forms of Wilful Building. — Article.

The article is devoted to determination of category «wilful building» and qualifications of his separate forms. It is examined such forms of building as: building of new object; building of new object in place of blasted one; re-equipment of unoccupied building in dwelling one; conducting of reconstruction of buildings, directed on the change of area, floor of building and is expressed as the change of architectural type of the real estate. Attention applies, that each of these forms of building can be skilled as wilful at presence of the proper legislatively certain terms.

Keywords: wilful building, forms of wilful building, legalization of wilful building, legal responsibility.

УДК 347.77.025

В. Є. Макода

ОБ'ЄКТИ ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ В ПЕРІОД ГЛОБАЛІЗАЦІЇ ТА РОЗВИТКУ ІННОВАЦІЙНОГО БІЗНЕСУ

Значне місце серед об'єктів інтелектуальної власності займають такі результати інтелектуальної творчої діяльності, як винаходи, корисні моделі і промислові зразки. Разом з товарними знаками, знаками обслуговування, найменуваннями місць походження товарів вони охоплюються загальною назвою «Об'єкти промислової власності». Це встановлюється ст. 1 Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. (далі — Паризька конвенція), що поширює свою дію і на територію України. Паризькою конвенцією промислова власність розуміється «у найбільш широкому значенні

© В. Є. Макода, 2009

і розповсюджується не тільки на промисловість і торгівлю у власному значенні слова, але також і на галузі сільськогосподарського виробництва і добувної промисловості, та на всі продукти промислового або природного походження».

Термін «промислова власність» міцно увійшов до законодавства України. В цілому ж в порівнянні із законодавством колишньої УРСР в правовому регулюванні перерахованих, достатньо відомих об'єктів відбулися кардинальні зміни. Якщо стисло виразити суть цих змін, то вони зводяться до встановлення абсолютно іншого, ніж за радянських часів, режиму використання даних об'єктів і правового оформлення такого режиму. В галузі охорони винаходів, корисних моделей і промислових зразків на зміну радянській системі авторського свідоцтва прийшла визнана і діюча у всьому світі патентна система охорони цих об'єктів промислової власності.

Основні риси радянського винахідницького права зводилися до того, що автор або інша уповноважена особа, найчастіше роботодавець, подавали заявку на оформлення свого результату авторським свідоцтвом (рідше патентом) в єдине для всіх республік країни патентне відомство Державний комітет СРСР у справах винаходів і відкриттів. Після експертизи проводилася видача охоронного документа і публікація. Після цього винахід міг використовуватися «радянськими державними, кооперативними підприємствами, організаціями і установами виходячи з інтересів держави і власних інтересів, без спеціального на те дозволу» (п. 27 Положення про відкриття, винаходи і раціоналізаторські пропозиції від 21 серпня 1973 р.). Інша картина була при оформленні винаходу патентами, але законодавство було настільки несприятливе для патентовласників, що на винаходи, призначені для використання тільки в СРСР, патенти майже не оформлялися. В основному патентами захищалися винаходи, що мали перспективу реалізації або укладення ліцензійної угоди за рубежами країни.

Таким чином, право використання абсолютної більшості об'єктів промислової власності в колишньому СРСР було узагальнено і належало державі.

Ситуація корінним чином змінилася з отриманням Україною державної незалежності. В цілях швидкої інтеграції в світову економічну спільноту було ухвалено рішення про впровадження на території нашої країни патентної форми охорони об'єктів промислової власності і створення національної патентної системи.

Суть патентної форми охорони полягає в тому, що автор винаходу, корисної моделі або промислового зразка або інша уповноважена їм особа для закріплення авторства і права використання технічного досягнення подає в уповноважений державою орган — Державний департамент інтелектуальної власності (далі — Держпатент) — заявку на отримання засвідченої авторитетом держави охоронного документа — патенту. Згідно зі ст. 462 ЦК України набуття права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок засвідчується патентом. Права та обов'язки, що випливають з патенту, зокрема визначені в ст. ст. 28–30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі». Деклараційний патент і патент на винахід та корисну мо-

дель, патент на промисловий зразок (далі — охоронні документи) засвідчують перш за все виняткове право їх володаря, що іменується патентовласником, на використання об'єкта промислової власності. Зміст виняткового права патентовласника чітко регламентований ст. 464 ЦК України. Патентовласнику належить широкий вибір можливостей по реалізації свого виняткового права: реалізувати технічне рішення у власному виробництві, поступитися третім особам правом використання повністю на весь час дії патенту, поступитися своїм правом повністю або частково на певний проміжок часу, відмовитися від використання взагалі (правда, за певних умов). Дане виняткове право є абсолютним — треті особи повинні утримуватися від його порушення і можуть використовувати об'єкт тільки з дозволу правовласника, як правило, на платній основі.

Згадана стаття детально регламентує круг дій, здатних порушити виняткові і абсолютні права патентовласника. Відзначимо, що за наявності порушення прав не враховується суб'єктивне відношення порушника до скоєного їм правопорушення. Порушення прав патентовласника, що мало місце за відсутності договірних відносин між порушником і правовласником, розцінюється з позицій норм деліктного права.

Патентні відносини відрізняються чіткою регламентацією прав і обов'язків їх учасників. Більшою, в порівнянні з авторським правом, формалізацією відрізняється реєстрація об'єкта і закріплення первинних, після створення винаходу, патентних прав. Це пояснюється необхідністю чіткого встановлення автора винаходу і точного його відособлення від такого ж або схожого творіння іншої особи. Адже на відміну від твору літератури або мистецтва, що є неповторним і оригінальним, винахід в принципі повторюваний. Наприклад, тисячі учених спантеличені пошуками ефективного засобу проти рак-хвороби. Декілька з них можуть, йдучи кожен абсолютно самостійним шляхом, прийти до одного і того ж творчого результату і винайти одні і ті ж ліки. Більш того, вони можуть прийти до уповноваженого державного органу Держпатенту за оформленням своїх прав на об'єкт промислової власності в один і той же день.

Об'єкти патентування цінні не своєю формою (хоча це важливо для промислових зразків), а змістом, що має часто велику комерційну цінність. Саме цим пояснюється прагнення до відособлення прав різних суб'єктів. На велику комерціалізацію патентних відносин указують права патентовласника, які можуть бути передані повністю або частково іншій особі.

Нині чинна патентна система покликана перетворити технічні рішення на ринковий товар, об'єкт майбутніх цивільно-правових операцій. У цьому плані ст. ст. 462–467 ЦК України передбачено порядок набуття та припинення майнових прав суб'єктів на об'єкти промислової власності.

Серед галузевих законів, регулюючих патентні відносини, особливе місце займає Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 р. (далі — Закон). Закон регулює майнові, а також пов'язані з ними особисті немайнові відносини, що виникають у зв'язку із створенням, правовою охороною і використанням об'єктів промислової власності, що захищаються патентом.

Цей Закон був прийнятий в Україні в першу чергу у зв'язку з тим, що Україна якнайшвидше бажала вступити до Світової організації торгівлі і необхідністю відображення (адаптації) в нашому законодавстві вимог (положень) «Угоди по торговельних аспектах прав інтелектуальної власності» (ТРИПС), а також у зв'язку з прийняттям Нового ЦК України (набув чинності з 1 січня 2004 р.). Його текст приведений у відповідність з термінологією ЦК та іншого законодавства у сфері інтелектуальної власності, проте принципи функціонування патентної системи залишилися незмінними.

Патентно-правові відносини відрізняються складністю, і в цілях правильного застосування правових норм і полегшення патентування патентне відомство видає інструктивно-методичні матеріали.

Зупинимося детальніше на окремих особливостях патентного права нашої країни.

Головна особливість патентної системи України полягає в тому, що на такі об'єкти, як винахід і промисловий зразок, можуть бути видані два охоронні документи — деклараційний патент і патент.

З погляду «ваги» на зміст правомочності патентовласника, обидва охоронні документи абсолютно однакові і засвідчують повний комплекс виняткових прав. Різниця між ними полягає перш за все в терміні дії, а також в процедурі і тривалості оформлення. Наприклад, деклараційний патент на винахід діє протягом 6 років, а патент — протягом 20 років (ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»).

Процедура видачі деклараційного патенту відрізняється від дій по видачі патенту тим, що проводиться тільки так звана «формальна» експертиза, яка зводиться до формальної перевірки належності вказаного в заявочних матеріалах об'єкта до об'єктів промислової власності, що охороняються, наявності і правильності складання необхідних документів, які передбачені законодавством. Перевірки технічного рішення на відповідність критеріям патентоспроможності — новизни, винахідницького рівня і промислової придатності, як правило, не проводиться. Перевірка наявності цих критеріїв називається ще експертизою винаходу по суті. Для проведення такої експертизи необхідно заздалегідь провести так званий патентний пошук аналогів винаходу в спеціалізованому і повному патентному фонді.

Ці критерії перевіряються тільки в тому випадку, якщо володар деклараційного патенту або треті особи, охочі оскаржити видачу деклараційного патенту, вимагають проведення такої перевірки. Володар деклараційного патенту може клопотати про проведення експертизи по суті для того, щоб перетворити свій попередній патент в патент і тим самим збільшити термін правової охорони об'єкта до 20 років.

Можливість же проведення експертизи винаходу по суті на вимогу третіх осіб означає, що по її результатах видача деклараційного патенту може бути оскаржена, а сам деклараційний патент може бути визнаний недійсним. Тобто деклараційні патенти на винахід і корисну модель видаються Держпатентним відомством на ризик і під відповідальність заявника. Саме він відповідає за достовірність відомостей, що спочатку подаються у вигляді заявки.

Вибрана в Україні система деклараційного патенту робить суди найважливішою ланкою патентної системи і вимагає високої кваліфікації суддів, що розглядають складні патентні спори, особливо це стосується спорів з приводу об'єктів науки і техніки у сфері інтелектуальної власності.

Вибрана нашою країною патентна система з видачею двох охоронних документів називається в спеціальній літературі явочно-перевірочною системою, оскільки для отримання першого охоронного документа заявникові необхідно «з'явитися» у відомство і виконати мінімум формальностей. Перевірочною, тому що експертиза можлива пізніше. Різновиди такої системи прийняті в багатьох країнах світу — Швейцарії (окрім патентів на вироби текстильної і годинникової промисловості), Франції, Голландії, низці країн СНД та інших. Вона гарна тим, що дозволяє швидко отримати повноцінний охоронний документ і запровадити нововведення у виробництво, задовольнити попит ринку на певні товари, уникнути витрат на проведення експертизи. Важливо враховувати і те, що в наше динамічне століття винаходи «старіють» досить швидко і 5–8 років буває цілком достатньо для отримання очікуваних матеріальних прибутків. До того ж у авторів і інших осіб з'являється певна альтернатива поведінки. Якщо винахід серйозний і є економічний інтерес охороняти його тривалий час, то можна клопотати про отримання довготривалого патенту.

Після розпаду СРСР нові країни, колишні союзні республіки були вимушені упровадити такі системи, тому що майже весь інформаційний масив, необхідний для проведення патентних пошуків, залишився в Росії. Але час показав, що за своєю суттю ця система прогресивна і зручна для заявників. Ця система дуже економічна для небагатих заявників нашої країни і демократична, оскільки позбавлена незручностей рутинного діловодства, характерного для патентних систем з обов'язковою повною експертизою.

Це все підтверджується нижченаведеними показниками.

Так, згідно з даними Державного департаменту інтелектуальної власності по основних показниках діяльності у сфері промислової власності (винаходи, корисні моделі, промислові зразки) у першому півріччі 2008 року зросла активність у поданні заявок на всі об'єкти промислової власності у порівнянні з відповідним періодом минулого року (табл. 1). Стійка тенденція зростання спостерігається стосовно заявок на корисні моделі та знаків для товарів і послуг, кількість яких зросла на 26 % та 22 % (за національною процедурою) відповідно. Кількість заявок на винаходи зросла на 6 %, на промислові зразки — на 37 %. На 21 % у порівнянні з I півріччям 2007 року зросла кількість заявок на знаки для товарів і послуг за Мадридською угодою.

Загальна кількість заявок у першому півріччі 2008 року на винаходи зросла на 6% порівняно з аналогічним періодом 2007 року за рахунок зростання активності іноземних заявників (табл. 2). Кількість заявок від іноземних заявників за процедурою РСТ зросла на 17 %, за національною процедурою — на 5 %. Частка таких заявок у загальній кількості заявок на винаходи становить 46 % (проти 42 % у I півріччі 2007 року) [1, 15].

У I півріччі 2008 року прийнято 2140 рішень про видачу патентів на вина-

Таблиця 1

Показники надходження заявок на об'єкти промислової власності

Об'єкти промислової власності	Кількість поданих заявок					2008 до 2007 (%)
	I півріччя 2004	I півріччя 2005	I півріччя 2006	I півріччя 2007	I півріччя 2008	
Всього надійшло	15896	17610	21581	22966	27790	121
Винаходи (20-річні патенти)	2850	2788	3013	2913	3074	106
Корисні моделі	2327	3656	4285	4359	5500	126
Всього винаходи і корисні моделі	5177	6444	7298	7272	8574	118
Промислові зразки	939	870	1009	1003	1374	137
Знаки для товарів і послуг:	9778	10295	13272	14685	17841	121
за національною процедурою	6733	7128	9624	10653	12966	122
за Мадридською угодою	3045	3167	3648	4038	4875	121
Топографії ІМС	1	–	–	3	–	–
Кваліфіковані зазначення походження товарів	1	1	2	3	1	–

Таблиця 2

Надходження заявок на винаходи (20-річні)

Надійшло заявок на винаходи	Кількість поданих заявок					2008 до 2007 (%)
	I півріччя 2004	I півріччя 2005	I півріччя 2006	I півріччя 2007	I півріччя 2008	
Всього надійшло	2850	2788	3013	2913	3074	106
За національною процедурою	2225	1933	2010	1838	1816	99
від національних заявників	2101	1771	1849	1689	1659	98
від іноземних заявників	124	162	161	149	157	105
За процедурою РСТ	625	855	1003	1075	1258	117

ходи, 30 рішень про відмову у видачі патенту, за 325 заявками припинено діловодство. Завершено діловодство за 2749 заявками на винаходи, в т.ч. за 2495 — на стадії кваліфікаційної експертизи.

У I півріччі 2008 року спостерігалось зростання кількості заявок на корисні моделі. Кількість заявок від національних заявників зросла на 26 %. Кількість заявок від іноземних заявників залишилася незначною, їх частка становила лише 1,4 % від загальної кількості заявок на корисні моделі (табл. 3).

У I півріччі 2008 року прийнято 4673 рішення про видачу патентів на корисні моделі, 12 — про відмову у видачі патенту, за 122 заявками припинено діловодство. Завершено діловодство за 4807 заявками на корисні моделі (проти 4540 у I півріччі 2007 року).

У I півріччі 2008 року кількість заявок на промислові зразки зросла на 37% порівняно з I півріччям 2007 року (табл. 4). Кількість заявок від національних заявників зросла на 45 %. Кількість заявок від іноземних заявників

Таблиця 3

Надходження заявок на корисні моделі

Падійшло заявок на корисні моделі	Кількість поданих заявок					2008 до 2007 (%)
	I півріччя 2004	I півріччя 2005	I півріччя 2006	I півріччя 2007	I півріччя 2008	
Всього надійшло	2327	3656	4285	4359	5500	126
За національною процедурою	2327	3653	4281	4357	5493	126
від національних заявників	2294	3599	4215	4312	5422	126
від іноземних заявників	33	54	66	45	71	158
За процедурою РСТ	–	3	4	2	7	–

Таблиця 4

Надходження заявок на промислові зразки

Падійшло заявок	Кількість поданих заявок					2008 до 2007 (%)
	I півріччя 2004	I півріччя 2005	I півріччя 2006	I півріччя 2007	I півріччя 2008	
Всього	939	870	1009	1003	1374	137
від національних заявників	860	783	839	825	1194	145
від іноземних заявників	79	87	170	178	180	101

практично не змінилася, а їх частка становить 13 % від загальної кількості заявок на промислові зразки.

У I півріччі 2008 року прийнято 1364 рішення про видачу патентів на промислові зразки, 146 заявок відкликано. Завершено діловодство за 1510 заявками на промислові зразки (проти 1204 у I півріччі 2007 р.).

Новелою, що стосується винаходів, є п. 1 ст. 459 ЦК, згідно з яким винахід вважається придатним для набуття права інтелектуальної власності на нього, якщо він є новим, має винахідницький рівень і придатний для промислового використання. Це співзвучне визначенню п. 21 Положення про відкриття, винаходи і раціоналізаторські пропозиції колишнього СРСР. Винахід признавався їм як нове і таке, що володіє істотними відмінностями, технічне рішення в будь-якій галузі народного господарства, соціально-культурного будівництва або оборони країни, що дає позитивний ефект. На відміну від радянського законодавства патентні закони всіх країн СНД, включаючи Росію, не містять повного та чіткого визначення винаходу. Мабуть, відіграла свою роль стійка алергія на радянське законодавство і систему авторського свідоцтва. Визначення це критикувалося як застаріле і таке, що не дозволяло експертам встигати за бурхливим розвитком техніки. Як довід наводилася і відсутність такого визначення в законодавстві низки західних країн. Але, як повелось, в запалі полеміки забули і поза сумнівом позитивну роль наявності такого визначення.

Мається на увазі визначення винаходу як «технічного рішення задачі». На

користь його неприйняття наводиться довід, що нове законодавство всіх країн СНД надало правову охорону раніше непатентоспроможним медичним препаратам, способам діагностування і лікування, харчовим речовинам і широкому колу хімічних речовин. На перший погляд, ряд з перерахованих тут об'єктів не укладався в поняття технічного рішення задачі. Але це тільки на перший погляд. Не треба слово «технічне» розцінювати тільки таким, що стосується сфери техніки. Адже воно може застосовуватися таким чином, що надає можливість вирішення технічної задачі організаційними, формально-логічними, економічними та іншими способами. Саме у включенні у визначення ознаки рішення задачі технічними способами лежить рубіж між об'єктами промислової власності і так званими непатентоспроможними рішеннями. До таких ст. 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права» відносить повідомлення про новини дня або поточні події, що мають характер звичайної прес-інформації, фольклор, грошові знаки, державні нагороди і символи, розклади руху транспортних засобів, телефонні довідники та інші аналогічні бази даних, научні теорії, математичні методи, умовні значення, правила та інші.

На користь необхідності визначення винаходу говорить і міркування логічності тексту закону. Адже іншим об'єктам — корисним моделям і промисловим зразкам — надано законодавче визначення. Чому винаходи потрібно визначати тільки критеріями патентоспроможності?

Щоб бути об'єктами патентної охорони, винахід, корисна модель і промисловий зразок повинні відповідати критеріям патентоспроможності, викладеним, але не розкритим у ст. 459 ЦК України. Їх розкриття міститься в ст. ст. 6–7 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі».

Винахід вважається новим, якщо він не відомий з відомостей про рівень техніки. Винахід має винахідницький рівень, якщо він для фахівця явним чином не слідує з розвитку та досягнень рівня техніки. У свою чергу, відомості про рівень техніки включають будь-які відомості, що стали загальнодоступними в світі до дати пріоритету винаходу. Тобто новизну і винахідницький рівень не можуть становити відомості, які віднесені до службового користування або засекречені, такі, що не дозволяють ознайомитися з ними відкритим способом. При встановленні новизни винаходу у відомості про рівень техніки входять раніше подані в Держпатентне відомство невідкликані заявки на винаходи і корисні моделі інших авторів, а також запатентовані в Україні винаходи і корисні моделі.

Винахід є промислово-придатним, якщо він може бути використаний в промисловості, сільському господарстві, охороні здоров'я й інших галузях підприємницької діяльності [2].

На практиці виникають питання про відмінність винаходів від корисної моделі, а також про доцільність виділення останньою як самостійного об'єкта правової охорони. Слід зазначити, що корисна модель є новим для законодавства України об'єктом, дуже привабливим для винахідників зважаючи на простоту і економічність оформлення та отримання повноцінного патентного захисту. Згідно зі ст. 460 ЦК України, корисна модель вважається придатною

для набуття права інтелектуальної власності на неї, якщо вона, відповідно до Закону, є новою і придатною для промислового використання.

Для патентоспроможності корисних моделей не вимагається наявності критерію винахідницького рівня, необхідного для винаходів. За цією ознакою корисні моделі в законодавстві низки країн називають «малими винаходами». У Патентному законі ФРН для оцінки рівня корисних моделей існує термін «винахідницький крок», що підкреслює їх мале значення в порівнянні з винаходами, що мають винахідницький рівень.

Коло суб'єктів патентних відносин у ЦК України детально не представлено, проте його з'ясування дуже важливе для повного розуміння їх відносин між собою та усіх їх прав на об'єкти інтелектуальної власності. Це автори, співавтори об'єкта промислової власності; заявник — особа, що подала заявку на отримання патенту; особа, яка вказана в заявці і яка має право на отримання патенту; патентне відомство; патентовласники; працедавець; ліцензіар; ліцензіат; правонаступники, які мають право на одержання патенту згідно з чинним законодавством.

16 травня 2008 року Україна стала повноправним членом Світової організації торгівлі (СОТ). З цього дня набула чинності постанова Кабінету Міністрів України від 19 вересня 2007 року № 1148 «Про внесення змін до Порядку сплати зборів за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності». У червні 2008 року опубліковано Роз'яснення з питань застосування цього Порядку, затверджене наказом Держдепартаменту.

Приєднання до СОТ має для України стратегічне значення, оскільки є передумовою її подальшої інтеграції в європейські та світові процеси й структури, системного реформування національної економіки за принципами лібералізації та відкритого ринку.

У даному контексті є важливим виконання норм Закону України «Про організацію і проведення фінальної частини чемпіонату Європи 2012 з футболу в Україні», що стосується забезпечення прав інтелектуальної власності УЄФА, зокрема, при проведенні експертизи заявок. З цією метою відповідно до норм ч. 3 ст. 6 згаданого закону підготовлено і Кабінетом Міністрів України прийнято постанову від 2 липня 2008 року № 601 «Про затвердження положення про Координаційну раду з питань захисту прав інтелектуальної власності УЄФА та складу Координаційної ради».

Література

1. Промислова власність у цифрах. Показники діяльності Державного департаменту інтелектуальної власності у I півріччі 2008 року. — К., 2008.
2. Договірне право України. Особлива частина : павч. посіб. / за ред. О. В. Дзери. — К. : Юріпком Інтер, 2009. — 997 с.

Анотація

Макода В. Є. Об'єкти промислової власності в період глобалізації та розвитку інноваційного бізнесу. — Стаття.

Сьогодні, коли Україна стала повноправним членом Світової організації торгівлі і її еко-

номічні відносини з іншими країнами світу набирають обертів, дуже актуальним стало питання, яке пов'язано з охороною прав на об'єкти промислової власності, зокрема корисної моделі, винаходів та промислового зразка. В Україні правова система охорони об'єктів інтелектуальної власності в основному побудована і дає свої позитивні наслідки, але, на жаль, є ще дуже багато проблем і над цим треба ще працювати.

Ключові слова: об'єкти промислової власності, правовий режим, промислова власність в Україні.

Summary

Makoda V. E. Objects of Industrial Property in the Epoch of Globalization and Development of Innovative Business. — Article.

Nowadays, when Ukraine has become a WTO member of full standing, and its economic relations with other countries are growing up, it's vital to deal with questions related to the protection of design invention protection, — in particular useful model, inventions etc. In Ukraine system of law for intellectual property site protection in general prepared and has a positive feedback. But unfortunately there are a lot of issues which must be checked.

Keywords: objects of industrial property, legal regime, industrial property in Ukraine.

УДК 348.723

Ю. В. Кривенко

ВИДИ РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ

Релігійні організації в Україні утворюються з метою задоволення релігійних потреб громадян сповідувати і поширювати віру і діють відповідно до своєї ієрархічної та інституційної структури. Є такі види релігійних організацій: релігійні громади, управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади, також об'єднання, що складаються з вищезазначених релігійних організацій.

Спільність із усіма своїми організаційними елементами являє собою релігійне об'єднання. У християнстві, наприклад, виділяється кілька видів релігійних об'єднань: церква, секта, деномінація, установлена секта, містерія й т.д. Але найбільше поширення й реальну силу одержала, звичайно, церква. Вона являє собою порівняно широке об'єднання, приналежність до якого визначається, як правило, не вільним вибором індивіда, а, скоріше, традицією.

Мета та завдання дослідження — розглянути питання щодо окремих видів релігійних організацій, яке зумовлене не лише виправданістю наукового пошуку на цих теренах, але, передусім, практичними міркуваннями, тому що не існує єдиної класифікації.

Для досягнення поставленої мети були сформульовані такі основні завдання, які необхідно розв'язати:

- визначити види релігійних організацій;
- розробити пропозиції, спрямовані на вдосконалення цивільного законодавства з метою більш вдалого його застосування у сфері релігійних відносин.

Слід звернути увагу на той факт, що на сьогоднішній день у цивілістиці

відсутні окремі наукові дослідження, присвячені видам релігійних організацій, ці питання розглядалися найчастіше при дослідженні в цілому класифікації юридичних осіб (див. роботи С. М. Братуся, І. П. Грешнікова).

Для більш повної характеристики проаналізуємо такі види, як «релігійне об'єднання», «релігійна група», «релігійна асоціація», монастир, духовний навчальний заклад тощо [1, 37].

Релігійне об'єднання — добровільне об'єднання громадян України, інших осіб, які постійно і на законних підставах проживають на території України, створених з метою спільного віросповідання та поширення віри і володіє відповідними для цієї мети ознаками :

- а) віросповідання;
- б) проведення богослужінь інших релігійних обрядів і церемоній;
- в) навчання релігії і релігійне виховання своїх послідовників.

Релігійні об'єднання можуть створюватися у формі релігійних груп і релігійних організацій [2, 346].

Релігійні організації — організації, що утворені в Україні з метою задоволення релігійних потреб громадян сповідувати і поширювати віру і діють відповідно до своєї ієрархічної та інституційної структури, обирають, призначають і замінюють персонал згідно із своїми статутами (положеннями). Релігійними організаціями в Україні є релігійні громади, управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади, а також об'єднання, що складаються з вищезазначених релігійних організацій [3, 654].

Поняття релігійні об'єднання в Російській Федерації включає в себе релігійні організації і групи. Між ними є суттєва відмінність, на яку, на думку В. Н. Калініна, слід звернути увагу: вона стосується суті їх правового статусу. Релігійні організації реєструються державними органами, отримують статус юридичної особи, наділені майновими правами, в тому числі і правом власності, і на загальних підставах виступають в цивільному обігу з врахуванням специфічних особливостей, передбачених їх внутрішніми настановами, правилами, традиціями і канонами. Іншим різновидом релігійного об'єднання є релігійні групи, які не підлягають державній реєстрації, не користуються правоздатністю юридичної особи, не можуть виступати суб'єктами правовідносин, не мають право володіти власним майном [4, 28].

Релігійна громада — місцеве добровільне об'єднання віруючих громадян для спільного задоволення своїх релігійних потреб, зареєстроване згідно з нормами чинного законодавства за наявності не менше 20 віруючих.

Монастир — це чернецька корпорація з правами юридичної особи. Можливе існування несамотійних або прописних монастирів, адміністрація яких діє на підставі доручення монастиря-господаря [5, 396].

Враховуючи норми ст. 7 Закону «Про свободу совісті та релігійні організації» духовні навчальні заклади є релігійними організаціями [6, 283]. Стаття 11 вказаного Закону не дає визначення духовного навчального закладу, а лише звертає нашу увагу на те, що «релігійні управління і центри відповідно

до своїх зареєстрованих статутів (положень) мають право створювати духовні навчальні заклади для підготовки священнослужителів і служителів інших необхідних їм релігійних спеціальностей».

До кінця XIX ст. цивільно-правовий статус духовних училищ та семінарій визначався типовими статутами, які розроблялися Навчальним комітетом, та поділявся на декілька напрямів. Духовний напрям був орієнтований на підготовку духовенства, два інших — церковно-приходський і світський — охоплювали сферу загальної освіти. Реформами Олександра Першого була вдосконалена духовна освіта, визначились чотири ступеня навчальних закладів: академія, семінарія, повітове училище, приходська школа. В наш час ці статuti були використані при розробці сучасних цивільних статутів духовних навчальних закладів.

М. С. Суворов визначав, що «духовно-учебные заведения, высшие, средние и низшие, за исключением патриархальных женских училищ, самостоятельной юридической личности не имеют, а состоят в собственности епархиального духовенства, которому, однако, разъяснено, что оно не имеет права вмешиваться в ход ученого дела» [5, 397].

До прийняття в 1991 році Закону України «Про свободу совісті та віросповідання» духовні навчальні заклади, як і інші релігійні організації, не були наділені статусом юридичної особи.

Як нами вже було відмічено, «релігійні управління та центри мають право створювати монастирі та релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади. І хоча законодавство не визначає, що зазначені організації є юридичними особами, але, оскільки вони діють на підставі статуту або положення, який підлягає реєстрації, то можна зробити висновок, що їм притаманні ознаки юридичної особи» [7, 234].

Вважаємо за доцільне відзначити, що такі організаційно-правові форми православного життя, як братства, на відміну від світських і деяких церковних установ, не можуть бути створені на підставі розпорядження. Їх основа — це завжди існуючі живі люди, які вірять в Бога і Церкву і бажають проводити ту чи іншу церковну службу. Це бажання потребує чіткого визначення мети і форм служіння, які виражаються в статуті братства. Братства на відміну від установлені віками ієрархічної структури Церкви є мобільними, можуть в кілька разів в разі потреби збільшувати свою чисельність. Братства сприяють освіті, видають богослужбову та богословсько-катехитичну літературу. В Росії Архієрейським собором Російської Православної Церкви в 1997 році було встановлено, що всі братства повинні відмовитися від прав юридичної особи та повністю стати підвладними настоятелю того чи іншого приходу.

Отже, ми знову стикаємося з колізією норм світського законодавства та церковного, що у свою чергу не покращує ситуацію, яка склалася.

Дещо покращує ситуацію законопроект «Про свободу світогляду, віросповідання та релігійні організації» [8]. У ст. 22 передбачається: «релігійні організації мають право засновувати релігійні навчальні заклади як у формі релігійних установ, так і в інших формах, передбачених чинним законодавством.

Релігійні навчальні заклади, утворені у формі релігійних установ, мають право здійснювати свою діяльність без ліцензії на здійснення діяльності, пов'язаної з наданням послуг для одержання освітньої підготовки фахівців різних рівнів кваліфікації, та без дотримання державних стандартів освіти». Закон України «Про освіту» в ст. 9 визначає: «Навчальні заклади в Україні незалежно від форм власності відокремлені від Церкви (релігійних організацій), мають світський характер, крім навчальних закладів, заснованих релігійними організаціями». Отже, законодавчо не визначено поняття та правові ознаки релігійного навчального закладу.

Так от, духовні навчальні заклади є самостійними організаціями, які користуються правами юридичної особи з моменту реєстрації свого статуту у встановленому законами України порядку. Духовний навчальний заклад організовує навчальний процес, забезпечує необхідними навчально-методичними розробками, посібниками та іншою навчальною літературою у відповідності до статуту та внутрішніх настанов релігійних організацій, які його створили.

Частина 2 ст. 6 вказує, що «Церкву і релігійні організації відокремлено від держави», і також в ст. 7 затверджується положення про відокремлення школи від Церкви і релігійних організацій. Якщо Церква — це об'єднання релігійних організацій, то чи є сенс виокремлювати ці два поняття? Провівши системний аналіз стосовно визначення понять Церкви та релігійних організацій, стає зрозумілим, що визначення в законопроекті поняття Церкви як об'єднання релігійних організацій є не зовсім вдалим.

Крім того, потребує детального аналізу та доопрацювань проект Закону України «Про свободу світогляду, віросповідання та релігійні організації», він містить зовсім протилежні точки зору, а саме автори даного законопроекту спростили завдання, не враховуючи тенденцій та історичних традицій, які існували та існують, і обмежили вживання терміна «Церква», ототожнюючи його з релігійними організаціями, але це, на жаль не знімає проблеми. У ст. 7 пропонується визначення релігійної організації: «Релігійними організаціями в Україні визнаються об'єднання фізичних осіб без статусу юридичної особи та юридичні особи приватного права, утворені з метою спільного віросповідання та ведення релігійної діяльності».

Законопроект передбачає ієрархію організаційно-правових форм, у вигляді яких можуть бути створені релігійні організації, це — релігійні товариства, релігійні установи та релігійні об'єднання.

Крім того, деякі вчені наполягають на необхідності використання поняття «традиційна релігійна організація». На думку І. А. Куніцина, «рівність релігійних об'єднань перед законом не означає їх рівноправ'я» [9, 4]. Ідея виокремлення в окрему юридичну категорію традиційних конфесій не має юридичного рішення, що стає приводом для численних спекуляцій. Конституція України та Закон «Про свободу совісті та релігійні організації» закріпили правило, відповідно до якого жодна релігія не може встановлюватися як державна або обов'язкова. Це положення обмежує можливості надання державного статусу

будь-якому релігійному об'єднанню і встановленню обов'язкового членства в будь-якому з них. Приналежність або неприналежність до певного релігійного об'єднання не може служити підставою для обмеження цивільних прав. Однак слід звернути увагу на те, що як в українському законодавстві, так і міжнародних документах ми не знаходимо положення, яке б забороняло визнання наявності визначеної релігійної традиції. Неправомірно ототожнювати нормативне закріплення традиційності конфесій з встановленням їх державного або обов'язкового статусу. Для традиційних релігійних організацій можна запропонувати надання розширеної правосуб'єктності. У зв'язку з цим виникає питання, чи не суперечить це чинному законодавству, де закріплено рівність всіх релігійних організацій перед законом. Чинне законодавство не веде мову про рівноправ'я релігійних організацій. Різниця між рівноправ'ям і рівністю перед законом є істотною. Рівноправ'я — це наділення рівним обсягом прав і обов'язків порівняно з іншими суб'єктами, в той же час як рівність перед законом означає рівність вимог закону до всіх релігійних організацій. Відповідно встановлення розширеної правосуб'єктності традиційних релігійних організацій не суперечить чинному законодавству.

Світовий досвід доводить, що визнання національних традицій характерно для більшості демократичних правових держав. У Німеччині релігійні організації публічного права на відміну від інших наділені розширеною правосуб'єктністю, яка дозволяє їм співробітничати з державою в різноманітних сферах. В Бельгії, незважаючи на визнання рівності між всіма релігіями, в соціальній сфері ряд конфесій користуються особливим статусом і додатковими правами. В законодавчих актах Болгарії, Литви прямо передбачаються конфесії, які наділені ексклюзивними правами. В Англії Англійська Церква наділена особливим статусом благодійної організації.

У зв'язку з цим можна запропонувати внести такі зміни в чинне законодавство: бажано передбачити юридичний механізм, який автоматично присвоюватиме цивільно-правовий статус традиційних, всій сукупності релігійних організацій, які є складовими тієї чи іншої релігійної спільноти. Далі постає наступне питання, яке потребує, щоб цей цивільно-правовий статус надавався одноразово, єдиним рішенням державного органу влади всій релігійній спільноті, наприклад Українській Православній Церкві, а не кожному її канонічному підрозділу окремо.

Правовий статус традиційності присвоюється конфесії не як новій організаційно-правовій формі релігійної організації, а всій сукупності об'єднань, які належать до конфесії.

Підводячи підсумок сказаному щодо визначення понять «Церква» та «релігійні організації», можна дійти такого висновку та запропонувати внести зміни до Проекту Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», а саме: «Релігійні організації — це система різновидів організаційно оформлених релігійних об'єднань, що мають управлінські й виконавчі органи, чітку структуру, яка забезпечується змістом релігійної парадигми і культури».

Література

1. Черпій А. М. Релігієзнавство : навч. посіб. / А. М. Черпій, А. І. Лахно. — К. : Вид-во Європ. ун-ту, 2004.
2. Юридический энциклопедический словарь / под общ. ред. В. Е. Крупских. — М. : ИПФРА-М., 2003.
3. Філософський словник соціальних термінів. — Вид. 3-тє, допов. — Х. : Р.И.Ф., 2005.
4. Калинин В. П. Имущества и права религиозных организаций // Педвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. — 2004. — № 1 (18).
5. Суворов П. С. Учебник церковного права / П. С. Суворов ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2004.
6. Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23 квіт. 1991 р. № 987-12 // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 25. — Ст. 283.
7. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія / І. М. Кучеренко ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького ІАІП України. — К., 2004.
8. Проект Закону України від 22.12.2000 «Про свободу світогляду, віросповідання та релігійні організації» (представлений народним депутатом України В. С. Журавським). — Режим доступу : [http:// oracle2.rada.gov.ua](http://oracle2.rada.gov.ua).
9. Куницын И. А. Свобода совести и традиция // Независимая газета. — 2002. — 17 июля.

Анотація

Кривенко Ю. В. Види релігійних організацій. — Стаття.

Запропоновано визначення релігійних організацій. Розглядаються окремі види релігійних організацій за законодавством України, ближнього та дальнього зарубіжжя. Обґрунтовується питання визначення традиційності релігійних організацій.

Ключові слова: релігійні організації, церква, релігійні громади управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства (місії), духовні навчальні заклади.

Summary

Cryvenko Y. V. Types of Religious Organizations. — Article.

The determination of religious organizations is offered. The specific types of religious organizations are examined under the legislation of Ukraine, «near abroad» and «distance abroad» legislation. The question of determination of traditionalism of religious organizations is justified.

Keywords: religious organizations, church, religious communities of management and centers, monasteries, missionary partnerships (missions), spiritual educational establishments.

УДК 347.191.4:347.91/95

С. А. Чванкін

ОСОБЛИВОСТІ ПРЕДСТАВНИЦТВА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Інститут представництва відіграє значну роль у системі процесуально-правових відносин щодо захисту прав та законних інтересів осіб, які беруть участь у справі. Більшість спорів розглядаються судом за участю представників однієї чи обох сторін.

Оновлення і розвиток існуючих галузей права, які інтенсивно змінюються та ускладнюються, поява нових категорій справ зумовлюють складності у їх застосуванні, особливо особами, які не знають тонкощів нормативно-правових

© С. А. Чванкін, 2009

актів. У цих умовах необхідність у професійному представництві є особливо помітною, тому все більшого значення набуває представництво, що здійснюється кваліфікованими юристами на договірних засадах.

До теми представництва в цивільному процесуальному праві зверталися видатні вчені-юристи радянського періоду, такі як С. Н. Абрамов, Б. С. Антімонов, Г. Д. Васильєва, Д. П. Ватман, М. А. Вікут, Е. В. Гусєв, А. В. Добровольський, О. Г. Дріжчаная, В. А. Єлізаров, В. Н. Івакін, І. М. Ільїнська, І. Зайцев, А. Ф. Клейман, Є. Б. Клейн, А. Ф. Козлов, Л. Ф. Лєсницька, А. А. Мельников, В. К. Невзгодіна, Я. А. Розенберг, Ю. С. Червоний, Н. А. Чечина, Д. М. Чечот, М. С. Шакарян, В. М. Шерстюк, М. Й. Штефан та ін. За останній час (з 1991 року) до теми представництва у цивільному процесі з українських та російських вчених звертались: А. А. Власов, В. В. Комаров, Л. Ю. Міхеєва, І. А. Павлунік, М. К. Треушников, Л. Фединак, С. Я. Фурса.

Ціллю цієї статті є аналіз особливостей представництва юридичних осіб у цивільному процесі.

У давньоримському праві без представництва неможливою була б участь у цивільному процесі юридичних осіб, які могли брати в ньому участь тільки через представників. Спочатку римське право визнало за муніципіями право бути позивачами і відповідачами в суді через особливих представників, *actores*, які призначалися для кожного окремого випадку декретом муніципального сенату. Вслід за муніципіями були визнані процесуально правоздатними і приватні корпорації. При цьому наголошувалося, що представник (*actores*) і синдик (директор) діяли в інтересах всієї общини в цілому (Д. 3.4.2.) [1].

Представництво юридичної особи могло бути організовано по-різному: 1) через збір своїх членів (цей випадок згадується в джерелах рідко); 2) через голів цих зборів (*magistri, rectores*) [2, 414]; 3) через особливих посадовців, особливо уповноважених на ведення їх процесів (*actores*); 4) через синдиків міських громад (директорів). Добродійні установи управлялися особами, призначеними засновником або духовною владою.

Римське приватне право визнавало дії представника тільки від свого імені. Зараз таке представництво називається непрямым. Значно пізніше (наприкінці існування республіки) було допущене пряме представництво в суді, що обумовилося, насамперед, ускладненням господарського життя [3, 73].

Практично в усіх пам'ятках Руського права, починаючи з XI ст., можна зустріти положення про захисників у суді, але не про представників у цивільному процесі у тому значенні, що розуміється під цим терміном сьогодні.

За Литовським Статутом представник особи в суді називався «прокуратор», який виконував в основному функції представника у цивільних справах. Прокуратором не міг бути іноземець, а лише громадянин «у Великом Княжестві оселый» [4, 246]. Прокуратор брав участь у справах, що розглядали великокняжі господарські суди, а також громадські та земські.

Третій Литовський Статут 1588 року, який відрізнявся тим, що достатньо багато приділяв уваги регулюванню діяльності прокуратора, встановлював два види процесуального представництва у судах: представництво з повними про-

цесуальними правами та помічника сторони. Свої повноваження в суді прокуратор підтверджував письмовим документом — дорученням («лист поручений», «прокурація») від сторони, належним чином оформленим, тобто власноручно підписаним довірителем та з печаткою. Якщо ж сама сторона брала участь у судовому засіданні, то достатньо було їй усно підтвердити уповноваження нею прокуратора.

У «Правах, по которым судится малороссийский народ» замість «прокуратора» вживається термін «адвокат». Адвокати перед початком своєї адвокатської діяльності давали присягу на доброякісне виконання професійного обов'язку, дотримання етичних і правових норм, збереження конфіденційності, не зволікати справ, не породжувати безпідставних спорів та ін., вони повинні були реєструватися при судах. Уповноваження на участь у справі по Кодексу називалося «вірчос челобитье», «веряще челобитье» або «вірчая», які, як правило, були письмовими. Крім професійних адвокатів Кодекс дозволяв допускати до участі у процесі й непрофесійних захисників — батьків, опікунів, тобто за сучасною термінологією — законних представників [5, 45–56].

У праві Російської імперії, до складу якої належала лівобережна частина України, починаючи з 1840 р. в Україні вводиться єдина система права, і загальнообов'язковим для застосування в судах став Звід законів Російської імперії, що закріплював право будь-якої особи, яка виступала в суді позивачем чи відповідачем, «производить тяжбу и иск через поверенного» [6, 184]. У цивільному процесі діяльність повіреного полягала в «ходженні по делу», тобто в складанні процесуальних паперів та їх подачі, явці до суду, представленні доказів, присутності при розгляді справи [7, 311].

Належну правову регламентацію інститут представництва у суді дістав за «Судовими статутами», затвердженими 20 листопада 1864 р. Було введено інститут повірених, які поділялися на дві категорії — присяжних і приватних.

Присяжними повіреними могли бути особи, які мали вищу юридичну освіту й практичний стаж відповідної судової роботи. Присяжні повірені могли брати на себе представництво в цивільних справах [8, 15].

Приватними повіреними могли бути громадяни, які досягли 18 років, за винятком жінок, які не мали права представляти на суді чужі інтереси.

Що стосується представницької діяльності від імені юридичних осіб, то необхідно зазначити, що нерозвиненість капіталістичних промислових відносин в дореволюційній Росії гальмувала розвиток цього виду добровільного представництва. Законодавство не мало відповідної регламентації участі юрисконсультів в цивільному судочинстві.

У відповідності до ст. 38 ЦПК України сторона, третя особа, особа, яка відповідно до закону захищає права, свободи чи інтереси інших осіб, а також заявники та інші заінтересовані особи в справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника.

Представництво в цивільному процесі — це процесуальна діяльність, яка протікає в межах правовідношення між представником та судом, однієї особи

(представника) від імені та в інтересах іншої особи (яка бере участь у справі), що здійснюється з метою захисту та охорони прав, свобод та інтересів у суді особи, яку представляють, і надання допомоги суду у встановленні дійсних прав і обов'язків осіб, які беруть участь у справі.

Словосполучення «від імені особи, яку представляють», що застосоване у визначенні цивільно-процесуального представництва, певним чином відрізняється від розуміння аналогічного терміна у цивільному праві. У цивільному праві дія від імені іншої особи, поряд з іншим, означає дії, що породжують безпосередній правовий результат для особи, яку представляють [9, 9]. У цивільному ж процесі дії представника безпосереднього результату для особи, яку представляють, не породжують. Представник у цивільному процесі вступає у відносини із судом, а тому його дії безпосередній результат для суду породжують. І тільки за допомогою суду особа, яку представляють, отримує ті чи інші права чи обов'язки.

Представництво від імені юридичних осіб необхідно відрізнити від ведення справ юридичних осіб їх органами. Цивільне процесуальне законодавство не дає чіткого та однозначного розмежування між представником юридичної особи і його органом (законодавець взагалі часто терміни «представник юридичної особи» та «орган юридичної особи» ототожнює). Тому достатньо дискусійним у цивільному і цивільно-процесуальному праві є питання про те, чи слід вважати дії органу юридичної особи діями самої особи, чи це є дії представника.

У доктрині цивільного та цивільно-процесуального права переважає думка, що дії органу юридичної особи — це суть дії самої юридичної особи. Однак існує й інша позиція, згідно з якою органи юридичних осіб належать до представників у власному розумінні цього слова, яка має тепер певне нормативне підґрунтя у положеннях ЦК та ЦПК України.

Згідно зі ст. 38 ЦПК України «юридичних осіб *представляють* їхні органи, що діють у межах повноважень, наданих їм законом, статутом чи положенням, або їх представники».

Стаття 92 ЦК України передбачає, що юридична особа набуває цивільних прав та бере на себе цивільні обов'язки через свої органи, які діють відповідно до закону або установчих документів, а ч. 3 ст. 92 ЦК при цьому встановлює: «Орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язані діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно, й не перевищувати повноважень». Таке формулювання підкреслювало представницький характер дій, який тепер можна вивести з тлумачення зазначених норм, адже діяльність органів юридичної особи розглядається так само, як і діяльність представника.

На представницький характер дій органів юридичних осіб вказує також п. 2 ч. 1 ст. 42 ЦПК України, який передбачає, що повноваження *представників* мають бути посвідчені довіреністю юридичної особи або документами, що посвідчують службове становище і повноваження її *керівника*. Тобто керівник юридичної особи вважається, поряд із представником за довіреністю, представником юридичної особи.

Однак, думається, що визнання органу юридичної особи її представником теоретично невірне, оскільки неминуче веде до висновку про відсутність повної процесуальної дієздатності у юридичних осіб. Органи юридичної особи є її частиною і не виступають самостійним суб'єктом права. Саме тому для участі органу юридичної особи у процесі довіреність не вимагається.

Без своїх органів юридична особа не здатна була б діяти як суб'єкт права. Це дає можливість не ототожнювати органи юридичної особи із самою юридичною особою.

Крім того, ч. 1 ст. 29 ЦПК України указує, що юридична особа наділяється повною дієздатністю, тобто здатністю своїми діями здійснювати права і виконувати обов'язки. Звідси випливає, що компетентний орган юридичної особи, яка бере участь у справі, не займає самостійного процесуального становища, тому що його процесуальні дії — це дії самої юридичної особи.

Вважається, що деякі юридичні особи через свою організаційну структуру також не можуть безпосередньо вести свої справи в цивільному процесі, хоча і не позбавлені дієздатності — юридичні особи, очолювані колегіальними органами управління (правліннями, загальними зборами членів, зборами уповноважених).

Хоча сучасне процесуальне законодавство прямо не забороняє участь у процесі від імені юридичної особи її колегіального виконавчого органу, але зі змісту п. 2 ч. 1 ст. 42 ЦПК України випливає, що від імені юридичної особи можуть виступати особи за довіреністю та її керівник (одноособовий орган). Про колегіальний орган юридичної особи згадки не має, а ч. ст. 38 ЦПК передбачає, що юридичних осіб представляють їхні органи, без вказівки на одноособові органи.

Участь же у справі одного із членів колегіального органу варто розглядати не як участь юридичної особи, а як її представника. Член колегіального органу юридичної особи сам по собі не може замінити цей орган у суді. Повноваження на ведення справи в суді він має не за посадою, а здобуває їх не інакше, як за рішенням колегіального органу.

Не є визначеним процесуальним законодавством і статус учасників юридичної особи. Думається, що необхідні внесення змін до ЦПК України, які аналогічно нормам цивільного права встановлюватимуть можливість ведення в суді справ юридичних осіб їх органами, учасниками або представниками.

Що стосується участі у процесі організацій, що не мають статусу юридичної особи, наприклад, органу опіки і піклування, то вони завжди виступають у процесі через представників.

Представництво від імені держави у цивільному процесі. Держава є особливим суб'єктом цивільного судочинства. Держава не може безпосередньо здійснювати в суді свої права, її інтереси потребують захисту представниками. Це можуть бути прокурор або інші органи державної влади й управління.

Державу представляють відповідні органи державної влади в межах їх компетенції через свого представника. Так, у митних відносинах державу представляє представник митних органів, у податкових — податкових органів.

Іноді важко виявити відповідача у спрах про відшкодування шкоди, що виникла в результаті незаконних дій посадових осіб державних органів. Таке відшкодування реалізується в рамках недоговірною зобов'язання. Суб'єктами зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю посадових осіб, є держава та потерпілий. Заподіювач шкоди — посадова чи службова особа — не є безпосереднім суб'єктом деліктного зобов'язання.

Особливістю зобов'язання відшкодування за шкоду, заподіяну службовими особами державних органів, є те, що шкода відшкодовується державою, АРК, а не особою, дії чи бездіяльність якої призвели до настання шкоди у юридичної чи фізичної особи.

Коли держава виявляється на місці особи, що має відшкодовувати шкоду, вона вимушена виступати «проти себе». Заходи примусу повинні бути застосовані не по відношенню до держави, а направлені на конкретний державний орган або іншу особу, уповноважену виступати від її імені, що впливає з особливої форми представництва держави в цивільному обороті, множинності осіб, виступаючих від її імені.

Тому питання про визначення особи, яка має право представляти інтереси держави в цивільному обороті, але і здатна фактично виконати те, що вказано в судовому рішенні, має велике значення. У цьому випадку особа, чії права порушені, не може напяму звернутися до держави і вимушена шукати уповноваженого представника (відповідний орган або особу), щоб пред'явити відповідні вимоги.

У відповідності до ст. 170 ЦК України держава набуває і здійснює цивільні права та обов'язки через органи державної влади у межах їхньої компетенції, встановленої законом. Тобто держава, будучи єдиним та неподільним суб'єктом, не діє у цивільних правовідносинах безпосередньо, а лише опосередковано через відповідні державні органи чи інших уповноважених осіб, які діють від імені держави та своїми діями створюють для неї цивільні права та обов'язки.

Слід відмітити, що при здійсненні своїх прав та виконанні обов'язків органи держави повинні діяти виключно в межах компетенції. Компетенцією є коло повноважень, а також напрямки діяльності та функції конкретного органу державної влади, які визначаються нормативно-правовим актом.

Так, безпосередньо обслуговування державного бюджету здійснюється Державним казначейством (ст. 48 Бюджетного кодексу України), а загальна організація виконання Державного бюджету покладається на Міністерство фінансів України.

Тому у ролі відповідача у суді від імені держави у справах про відшкодування шкоди за рахунок держави повинні виступати представники відповідних фінансових органів, тобто державне казначейство, фінансові управління, районні фінансові відділи і т.д., однак законодавство чітких орієнтирів з цього питання не дає.

При цьому варто мати на увазі, що суд не має права не прийняти позовну заяву на підставі того, що невірно указаний відповідач.

Пред'явлення фізичними і юридичними особами позовних вимог безпосередньо до державних органів і органів місцевого самоврядування, діями (бездіяльністю) яких заподіяна шкода, не може служити підставою до відмови в прийнятті позовної заяви або до її повернення без розгляду.

Цивільним процесуальним законодавством України не передбачено повернення позову, відправка позову адресату, залишення без розгляду і т.п. — з мотиву неправильної вказівки відповідача, зокрема вказівки неналежного відповідача. Питання про відповідача розв'язується при підготовці справи до судового розгляду.

У зв'язку з відсутністю єдиного універсального відповідача, виступаючого від імені держави, було б правильно закріпити в законодавчому порядку можливість пред'явлення позову безпосередньо до держави України, з подальшим обов'язком суду визначити належний орган або особу, до компетенції яких належить обов'язок виконання заявленої позивачем вимоги.

Стосовно захисту інтересів держави *прокуратурою* слід зазначити, що прокурор може скористатись своїм правом на звернення до суду із заявою про захист інтересів держави у випадках, коли органи виконавчої влади, передусім державного контролю, органи місцевого самоврядування, на які відповідними законодавчими актами покладено обов'язок захищати права та інтереси громадянина, державні або суспільні інтереси, не вживають для цього передбачених законом заходів, оскільки ці інтереси лишаються незахищеними [10, 94].

З урахуванням того, що «інтереси держави» є оціночним поняттям, прокурор у кожному конкретному випадку самостійно визначає із посиланням на законодавство, на підставі порушення матеріальних чи інших інтересів держави, обґрунтовує в заяві необхідність їх захисту і вказує орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних відносинах.

У чинному законодавстві прямо не вирішене питання стосовно можливості представництва прокурором у суді інтересів органів місцевого самоврядування. Місцеві ради, їх виконкоми так само, як і держава, є втіленням публічної влади, відображають публічно-правові інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст. Крім того, інтереси держави та інтереси органів місцевого самоврядування за основними позиціями збігаються [11, 148].

Допуск до процесу представника осіб, указаних у ст. 38 ЦПК України, — це обов'язок, а не право суду, у разі наявності належним чином оформлених повноважень, оскільки особи, яких представляють, мають конституційне право на правову допомогу та цивільно-процесуальне право брати участь у процесі через представника.

Література

1. Дигести Юстиніана : пер. с лат. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М. : Статут, 2002.
2. Хвостов В. М. Система римского права / В. М. Хвостов. — М., 1996.
3. Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. — М., 1997.
4. Статути Великого Князівства Литовського. У 3 т. Т. I. Статут Великого Князівства Литовського 1529 р. / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. — О., 2002.

5. Права, за якими судиться малоросійський народ. — К., 1997.
6. Свод законов Российской империи, повелением Императора Николая I. Т. 10. Ч. 2. Законы судопроизводства и о взысканиях гражданских. — С.Пб., 1857.
7. Организация адвокатуры. В 2 ч. Ч. 1. Очерк всеобщей истории адвокатуры / Е. В. Васильковский. — С.Пб., 1893.
8. Данилов Е. П. Настольная книга адвоката / Е. П. Данилов. — М.: Кнорус, 2004.
9. Невзгодина Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву / Е. Л. Невзгодина. — Томск, 1980.
10. Дунас Т. Участь прокурора у цивільному процесі / Т. Дунас, М. Руденко // Прокуратура. Людина. Держава. — 2005. — № 5.
11. Косюта М. Інтереси громадян і держави як предмет прокурорсько-судового представництва // Юридический вестник. — 2001. — № 1.

Анотація

Чванкін С. А. Особливості представництва юридичних осіб у цивільному процесі. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню особливостей представництва юридичних осіб у цивільному процесі. Крім того, досліджується питання представництва юридичних осіб у римському приватному праві. У статті також аналізується участь у процесі організацій, що не мають статусу юридичної особи. Особливу увагу приділено представництву від імені держави у цивільному процесі.

Ключові слова: представництво, юридичні особи, цивільний процес, представництво держави.

Summary

Chvankin S. A. Features of Representation of the Legal Persons in the Civil Trial. — Article.

The article is devoted to the research of peculiarities of legal entity representation in civil procedure. Furthermore, the question of legal entity representation is examined in the Roman private law. The participation of organizations in the process, which do not have status of legal entity, is also analysed in the article. Special attention is spared for the representation on behalf of the state in civil procedure.

Keywords: representation, legal entity, civil procedure, representation on behalf of the state.

УДК 347.64(477):364.048.6

Ю. Ю. Черновалюк

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЩОДО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПАТРОНАТУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Дитинство — найважливіший період у житті людини, саме в цей час вона формується психологічно, фізично, інтелектуально, набуває всі необхідні вміння та навички. В більшості випадків дитячі роки визначають все подальше життя людини. Традиційно головним інститутом виховання є сім'я.

Причини, через які діти залишаються без батьківського піклування та виховання, різні, але наслідок один — дитина позбувається конституційного права на сімейне виховання, зростає кількість дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Держава намагається вирішити цю проблему за допомогою форм сімейного виховання. Законодавством визначено різні форми державної турботи про дітей, які залишились без батьківського піклування. Це — опіка і піклування, усиновлення, влаштування дітей на виховання в сім'ї громадян (патронат), у будинки дитини, дитячі будинки, школи-інтернати,

дитячі будинки сімейного типу на повне державне утримання. Основною метою діяльності всіх перелічених закладів є створення їх вихованцям необхідних умов для всебічного і гармонійного розвитку, підготовки для самостійного життя і праці.

Актуальність теми обумовлена тим, що протягом останніх років в Україні соціальне сирітство як суспільне явище має постійну тенденцію до зростання. У зв'язку зі складними економічними реаліями, кількість українських сімей, які мають можливість усиновити або встановити опіку над дітьми-сиротами або дітьми, позбавленими батьківського піклування, скорочується, відповідно зростає кількість тих дітей, які потрапляють в установи соціального захисту. Відносно дітей, які залишились без піклування батьків, забезпечення права на виховання в сім'ї означає, що при виборі органами опіки і піклування форм виховання таких дітей перевага надається сімейним формам виховання, в тому числі на умовах договору про патронат.

Патронат як форма влаштування на виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, був предметом дослідження деяких вчених-науковців (Л. М. Зілковської, Л. Міхеевої, С. Я. Фурси та ін.), але залишається актуальним, адже, розглядаючи патронат, можна помітити, що не всі питання врегульовані в Сімейному кодексі України. А саме: поняття патронату, зміст і форма договору про патронат, вимоги до особи патронатного вихователя, з бюджету якого рівня здійснюється плата патронатному вихователю та ін. Це призводить до того, що на практиці виникає багато труднощів щодо застосування цього інституту.

Мета статті полягає у тому, щоб, базуючись на комплексному вивченні та аналізі наукової літератури та чинного Сімейного кодексу України, проаналізувати положення законодавства України про патронат та розкрити проблемні питання, що виникають в теорії та практиці укладання цього договору.

Поняття патронату вперше з'явилося в Сімейному кодексі України, прийнятому Верховною Радою України 10 січня 2002 року. Раніше в нормативних актах застосовувалися формули «прийомна сім'я» та «дитячий будинок сімейного типу». Глава 20 Сімейного кодексу України так і називається «Патронат над дітьми». Вона містить 5 статей (ст. ст. 252–256) [1, 458].

Доцільно звернути увагу на те, що у главі 20 Сімейного кодексу України не міститься визначення патронату. Хоча законодавець регламентацію патронату над дітьми повинен був розпочати саме із розкриття поняття «патронат», оскільки глава 20 іменується «Патронат над дітьми», а у наступних нормах глави 20 Сімейного кодексу України зупинитися на договорі про патронат та його особливостях, оскільки патронат як більш широке поняття не може зводитися лише до договору.

Патронат походить від латинського слова *patronatus*, що у Стародавньому Римі означало форму покровительства (одержання землі, захист у суді тощо), опіку.

Згідно з аналізом норм Кодексу, можна дійти висновку, що патронат над дітьми є однією із форм (альтернативна форма) влаштування дитини-сироти

або дитини, яка позбавлена батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) за плату.

Завданням патронату над дітьми є піклування про дітей-сиріт, їх догляд, створення належних умов їх навчання, виховання, духовного та фізичного розвитку, здійснення захисту їх прав та інтересів до досягнення ними повноліття. Необхідними елементами взаємовідносин щодо патронатного виховання є матеріальне забезпечення патронатним вихователем дитини житлом, одягом, харчуванням [2, 660–661].

Патронат істотно відрізняється від інших форм прийняття дітей на виховання. Від усиновлення — договірним і тимчасовим характером; від опіки і піклування — віковими межами підопічних, порядком та способом оформлення відносин; від прийомної сім'ї та дитячого будинку сімейного типу — способом і порядком передачі дитини, а також кількістю вихованців [1, 458–459].

Особливість даної форми влаштування дітей полягає у тому, що виховання дітей в сім'ях розглядається як праця. Патронатний вихователь отримує від держави гроші на утримання дитини.

На відміну від інших форм сімейного влаштування патронатне виховання є найбільш гнучкою формою. Діти передаються на строк, який є необхідним для дитини, чітко розмежована відповідальність з захисту прав дитини та визначені обов'язки сторін.

Патронатне виховання — це альтернатива усиновленню. Проте усиновлення та подальшого спільного проживання такі сім'ї не виключають. Все ж таки патронатне виховання має бути спрямоване на збереження зв'язків дитини з його біологічними батьками, а за можливості — на з'єднання дитини з рідною сім'єю [3, 192].

Як вже зазначалося вище, специфіка патронату в сімейному праві як правового інституту виявляється в тому, що така передача дитини здійснюється за договором про патронат, а не на підставі адміністративно-правового акта — рішення органу опіки чи піклування. Цей договір укладається між органом опіки і піклування та особою, яка дала згоду взяти дитину на виховання (патронатним вихователем).

Аналізуючи зміст ст. ст. 252–256 Сімейного кодексу України, можна дати таке визначення договору про патронат над дітьми. За договором про патронат над дітьми орган опіки і піклування передає дитину, яка є сиротою або з інших причин позбавлена батьківського піклування, як правило, з врахуванням згоди самої дитини, патронатному вихователю за плату, а патронатний вихователь зобов'язується виховувати і утримувати дитину у своїй сім'ї, захищати її права та інтереси як опікун або піклувальник без спеціальних на те повноважень [4, 260].

В науці існують різні підходи до визначення природи договору про патронат. Одні вважають, що цей договір є цивільно-правовим, інші розглядають його як договір сімейно-правовий, а дехто вважає, що договір про патронат містить у собі ознаки як цивільно-правового, так і сімейно-правового договору [1, 459].

За термінологією договір про патронат над дітьми має багато спільного з цивільно-правовим договором. У ньому застосовуються цивільно-правові терміни: договір; сторони; оплатність; двосторонність тощо. Але за своєю правовою природою цей договір не є цивільно-правовим і на нього не можуть поширюватись положення зобов'язального права, тому що:

по-перше, предметом цього договору є діяльність, пов'язана з вихованням та утриманням дітей, що є сферою регулювання сімейного права;

по-друге, за невиконання умов договору не встановлена цивільно-правова відповідальність у вигляді відшкодування збитків чи інших майнових санкцій;

по-третє, патронатний вихователь за своїм правовим статусом прирівнюється до опікуна (піклувальника) дитини, права та обов'язки якого встановлено не умовами договору, а нормами сімейного чи адміністративного законодавства [4, 260].

На думку деяких вчених, патронат над дітьми — це правовий інститут не тільки сімейного, а й права соціального забезпечення, оскільки за такої форми родинного виховання у повному розумінні цього слова здійснюється соціальне обслуговування біологічних і соціальних сиріт [5, 32].

На сьогоднішній день ще не існує типової форми і змісту договору про патронат. У Сімейному кодексі України вказані лише основні позиції договору в загальному вигляді. Умови утримання дітей, які забезпечуються державою, їх виховання та освіта у сім'ї патронатного вихователя повинні бути максимально наближені до аналогічних умов у типовій батьківській сім'ї, а по забезпеченню дитини — до дитячих інтернатних закладів, відповідати існуючим стандартам виховання та освіти, передбаченими законодавством України [1, 459].

Стаття 252 Сімейного кодексу України не встановлює особливих вимог щодо форми договору. Тобто це означає, що достатньо письмового викладу його умов, підпису сторін та відповідної печатки органу опіки та піклування. Хоча деякі автори пропонують посвідчувати патронатні договори у нотаріальному порядку, щоб нотаріус міг впевнитися, що патронатний вихователь має необхідну житлову площу для виконання договору та відповідає іншим вимогам, які пред'являються до цієї особи як до вихователя, а також, що згода дитини висловлена без примусу і відповідає її дійсній волі.

Зокрема, при посвідченні патронатного договору доцільно аби нотаріус роз'яснив дитині не тільки її особисті немайнові права, а також права, які, можливо, будуть пов'язані з житлом, у якому вона проживає, та майном, яким користується, способи захисту власних прав, якщо патронатний вихователь порушуватиме їх, а саме — звернення до прокуратури, органів МВС, суду, органів опіки та піклування [2, 662].

Слід звернути увагу на те, що законодавство України не містить жодних вимог щодо особи патронатного вихователя, у Сімейному кодексі України нічого не сказано, які вимоги до нього пред'являються та хто може бути патронатним вихователем. Оскільки патронатний вихователь, як зазначено в літературі, є опікуном або піклувальником дитини, тому доцільним є законодавче закріплення положення про те, що патронатними вихователями не можуть

бути особи, які зловживають спиртними напоями, наркотичними засобами, особами, позбавлені батьківських прав, а також особи, інтереси яких суперечать інтересам дитини, тобто особи, які згідно з законом не можуть бути опікунами, піклувальниками дитини (ст. 244 Сімейного кодексу України). Варто було б також, як це передбачено ст. 153 Сімейного кодексу Російської Федерації, встановити, що патронатними вихователями не можуть бути особи, усунені від виконання повноважень опікуна, піклувальника за неналежне виконання покладених на них обов'язків; колишні усиновлювачі, якщо усиновлення скасоване з їх вини; особи, які за станом здоров'я не можуть виконувати обов'язки, пов'язані з вихованням дітей [6, 381].

За аналогією з правами усиновлювача, опікуна або піклувальника така особа не повинна перебувати на обліку або лікуватися у психоневрологічних і наркологічних закладах, мати судимості і, особливо, за тяжкі злочини. Під поняттям «мати судимості» розуміються незняті та непогашені судимості.

Вважається також, що не даремно у законодавстві не встановлено вимоги до освіти, оскільки до вихователя не висуваються вимоги щодо освіти. Це положення можна зрозуміти так, що дитина має виховуватися приблизно як дитина у звичайній сім'ї, а не замінювати реальні сімейні відносини постійним контролем з боку вихователя або формально дипломом [2, 663].

Оскільки основним завданням патронатного вихователя є забезпечення належного виховання дитини, яка передається в його сім'ю, треба було б передбачити, що перед укладенням договору про патронат орган опіки та піклування має обстежувати умови життя майбутнього патронатного вихователя й одержувати від лікувального закладу довідку про відсутність у нього та членів його сім'ї захворювань, що можуть перешкоджати передачі дитини, яка має потребу у патронатному вихованні, у нову сім'ю, тобто йдеться про застосування положень п. 3.3 Правил опіки та піклування [6, 381].

Як вже зазначалося, для передачі дитини на виховання у сім'ю патронатного вихователя необхідна згода дитини, якщо вона досягла такого віку, що може її висловити (ст. 253 Сімейного кодексу України). Це положення відповідає ч. 1 ст. 171 Сімейного кодексу України, відповідно до якої дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї [7, 381].

Слід звернути увагу фахівців на те, що законом у випадку передачі дитини на підставі договору про патронат, як і при усиновленні не встановлена форма згоди дитини на проживання у сім'ї патронатного вихователя. Вважається, що така згода повинна бути надана у будь-якій письмовій формі. Однак ця згода не може мати характер формальності. Треба спромогтися виявити дійсне бажання дитини. Згода дитини не може мати загальний характер, а повинна торкатися конкретної особи і бажання дитини, щоб її на виховання передали саме цій особі.

Не визначено законодавчо також, після досягнення якого віку дитина зможе надати таку згоду. За таких обставин залишається відкритим і питання, хто повинен визначити той момент або вік, при досягненні якого дитина, в силу

своїх фізичних, психічних та розумових здібностей може висловити таку згоду [1, 459–460].

Оскільки положення цієї норми не є імперативним, що така згода є обов'язковою, на думку авторів, це доцільно робити з 14-ти років, коли дитина може свідомо розуміти, про що йдеться, коли є можливість роз'яснити її права, наслідки, які для неї можуть настати у результаті передачі її у сім'ю патронатного вихователя, випадки припинення патронатного договору. Така точка зору авторів додатково обґрунтовується положенням ст. 29 ЦПК, де йдеться про те, що неповнолітня особа віком від 14 років може особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки у суді у справах, що виникають із відносин, у яких вона особисто бере участь, якщо інше не встановлено законом. Тобто дитина, якій виповнилося 14 років, може особисто звернутися до суду про припинення договору про патронат в разі невиконання вихователем своїх обов'язків або якщо між ним та дитиною склалися стосунки, які перешкоджають виконанню обов'язків за договором [2, 666].

Також необхідно звернути увагу на те, що законодавець не уточнює, ким виявляється згода дитини на передачу у сім'ю патронатного вихователя.

Договір про патронат має містити права та обов'язки сторін.

Відповідно до ст. 255 Сімейного кодексу України, патронатний вихователь зобов'язаний:

1. Забезпечити дитину житлом, одягом, харчуванням тощо. Це питання вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням віку дитини, стану її здоров'я, уподобань та занять. Одягом і харчуванням діти повинні бути забезпечені принаймні не гірше, ніж вони були б забезпечені в дитячих будинках чи інших державних закладах подібного типу.

2. Створити дитині умови для навчання, фізичного та духовного розвитку. Ці умови повинні відповідати вимогам Закону України «Про охорону дитинства». Вихователь зобов'язаний забезпечити дитину одягом, харчуванням, шкільним приладдям, книгами, всім тим, що необхідне їй для навчання, фізичного та духовного розвитку.

3. Захищати дитину, її права та інтереси як опікун або піклувальник, без спеціальних на те повноважень [4, 265].

В договорі про патронат повинен міститися обов'язок патронатного вихователя забезпечити догляд за дитиною і лікування, систематичне відвідування лікарів-спеціалістів згідно з медичним рекомендаціями і станом здоров'я дитини.

Патронатний вихователь, як і опікун чи піклувальник, не зобов'язаний утримувати дитину за рахунок своїх, власних коштів. Він зобов'язаний забезпечити дитину всім необхідним за рахунок її майна чи інших, спеціально виділених для цієї мети коштів. Умови і розмір видатків, пов'язаних із безпосереднім виконанням патронатним вихователем своїх обов'язків, повинні бути відображені в договорі про патронат [1, 461].

Автори пропонують три варіанти договорів, залежно від того, за чий рахунок буде здійснюватися утримання, а це у свою чергу впливатиме на роль органу опіки та піклування при укладанні даного договору:

1. За рахунок майна дитини — орган опіки та піклування виступатиме від її імені як законний представник дитини.

2. За рахунок державного бюджету — орган опіки та піклування виступатиме в інтересах держави.

3. За рахунок місцевого бюджету — як представник органу місцевого самоврядування — територіальної громади.

4. Також допускається змішане фінансування [2, 664].

Обов'язком органу опіки і піклування є своєчасна плата за виховання дитини. Адже патронатний вихователь, на відміну від усиновителя, опікуна чи піклувальника, виконує свої обов'язки по вихованню, забезпеченню та утриманню дитини за плату. Розмір такої плати встановлюється за домовленістю сторін при укладанні договору про патронат (ст. 254 Сімейного кодексу України). Необхідно звернути увагу на те, що спеціального законодавчого акта, який би регулював порядок встановлення розміру такої плати поки що немає, хоча було б доцільним встановити певні параметри, в межах яких орган опіки і піклування міг би домовитись з майбутнім патронатним вихователем щодо плати за виховання дитини.

В свою чергу держава, в особі органу опіки і піклування, створює умови і вимагає від патронатного вихователя сумлінної поведінки по відношенню до дитин, аби не допустити набуття діяльністю, що здійснюватиметься на підставі договору про патронат, ознак комерційної.

Слід зазначити, що в Сімейному кодексі України не встановлено з бюджету якого рівня здійснюється плата патронатному вихователю, її розміри чи диференціація, періодичність виплат [1, 460].

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що при укладенні договору про патронат у кожному конкретному випадку повинні обумовлюватися його умови, слід враховувати вимоги, що ставляться до патронатного вихователя, чітко сформулювати предмет договору, права та обов'язки сторін, але насамперед — права та обов'язки патронатного вихователя та передбачені наслідки, за яких такий договір може бути припинений. І хоча укладання договору про патронат має договірний характер, проте головні його положення повинні бути визначені законодавчо, адже дитина, відносно якої укладається договір, знаходиться під охороною держави.

Література

1. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Є. О. Харитонов, О. І. Харитопова, Ю. В. Білоусов [та ін.]; за ред. С. О. Харитопова. — Вид. 2-ге, допов. — Х. : Одиссей, 2008. — 560 с.
2. Сімейний кодекс України : наук.-практ. комент. / за ред. С. Я. Фурси. — К. : Вид. Фурса С. Я. : КНТ, 2008. — 1248 с.
3. Ратмап Е. Я. Устройство в семью как способ защиты прав и интересов детей-сирот и детей, оставшихся без родительского попечения // Вопросы гуманитарных наук. — 2006. — № 1. — С. 188–193.
4. Сімейне право України : підручник / за ред. В. С. Гопанчука. — К. : Істина, 2002. — 304 с.
5. Сташків Б. Види матеріального забезпечення непрацездатних за сімейним законодавством // Підприємство, господарство і право. — 2003. — № 7. — С. 28–32.

6. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. — К. : Істина, 2003. — 464 с.
7. Семейный кодекс Украины : науч.-практ. коммент. / С. В. Кивалов, Ю. С. Червоный, Г. С. Волосатый, О. М. Калитченко. — К. : Всеукр. асоц. издателей «Правова єдність», 2008 — 456 с.

Анотація

Черновалиук Ю. Ю. Деякі проблемні питання щодо правового регулювання патронату за законодавством України. — Стаття.

На підставі аналізу норм Сімейного кодексу України у статті визначено коло проблемних питань, які можуть виникати у практиці застосування патронату над дітьми-сиротами та дітьми, позбавленими батьківського піклування. Автором зазначено умови, що обов'язково необхідно передбачити під час укладання договору про патронат, сформульовано основні вимоги до особи патронатного вихователя, а також обґрунтовано необхідність укладати патронатні договори у нотаріальному порядку.

Ключові слова: сирітство, сімейне виховання, патронат над дітьми, проблемні питання, правова природа договору про патронат, вимоги до особи патронатного вихователя, згода дитини, права та обов'язки сторін.

Summary

Chernovaliuk Y. Y. Some Problem Questions of Legal Regulation of Patronate under Ukrainian Legislation. — Article.

On the basis of analysis of norms of The family code of Ukraine in the article is defined the circle of problem questions, which can arise up in practice of application of patronage above orphans and children, deprived of paternal care. The author notes conditions, that it is necessary to provide for during the conclusion of treaty about patronage, the basic requirements are formulated to the face of patronage educator, and also grounded necessity to conclude patronage agreements in a notarial order.

Keywords: orphanhood, family education, patronage above children, problem questions, legal nature of agreement about patronage, requirement to the person of patronage educator, consent of child, rights and duties of sides.

УДК 347.122-053.6

Ю. А. Дербаківа

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ НЕПОВНОЛІТНІМИ (МАЛОЛІТНІМИ) ОСОБАМИ

Законодавчі акти України надають громадянам особистих, майнових прав та встановлюють порядок і форми їхнього захисту. Визнаючи за особою певні суб'єктивні права, цивільне законодавство надає особі також необхідні можливості для охорони цих прав від порушень. У науці поняттям «охорона цивільних прав» охоплюється вся сукупність заходів, які забезпечують нормальний хід реалізації прав. До правових заходів охорони належать всі заходи, за допомогою яких забезпечується як розвиток цивільних правовідносин в їх нормальному непорушеному стані, наприклад, закріплення цивільної право-, дієздатності суб'єктів, встановлення обов'язків тощо, так і відновлення порушених, невизнаних чи оспорюваних прав та інтересів.

Поряд із таким широким розумінням охорони в науці і в законодавстві

© Ю. А. Дербаківа, 2009

використовується і поняття охорони у вузькому значенні слова. В цьому випадку в нього включаються лише ті передбачені законом заходи, які спрямовані на відновлення чи визнання цивільних прав і захист інтересів при їх порушенні чи оспорюванні.

Насамперед слід звернутися до поняття права на захист із погляду теорії цивільного права. В. П. Грибанов вказує, що «...у цивілістичній науці точної відповіді на це питання не міститься...» [7, 105]. Однак у юридичній літературі дане загальне поняття права на захист, згідно з яким воно виражається як надана правомочній особі можливість застосування мір правоохоронного характеру для відновлення його порушеного чи суперечного права. При цьому слід зазначити, що і це поняття є спірним, оскільки прийнято вважати, що, з однієї сторони, «право на захист є складовою частиною самого суб'єктивного права поряд із правом на власні дії, а також вимагати певної поведінки зобов'язаних осіб», а з іншої сторони, «право на захист являє собою самостійне суб'єктивне право...» [7, 281]. На підтримку першої позиції висловлювалися В. П. Грибанов та С. М. Братусь. Зокрема, В. П. Грибанов у своїй роботі, присвяченій проблемі здійснення і захисту цивільних прав, відзначав, що «... проблема захисту цивільних прав звичайно розглядається у зв'язку з розглядом питання про зміст суб'єктивного права...» [7, 105]. Вважаємо, що такий підхід до вирішення цього питання є найбільш правильним, оскільки в зміст суб'єктивного права включено ряд тих чи інших можливостей, у тому числі «...можливість для правомочної особи здійснювати право своїми власними діями; можливості вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб; і, нарешті, можливості звернутися до компетентних державних чи громадських організацій з вимогою захисту порушеного чи оспорюваного права» [7, 105]. С. М. Братусь при розгляді питання про захист цивільних прав вказує на таке: «Забезпеченість суб'єктивного права можливістю державного примусу — це його невід'ємна якість і така можливість існує не паралельно з іншими, закріпленими в суб'єктивному праві можливостями, а властива їм самим, тому що без цього вони не були б юридичними можливостями...» [4, 73–74]. Безумовно, у наведених підходах до визначення сутності права на захист мають деякі розбіжності, які виражаються в тому, що В. П. Грибанов розглядає право на захист як одну із закріплених у змісті суб'єктивного права можливостей, а С. М. Братусь надає праву на захист самостійне значення, тобто право на захист як би забезпечує можливості правомочної особи здійснювати право своїми діями і можливості вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб. Але при цьому обидва автори переконані в тому, що право на захист є невід'ємним елементом змісту суб'єктивного права.

Як уже було зазначено, у юридичній літературі сформувалося й інше міркування, яке визначає право на захист як окреме суб'єктивне право. Дане припущення було висловлене П. Ф. Єлисейкіним, Е. А. Крашенинниковим, З. В. Ромовською, А. П. Сергєєвим. Зокрема, А. П. Сергєєв обґрунтовує це в такий спосіб: «...Дане право як реальна правова можливість з'являється у власника регулятивного цивільного права лише в момент порушення чи оспорювання остан-

нього і реалізується в рамках виникаючих при цьому охоронних цивільних правовідносин...» [12, 281]. Далі висувається аргумент на підтримку цієї позиції, оснований на тому, що право на захист, виступаючи як самостійне суб'єктивне право, містить у собі можливості здійснення особою власних дій і вимагання уповноваженою стороною певних дій від зобов'язаної особи. А. П. Сергєєв розглядає власну поведінку суб'єкта як «...заходи впливу на правопорушника, ... наприклад, необхідна оборона...» [12, 281], а під правом вимоги виконання певних дій «...заходи впливу, застосовувані до порушника компетентними державними органами, до яких потерпілий звертається за захистом порушених прав» [12, 281]. На нашу думку, такий підхід до проблеми визначення місця права на захист трохи ускладнений. Вбачається, що право на захист не може розглядатися як окреме суб'єктивне право, надане правомочній особі, оскільки логічно більш правильним буде розглядати його, як одну із закріплених у змісті суб'єктивного права можливостей. Це засновано на тому, що із самого змісту поняття суб'єктивного права випливає необхідність віднесення права на захист до елементів суб'єктивного права — під суб'єктивним правом розуміється установлена юридичною нормою міра можливої поведінки учасника правовідносин. Як відомо, суть самого суб'єктивного права ґрунтується в забезпеченій можливості вчиняти ті чи інші дії. У свою чергу, юридично забезпечена можлива поведінка правомочної особи, виходячи з установлених позицій теорії права, ґрунтується на таких формах своєї реалізації: 1) «...можливість правомочної особи поводитися активно», тобто здійснювати дії, як закріплені нормами права, так і не суперечні їм; 2) «можливість вимагати від зобов'язаної особи здійснення активних дій чи стримування від них»; 3) «...можливість звернутися за захистом свого порушеного права, тобто пустити в хід охоронний механізм держави...» [12, 281]. Таким чином, право на захист виступає як одна з наданих правомочній особі правомочностей і повинне розглядатися тільки так.

У юридичній науці має місце і проблема співвідношення понять «охорона» і «відповідальність». З позиції загальнотеоретичних понять, за визначенням В. І. Гоймана «...міри захисту відрізняються від юридичної відповідальності тим, що вони виступають за правопорушення, яка має часто мінімальний ступінь суспільної небезпеки, чи діяння, що являє собою «правову аномалію», незначні відхилення від нормального правопорядку, котрі не набувають характеру правопорушення» [6, 294–295]. Міри захисту розглядаються в юридичній науці як установлений порядок примусу до виконання певних обов'язків без застосування додаткових «позбавлень» до порушника. До таких мір прийнято відносити визнання угоди недійсною з поверненням сторін у початкове становище (двостороння реституція), фактичне виконання умов договору і т.д. Юридична ж відповідальність, також будучи примусовим заходом, передбачає, що особа, котра зробила правопорушення, повинна перетерпіти певні позбавлення майнового характеру, котрі є для винної особи невинними. При цьому слід врахувати, що юридична відповідальність може бути тільки при наявності провини суб'єкта правопорушення. У даному контексті варто зупинитися на існуючому

в юридичній літературі спірному питанні щодо юридичної відповідальності, яке полягає в такому: в якому аспекті розглядати юридичну відповідальність — негативному (ретроспективному) чи позитивному (проспективному). Наприклад, М. С. Строгович убачає, що «вивчення юридичної відповідальності в одному ретроспективному аспекті ... буде однобічним» [13, 78]. Автор вважає, що «можна затверджувати, що юридична відповідальність є насамперед відповідальне ставлення людини до своїх обов'язків, відповідальність за правильне виконання особою покладених на неї законом обов'язків...» [13, 78]. Інший автор, П. Е. Недбайло, вказує, що «...вона (юридична відповідальність — прим.) у всіх випадках містить у собі досягнення позитивних цілей — це відповідальність за успіх у роботі ... у людини відповідальність виникає вже тоді, коли вона приступає до виконання своїх обов'язків...» [11, 50–51]. В. А. Тархов гадає, що юридична відповідальність — це «регульований правом обов'язок відзвітувати за свої дії» [14, 11]. Ряд авторів не убачає вірності в подібних судженнях. Зокрема, Я. М. Шевченко відзначає, що «віднесення так названої «позитивної» відповідальності до правової відповідальності означало б фактично ліквідацію відповідальності як правового інституту, оскільки будь-який рід діяльності можна було б з успіхом вважати такою відповідальністю» [15, 27]. Автори Р. О. Халфіна, О. С. Йоффе та М. Д. Шаргородський, І. С. Самощенко та М. Х. Фарукшин також розглядають юридичну відповідальність як відповідальність за зроблене правопорушення. І. С. Канзафарова, дотримуючись подібної точки зору, крім того вказує, що «юридична відповідальність — це, насамперед, категорія законодавства, що має цілком визначений зміст. Позитивна характеристика, що дається політичній, моральній і іншій формам соціальної відповідальності, непридатна для розкриття сутності юридичної відповідальності» [8, 5]. Вважаємо, що автори, які розглядають юридичну відповідальність з негативної (ретроспективної) позиції, знаходяться на більш правильному розумінні юридичної відповідальності. Відомо, що захист суб'єктивних цивільних прав реалізується за допомогою встановленого законом порядку, що означає використання установленної форми, засобів і способів захисту.

Під формою захисту, за визначенням В. В. Бутнева, прийнято розуміти «...комплекс внутрішньо погоджених організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав і інтересів, які охороняються законом» [5, 10]. В юридичній літературі розглядається дві форми захисту — юрисдикційна і неюрисдикційна. Юрисдикційна форма захисту означає дії компетентних і уповноважених державою органів по захисту порушеного чи оспорюваного суб'єктивного права. Юрисдикційна форма захисту характеризується тим, що можливості її застосування чітко регламентовані законом, зокрема здійснення права на пред'явлення позовних вимог. Також у юрисдикційній формі захисту виділяють «загальний і спеціальний порядок захисту порушених прав» [12, 283] (А. П. Сергєєв). Такий підхід до розподілу ґрунтується на тому, за висловом О. А. Красавчикова, «...яким органом і на яких началах здійснюється вказаний захист» [9, 97]. Перший, тобто загальний порядок означає, що особа, чие право порушене, чи заява вимог про оспорюване право, направляється в судові органи,

до яких слід віднести як суди загальної юрисдикції, так і спеціальні суди, а також третейські суди. Засобом судового захисту виступає, як правило, позов — звернена до суду вимога про виконання правосуддя і звернена до відповідача матеріально-правова вимога про виконання обов'язку, який лежить на ньому, про визнання наявності чи відсутності правовідносин. У ряді випадків крім позову засобом захисту може виступати і заява, наприклад заява щодо справ особливого судочинства. Спеціальний чи, за висловленням О. А. Красавчикова, «особливий порядок» [9, 98] захисту цивільних прав означає адміністративний порядок захисту цивільних прав і інтересів, які охороняються законом. Цей порядок використовується тільки в тих випадках, котрі визначені в законі. Засобом захисту адміністративного порядку захисту є скарга, яка подається відповідному адміністративному органу.

Як видно з наведених характеристик юрисдикційної форми права на захист, його слід розглядати, як пише В. П. Грибанов, «...у єдності його матеріального змісту і процесуальної форми...» [7, 89]. Поеднання процесуальної і матеріальної сторін юрисдикційної форми права на захист виражається в тому, що процесуальна сторона є формою здійснення ставлення матеріально-правових вимог і являє собою, як було зазначено В. П. Грибановим, «...лише одну з форм здійснення суб'єктивного матеріального права...» [7, 89].

До неюрисдикційної форми захисту прийнято відносити дії громадян і організацій по захисту цивільних прав і інтересів, які охороняються законом, котрі здійснюються ними самостійно, тобто без звертання за допомогою до державних чи компетентних органів. Під неюрисдикційною формою захисту розуміється самозахист. Як пише А. П. Сергєєв, «...самозахист цивільних прав з позиції теорії — це форма їхнього захисту, яка допускається тоді, коли потерпілий має у своєму розпорядженні можливості правомірного впливу на порушника, не вдаючись до допомоги судових чи інших правоохоронних органів...» [12, 284]. Із наведеного висловлення випливає досить важлива характерна риса самозахисту — дії потерпілої сторони обов'язково повинні бути правомірними, тобто законом жорстко визначаються межі такої поведінки потерпілої сторони. О. А. Красавчиков виділяє такі риси самозахисту: «а) він здійснюється проти наявного зазіхання на права й інтереси правомочної особи; б) обстановка ... виключає в даний момент можливість звертання за захистом до державних органів; в) самозахист здійснюється насамперед силами самого потерпілого...; самозахист не повинен виходити за межі тих прав, які захищає потерпілий, і не повинен бути відповідним своїми формами посягання...» [9, 98]. І як вірно було відзначено Д. І. Мейером, самозахист застосовується «...як виняток, коли допомога з боку держави може з'явитися занадто пізно...» [10, 301].

При дослідженні питання про способи права на захист необхідно враховувати, що ці способи, за висловленням А. П. Сергєєва, «...неоднорідні за своєю юридичною природою, що також впливає на можливості їхньої реалізації» [12, 286]. У юридичній науці розрізняють міри захисту і міри відповідальності. Їхні відмінності полягають у підставах застосування, соціальному призначенні, принципах реалізації. Міри відповідальності, за загальним правилом,

застосовуються до винних порушників авторського права і виявляються у виді додаткових позбавлень, як то втрата правопорушником прав і покладання на винну сторону визначених обов'язків. Загальновстановленими мірами відповідальності серед цивільно-правових способів права на захист є відшкодування збитків, стягнення неустойки, стягнення незаконно отриманого доходу, компенсація моральної шкоди. Міри захисту можуть застосовуватися і без наявності провни особи, наприклад визнання прав.

Зміст права на захист, тобто можливості уповноваженого суб'єкта в процесі його здійснення, визначається комплексом норм цивільного матеріального і процесуального права, які встановлюють: сам зміст правоохоронних заходів; підстави їх застосування; коло суб'єктів, уповноважених на їх застосування; процесуальний і процедурний порядок їх застосування; матеріально-правові і процесуальні права суб'єктів, щодо яких застосовуються відповідні заходи.

З урахуванням положень цивільного законодавства, можна виділити такі форми захисту цивільних прав:

- 1) судовий захист (здійснюється судом, господарським судом, третейським судом, а також міжнародними судовими установами);
- 2) несудовий захист (здійснюється державними органами, органами місцевого самоврядування, громадськими та іншими організаціями, а також спеціально уповноваженими на те особами, наприклад нотаріусами);
- 3) самозахист за допомогою дій, які вчиняються особою, права якої порушено або можуть бути порушені.

Виходячи із викладеного, визначимо, яким же чином захищаються цивільні права та інтереси малолітніх і неповнолітніх осіб. Однією з найбільш поширених форм захисту майнових прав та інтересів осіб є захист у судовому порядку.

Саме захист цивільних прав у судовому порядку включається до загального порядку захисту цивільних прав. Це положення стосується всіх осіб, незалежно від їхнього віку. Так, відповідно до ч. 1 ст. 15 ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. А у ч. 1 ст. 18 СК України зазначено, що кожний учасник сімейних відносин, який досяг 14 років, має право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу.

Під судовим захистом цивільних прав та інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб слід розуміти здійснювану в порядку цивільного судочинства і засновану на принципах конституційного, цивільного, цивільного процесуального і сімейного права, а також моральних принципах діяльність судів, спрямовану на відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) цивільних і сімейних прав та інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб шляхом застосування передбачених цивільним і сімейним законодавством способів захисту.

Важливу роль у захисті прав та майнових інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб відіграє орган опіки та піклування. Відповідно до п. 1.7. Правил опіки та піклування орган опіки та піклування:

- вирішує питання щодо забезпечення житлом дітей-сиріт, позбавлених батьківського піклування, які закінчили навчально-виховні заклади і не мають житла;

- вживає заходів щодо захисту особистих і майнових прав малолітніх і неповнолітніх і осіб, які перебувають під опікою (піклуванням);
- бере участь у розгляді судами спорів, пов'язаних із захистом прав дітей і осіб, що перебувають під опікою (піклуванням);
- установлює опіку над майном у передбачених законом випадках.

Самозахист цивільних прав розрахований на таку неординарну ситуацію, коли в силу особливих умов, за яких вчиняється посягання на цивільні права, забезпечити їх захист в загальному чи спеціальному порядку неможливо. Способи самозахисту вибираються самою особою, або вони можуть бути встановлені договором чи актами цивільного законодавства (ст. 19 ЦК України). Так, відповідно до ч. 3 ст. 1038 ЦК України у правочинах щодо майна, переданого в управління, які вчиняються у письмовій формі, вказується на те, що вони вчинені управителем. У разі відсутності такої вказівки управитель зобов'язується перед третіми особами особисто.

Таким чином, для неповнолітніх (малолітніх) осіб застосовуються всі заходи щодо захисту цивільних прав, передбачених дійсним законодавством України, з урахуванням особливостей щодо правового становища вказаних осіб.

Література

1. Конституція України, прийнята Верховною Радою України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Цивільний кодекс Української РСР. Затверджений Законом Української РСР від 18 липня 1963 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1963. — № 30. — Ст. 463; Офіційний текст зі змінами і доповненнями за станом на 1 січня 1994 р. // Право України. — 1993. — № 11–12.
3. Цивільний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2003. — К. : Юріком Інтер, 2003.
4. Братуєв С. П. Юридическая ответственность и законность: (Очерк теории) / ВПНИ советского законодательства. — М. : Юрид. лит., 1976. — 215 с.
5. Бутнев В. В. Механизм защиты субъективных гражданских прав : сб. науч. тр. / Ярослав. гос. ун-т ; редкол.: В. В. Бутнев (отв. ред.) и др. — Ярославль : ЯрГУ, 1990. — 163 с.
6. Гоймап В. И. Правонарушение и юридическая ответственность // Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. — М. : Юрист, 1999. — 520 с.
7. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. — М. : Статут, 2000. — 410 с.
8. Капзафарова И. С. Гражданско-правовая ответственность. (Основные положения) / И. С. Капзафарова. — О. : Астропринт, 1998. — 74 с.
9. Красавчиков О. А. Гражданское правоотношение. Советское гражданское право : учебник. Т. 1 / под ред. О. А. Красавчикова. — М. : Высш. шк., 1985. — 544 с.
10. Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. — М. : Статут, 2000. — 831 с.
11. Недбайло П. Е. Система юридических гарантий применения правовых норм // Правоведение. — 1971. — № 3. — С. 50–51.
12. Сергеев А. П. Защита гражданских прав / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1998. — 632 с. — (Гражданское право : учебник ; т. 1).
13. Строгович. Сущность юридической ответственности // Советское государство и право. — 1979. — № 5. — С. 72–78.
14. Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву / В. А. Тархов. — Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1973. — 456 с.
15. Шевченко Я. П. Правовое регулирование ответственности несовершеннолетних / Я. П. Шевченко. — К. : Наук. думка, 1976. — 189 с.

Анотація

Дербакова Ю. А. Загальнотеоретичні аспекти захисту цивільних прав неповнолітніми (малолітніми) особами. — Стаття.

У статті робиться спроба визначити основні аспекти захисту цивільних прав неповнолітніми (малолітніми) особами як повноправними учасниками цивільних правовідносин. Визначається, що захист цивільних прав неповнолітніми (малолітніми) — це їх суб'єктивне право, а також визначаються форми захисту цивільних прав неповнолітніми (малолітніми).

Ключові слова: цивільні права неповнолітніх (малолітніх) осіб, форми захисту цивільних прав, учасники цивільних правовідносин.

Summary

Derbakova Y. A. General Theoretic Aspects of the Minor Persons Civil Rights Protection. — Article.

In the article we can see an attempt to define the main aspects of the protection of a civil law, made by the persons who are under age (juvenile) as the full participants of the civil legal relation. It is said in the article, that the defence of the civil laws for those, who are under age (juvenile), this is their right; also are determined the forms of the defence of civil rights for the under age persons (juvenile).

Keywords: civil rights of minor persons, forms of civil rights protection, civil relation subjects.

УДК 347.67

Н. В. Черногор

ПРОБЛЕМА СТРОКУ ПРИЙНЯТТЯ ТА ВІДМОВИ ВІД ЗАПОВІДАЛЬНОГО ВІДКАЗУ

У сучасних умовах становлення ринкової економіки зростає значення спадкування взагалі і спадкування за заповітом. Зміст заповіту становлять розпорядження заповідача відносно його майнових прав та обов'язків. До особливих заповідальних розпоряджень за Цивільним кодексом України 2003 року (далі — ЦК) належить заповідальний відказ (легат). Відповідно до ст. ст. 1237, 1238 ЦК України, заповідач має право покласти на спадкоємця за заповітом виконання певного майнового зобов'язання на користь особи (відказоодержувач, легатарій), зазначеної заповідачем [1, 878].

До цієї проблеми звертались багато радянських, російських та українських вчених в різні періоди, такі як: В. К. Дроніков, В. І. Серебровський, М. В. Гордон, О. А. Красавчиков, В. А. Гаджиев, Є. О. Харитонов, Ю. О. Заїка, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, З. В. Ромовська, Є. О. Рябоконт, В. В. Васильченко, Л. В. Шевчук та багато інших.

Суб'єктами правовідносин заповідального відказу є спадкоємець, обтяжений відказом, і відказоодержувач, на користь якого відказ вчиняється [2, 130]. Таким чином, у основі заповідального відказу полягають зобов'язальні відносини між спадкоємцем, на якого покладено виконання відказу, та відказоодержувачем, маючого право вимоги виконання відказу. В даних відносинах відказоодержувач (легатарій) виступає в ролі кредитора, а спадкоємець є боржником.

Заповідальний відказ як особливе розпорядження заповідача може виникнути лише у разі заповіту. Він органічно пов'язаний із заповітом, тобто недійсність заповіту зумовлює і недійсність заповідального відказу [3, 129]. Заповідальний відказ — це односторонній правочин всередині іншого одностороннього правочину — заповіту [4, 935]. Отже, якщо заповіту немає, спадкоємець за законом ніколи не може бути обтяжений заповідальним відказом.

Виникає проблема з питання про строк прийняття та відмови від заповідального відказу та межі його дії. Тобто в який термін він може бути виконаний. Чинне законодавство не містить прямих вказівок на вирішення цього питання, ним лише визначено, що заповідальний відказ втрачає чинність у разі смерті відказоодержувача, що сталася до відкриття спадщини (ст. 1239 ЦК) [5, 94].

Для того щоб з'ясувати це питання, потрібно зупинитися на питанні початку строку, а саме з якого терміну (моменту) у відказоодержувача виникає право на придбання заповідального відказу, та у спадкоємця, обтяженого відказом, виникає обов'язок виконати цей відказ.

Більшість вчених вказує, що строк на пред'явлення вимог відказоодержувачем до спадкоємців, обтяжених відказом, слід вважати загальний строк позовної давності. Але з якого саме моменту починати відрхувати перебіг строку позовної давності, існують дві протилежні думки: з моменту прийняття спадщини [6, 94] чи з моменту її відкриття [7, 156–158; 8, 166].

Як вже було відмічено, підставою виникнення заповідального відказу є заповідальне розпорядження спадкодавця, але одного заповідального розпорядження не досить для придбання права вимоги. Відповідно до ч. 4 ст. 1238 ЦК України «відказоодержувач має право вимоги до спадкоємців з часу відкриття спадщини». Часом відкриття спадщини за цивільним законодавством вважається «день смерті особи або день, з якого вона оголошується померлою» (ч. 2 ст. 1220 ЦК).

Отже, першою умовою набуття заповідального відказу є вимога, щоб відказоодержувач пережив момент відкриття спадщини (ст. 1239 ЦК), другою умовою є прийняття спадщини спадкоємцем, частка спадщини якого обтяжена заповідальним відказом.

З моменту відкриття спадщини відказоодержувач в силу тільки одного факту смерті спадкодавця набуває окрім права прийняти заповідальний відказ також і право на відмову від нього. Заповідальний відказ — це пропозиція, звернена до відказоодержувача, та від волі відказоодержувача залежить прийняти або відмовитися від зробленої йому спадкодавцем пропозиції. Як зазначає Л. В. Шевчук воля така може бути виражена в межах загального строку позовної давності (три роки) [8, 168].

Оскільки відомо, коли б не відбулося прийняття спадщини, спадщина вважається належною спадкоємці з моменту її відкриття (ч. 5 ст. 1268 ЦК), вимоги про виконання заповідального відказу відказоодержувач може пред'явити до спадкоємця протягом загального строку позовної давності в три роки (ст. 257 ЦК), рахуючи з моменту відкриття спадщини.

У ЦК України не йдеться про допустимість в заповіті визначення терміну виконання відказу, виходячи з цього спадкодавець може вказати в заповіті термін виконання спадкоємцем відказу. Також термін може бути визначений вказівкою на яку-небудь подію (наприклад, тимчасове користування житлом до закінчення навчання в університеті). У такому разі право на пред'явлення позову і перебіг терміну позовної давності починають обчислюватися з настанням терміну або з настанням умови, зазначеної у заповіті [2, 134].

Якщо момент виконання відказу не обумовлений настанням певного терміну, то строк виконання буде визначатись моментом витребування відказоодержавуча здійснити заповідальний відказ.

Незважаючи на те, що згідно з ч. 4 ст. 1238 ЦК України відказоодержувач має право вимоги до спадкоємців з моменту відкриття спадщини, але насправді належне йому право вимоги він може реалізувати тільки з моменту, відколи спадкоємець, частка якого обмежена відказом, прийме спадщину. На думку Л. К. Буркацького, до прийняття спадщини спадкоємцями право вимоги ідеально існує, але відсутній відповідальний суб'єкт (боржник), на якого покладено виконання заповідального відказу [5, 110]. Так саме вважає і В. К. Дроніков: суб'єктом цього права відказоодержувач насправді може ставати тільки пізніше, а саме з часу прийняття спадкоємцем спадщини, оскільки тільки з прийняттям спадщини спадкоємець набуває прав і несе обов'язки [6, 94]. Є. О. Рябоконт вважає, що з часу відкриття спадщини відказоодержувач може лише заявити спадкоємцеві про свій намір реалізувати вимогу, яка впливає із відказу, проте виконання даної вимоги відбудеться тоді, коли спадкоємець за заповітом прийме у спадщину майно, за рахунок якого має виконуватись відказ [9, 96].

У разі невиконання спадкоємцями обов'язків з передачі майна чи невиконання інших дій, відказоодержувач має право подати позов з вимогою примусового виконання зобов'язання лише після того, як спадкоємець прийме спадщину. До цього моменту право відказоодержувача ще не вважається порушеним і право на позов не виникає. Право вимоги до спадкоємця щодо виконання заповідального відказу відказоодержувач отримує в момент відкриття спадщини, а право на позов для захисту цього права — з моменту відмови спадкоємця, який прийняв спадщину, обтяжену заповідальним відказом, виконати це розпорядження.

На нашу думку, коли б не відбулося прийняття спадщини, спадщина вважається належною спадкоємці з моменту її відкриття (ч. 5 ст. 1268 ЦК), вимогу до спадкоємця, який прийняв спадщину, але намагається ухилитися від виконання заповідального відказу, відказоодержувач може пред'явити протягом загального строку позовної давності в три роки (ст. 257 ЦК). Даний строк відраховується з дня відкриття спадщини.

Право на прийняття заповідального відказу виникає у відказоодержувача з часу відкриття спадщини, причому для його виникнення ніяких дій з боку відказоодержувача не вимагається. Стаття 1271 ЦК України передбачає, якщо відказоодержувач протягом шести місяців з часу відкриття спадщини не

відмовився від заповідального відказу, вважається, що він його прийняв, саме шляхом пасивної поведінки (мовчазної угоди). Набуття права на відказ здійснюється автоматично в силу закону (відкриття спадщини), якщо відказоодержувач буде живим на цей момент. Але це не означає, що відказоодержувач, дізнавшись про відкриття спадщини, не може звернутися до нотаріуса із заявою про прийняття заповідального відказу. Для забезпечення реалізації свого права доцільно повідомити нотаріуса про прийняття заповідального відказу протягом шести місяців [5, 110]. Викладене дає підставу для висновку, що коли відказоодержувач не знав ні про зміст заповіту, ні про відкриття спадщини, але він мовчить протягом встановленого строку (ст. 1271 ЦК), вважається, що відказоодержувач відказ прийняв. Диспозитивність у здійсненні свого права дозволяє відказоодержувачеві відмовитися від певного права у будь-який час.

Аналізуючи ч. 4 ст. 1238 та ст. 1271 ЦК, можна дійти висновку, що пасивна поведінка відказоодержувача та умови ст. 1271 ЦК можуть призвести до того, що відказоодержувач буде вважатися таким, що прийняв заповідальний відказ, навіть тоді коли реально ніяких дій для користування відказом він не здійснюватиме. Отже уявляється, що обов'язком спадкоємців є надання заповідального відказу, але «примусити» відказоодержувача його прийняти вони не в праві [10, 1001].

Підбиваючи підсумок, зазначимо, що строк дії заповідального відказу повністю залежить від волі заповідача. Отже у разі відсутності у заповідальному відказі вказівки на строк його дії, відказоодержувач набуває права на безстрокове користування ним, якщо він не відмовиться від свого права. Але це не повинно так бути, аби спадкоємець частка якого обтяжена відказом, перебував у невизначеному стані.

Ми згодні із точкою зору Є. І. Фурси, який пропонує визначити та прямо зазначити в законі строк з питань про прийняття або відмови від заповідального відказу [11, 143], та С. Я. Фурси, на думку якої потрібно встановити термін, який має спонукати відказоодержувача використати своє право або відмовитися від нього [12, 46].

Враховуючи все викладене, можна зробити висновки, що моментом виникнення вимоги про виконання заповідального відказу слід вважати момент відкриття спадщини, якщо термін виконання відказу не встановлений у заповітному розпорядженні. Також, що право на відказ набувається, як і право спадкування, з моменту відкриття спадщини. Право вимоги про виконання заповідального відказу відказоодержувач може пред'явити до спадкоємців протягом строку позовної давності (ст. 257 ЦК України), рахуючи з моменту відкриття спадщини. Якщо спадкоємцем у заповіті був призначений термін виконання відказу або настання події, у такому разі право на пред'явлення позову і перебіг терміну позовної давності починають обчислюватися з настанням терміну або з настанням умови, зазначених у заповіті. Крім того, також доцільно встановити строк прийняття та відмови від заповідального відказу та межі дії заповідального відказу.

Література

1. Цивільне та сімейне право України : підручник / за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубсової. — К. : Правова єдність, 2009. — 968 с.
2. Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток : монографія / Ю. О. Заїка. — 2-ге вид. — К. : КІПТ, 2007. — 288 с.
3. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник / З. В. Ромовська. — К. : Алетта : КІПТ : ЦУЛ, 2009. — 264 с.
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. — Вид. 2-ге, змін. і допов. / за ред. В. М. Коссака. — К. : Істипа, 2008. — 992 с.
5. Буркацький Л. К. Спадкове право України: теорія, коментарі, практика, зразки заяв : навч. посіб. для студент. вищ. навч. закл. / Л. К. Буркацький. — К. : Ін Юре, 2008. — 384 с.
6. Дроников В. К. Последственное право Украинской ССР / В. К. Дроников. — К. : Вища шк., 1974. — 158 с.
7. Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву / В. И. Серебровский. — М. : Статут, 1997. — 567 с. — (Серия «Классика российской цивилистики»).
8. Шевчук Л. В. Заповіт як підстава виникнення правонаступництва в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Л. В. Шевчук. — К., 2001. — 223 с.
9. Заїка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябокоп. — К. : Юрінком Інтер, 2009. — 352 с.
10. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. Т. 2 / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), П. С. Кузнецова, В. В. Луця. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 1088 с.
11. Фурса С. Я. Спадкове право. Теорія і практика : навч. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. — К. : Атіка, 2002. — 496 с.
12. Спадкове право: Потаріат. Адвокатура. Суд : наук.-прак. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко [та ін.] ; за заг. ред. С. Я. Фурси. — К. : Вид. Фурса С. Я. : КІПТ, 2007. — 1216 с.

Анотація

Черногор Н. В. Проблема строку прийняття та відмови від заповідального відказу. — Стаття.

Стаття присвячена спеціальному розпорядженню заповідача відносно його майнових прав і обов'язків — заповідальному відказу. У разі відсутності у заповідальному відказі вказівки на строк його дії, відказоодержувач набуває права на безстрокове користування ним, якщо він не відмовиться від свого права. Але це не повинно так бути, аби спадкоємець, частка якого обтяжена відказом, перебував у невизначеному стані. Пропонується визначити і прямо зазначити в законі строк з питань про прийняття або відмови від заповідального відказу.

Ключові слова: спадщина, заповіт, заповідальний відказ, строк.

Summary

Chernogor N. V. Problem of Term of Acceptance of Testamentary Gift. — Article.

The article covers a special prescription of the testator regarding his/her property rights and duties, i.e. the devise. Failing the devise validity indication the legatee acquires the unlimited accommodation right provided he/she does not waive it. The legatee whose part of the inheritance is burdened with the devise shall not be in the state of uncertainty. The proposition is to define and introduce the time limits for the devise reception or rejection into the law.

Keywords: inheritance, will, devise, time limits.

ХАРАКТЕР ТА СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ МАЙНОВИХ ВІДНОСИН У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Намагання гармонізувати цивільне право в рамках права ЄС все ще мають вигляд фрагментарної гармонізації з метою попередження викривлень у конкуренції або усунення бар'єрів у торгівлі або коли гармонізація цивільного права є частиною окремої «політики» Співтовариства. По суті, такий стан речей є поміркованим варіантом, проміжним між повною відокремленістю європейських національних правових систем та перспективною ідеєю Європейського кодексу приватного права. Метою цієї публікації є визначення характеру та тенденцій регулювання цивільних майнових відносин в рамках ЄС, зокрема, сфери регулювання, рівня та характеру правових приписів.

Одне з чільних місць у праві ЄС за своїм значенням, питомою вагою та впливом займає правовий інститут права компаній (корпоративне право ЄС). Цей інститут всебічно досліджено у вітчизняній літературі [1], але треба взяти до уваги, що він стоїть на порозі реформування. Деякі дослідники вельми критично ставляться до ситуації, коли директива, що набрала чинності, починає заважати подальшим національним реформам, які можуть виглядати як такі, що суперечать праву ЄС щодо компаній [2, 180]. Отже, незважаючи на досягнутий високий рівень у дослідженнях, інститут права компаній ЄС потребує подальшого інтенсивного вивчення.

Більшість директив з права компаній базується на ст. 44 (2g) Договору про заснування Європейського Співтовариства (надалі — ДзЄС) [3, 4–140], яка покладає на Раду та Комісію «координацію до тої міри, яка необхідна для захисту інтересів членів та інших осіб, заходи самозахисту компаній чи фірм держав-членів, відповідно до положень другого пункту статті 48, беручи до уваги забезпечення рівноцінності таких заходів у рамках Співтовариства». Метою правового регулювання діяльності компаній ЄС є створення спільних правових рамок для організації приватних осіб. Основоположним у регулюванні є принцип вільного руху осіб, на якому, у свою чергу, ґрунтується принцип «свободи бізнесового заснування». Ця «свобода», у свою чергу, впливає з загального правового принципу внутрішнього ринку ЄС — взаємного визнання. У ст. 293 ДзЄС передбачається, що держави-члени «за необхідності, вступають у переговори одна з одною з метою забезпечити... взаємне визнання компаніями чи фірмами, відповідно до положень частини другої статті 48, збереження прав юридичної особи у випадку перенесення їх місцезнаходження з однієї країни до іншої та можливість злиття між компаніями чи фірмами, які керуються законами різних країн». Згідно зі статтею 48 ДзЄС, компанії чи фірми, які засновані у відповідності до законодавства будь-якої держави-члена, зареєстроване місцезнаходження, центральний офіс та основна підприємницька діяльність яких знаходяться всередині Співтовариства, прирівнюються з точки

зору права на заснування та економічну діяльність до фізичних осіб, що є громадянами держав-членів. При цьому, згідно з частиною другою статті 48 ДзЄС, під «компаніями або фірмами» розуміються компанії і фірми, які засновані згідно з цивільним або комерційним правом, а також інші юридичні особи, що підлягають регулюванню в рамках приватного чи публічного права, за виключенням неприбуткових юридичних осіб. Отже, принцип свободи бізнесового заснування стосується й юридичних осіб, зокрема компаній.

На сьогодні поки що залишається діюча структура цього інституту, яка включає дві групи законодавчих актів — ті, що гармонізують, і ті, що уніфікують, причому спостерігається тенденція до підвищення ролі процесів уніфікації. Група, що гармонізує, представлена десятьма директивами, які видавалися з 1968 р. (їх кількість не збігається з порядковою нумерацією). Остання «Тринадцята директива» про придбання акцій або часток при поглинанні була прийнята 21 квітня 2004 р. [4, 12–23]. Група, що уніфікує, представлена регламентами, які пропонують форми компаній на рівні законодавства ЄС. Вони надають альтернативну можливість створення компанії, що має «наднаціональний» правовий статус. Так, у 2004 р. набрав чинності регламент Ради від 8 жовтня 2001 р. про статут для європейської компанії [5, 1]. Поняття компаній включає також кооперативні товариства (ст. 48 ДзЄС). На «союзному» рівні правове регулювання їх діяльності презентовано Регламентом від 22 липня 2003 р. про статут для європейського кооперативного товариства (набрав чинності 18 серпня 2006 р.) [6, 1].

Йде поступовий розвиток європейського інституту неспроможності, хоча дві підписані конвенції з цього питання поки що не набрали чинності. На Європейському континенті цей процес має ознаки уніфікації [7, 99]. Важливою частиною інституційного законодавства ЄС з цих питань є Регламент Ради від 29 травня 2000 р. про процедури неспроможності [8, 1–18], який набрав чинності 31 березня 2002 р., прийшовши на заміну двостороннім та багатостороннім угодам між країнами-членами ЄС. Він застосовується до колективних процедур неспроможності, що тягнуть за собою повне або часткове позбавлення боржника його прав та призначення ліквідатора.

Останнім часом поширюється активність ЄС з метою відповіді на виклики нової технології та комерційних інновацій, зокрема комп'ютерних технологій, які породжують серйозні проблеми відповідності праву інтелектуальної власності — захист комп'ютерного програмного забезпечення та захист баз даних. З іншого боку, як зазначається в літературі, по суті авторське право (копірайт) було витіснено до сфери послуг. Створення відео- та у меншій мірі компакт-дисків означало, що оренда результатів авторського права перетворюється у форму використання. Проте національне законодавство деяких країн-членів надавало власнику копірайт контроль за орендою копій його творіння, в той момент, коли інші не надавали, а це призвело до того, що запис, який колись було продано, може бути зданий в оренду покупцем за плату без посилань на авторське право власника. Іншою була проблема скоординувати різні напорування регламентів та бюрократичний контроль за мовленням, відкрити

можливість вільного транслювання. Ці проблеми було вирішено засобами «вторинного» законодавства ЄС [9, 103–135]. В результаті активної діяльності європейських інституцій сформовано новий потужний правовий механізм щодо прав інтелектуальної власності, який було узагальнено Директивою Європейського парламенту та Ради ЄС від 29 квітня 2004 р. про реалізацію прав інтелектуальної власності [10, 45–85].

Закріплення регулювання контрактних цивільних майнових відносин законодавчими актами ЄС також поки що проявляється лише в певних аспектах та питаннях: захист прав споживачів, захист прав інтелектуальної власності, агентські відносини та ін. Так, сформувалася велика група нормативних актів ЄС з питань державних закупівель. В тих же фрагментарних рамках випрацьовується й прецедентна практика Суду ЄС. Але, разом з тим, законодавче регулювання навіть в окремих напрямках сприяє формуванню єдиної термінології, єдиних правових понять європейського цивільного права, і перш за все — контрактного права. Контрактні відносини регулюються двома інструментами права ЄС — «жорстким» або «м'яким».

Так, оскільки захист споживачів є окремою «політикою» ЄС, в цьому секторі застосовується здебільшого «жорсткий» інструмент. На внутрішньому ринку ЄС діють традиційні «актори» — постачальники товарів, робіт та послуг та їх покупці, причому в ролі останніх виступають або такі ж постачальники, або кінцеві споживачі. В ролі споживачів виступають або фізичні особи, або держава або територіальні чи місцеві владні органи (за якими стоять ті ж фізичні особи-споживачі державних чи муніципальних послуг). Ринкові контрактні відносини, що складаються, поділяються, таким чином, на комерційні («підприємець — підприємець») та споживчі («підприємець — споживач»). Окремо стоять ринкові відносини «підприємець — держава», де держава — член ЄС (чи територіальні або місцеві владні органи) виступає, залишаючись суб'єктом публічного права, рівноправною стороною контракту з приватною особою; ці відносини тяжіють до споживчих, оскільки держава (її органи) не переслідує мети отримання прибутку. Особливе місце займають деліктні відносини «підприємець — споживач».

Гармонізація цивільного права, на думку європейських правників, виступає як частина соціальної політики ЄС, до якої входить споживча політика та право споживачів, зокрема, контрактне та деліктне право споживачів [11, 344, 346]. У сфері захисту прав споживачів прийнято ряд директив, що гармонізують законодавство країн-членів з цього питання: директиви Європейського парламенту та Ради ЄС від 11 травня 2005 р. про нечесну комерційну практику у відносинах «підприємець — споживач» на внутрішньому ринку [12, 22–39], від 25 травня 1999 р. про деякі аспекти продажу споживчих товарів і пов'язані з цим гарантії [13, 12–16], від 19 травня 1998 р. щодо приписів для захисту інтересів споживачів [14, 51–55], від 16 лютого 1998 р. про захист споживача при зазначенні цін на товари, що їх пропонують споживачам [15, 27–31], від 20 травня 1997 р. про захист споживачів відносно контрактів, що укладаються на відстані [16, 19], від 26 жовтня 1994 р. про захист

покупців щодо деяких аспектів контрактів, пов'язаних з придбанням права користування нерухомістю на основі «таймшеру» [17, 83]; директиви Ради ЄС від 5 квітня 1993 р. про нечесні умови у контрактах, що укладаються зі споживачами [18, 29], від 13 жовтня 1990 р. про подорожі, відпустки і тури на пакетних умовах [19, 59], від 22 грудня 1986 р. про зближення законів, підзаконних актів та адміністративних положень країн-членів щодо споживчого кредиту [20, 17], від 20 грудня 1985 р. про захист споживача відносно контрактів, що укладаються поза бізнесовими приміщеннями [21, 31], та ін. Питання якості товарів регулюються директивою Ради ЄС від 25 липня 1985 р. про зближення законів, підзаконних актів та адміністративних положень країн-членів щодо відповідальності за неякісні товари [22, 29–33]. Зокрема, нею уніфіковано поняття «школа» як термін права захисту споживачів. Це один з прикладів намагання уніфікувати цивільно-правову термінологію в умовах відсутності загальносоюзного цивільного кодексу. Можна також відзначити пов'язану з питаннями захисту споживачів групу директив щодо реклами: від 31 березня 1992 р. про рекламу медичних товарів [23, 13], від 3 жовтня 1989 р. про координацію деяких положень, встановлених законами, підзаконними або адміністративними актами у країнах-членах стосовно ведення діяльності з телевізійного мовлення [24, 60], від 10 вересня 1984 р. щодо зближення законів, підзаконних актів та адміністративних положень у країнах-членах стосовно реклами, що уводить в оману [25, 17], стосовно реклами і спонсорування тютюнових виробів [26] та ін.

Пакетами «жорстких» норм права ЄС представлено регулювання поставки товарів і послуг для державних потреб та низки інших питань. Поряд з наявністю великих нормативних блоків регулюються й окремі питання цивільних відносин. Це, наприклад, директиви Європейського парламенту та Ради ЄС від 29 червня 2000 р. щодо боротьби з затримками платежів за комерційними правочинами [27, 35–37], від 27 січня 1997 р. щодо транскордонних кредитних трансферів [28, 25–30], від 13 грудня 1999 р. про електронний підпис в рамках Співтовариства [29, 12], від 8 червня 2000 р. про деякі правові аспекти послуг інформаційного суспільства, зокрема електронної торгівлі, на внутрішньому ринку ЄС [30, 1–16]; директивами Ради ЄС від 22 червня 1987 р. про координацію законів, підзаконних актів та адміністративних положень щодо страхування витрат правового характеру [31, 77–80], від 10 листопада 1992 р. про координацію законів, підзаконних актів та адміністративних положень щодо прямого страхування життя (Третя Директива щодо страхування життя) [32, 1–27], від 18 грудня 1986 р. про координацію законів країн-членів щодо самостійних комерційних агентів [33, 17–21]. З контрактними відносинами пов'язані директиви Європейського парламенту та Ради ЄС від 15 грудня 1997 р. щодо обробки персональних даних та захисту приватного життя у телекомунікаційному секторі [34, 1–8] та від 24 жовтня 1995 р. про захист індивідумів при обробці персональних даних та про свободу руху таких даних [35, 31–50].

Варто відзначити, що, незважаючи на подекуди фрагментарний характер, законодавче регулювання з боку інституцій ЄС навіть в окремих напрямках

сприяє формуванню єдиних правових понять європейського цивільного права, і перш за все — уніфікованого права комерційних контрактів. Крім того, поступово проявляється тенденція до врегулювання законодавством ЄС всього спектра комерційних контрактних відносин.

Звертають на себе увагу практика та перспективи застосування «м'якого» інструменту уніфікації норм, що регулюють «горизонтальні», контрактні відносини цивільно-правового характеру. Ідея Європейського кодексу приватного права та Європейського цивільного кодексу, яку було висунуто ще у 70-х рр., набула розвитку в доктринальних «ілюстративних» проектах цивільного кодексу. На перших порах доктринальна розробка кодексу обмежувалася загальними принципами у сфері договірних права, причому було сформовано структуру та зміст деяких принципів [36, 3].

Серед доктринальних проектів особливо визначним вважається проект, розроблений групою правознавців під керівництвом данського професора О. Ланде, але замість розробки Європейського єдиного торгового кодексу, що передбачалася спочатку, проект обмежився принципами європейського договірних права (Principles of European Contract Law — PECL), застосовними як взагалі, так й щодо комерційних контрактів. Крім загальних положень, проект визначив структурні розділи («книги»): контракти та інші юридичні акти; контракти та неконтрактні права та зобов'язання; особливі контракти; некомерційне втручання; недоговірна відповідальність за шкоду; безпідставне збагачення; передача рухомих речей; забезпечення рухомими речами; трасти [37]. PECL розроблялися з урахуванням Принципів міжнародних комерційних контрактів UNIDROIT [38] (із змінами), але на відміну від останніх — стосовно не тільки комерційних, а й інших «транскордонних» контрактів. Разом з тим стало з'являтися все більше розробок, розрахованих на окремі види договірних правовідносин [39].

Незважаючи на квазінормативний характер подібних проектів, вони мають суттєве практичне значення. Так, у контексті українського законодавства (ст. 627 ЦК України) сторони (наприклад, українська і «європейська») є вільними у визначенні умов договору, а отже, можуть використати PECL у якості погодженого взірця. PECL можуть також виступати у якості допоміжного інструмента для українських нормотворців та суддів. У вітчизняній літературі слушно підкреслюється необхідність повнішого врахування принципів UNIDROIT [40, 244]. Такий же підхід можна застосувати й до PECL.

Поширеною в ЄС є практика залучення до розробок провідних правознавців та інших фахівців, що покликані організовувати подальшу роботу та формулювати як результати розробок, так й концептуальні положення на майбутнє. Європейська комісія запропонувала чотири основних варіанти щодо ініціатив ЄС з контрактного права: 1) ніякої активної дії з боку ЄС; 2) забезпечення розробки принципів спільного контрактного права, що веде до більшої конвергенції національного законодавства країн-членів; 3) підвищення якості діючого законодавства країн-членів; 4) прийняття нового всестороннього законодавства на рівні ЄС [41]. Згодом Європейський парламент прийняв резолюцію від

15 листопада 2001 р. «Зближення цивільного та комерційного права», у якій підкреслив необхідність продовжувати гармонізацію контрактного права з метою спростити здійснення транскордонних правочинів в рамках внутрішнього ринку ЄС та забезпечити правовий захист (параграф 6) [42, 540]. На розвиток прийнятих рішень Європейською комісією 12 лютого 2003 р. прийнято План дій «Більш когерентне Європейське контрактне право», де ще раз підкреслюється значення більш зв'язаних норм контрактного права, а також сполучення не-регуляторних та регуляторних заходів для подолання у відносинах внутрішнього ринку ЄС існуючих бар'єрів, що виникають від несумісності національного законодавства країн-членів та амбівалентності правової термінології. Було поставлене завдання запровадити три види заходів: 1) підвищити єдність *acquis* (тобто правового надбання) ЄС у сфері контрактного права; 2) забезпечити опрацювання єдиної для ЄС загальної термінології контрактного права; 3) надалі вивчити питання — чи проблеми у царині європейського контрактного права потребуватимуть розв'язок, що не мають секторальної специфіки, зокрема таких розв'язок, як нормативний «опційний інструмент» [43].

Одним з останніх документів Європейської комісії з гармонізації в цілому контрактного права є Комюніке від 11 жовтня 2004 р. «Європейське контрактне право та перегляд *acquis*: шлях уперед» [44]. У цьому документі уперше офіційно поставлено завдання розробити спільний рамковий довідковий документ (Common Frame of Reference — CFR), який має містити чітку термінологію, основоположні принципи та ув'язані між собою правила контрактного права, створені на базі *acquis* та кращих варіантів розв'язання проблем, що їх знайдено в рамках правопорядку країн-членів ЄС. Крім того, поставлено завдання продовжити опрацювання на майбутнє «опційного інструменту», яким можна було б користуватися за бажанням сторін правовідносин як альтернативою колізійному застосуванню національного законодавства країн-членів, та встановлено «параметри» такого опрацювання. При цьому Європейська комісія висловила застереження про відсутність з її боку намірів пропонувати «Європейський цивільний кодекс» (параграф 2.3 Комюніке).

В руслі проекту CFR Дослідницькою групою з Європейського цивільного кодексу, починаючи з 2006 р. випущено шість з чотирнадцяти томів під загальною назвою «Принципи європейського права», присвячених різним частинам цивільного права. Група дослідників під керівництвом професора Крістіана фон Бара підготувала шість томів розробок тексту та коментарів проекту SFR. Публікації в рамках CFR мають основною метою служити «комплектом інструментів» при підготовці пропозицій як для перегляду існуючого *acquis*, так й для розроблення нових інструментів. У рамках CFR викладаються спільні фундаментальні принципи контрактного права та виключення з цих принципів за наявності певних обставин (наприклад, обов'язкові правила як виключення з принципу свободи договору; специфіка укладення договору із «слабкою стороною»), визначаються «абстрактні правові терміни», зокрема пов'язані з *acquis*: визначення контракту, заподіяної шкоди тощо, а також «пояснення», наприклад, щодо того, коли контракт вважається укладеним. Відведено

певне місце «модельним правилам». Є розділи щодо контракту, переддоговірних зобов'язань, зокрема, зобов'язань інформаційного характеру, виконання та невиконання зобов'язань, множинності дебіторів та кредиторів, відступлення права вимоги, заміни боржника, трансферу контракту, давності, спеціальних правил договорів купівлі-продажу та договорів страхування. Викладено правила щодо продаж, сервісних контрактів, комерційних агентів, франчайзингових та дистрибуторських контрактів, безпідставного збагачення, лізингу тощо.

Незважаючи на скептичну позицію Європейської комісії щодо створення кодексу, у Комітеті Європейського парламенту з внутрішнього ринку та захисту споживачів продовжують схвально ставитися до ідеї створення у майбутньому Європейського зобов'язального кодексу або навіть «повнорозвинутого» Європейського цивільного кодексу [45]. Але поки що наразі розробка контрактного права «м'яким» інструментарієм активно просувається здебільшого в напрямку споживчого права, зокрема, в напрямку вдосконалення вже існуючого *acquis*, наприклад, з питання тягаря доказування (параграф 5.6 Додатку I до «Зеленої книги» з огляду споживчого *acquis*) [46]. Поступовість у підготовці Європейського цивільного кодексу, залучення до розробки широкого кола експертів (*stakeholders*), коли в результаті видаються офіційні документи «м'якого» права, та оприлюднення аналізу їх позицій означає підвищення рівня демократії, «деполітизацію» процесу створення кодексу, що підвищуватиме рівень його легітимності на момент прийняття [47, 675–697].

«*Acquis*» ЄС включає не тільки нормативні положення, а й практику в рамках судової системи ЄС, що її запроваджено рішеннями Суду ЄС та Суду першої інстанції, оскільки ці рішення є обов'язковими для всіх суб'єктів права ЄС. Предметна компетенція Суду ЄС не пов'язана звичайними рамками компетенції інститутів ЄС. Його прецедентна практика має справу із значно ширшим діапазоном цивільних відносин через преюдиціальну процедуру надання національним судам країн — членів ЄС висновків про відповідність законодавству ЄС будь-яких цивільно-правових відносин.

Перш за все, Суд ЄС гармонізує практику тлумачення і застосування термінів, понять і категорій національного права країн-членів. Так, Х. Міклітц та С. Везеріл наводять як приклад справу, коли питання виникло у зв'язку з неналежною якістю двигунів, що їх було поставлено фірмою Sulzer SA фірмі Alsthom Atlantic SA та згодом поставлено, у свою чергу, голандській компанії. Основною проблемою стала ст. 1643 Французького цивільного кодексу, згідно з якою продавець «відповідає за будь-які приховані дефекти, навіть і тоді, коли він про них не знав, якщо тільки у цьому випадку не було обумовлено, що він не приймає на себе ніякого гарантійного зобов'язання». У своїй судовій практиці Касаційний суд Франції інтерпретував цю статтю як незаперечну презумпцію того, що виробник або торговець знає про будь-які дефекти проданих товарів. Цієї презумпції можна уникнути тільки тоді, коли контракт укладено з торговцем, що діє у тій самій спеціалізованій галузі. В процесі розгляду справи в національному суді Sulzer SA висунула заперечення, що судової практики, подібної до практики Касаційного суду Франції, немає в жодній державі — члені ЄС

і що така практика спотворює конкуренцію на ринку ЄС та стає на заваді вільному рухові товарів. Комерційний трибунал Парижу звернувся з преюдиційним запитом до Суду Європейських Співтовариств щодо інтерпретації статей 2,3(f), 34 та 85(1) Договору про заснування Європейського Економічного Співтовариства (у редакції, що діяла на той час). Суд у відповіді на запит зазначив, що вказані статті Договору мають бути інтерпретованими як такі, що не забороняють застосування судової практики країн — членів ЄС, яка, не дозволяючи особам, що продають товари шляхом торгівлі, доказувати, що на дату поставки товарів вони не знали про дефекти цих товарів, має ефект попередження того, щоби вони спиралися на положення національного законодавства, що дозволяє їм обмежувати їх відповідальність у випадку, коли вони не знали про дефект, таким же чином, як й їх конкуренти в інших країнах-членах. Іншими словами, судову практику у комерційних справах Касаційного суду Франції було в даному випадку визнано такою, що суперечить законодавству Співтовариств [48, 365], а отже, останнє мало бути застосованим в силу свого верховенства.

Не можна не погодитися з А. С. Довгертом, що процеси та результати гармонізації приватного права в Європі мають служити не тільки за орієнтир, а й бути одним із джерел кодифікації цивільного права в Україні [49, 66]. При цьому треба мати на увазі й нові європейські підходи останніх років, серед яких відзначається, зокрема, запровадження практик саморегулювання та спільного регулювання; більший рівень децентралізації; полегшення транс-кордонної діяльності для фізичних осіб та компаній [50]. Отже, у процесі наближення законодавства України до правових умов внутрішнього ринку ЄС варто брати до уваги, що реалії сьогодення ставлять перед *acquis* ЄС нові завдання розвитку у ринковій сфері, в тому числі завдання формування основ «наднаціонального» регулювання цивільно-правових відносин.

Література

1. Кібеко О. Р. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України / О. Р. Кібеко. — Х. : Страйк, 2005. — 432 с. ; Кібеко О. Право товариств (company law): порівняльно-правовий аналіз *acquis* Європейського Союзу та законодавства України / О. Кібеко, А. Пепдак Сарбах. — К. : Юстипан, 2006. — 496 с.
2. Villiers C. Harmonization of Company Laws in Europe — With an Introduction to Some Comparative Issues // *European Business law* / Ed. by Geraint G. Howells. — Dartmouth : Aldershot, Brookfield, 1996.
3. Treaty Establishing the European Community // *European Union Law. Selected Documents*. — St. Paul, MN : West Group, 2002. — P. 4–140.
4. Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids // *Official Journal of the European Union*. — 2004. — L. 142. — P. 12–23.
5. Council Regulation N 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) // *Official Journal of the European Communities*. — 2001. — L. 294. — P. 1.
6. Council Regulation N 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) // *Official Journal of the European Union*. — 2003. — L. 207. — P. 1.
7. Бірюков О. М. Гармонізація законодавства про неспроможність в Європі // Корпоративне право СС : навч. посіб. — К. : ІМВ КІПУ ім. Т. Шевченка, 2004.
8. Council Regulation 1346/2000/EC of 29 May 2000 on insolvency proceedings // *Official Journal of the European Communities*. — 2000. — L. 160. — P. 1–18.

9. Prime T. *European Intellectual Property* // *European Business law* / Ed. by Geraint G. Howells. — Dartmouth : Aldershot, Brookfield, 1996. — P. 103–135.
10. Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights // *Official Journal of the European Union*. — 2004. — L. 157. — P. 45–85.
11. Micklitz H. *European economic law* / H. Micklitz, S. Weatheril. — Ashgate, Dartmouth : London, Brookfield, 1997.
12. Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) № 2006/2004 of the European Parliament and of the Council // *Official Journal of the European Union*. — 2005. — L. 149. — P. 22–39.
13. Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees // *Official Journal of the European Communities*. — 1999. — L. 171. — P. 12–16.
14. Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests // *Official Journal of the European Communities*. — 1998. — L. 166. — P. 51–55.
15. Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers // *Official Journal of the European Communities*. — 1998. — L. 080. — P. 27–31.
16. Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers // *Official Journal of the European Communities*. — 1998. — L. 080. — P. 27–31.
17. Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis // *Official Journal of the European Communities*. — 1994. — L. 280. — P. 83.
18. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts // *Official Journal of the European Communities*. — 1993. — L. 95. — P. 29.
19. Council Directive 90/314/EEC of 13 October 1990 on package travel, package holidays and package tours // *Official Journal of the European Communities*. — 1990. — L. 158. — P. 59.
20. Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit // *Official Journal of the European Communities*. — 1987. — L. 42. — P. 48 ; 1998. — L. 101. — P. 17.
21. Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises // *Official Journal of the European Communities*. — 1985. — L. 372. — P. 31.
22. Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products // *Official Journal of the European Communities*. — 1985. — L. 210. — P. 29–33.
23. Council Directive 92/28/EEC of 31 March 1992 on the advertising of medicinal products for human use // *Official Journal of the European Communities*. — 1992. — L. 113. — P. 13.
24. Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities // *Official Journal of the European Communities*. — 1989. — L. 298. — P. 23 ; 1997. — L. 202. — P. 60.
25. Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising // *Official Journal of the European Communities*. — 1984. — L. 250. — P. 17.
26. Directive 1998/43/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products // *Official Journal of the European Communities*. — 1998. — L. 213.
27. Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions // *Official Journal of the European Union*. — 2000. — L. 200. — P. 35–38.
28. Directive 97/5/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 1997 on cross-

- border credit transfers // Official Journal of the European Communities. — 1997. — L. 043. — P. 25–30.
29. Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures // Official Journal of the European Union. — 2000. — L. 013. — P. 12.
30. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') // Official Journal of the European Union. — 2000. — L. 178. — P. 1–16.
31. Council Directive 87/344/EEC of 22 June 1987 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to legal expenses insurance // Official Journal of the European Communities. — 1987. — L. 185. — P. 77–80.
32. Council Directive 92/96/EEC of 10 November 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance and amending Directives 79/267/EEC and 90/619/EEC (third life assurance Directive) // Official Journal of the European Communities. — 1992. — L. 360. — P. 1–27.
33. Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of laws of the Member States relating to self-employed agents // Official Journal of the European Communities. — 1986. — L. 382. — P. 17–21.
34. Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector // Official Journal of the European Communities. — 1998. — L. 024. — P. 1–8.
35. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data // Official Journal of the European Communities. — 1995. — L. 281. — P. 31–50.
36. Erp S. Codifying European Civil Law: From a General Hard Law to a Sector-Specific Soft Law Project? // European Journal of Civil Law. — 2003. — Vol. 7.1, March. — P. 3.
37. Principles of European Contract Law. Parts I and II / Ed.: O. Lando, H. Beale. — The Hague; London; Boston: Kluwer Law, 2000; Principles of European Contract Law. Part III / Ed.: O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmerman. — The Hague; London; New York: Kluwer Law, 2003; Принципы Европейского договорного права (дополненная и пересмотренная версия 1998 г.) // Журнал международного частного права. — 1999. — № 1 (23). — С. 40–70; Принципы Европейского договорного права // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 2005. — № 3 (148), март. — С. 124–177; № 4 (149), апр. — С. 152–177; European Civil Code. Illustrative draft of possible structure, especially for Books I to III (Revised after meeting of Structure Group on 8-th and 9-th November 2004). — Режим доступа: <http://www.sgecc.net>.
38. Принципы международных коммерческих контрактов. — М.: МЦФОР, 1996. — 328 с.
39. Erp S. Codifying European Civil Law: From a General Hard Law to a Sector-Specific Soft Law Project? // European Journal of Civil Law. — 2003. — Vol. 7.1, March.
40. Луць В. В. Кодифікація договірної права / Кодифікація приватного (цивільного) права України / В. В. Луць; за ред. А. Довгертта. — К.: Укр. центр правничих студій, 2000.
41. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law. Brussels, 11.07.2001 // COM (2001) 398 final.
42. European Parliament resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States. 15 November 2001 // Official Journal of the European Communities. — 2002. — C. 140E. — P. 540.
43. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council «A more coherent European Contract Law. An Action Plan», Brussels, 12/02/2003. — COM(2003) 68 final.
44. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council «European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward», Brussels, 11/10/2004. — COM(2004) 651 final.
45. Opinion of 25 January 2006 (2005/20022(INI)) of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection for the Committee on Legal Affairs on European contract law and the revision of the acquis: the way forward — www.europa.eu.int.
46. Commission of the European Communities. Green Paper on the Review of the Consumer Acquis. Brussels, 08.02.2007. — COM(2006) 744 final.
47. Hesselink M. W. The Politics of a European Civil Code // European Law Journal. — 2004. — Vol. 10 (6). — P. 675–697.

48. Micklitz H. European economic law / H. Micklitz, S. Weatheril. — Ashgate, Dartmouth : London, Brookfield, 1997.
49. Довгерт А. С. Гармонізація приватного (цивільного) права в Європі // Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгерта. — К. : Укр. центр правничих студій, 2000.
50. A vision for the single market of the 21st century (European Commission). Brussels, 21 February 2007. IP/07/214.- Europa — Rapid — Press Releases. — www.europa.eu.int.

Анотація

Вушняков О. К. Характер та сучасні тенденції регулювання цивільних майнових відносин у Європейському Союзі. — Стаття.

Мета публікації — відображення сучасного етапу розвитку правового регулювання цивільних майнових відносин в рамках Європейського Союзу, зокрема, диференціації регулювання. До різних відносин застосовуються, відповідно, різні інтеграційно-правові методи — уніфікації або гармонізації. Характер приписів також варіюється від імперативного до рекомендаційно-опційного. Нормам наднаціонального рівня регулювання притаманна тенденція до розширення сфери дії за відсутності, проте, перспективи тоталізації та при збереженні вибіркового характеру регулювання.

Ключові слова: Європейський Союз, правове регулювання, наднаціональне регулювання, цивільні майнові відносини, інтеграція, уніфікація, гармонізація, диференціація, «м'яке право»

Summary

Vyshniakov A. S. Character and Modern Tendencies in Civil Property Relations Regulation in European Union. — Article.

The publication reflects up-to-date situation in developing legal regulation of civil property relations within the EU, specifically, differentiation of regulation. Different relations are subject to corresponding different legal integration methods — unification or harmonization. The character of provisions also varies from imperative to voluntary and/or optional. Norms of supranational level are characterized by the tendency towards widening the field of regulation, failing, however, prospects of totalization, and preserving selective character of regulation.

Keywords: European Union, legal regulation, supranational regulation, integration, unification, harmonization, differentiation.

УДК 347.626

Г. М. Ахмач

ВПЛИВ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА НА РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН ЧЛЕНІВ СІМ'Ї

При вирішенні питання про застосування норм ЦК України до сімейних відносин слід виходити з того, що ЦК по своїй суті є кодексом приватного права і регулює відносини з участю приватної особи, тому положення ЦК можуть застосовуватися при регулюванні відносин суб'єктів приватного права, якщо ці відносини не передбачені спеціальним законодавством. Таким чином, норми ЦК можуть застосовуватися в сімейних відносинах за наявності прогалин у сімейному законодавстві, виступаючи своєрідним способом їх ліквідації [1, 25–26].

Сімейним кодексом передбачено, що сімейні відносини також можуть бути врегульовані за допомогою договору, якщо це не суперечить вимогам СК, інших

законів і моральним засадам суспільства (ст. ст. 7, 9 СК). Якщо майнові відносини між подружжям, батьками і дітьми, іншими членами сім'ї і родичами не врегульовані СК, то вони регулюються відповідними нормами Цивільного кодексу, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст. 8 СК).

Особливостям впливу цивільного права на регулювання договірних правовідносин членів сім'ї присвячені наукові роботи таких вчених-юристів, як Є. О. Харитонов [1, 4], В. К. Антошкіна [3], Н. А. Саніахметова [4], О. В. Дзера [5], Н. С. Кузнецова [5], В. І. Борисова [6], І. В. Жилінкова [6] та ін.

На базі теоретичного аналізу наукових робіт і дослідження чинного законодавства автор статті визначає певні відмінності договору в сімейних правовідносинах у порівнянні з його роллю у цивільному праві, конкретизує субсидіарний порядок впливу норм Цивільного кодексу України для регулювання договірних сімейних відносин, а також роль цивільного законодавства як способу для ліквідації прогалин у сімейному законодавстві при регулюванні договірних правовідносин членів сім'ї.

Одним з яскравих прикладів активного впливу норм цивільного права на регулювання сімейних відносин є той факт, що спочатку при розробці проекту Цивільного кодексу «сімейне право» було включено в ЦК як окрема шоста книга; при цьому сім'я розглядалася не як самоцінність, а як частина правового статусу приватної особи. Проте прихильників самостійності сімейного права виявилось значно більше і Сімейний кодекс України не тільки був прийнятий, але був прийнятий на рік раніше Цивільного кодексу (Сімейний кодекс — 10 січня 2002 р., Цивільний кодекс — 16 січня 2003 р.).

Прийняття окремого Сімейного кодексу пояснюється тим, що сімейні відносини не можуть розглядатися як частина предмета цивільно-правового регулювання, що позбавляє сімейні відносини духовності, морально-етичної основи. В сімейному законодавстві шлюб не розглядається як договір, а в шлюбному договорі можуть регулюватися тільки майнові відносини між подружжям, майнові права та обов'язки подружжя як батьків, і не можуть бути врегульовані особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними і дітьми.

Застосування цивільного і сімейного законодавства при договірному регулюванні сімейних відносин базується на особливостях традицій права, існуючих в Україні, — вони відображають вплив і західного, і східного розуміння сутності, завдань і змісту права. «Тоді як загальний статус особи, речові і зобов'язальні права останньої визначаються на основі принципів, властивих західній правовій традиції, яка своєю основою має класичне римське приватне право, регулювання сімейних і спадкових правовідносин ґрунтується на східноєвропейському (візантійському) розумінні сутності відповідних відносин» [1, 9].

Особливості співвідношення Сімейного кодексу України і Цивільного кодексу України найбільш точно вказані в положеннях ст. ст. 7–9 СК, згідно з якими норми Сімейного кодексу повинні тлумачитися і застосовуватися з урахуванням положень Цивільного кодексу, а також особливостей суті сімейних відносин і моральних основ суспільства; норми цивільного законодавства зас-

тосовуються у сімейних відносинах субсидіарно, тобто за умови, що дані відносини не врегульовані Сімейним кодексом.

Цивільний кодекс України (ст. 626 ЦК) визначає договір як домовленість двох або більш сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Таке поняття договору засновано на понятті угоди, оскільки договір є одним з видів угод (згідно з ст. 202 ЦК України угодою визнається дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків). Взаємна угода або угода як домовленість сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних правовідносин, є договором. Тобто будь-який договір є угодою, але не будь-яка угода є договором; договір — це двостороння або багатостороння угода.

Оскільки договір перш за все є категорією цивільного права, то очевидно, що при договірному регулюванні сімейних відносин повинні застосовуватися загальні положення цивільного права про договори (поняття договору, свобода договору, умови договору).

Принцип свободи договору закріплений в ст. ст. 6, 627 ЦК України і передбачає дотримання свободи в укладанні договору, неприпустимості примушення щодо вступу до договірних відносин; можливості вільного вибору особою, охочою укласти договір, майбутнього контрагента; можливості сторін вільно визначати характер договору, який вони укладають (тобто сторони по своєму вибору мають право укладати як договори, передбачені цивільним законодавством, так і такі, які хоча і є не передбачені цивільним законодавством, але не суперечать його загальним принципам); свобода договору також означає можливість сторін вільно визначати умови договору, сторони за власним розсудом визначають його зміст і формують його конкретні умови.

В той же час у договірному праві діють імперативні норми, від яких сторони при укладанні і виконанні договору не можуть відступити за власним розсудом.

Так, відповідно до ст. 6 ЦК сторони мають право укласти тільки такий договір, який відповідає загальним засадам цивільного законодавства; в договорі сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у випадку, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або з суті відносин між сторонами.

Договірні умови залежно від їх юридичного значення підрозділяються на три групи: істотні, звичайні і випадкові.

При укладенні договору обов'язково повинні бути визначені істотні умови, тобто ті умови, за відсутності яких договір не може вважатися укладеним (ст. 638 ЦК). До істотних умов договору закон відносить умови про предмет договору, умови, які визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду. Крім того, до істотних умов можуть бути віднесені також всі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін повинно бути досягнуто згоди. Договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору.

Звичайні умови автоматично набувають чинності з моменту укладення до-

говору і не вимагають погодження сторонами. Ці умови передбачені нормативними актами. Тому якщо звичайні умови прямо не передбачені у договорі, то ця обставина не має наслідком недійсність договору.

Випадкові умови включаються у договір за розсудом сторін; ці умови погоджуються між сторонами з метою відступу від положень диспозитивних норм або уточнення питань, які взагалі не врегульовані законодавством. Відсутність випадкових умов не має наслідком недійсність договору, проте юридичне значення ці умови набувають тільки після того, як вони погоджені сторонами і включені у договір. Якщо зацікавлена сторона доведе, що вона вимагала погодження конкретної випадкової умови, то відсутність даної умови в договорі може спричинити недійсність договору.

Однією з особливостей, характерних і для цивільного договору, і для договору, регулюючого сімейні правовідносини, є принцип свободи договору.

В сімейних правовідносинах, як і в цивільних, неприпустимо примушення щодо вступу до договірних відносин (сторони можуть укласти договір або відмовитися від його укладання); сторони мають нагоду вільно визначати умови договору, які фіксують взаємні права і обов'язки учасників, характер договору (тобто самостійно визначити вид, тип договору, які хоча і не передбачені чинним законодавством, проте і не суперечать йому).

В. К. Антошкіна у своєму дисертаційному дослідженні також доходить висновку про дію принципу свободи договору не тільки у цивільному, але і в сімейному законодавстві, оскільки учасники сімейних відносин можуть на свій розсуд вирішувати питання щодо укладання сімейних договорів; коло договорів з участю членів сім'ї не обмежене, що свідчить про можливість укладання як поіменних, так і непоіменних договорів; сторони можуть на свій розсуд визначати умови договорів; сторони можуть укладати договори, які мають змішаний характер і об'єднують у своїй структурі різні види договорів [3, 9].

Проте в сімейних правовідносинах принцип свободи договору діє в дещо обмеженому варіанті в порівнянні з цивільним правом, оскільки коло суб'єктів договірних сімейних правовідносин обмежене, — укладати договори, регулюючі сімейні правовідносини, можуть тільки особи, вказані в ст. 2, 9 СК України. До них належать подружжя, батьки дитини, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі, відносини між якими регулюються СК; особи, які проживають однією сім'єю, а також родичі за походженням, відносини між якими не врегульовані СК, також мають право врегулювати свої сімейні (родинні) відносини на підставі договору, який має бути укладений у письмовій формі.

Коло договорів також обмежене, оскільки в ст. 9 мова йде про договори, регулюючі виключно сімейні відносини (шлюбний договір; договір подружжя про порядок користування житловим приміщенням; договір між батьками про сплату аліментів на дитину та ін.). Вказані договори можуть бути укладені за умови, якщо вони не суперечать вимогам СК, інших законів і моральним засадам суспільства.

Дотримання положень ст. 203 ЦК, встановлюючих загальні вимоги, дотримання яких необхідне для дійсності угод, обов'язково і при укладанні дого-

ворів, регулюючих сімейні правовідносини. Недотримання вказаних вимог має як наслідок недійсність сімейних договорів з настанням правових наслідків, передбачених ст. ст. 215–326 ЦК.

Особи, передбачені в ст. 9 СК, можуть виступати як самостійні суб'єкти цивільних правовідносин, укладаючи такі договори, як купівля-продаж, перевезення, доручення та ін. У цьому випадку слід керуватися загальними положеннями про співвідношення актів цивільного законодавства і договору (ст. 6 ЦК).

Одним з виявів принципу свободи договору є право сторін за угодою визначати спосіб забезпечення виконання зобов'язань. У ч. 1 ст. 546 ЦК визначений перелік способів забезпечення виконання зобов'язань (неустойка, порука, гарантія, застава, утримання, завдаток), які, як правило, встановлюються угодою сторін у формі окремого договору або як умова основного договору.

Сторони мають право на власний розсуд вибрати будь-який з перерахованих способів забезпечення виконання зобов'язань; крім того, ч. 2 ст. 546 ЦК сторонам надано право в договірному порядку встановити інші види забезпечення виконання зобов'язань. Застосування принципу свободи договору у сімейних правовідносинах дозволяє зробити висновок про доцільність доповнення Сімейного кодексу України окремими статтями, регулюючими способи забезпечення виконання зобов'язань у сімейних правовідносинах, за аналогією з цивільними.

При укладенні договорів з метою врегулювання сімейних відносин, як і при врегулюванні цивільних відносин, необхідним є визначення волі сторін, направленої на встановлення, припинення і трансформацію сімейних правовідносин. Причому воля сторін також повинна бути не тільки взаємною, але і погодженою (збігатися за обсягом і змістом).

Як приклад можна навести ситуацію, виникаючу в договірних правовідносинах між членами сім'ї при укладенні договору про стягнення аліментів, — взаємна воля сторін на укладення аліментного договору ще не означає її збігу, наприклад, щодо розміру і способу стягнення аліментів. Отже, при договірному порядку регулювання сімейних відносин воля сторін також повинна бути взаємною і погодженою.

У цивільному праві України договір розглядається тільки як юридичний факт, пов'язаний із зобов'язаннями.

Як юридичному факту договору властиві такі характерні риси: виявлення волі двох або більш сторін за умови, що волевиявлення сторін, які укладають договір, за своїм змістом повинне збігатися; спільна діяльність сторін, що уклали договір, повинна бути спрямована на досягнення дійсних цивільно-правових наслідків: встановлення, зміна або припинення цивільних прав та обов'язків.

Слід зазначити, що цивілістична концепція договору виключно як юридичного факту не відображає повною мірою багатогранність поняття «договір». Так, на підставі договору можуть виникати, припинятися і трансформуватися не тільки зобов'язання, але і речові правовідносини. Проте самостійність речово-правових договорів у цивільному праві не признається [4, 441].

Крім того, роль договору в реальних взаємостосунках сторін не обмежується правомірними діями, які здійснюються за угодою сторін і спрямовані на встановлення, припинення або трансформацію цивільних прав та обов'язків. Визначаючи зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірних зобов'язання, договір також виступає способом регулювання поведінки сторін у цивільних правовідносинах [5, 633].

За аналогією з цивільно-правовим договором сімейний договір слід розглядати не тільки як юридичний факт (офіційне трактування), але і як спосіб регулювання поведінки його учасників у сімейних правовідносинах, що, на нашу думку, доцільно відобразити у визначенні сімейного договору.

Роль договору у цивільному та сімейному праві має певні відмінності, — у сімейному праві договір має менше значення в порівнянні з його роллю у цивільному праві, оскільки договір у сімейному праві не може бути самостійною підставою для виникнення або припинення сімейних правовідносин, він може бути тільки підставою для зміни сімейних правовідносин (виняток становить договір про патронат).

У результаті реформи сімейного законодавства збільшилася кількість диспозитивних норм, дозволяючих учасникам сімейних відносин самостійно визначати їх зміст за допомогою шлюбних, аліментних та інших договорів.

Зростання ролі диспозитивного методу регулювання в порівнянні з імперативно-дозвільним, за словами М. В. Антокольської, свідчить про зближення сімейного та цивільного права. Проте з даною точкою зору не можна погодитися, оскільки, як справедливо відзначають І. В. Жилінкова, В. І. Борисова, З. Фурса, збільшення диспозитивних норм у сімейному праві не означає процес зближення цивільного та сімейного права, а свідчить про те, що цивільне право має свій інструмент диспозитивного методу регулювання — цивільно-правовий договір, а сімейне — свій сімейний договір, спрямований на створення сім'ї, регулювання сімейних правовідносин, а не на встановлення, зміну або припинення цивільних правовідносин [6, 42–43].

Крім того, в СК України (ст. 8 СК) закріплено положення про те, що норми ГК при регулюванні сімейних відносин застосовуються субсидіарно, тобто у разі неврегульованості сімейних відносин нормами СК, за умови, що це не суперечить суті сімейних відносин.

Таким чином, договір у сімейних правовідносинах має правові підстави для визнання його самостійності в порівнянні з цивільно-правовим, проте при цьому необхідно взяти до уваги істотний вплив цивільно-правового договору як загальноправової бази (принципи, конструкція договору) для створення сімейного договору, а також застосування норм Цивільного кодексу України для регулювання договірних сімейних відносин у субсидіарному порядку.

Література

1. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, Ю. В. Білоусов [та ін.]; за ред. Є. О. Харитонова. — Вид. 2-ге, допов. — Х. : Одиссей, 2008. — 560 с.

2. Гражданский кодекс Украины. — Х. : ЧП «ИГВИИ», 2008. — 376 с.
3. Антошкіна В. К. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук / В. К. Антошкіна. — Х., 2006. — 19 с.
4. Харитонов Е. О. Гражданское право Украины : учебник / Е. О. Харитонов, Н. А. Саниахметова. — Х. : Одиссей, 2004. — 960 с.
5. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, П. С. Кузнецової. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К. : Юріком Інтер, 2005. — 736 с.
6. Сімейне право України : підручник / за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилинкової. — К. : Юріком Інтер, 2004. — 264 с.

Анотація

Ахмач Г. М. Вплив цивільного права на регулювання договірних правовідносин членів сім'ї. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню певних відмінностей договору в сімейних правовідносинах у порівнянні з його роллю у цивільному праві, конкретизації субсидіарного порядку впливу норм Цивільного кодексу України на регулювання договірних сімейних відносин, а також ролі цивільного законодавства як способу для ліквідації прогалин у сімейному законодавстві при регулюванні договірних правовідносин членів сім'ї.

Ключові слова: договір, свобода договору, члени сім'ї, умови договору, сімейні правовідносини.

Summary

Akhmach G. M. Influence of Civil Law for the Agreement Relations of Family Regulation. — Article.

The article is devoted to research of distinctive features of contract in family law relation on comparison from its role in the civil law, specification of influence of norms of the Ukrainian Civil Code on regulation of contractual family relations.

Keywords: contract, freedom of contract, family members, conditions of contract, family law relations.

УДК 347.77.028(477)

С. Ш. Гарсєв

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПАТЕНТНИХ ПРАВ ЗА ДОПОМОГОЮ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ СПОСОБІВ

Патентна система незалежної України є дуже молодою і поки що знаходиться у стані розвитку. Відповідно у процесі становлення знаходиться й система захисту прав патентовласників, у тому числі така її складова, як захист від злочинів. Слід відзначити, що статті, присвячені захисту прав на об'єкти промислової власності з'явилися лише у Кримінальному кодексі України 2001 року. Отже випадки та порядок застосування цих статей викликає багато запитань.

Будь-яка національна патентна система має на меті створення ефективних механізмів захисту прав патентовласників. При цьому повинно бути забезпечено дотримання балансу приватних і публічних інтересів, тобто виключена можливість зловживання правом зі сторони правовласників інтелектуальної власності. При природному для ринкової економіки збільшенні кількості справ про порушення патентних прав значними темпами зростає чисельність справ,

© С. Ш. Гарсєв, 2009

що являють собою у тому чи іншому вигляді добре відоме «зловживання патентом».

Талановиті одинаки і фірми патентують винаходи, корисні моделі, промислові зразки, при цьому їх творчий геній дивним чином створює рішення, які збігаються з раніше відомими об'єктами. Про подібні патенти, які ще іноді називають «сміттєвими» або «тривіальними», вже неодноразово згадувалось у літературі. Існує багато випадків, коли керівники підприємств, керуючи відділами, головні інженери та інші члени керівного складу отримують патенти на продукцію, механізми, прилади, які підприємство випускає не один рік. Не рідко подібні діяння називають «авторським рекетом» [1]. На весь світ прославився онлайн-книжковий магазин Амазон, який запатентував клік мишкою. Не менш відомим є російський «винахідник» Борис Вікторович Моїсєєв, який отримав патенти на банер і Інтернет. Але, мабуть, найбільш відомим автором різноманітних розробок і патентовласником, що проживає на території СНД, є мер Москви Юрій Лужков. На даний час він разом з іншими особами, наприклад його дружиною, має російські патенти на Московську кільцеву автодорогу (МКАД), кулеб'яку, піріжок печений напіввідкритий, кришу стадіону «Лужники», спосіб закваски, деякі форми вилок, ложок та ін. Великі закордонні компанії навіть використовують блокувальне патентування для підризу стратегії виробництва конкурентів. Особливо запекла боротьба ведеться у галузі електронної торгівлі в Інтернеті, що переживає стадію становлення. Як приклад можна навести патент, що отримала фірма Sightsound, яка заявила про виключні права на будь-яке вивантаження музики або відеозаписів із Інтернет [2]. Інша корпорація Time Warner's America Online у 2002 році запатентувала технологію програми обміну миттєвими повідомленнями, до яких належить відома «ICQ». Патент покрив фактично усі основні функції «ICQ», що стало неприємною несподіванкою для конкурентів Microsoft і Yahoo, які мають подібні програми. Адже America Online є володільцем цієї технології і має можливість ініціювати позови проти будь-якої компанії, що створила подібне програмне забезпечення після дати реєстрації цього патенту. Наприклад, на просторі СНД існує аналог «ICQ» — «Агент Mail.ru» [3].

В умовах подібного тотального патентування всього, що можливо, вже постає питання про безпеку усієї держави. Все частіше відомі науковці обговорюють проблему патентної безпеки, несвоєчасне вирішення якої може призвести до багатомільярдних збитків держави і встановлення іноземного контролю над стратегічними підприємствами, у тому числі воєнно-оборонного комплексу [4].

Проте, довести обман патентного відомства при проведенні експертизи і факт лжеавторства у нашій країні надзвичайно важко, на відміну від розвинених західних країн, де все ж таки існує багатий досвід боротьби з подібними фактами, який докладно описав у своїй науковій праці відомий російський фахівець патентної справи В. Ю. Джермакян [5]. Особливості українського законодавства дозволяють лжевинахідникам отримувати патенти і потім значно ускладнити життя конкурентам на законних підставах. Однак продовженням цієї правової конструкції є можливість безкарно притягувати конкурента до кримі-

нальної відповідальності за порушення вищевказаних патентів на винаходи. І вже повним абсурдом здається можливість порушення кримінальної справи і притягнення до кримінальної відповідальності за порушення виключних прав інтелектуальної власності на корисну модель і промисловий зразок, патенти на які видаються явочним порядком.

На наш погляд, існуюча система кримінальної відповідальності за порушення прав, що випливають з патенту, фактично суперечить природі патентного права, Конституції України і, можливо, дія кримінального законодавства в цієї частині може бути припинена шляхом звертання до Конституційного Суду. Спробуємо пояснити свою думку.

Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (Закон про винаходи) передбачає, що порушення прав власника патенту тягне за собою відповідальність, передбачену законодавством України. Законодавство України передбачає за такі діяння цивільну, адміністративну і кримінальну відповідальність. Кримінальна відповідальність за порушення прав на науково-технічні розробки передбачається статтею 177 Кримінального кодексу України [6], яка проголошує, що:

1. Незаконне використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка, топографії інтегральної мікросхеми, сорту рослин, раціоналізаторської пропозиції, привласнення авторства на них, або інше умисне порушення права на ці об'єкти, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі, — караються штрафом від двохсот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий строк, з конфіскацією відповідної продукції та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувались для її виготовлення.

2. Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або завдали матеріальної шкоди у великому розмірі, — караються штрафом від тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років, з конфіскацією відповідної продукції та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувались для її виготовлення.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені службовою особою з використанням службового становища або організованою групою, або якщо вони завдали матеріальної шкоди в особливо великому розмірі, — караються штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від трьох до шести років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого та з конфіскацією відповідної продукції та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувалися для її виготовлення.

При цьому примітка статті 176 КК встановлює, що значний розмір матеріальної шкоди дорівнює сумі, яка у двадцять і більше разів, великий розмір — у двісті і більше разів, а особливо великий — у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Згідно з Законом України «Про

податок з доходів фізичних осіб» неоподатковуваний мінімум доходів громадян у частині кваліфікації злочинів або правопорушень дорівнює розміру податкової соціальної пільги, який встановлюється на рівні п'ятдесяти відсотків мінімальної заробітної плати, встановленої законом на перше січня звітного податкового року [7]. Розмір мінімальної заробітної плати постійно змінюється, але на сьогоднішній день він приблизно дорівнює сумі, що трохи більше 600 грн.

Об'єктивна сторона злочину, який ми розглядаємо, полягає у вчиненні будь-якої дії, пов'язаної з незаконним використанням результатів науково-технічної творчості, або інше порушення права на ці об'єкти права інтелектуальної власності [8, 62].

Для більш детального розгляду проблеми необхідно звернутися до теорії права, у тому числі патентного. З теорії права нам відомі два види відповідальності — правовідновлююча і каральна. Мета першої, характерної для цивільних деліктів, — відновити порушені права (наприклад, відшкодувати заподіяну шкоду). Каральна відповідальність припускає покарання правопорушника та його виховання, а також формування відповідної правосвідомості у суспільстві. До каральних видів відповідальності належать дисциплінарна, адміністративна і кримінальна. При цьому кримінально-правова відповідальність являє собою специфічний вид каральної відповідальності, який застосовується для захисту найбільш важливих суспільних відносин. Теорія права навчає, що кримінальна відповідальність повинна передбачатися законом лише у тих випадках, коли інші види відповідальності неможливо застосовувати через їх неефективність та тяжкість правопорушень, тобто, іншими словами, неможливо за проступки встановлювати кримінальні покарання [9, 245]. Не застосовують кримінальну відповідальність для охорони інтересів, що передбачають цивільно-правовий спір між суб'єктами. Нарешті, найважливішим інститутом кримінальної відповідальності у правовій державі стає презумпція невинності, коли обов'язок слідчого полягає у з'ясуванні і доказу усіх обставин, що становлять об'єктивну і суб'єктивну сторону злочину.

Нагадаємо, що згідно з законодавством патент може бути визнаний недійсним протягом усього строку його дії і навіть після спливу цього строку. Недійсність патенту означає, що цього патенту не існувало зовсім, а не його припинення на майбутнє. Згідно з теорією патентного права патент і права, які надаються їм, є своєрідним договором між автором і державою, направленим на стимулювання технічної творчості. На підставі цього договору автор розкриває суспільству нове, неочевидне і промислово придатне технічне рішення і сплачує мито. Держава надає автору або заявнику, якому автор передав свої права на заявку, право, що затверджується патентом, і зобов'язується це право охороняти як його власність. Цей договір припиняється, якщо патентовласник перестає сплачувати мито або відмовляється від нього, і, головне, договір визнається нікчемним, якщо розкриті автором рішення не відповідали на момент розкриття умовам патентоздатності. Держава розуміє, що перевірити зі стовідсотковою ймовірністю відповідність рішення умовам патентоспромож-

ності неможливо, тому у законодавстві прописана можливість визнання патенту недійсним. Таким чином, це — власність, яка є такою, якщо право на неї ніхто не заперечить.

Припустимо ситуацію, коли декілька громадян організували виробництво нових світильників, які споживають мало енергії і є економічними у використанні. Для цього вони використали опублікований патент. Згодом патентовласник дізнався про це та звернувся до них з вимогою укласти ліцензійну угоду, але вони відмовились. Тоді патентовласник звернувся до правоохоронних органів. Слідчий зібрав докази і, безсумнівно, порушив кримінальну справу, а потім передав її до суду. Суд присудив підприємцям по три роки обмеження волі, керуючись ст. 177 КК. Але згодом, через два роки, до суду був поданий позов про визнання патенту на світильники недійсним. Підставою анулювання патенту стала публікація у маловідомому науковому журналі, докладно описуюча устрій цих світильників з фотографіями і кресленнями, яка була зроблена за багато років до подання заявки на патент. Отже, винахід не відповідає умові новизни і патент анулюється, наслідком чого є можливість використання винаходу будь-якими особами. Виникає запитання, що робити з підприємцями, що знаходяться у місці позбавлення волі? Навіть якщо вони будуть звільнені, хто відшкодує їм роки, проведені у тюрмі, спричинену матеріальну і, особливо, моральну шкоду.

У розглянутій ситуації підприємці свідомо порушували патент. А можлива інша ситуація, коли вони були не згодні з виданим патентом та подали позов про визнання його недійсним, маючи на руках незаперечні докази невідповідності винаходу умовам патентоспроможності або відсутності у патентовласника права на отримання патенту. Однак строки слідства та судового розгляду кримінальної справи можуть бути значно скорішими, ніж розгляд справи відносно дійсності патенту. Згідно з Кримінально-процесуальним кодексом України подання позову до суду про визнання патенту недійсним не буде підставою для зупинення кримінальної справи [10]. Таким чином, особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності при фактичній відсутності складу злочину, але не зможе це доказати.

Отже, об'єктивна сторона злочину полягає у будь-яких діях, пов'язаних з незаконним використанням винаходу. Використанням майнових прав інтелектуальної власності на винахід Закон про винаходи визнає пропонування для продажу у тому числі через Інтернет, продаж, а також імпорт або інше введення в цивільний оборот або зберігання в зазначених цілях продукту, що виготовлений на підставі винаходу. Треба згадати патенти пана Лужкова і не дивуватися, якщо особа після продажу навіть невеличкої партії товару, скажемо, тих самих світильників, стане злочинцем. На письмове попередження патентовласника, можливо, і не буде звернута увага, адже ви реалізуєте ці світильники вже багато років.

Можливо, ця ситуація малоймовірна завдяки незначності проданого. Проте потрапити до тюрми за широке використання загальноновживаних в усьому світі предметів — це вже реальність. Принаймні у Росії такі випадки вже існують.

Так, 17 лютого 2004 року суд Москви визнав генерального директора мережі магазинів «Мир паркета» Сергія Зайцева винним у порушенні патентних прав на виробництво і продаж підлоги, що регулюється, та присудив до двох років позбавлення волі умовно. Окрім цього, суд зобов'язав Зайцева виплатити винахіднику і позивачу Сергію Кардашеву десять з половиною мільйонів рублів за незаконне використання його інтелектуальної власності. Це був перший у російській судовій практиці випадок притягнення до кримінальної відповідальності за порушення патентних прав.

У минулому році прокуратура російської столиці підготувала для передання до суду кримінальну справу по відношенню до громадянина Великобританії Майкла Веллера і двох російських бізнесменів — генерального директора ООО «Интеріос» Валерія Зверева і генерального директора ООО «Кантал» Віктора Зонова. Їх обвинувачують у порушенні патентних прав, а саме у тому, що вони займалися незаконними поставками і встановленням в великих московських компаніях конструкцій фальшстель, правовласниками яких є Сергій Кардашев і Всеволод Глуховцев [11].

В обох випадках мова йде про використання будівельних технологій, які є загальноновживаними в усьому світі, включаючи Україну і Росію. Більше того, ці технології прийшли із Заходу і довгий час використовувалися легально. Однак російський патент на фальшстелі та підлоги, які регулюються, є підставою для вимог до російських «будівельних» підприємців щодо виплати за використання «винаходу». Ті комерсанти, які не згодні виплачувати частку «винахідникам», цілком законно переслідують російські правоохоронні органи. Чи не стане наступною Україна?

Конституція України як найвищу цінність визнає свободу особистості. Введення кримінальної відповідальності за порушення прав, існування яких заперечно у законному порядку, є помилкою. Якщо патент визнаний недійсним, то як суспільство зможе повернути особистості роки, проведені у місцях позбавлення волі, але не через слідчу або суддівську помилку, а через помилку у кримінальному законодавстві. У цьому випадку навіть неможлива компенсація за незаконні дії органів дізнання, слідства чи прокуратури, адже засудили порушників цілком законно. Існуюча в КК України можливість засудження за порушення патентних прав — це пряма помилка закону, який не дозволяє, як процесуально — перевірка патентоздатності винаходу невідомим правоохоронним органам, так і фактично — немає стовідсоткової можливості перевірити патентоздатність винаходу, при судовому розгляді достовірно встановити, чи є патент дійсним.

Таким чином, у суді не може бути достовірно встановлена вина звинуваченого. Можна зробити висновок, що кримінальна відповідальність за порушення патентних прав, передбачена КК України, суперечить ст. 62 Конституції України, яка проголошує: особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням.

У нашому випадку сумнівами щодо вини особи є сумніви щодо дійсності виданого патенту через неможливість охопити увесь рівень техніки, включаючи факти відкритого використання. Ці сумніви не дозволяють відповідно до Конституції України засудити людину за порушення патентних прав. Засудження за порушення майнових прав на корисну модель і промисловий зразок взагалі можна назвати нонсенсом. Адже існування права на ці об'єкти лише припускається і навіть не перевіряється. І враховуючи заповзятливість наших співгромадян, завтра можна опинитись за ґратами, продаючи звичайні пляшки, ложки, взуття, лампочки, сувеніри та багато інших предметів побуту.

Безперечно, захист прав інтелектуальної власності повинен існувати. Однак такий вид виключних прав, як право на винахід, корисну модель, промисловий зразок може успішно захищатися у рамках цивільного права при умові дійсності таких інститутів цивільного судочинства, як попереднє забезпечення та виконання судових рішень. У випадку порушення рішення суду можливо притягнення до кримінальної відповідальності за злочини проти правосуддя. Це поширена практика іноземного патентного законодавства. Кримінальний захист виключних прав, наданих патентом, у випадку, якщо факт порушення встановлений судом при розгляді цивільного позову, відомий багатьом правовим системам [12]. У цьому випадку такі дії розглядаються як невиконання рішення суду, іншими словами, злочин проти правосуддя. Особливістю українського законодавства є те, що воно дозволяє звертатися з заявою про порушення кримінальної справи проти порушника замість звертання до суду з цивільним позовом.

Закордонна практика також іде шляхом захисту правовідносин з винахідництва, борючись з лжевинахідниками й особами, що розголошують відомості про винаходи. Законодавство кожної країни має свою специфіку, але обман патентного відомства може обернутися значними негативними наслідками для лжевинахідника. Наприклад, у США лише сам винахідник може подати заяву на отримання патенту, тому він підписує клятву, в якій називає себе дійсним і першим винахідником. При таких обставинах доказ того, що він був раніше знайом з сутністю технічного рішення, про винайдення якого дав клятву, утворює склад злочину «лжесвідчення», що належить до категорії тяжких. Окрім цього, незаконне отримання патенту може бути розцінено як кримінально переслідувана монополістична діяльність. Згідно з американським патентним законодавством винахідник зобов'язаний повідомити патентне відомство про відомі йому схожі посилання з рівня техніки, які можуть заперечити новизну чи неочевидність (винахідницький рівень) його винаходу. Як ні дивно, але у Патентному відомстві США неможливо навіть посилатися на п'яту поправку Конституції США, що дозволяє не свідчити проти себе. Якщо факт «неповідом-

лення» на свій винахід буде встановлений, для заявника можуть наступити негативні наслідки аж до відмови у виданні патенту.

Більш чітко кримінальна відповідальність за обман патентного відомства заявником прописана у законодавстві Японії, де подібне діяння віднесено до злочинів «проти держави і засад правопорядку» та карається аж до тюремного ув'язнення. Ця стаття належить до статей публічного звинувачення, тобто для порушення справи не треба заяви потерпілого, а факт обману може бути виявлений у ході перевірки, яка проводиться компетентними державними органами.

Що стосується нашої держави, то ст. 177 КК передбачає відповідальність за привласнення авторства на винахід. Проте зараз вона має більш декларативний характер. Тим більше тягар доказування вини зловмисника лежить на слідчих органах, а доказати привласнення авторства фактично неможливо. Плюсом нашої системи кримінального переслідування лжевинахідників є те, що кримінальна справа за цією статтею може бути порушена не лише за заявою потерпілого. І все ж таки в умовах наростаючої хвилі бажаючих збагатитися за чужий рахунок не було б зайвим законодавцю задуматися про більш діючі засоби захисту від цих осіб.

Література

1. Лисовский А. В. Восьмая статья и интеллектуальный беспредел в России // Патенты и лицензии. — 2003. — № 11.
2. Кравец Л. Г. Патентные войны на «диком» Западе // Изобретательство. — 2000. — № 3.
3. Голодницький О. Властью, данною патентом // Власть денег. — 2005. — № 42.
4. Юсупов Р. М. Наука и национальная безопасность / Р. М. Юсупов. — СПб.: Наука, 2006. — 290 с.
5. Джермакян В. Ю. Спекулятивные заявки, зоптичные патенты и последствия обмана патентного ведомства / В. Ю. Джермакян. — М.: ИИПЦ Роспатента, 2004.
6. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25. — Ст. 131.
7. Про податок з доходів фізичних осіб: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 37. — Ст. 308.
8. Жаров В. О. Захист права інтелектуальної власності в Україні: навч. посіб. / В. О. Жаров. — К.: Ін-т інтелектуальної власності, 2005.
9. Общая теория права и государства: учебник / под ред. В. В. Лазарева. — М.: Юристъ, 1996.
10. Кримінально-процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1961. — № 2. — Ст. 15.
11. Зубарев Е. Л. Когда интеллект бесценен. — Режим доступа: <http://kirichenko-premiya.ru/works.php?id=463>.
12. Залесов А. В. Что необходимо знать при получении претензии о нарушении патентных прав // Интеллектуальная собственность. — 2006. — № 10. — С. 27.

Анотація

Гаресв Є. Ш. Проблеми захисту патентних прав за допомогою кримінально-правових засобів. — Стаття.

У статті розглядаються питання притягнення до кримінальної відповідальності за порушення патентних прав та проблеми, пов'язані з цим. Здійснивши порівняльний аналіз із закордонним законодавством, автор дійшов висновку про те, що при існуванні можливості оспорити у будь-який час дієвість патенту на об'єкт промислової власності притягнення до кримінальної відповідальності за порушення патенту суперечить Конституції України. У такій ситуації завжди будуть існувати сумніви відносно законності виданого патенту, а будь-які сумніви повинні тлумачитися

на користь обвинуваченого. Це особливо актуально в умовах тотального патентування загальноно-ідомих об'єктів та процесів.

Ключові слова: випад, права патентовласника, повизпа, кримінальна відповідальність, порушення патенту.

Summary

Gareev E. S. Problems of Patent Rights Protection with the Criminal Law Measures. — Article.

The questions which are being examined in the article are referred to the bringing to criminal responsibility for the violation of patent rights and problems which are arise. By carrying out analysis with foreign legislation the author comes to conclusion that the existing of opportunity to challenge the validity of patent for industrial property object is the reason for contradictions to the Constitution of Ukraine by bringing to the criminal responsibility for the patent violation. In this situation always will exist doubts about the legality of issued patents, and as we know, all doubts must be counted in defendants favor. This is particularly important on conditions of total patenting of all known objects and processes.

Keywords: invention, patentee rights, novelty of invention, criminal responsibility, patent violation.

Розділ 3

**ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО
СТАТУСУ ОСОБИ**

ПРОБЛЕМИ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА В УКРАЇНІ

Одним з важливих показників стану репродуктивного здоров'я населення є безплідність. Проблема безплідності актуальна в усьому світі, і Україна тут не виняток. На сьогодні 10–15 відсотків українських сімей страждають від безплідності, що можна віднести до прямих репродуктивних втрат [1]. Близько мільйона безплідних пар щодня живуть надією на диво. В лікуванні безпліддя в Україні з 1987 року почали застосовуватись нові репродуктивні технології. Програма сурогатного материнства надає можливість подружжю, яке не має власних дітей через проблеми із здоров'ям, відчувати радість материнства та батьківства шляхом застосування репродуктивних технологій. Проте розвиток науки та техніки в цій галузі випереджає морально-правову адаптацію суспільства до нових досягнень. Через певні етичні, моральні й релігійні переконання дискусії щодо обговорюваної теми не припиняються взагалі. Противники сурогатного материнства вважають, що воно перетворює дітей на товар, а жінку на інкубатор для його виробництва. У результаті одні називають сурогатне материнство бізнесом або торгівлею людьми, інші — дивом і останнім шансом.

Правове забезпечення сурогатного материнства є одним із законодавчо неврегульованих й найскладніших питань у галузі сімейного права України. Його актуальність обумовлена відсутністю достатнього нормативного регулювання здійснення процедури сурогатного материнства в Україні та необхідністю вирішити проблеми, що виникають на практиці при реалізації програми сурогатного материнства.

Сьогодні до проблеми сурогатного материнства прикуто значну увагу як збоку науковців (здебільшого медиків, психологів), так і ЗМІ. Вчені-юристи, як правило, дискутують з приводу його юридичної природи або правових наслідків [2, 170; 3, 120; 4]. ЗМІ зосереджують увагу на морально-етичних та фінансових аспектах питання [5; 6], всесвітня мережа наповнена багатьма пропозиціями щодо сурогатного материнства, в той час як звичайний українець, як правило, навіть не розуміє його сутності та не відрізняє від штучного запліднення.

Існування розбіжностей у розумінні сутності сурогатного материнства викликає необхідність виявлення проблемних питань та встановлення особливостей їх вирішення правом окремих держав з метою подальшого вдосконалення сімейного законодавства України та правової освіти суспільства.

Нормами чинного законодавства України не визначено поняття сурогатного материнства, воно існує лише в суспільних відносинах, пов'язаних із сучасними репродуктивними технологіями. З медичної точки зору сурогатне материнство передбачає перенесення ембріона, отриманого заплідненням яйцеклітини біологічної матері — дружини спермою біологічного батька — чоловіка, в порожнину матки іншої жінки та виношування дитини, яка є біологічно «чу-

жою» для жінки. В перекладі на медичну термінологію така процедура називається екстракорпоральне запліднення та може здійснюватися лише у спеціалізованих медичних закладах високо кваліфікованими спеціалістами [7]. Із правової точки зору під сурогатним материнством розуміють «запліднення жінки шляхом імплантації ембріона з використанням генетичного матеріалу подружжя з метою виношування і народження дитини, яка в подальшому буде визнана такою, що походить від подружжя, як правило, на комерційній основі на підставі відповідного договору між подружжям та сурогатною матір'ю» [8, 72].

Таким чином, сутність сурогатного материнства полягає у тому, що запліднена яйцеклітина пересаджується до організму генетичне сторонньої жінки, яка виношує і народжує дитину не для себе, а для бездітного подружжя.

Перша дитина, яку народила сурогатна матір, з'явилася в Англії в 1978 році. Щодо програми сурогатного материнства на Україні, то вперше вона була реалізована 1995 року в Харкові (сурогатною матір'ю стала жінка, яка виносила дитину своєї доньки, в якій була вроджені патології матки). Сьогодні Україна є одним із визнаних центрів сурогатного материнства у світі (зокрема, комерційного). Натомість ставлення до легалізації сурогатного материнства у різних країнах досі лишається різним. Практично в усій Європі сурогатне материнство заборонене, дозволене лише в Англії та Греції. У США на нього дали згоду в деяких штатах. Так, наприклад, у Німеччині спроба імплантувати ембріон жінці, яка у наступному має намір відмовитися від дитини, є злочином, відповідальність за який несе лікар, який здійснив операцію із пересадки ембріона. У Норвегії, Іспанії, Швейцарії дозволено лише некомерційне сурогатне материнство. У Канаді сурогатне материнство дозволене, але договір з сурогатною матір'ю не має юридичної сили, тобто жінка (сурогатна матір) може залишити народжену дитину собі [6, 1].

Перше згадування про можливість застосування методів штучного запліднення у вітчизняному законодавстві закріплювалося в Законі СРСР «Про внесення змін та доповнень в деякі законодавчі акти СРСР щодо питань, які стосуються жінок, сім'ї та дитинства» [9]. Дещо пізніше Кодекс законів про шлюб та сім'ю України [10] встановлює регулювання питань запліднення за допомогою донора (сурогатної матері), відповідно до якого дружина, яка дала письмову згоду своєму чоловіку на запліднення та народження дитини іншою жінкою, записується матір'ю цієї дитини і не має права оспорювати проведений запис. Внесенню таких змін до законодавства передувало закріплення в Основах законодавства України про охорону здоров'я права кожної жінки на застосування методів штучного запліднення або імплантації зародка. Так, відповідно до ст. 48 Основ застосування штучного запліднення та імплантації ембріона здійснюється згідно з умовами та порядком, встановленими Міністерством охорони здоров'я України, за медичними показаннями повнолітньої жінки, з якою проводиться така дія, за умови наявності письмової згоди подружжя, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці [11]. Інструкцією про порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій

від 23 грудня 2008 р. № 771 регламентовано безпосередньо умови та порядок лікування методом сурогатного материнства, зокрема медичні показання і протипоказання для застосування методу, особливості перенесення ембріонів у порожнину матки, а також передбачено можливі ускладнення, що виникають при перенесенні ембріона у порожнину матки жінки [13].

Чинне сімейне законодавство також приділяє увагу питанням реалізації громадянами своїх прав у сфері репродуктивних технологій. У ст. 123 Сімейного кодексу України встановлено порядок визнання батьками дитини, яка народилася у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій [12].

Конститутивною ознакою сурогатного материнства, як відзначає М. В. Антокольська, є укладення до моменту зачаття дитини договору про виношування дитини сурогатною матір'ю з метою подальшого встановлення батьківських правовідносин між цією дитиною та особами, які уклали даний договір з сурогатною матір'ю [14, 181–182]. Тобто підставою для виникнення правовідносин щодо сурогатного материнства є договір між сурогатною матір'ю та біологічними батьками про виношування дитини, який має виступати основним засобом правового регулювання відносин учасників програми сурогатного материнства. Такий договір є головним документом, що визначає відносини біологічних батьків із сурогатною матір'ю, та має складатися відповідно до положень чинного законодавства України, враховуючи індивідуальні вимоги, побажання та можливості подружжя та сурогатної матері. При цьому істотне значення має те, що такий договір повинен укладатися саме до моменту зачаття дитини, оскільки, безумовно, договір про уступку вже зачатої або народженої дитини повинен визнаватися нікчемним як такий, що суперечить моральним засадам суспільства [12, 383].

Спеціальних вимог до договору про сурогатне материнство чинне законодавство України не встановлює. Оскільки цей договір породжує правові наслідки, які мають значення як для подружжя, так і для майбутньої дитини, він повинен укладатися на умовах і відповідати загальним вимогам, що встановлені для укладення цивільно-правових договорів у цілому.

Так, сторонами цього договору виступають: з одного боку — подружжя, з іншого — жінка, яка бере на себе зобов'язання щодо сурогатного материнства.

Подружжя, тобто особи, які перебувають у шлюбі і надали свій генетичний матеріал для здійснення імплантації ембріона в організм сурогатної матері, з метою народження власної дитини за допомогою здорової жінки. Суб'єктами правовідносин щодо імплантації ембріона дитини жінці із генетичного матеріалу подружжя можуть бути і особи, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах [12]. Проте, як відзначається у літературі, на цих осіб після народження дитини сурогатною матір'ю законодавець має покласти обов'язок зареєструвати шлюб [8, 74]. Крім того, репродуктивна медицина можлива лише за медичним показанням, а не за соціальним. Тобто діти можуть бути виношені сурогатною матір'ю лише з об'єктивних причин неможливості народження дитини самою матір'ю, а не через те, що вона втратить фігуру, кар'єру, при-

вабливість і т. д. Питання про застосування методів вирішується на прохання дієздатної жінки, після оформлення заяви-зобов'язання подружжям та відповідного обстеження.

Сурогатна матір, тобто фізично здорова жінка, яка погодилась виносити та народити дитину з метою подальшої передачі подружжю за певну плату або безоплатно. У медичній практиці звичними є такі вимоги до жінок-кандидаток сурогатного материнства: вік від 20 до 40 років, наявність власної здорової дитини, психічне і соматичне здоров'я. Крім цього вони мають пройти звичний набір обстежень (визначення групи крові, аналіз крові на сифіліс, ВІЧ, гепатити В і С, біохімічний аналіз крові, висновок терапевта про стан здоров'я і відсутність протипоказань до виношування вагітності, висновок психіатра і т.д.). Іноді батьки звертаються до медичного закладу із своєю кандидатурою. Нею може стати добре відома людини, чи хтось із родичів.

Предметом договору виступає обов'язок жінки виносити, народити і передати дитину подружжю, яке надає генетичний матеріал.

Форма такого договору повинна бути тільки письмовою і підлягати обов'язковому нотаріальному посвідченню.

Умовами такого договору можуть бути: строк, місце і ціна договору, умови щодо компенсації витрат на медичне обслуговування сурогатної матері; заклад, у якому буде здійснюватися запліднення та прийматимуться пологи; наслідки народження дитини з фізичними чи психічними недоліками; наслідки відмови сурогатної матері надати згоду на запис подружжя батьками дитини; умови та строки оплати послуг сурогатної матері; підстави для зміни та розірвання договору, відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання договору, інші умови, які сторони будуть вважати за доцільне включити у договір [12, 384].

Строк договору також включає два моменти: перший (це момент початку дії договору) — імплантація у порожнину матки сурогатної матері генетичного матеріалу подружжя; другий — момент народження і передачі дитини подружжю.

Ціна договору повинна включати у себе два види витрат, які несе тільки подружжя. В середньому, майбутні батьки повинні будуть викласти за такого роду послуги близько 20 тисяч доларів. Сюди входить: підбір кандидатури сурмат, її медичне обстеження, кошти, необхідні для забезпечення нормальних побутових умов та харчування сурогатної матері, укладення договору між сурогатною матір'ю і біологічними батьками, виплата винагороди за виношування і народження дитини (10–15 тисяч доларів), юридична консультація, медичний нагляд під час вагітності, пологи в клініці, іноді медичне страхування [15].

Зміст договору становлять права та обов'язки сторін, які у договорі про сурогатне материнство визначаються в кожному випадку індивідуально. Наприклад, сурогатна мати зобов'язана стати на медичний облік на ранньому терміні вагітності; регулярно спостерігатися і виконувати рекомендації лікуючого лікаря, постійно стежити за станом свого здоров'я; у випадку роздільно-

го від подружжя проживання, систематично інформувати їх про перебіг вагітності; не передавати народжену дитину нікому, крім подружжя, що уклали з нею договір. Подружжя, що дали згоду на імплантацію ембріона сурогатній матері, несуть майнові витрати, пов'язані з її оздоровленням у період вагітності, пологів і двох місяців після пологів. Також, «замовники» не вправі відмовитися від дитини до моменту її реєстрації на своє ім'я в книзі записів актів цивільного стану.

У договорі має бути зафіксоване положення, що сурогатна матір за жодних обставин не може залишити народжену дитину у себе, оскільки дала письмову нотаріально посвідчену згоду на використання її як своєрідного донора, який забезпечив зародку захист від зовнішнього впливу та необхідний розвиток. Відповідно до ч. 2 ст. 123 Сімейного кодексу України у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя. Тобто, сурогатній матері, навіть у разі виникнення материнських почуттів до дитини, що є для неї біологічно чужою, не передається право вирішувати долю імплантованого їй ембріона — ці питання має вирішувати подружжя, оскільки «сама по собі згода дружини та чоловіка на імплантацію ембріона з використанням їхнього генетичного матеріалу у організм іншої жінки має розглядатися як дія, спрямована на виконання їхньої репродуктивної функції, тобто як здійснення однієї з правомочностей, яка складає зміст суб'єктивного права на материнство (батьківство)» [16].

Таким чином, сімейне законодавство України не допускає можливості оспорування материнства жінкою, яка виконувала функції сурогатної матері [12, ч. 2 ст. 123] та не зберігає за нею права залишити дитину. У такому разі, права біологічної матері захищені законом, та перш за все, захищено права та інтереси дитини, враховуючи її генетичну та біологічну спорідненість з матір'ю. Європейська практика дотримується зовсім іншого підходу щодо регулювання питань встановлення материнства у випадку народження дитини сурогатною матір'ю та виходить з того, що матір'ю дитини є та жінка, яка її виносила та народила, що має переважну силу перед правами матері генетичної. Аналогічне положення презюмується російським сімейним законодавством, відповідно до якого подружжя, які дали згоду у письмовій формі на імплантацію ембріона іншій жінці з метою його виношування, записуються батьками дитини лише за згодою жінки, яка народила дитину [6].

Сурогатна мати після передачі дитини його батькам втрачає усі права на дану дитину. При реєстрації народження дитини одночасно з документом, що підтверджує факт народження дитини сурогатною матір'ю, подається засвідчена нотаріусом її письмова згода на запис подружжя батьками дитини. Факт передачі дитини сурогатною матір'ю посвідчується нотаріально. З цього моменту сурогатна мати несе відповідальність за неправомірні діяння стосовно дитини та її батьків відповідно до законодавства України.

У договорі також мають бути визначені умови щодо зміни, розірвання договору як в односторонньому порядку, так і за згодою сторін. Крім того, має бути

точно сформульовано наслідки невиконання або неналежного виконання сторонами умов договору.

З огляду на викладене можна зробити висновки, що національне законодавство України не містить спеціального закону щодо захисту репродуктивних прав людини, а загальні законодавчі нормативні акти не можуть вирішити всіх питань щодо сурогатного материнства. Відсутність належного правового регулювання відносин сурогатної матері та подружжя, а також нерегульованість суттєвих умов договору може привести до порушень прав як біологічних батьків, так і сурогатної матері. Так, через законодавчі прогалини в правовому регулюванні сурогатного материнства на практиці можуть виникнути небажані життєві ситуації, пов'язані з відмовою віддавати чи забирати дитину, шантажем переривання вагітності, вимогами додаткових грошей, погрозами розголошення інформації про народження дитини, про те, хто її виношував, або ж відмовою біологічних батьків виплатити сурогатній матері обіцяну грошову компенсацію, незабезпечення сурогатної матері належними умовами під час вагітності та пологів, наслідків смерті дитини, сурогатної матері чи генетичних батьків. Тому постає питання у необхідності прийняття такого закону, у якому б ці питання вирішувалися у відповідності з існуючими міжнародними стандартами.

Вказані проблеми можуть бути розв'язані насамперед шляхом подальшого проведення наукових досліджень у даній сфері та розробці на цій основі науково-теоретичних і практичних рекомендацій з удосконалювання правового регулювання відносин сурогатного материнства в Україні.

Література

1. Про схвалення Концепції Державної програми «Репродуктивне здоров'я нації на 2006–2015 роки»: розпорядження Кабінету Міністрів України від 27 квіт. 2006 р. № 244-р // Офіційний вісник України. — 2006. — 17 трав., № 18. — С. 67. — Ст. 1352.
2. Драгопец Я. Современная медицина и право / Я. Драгопец, П. Ходерка. — М., 1994.
3. Рубапов А. А. Генетика и правовые вопросы материнства в законодательной и судебной практике стран Запада / А. А. Рубапов. — М., 1988.
4. Антокольская М. В. Семейное право / М. В. Антокольская. — М., 1996.
5. Фрапчук С. Юридичні та етичні аспекти репродуктивної медицини // Юридична газета. — 2007. — 13 груд.
6. Міхесва К. Правові аспекти визначення соціального материнства та батьківства // Юридична газета. — 2003. — 25 листоп.
7. Михальчук О. Правове регулювання сурогатного материнства в Україні [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id>.
8. Ватрас В. А. Суб'єктний склад правовідносин щодо імплантації ембріона дитини жінці із генетичного матеріалу подружжя // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — № 4. — С. 72–75.
9. Про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів СРСР у питаннях, що стосуються жінок, сім'ї і дитинства: Закон СРСР від 22.05.1990 № 1501-І // Відомості З'їзду народних депутатів СРСР і Верховної Ради СРСР. — 1990. — 6 черв., № 23. — С. 576. — Ст. 422.
10. Кодекс про шлюб та сім'ю України від 20.06.1969 № 2006-VII (у редакції від 1992 р.) // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1969. — 27 черв., № 26. — Ст. 204.
11. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листоп. 1992 р. № 2801-XII, остання ред. від 1 січ. 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 4. — Ст. 19.
12. Сімейний кодекс України: наук.-практ. комент. / за ред. І. В. Жилинкової. — Х.: Кнєлоп, 2008. — 855 с.

13. Інструкція про порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 23 груд. 2008 р. № 771, зареєстровано в Міністерстві юстиції України 20 берез. 2009 р. № 263/16279 // Офіційний вісник України. — 2009. — № 24. — Ст. 153.
14. Аптокольская М. В. Семейное право : учебник / М. В. Аптокольская. — [Изд. 2-е, перераб. и доп.]. — М., 2000. — 178 с.
15. Андреева В. Дитина «на замовлення». Сотні українських пар щорічно стають батьками завдяки новим репродуктивним технологіям [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.tovarish.com.ua/news/Obschestvo/14-12-2007/Dytyna_na_.html.
16. Москалюк В. Ю. Право на материнство (батьківство) за Сімейним кодексом України // Паукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України : зб. наук. пр. за матеріалами «круглого столу». Київ, 25 трав. 2006 р. — Х., 2007.

Анотація

Аблятінова Н. А. Проблеми сурогатного материнства в Україні. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню проблем, що виникають на практиці при реалізації програми сурогатного материнства. Основною метою статті є в'ясування поняття, сутності та значення сурогатного материнства в сучасних умовах, особливостей визначення його предмета та суб'єктного складу, а також особливостей укладення, здійснення договору про сурогатне материнство, розглянути особливості застосування тощо.

Ключові слова: сурогатне материнство, безплідність, репродуктивні технології, батьки, дитина.

Summary

Ablyatipova N. A. Problems of Substitute Mathernity in Ukraine. — Article.

The article is devoted research of problems which arise up in practice during realization of the program of substitute maternity. The primary purpose of the article is finding out of concept, essence and value of substitute maternity in modern terms, features of decision of his object and subject composition, and also features of conclusion, realization of agreement about substitute maternity, to consider the features of application.

Keywords: substitute maternity, sterileness, genesial technologies, parents, child.

УДК 347.155:342(477).001.71

Р. М. Міщенко

ПРАВОВА АКТИВНІСТЬ ОСОБИСТОСТІ В УМОВАХ ЕВОЛЮЦІЇ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ

Дослідження проблем еволюції сучасної державності, основу якої становить процес взаємодії держави та особистості, підвищення правової активності громадян, суті та цінності цих феноменів, ролі та перспектив їх розвитку, є сьогодні одним із найважливіших гуманістичних напрямів вивчення феномена держави та державної влади в людському суспільстві та «людському вимірі». Сучасна теорія держави і права має вивчати державу не тільки і не стільки як систему елементів, скільки як систему особливих дій людей, їх відносин з державою, що породжує або збуджує комплекс специфічних, а саме владних процесів [1, 36].

В основі зазначеної системи, всіх процесів, що відбуваються в ній, перебуває людина, яка може функціонувати як одинична, окрема особистість або об'єдну-

ючись в асоціації, колективи, спільноти, групи та інші об'єднання багатьох особистостей. Сучасна юридична наука має орієнтуватися, насамперед, на людину як громадянина, суб'єкта або контрсуб'єкта, об'єкта державної влади, який завжди пов'язаний з нею як такий та тому має стати визначальним, центральним та кінцевим пунктом будь-якого державно-правового теоретичного дослідження.

Як зазначається в сучасній філософській науці, «проблема людини починає ставати тим вузловим пунктом, до якого мають стягуватися всі елементи наукового дослідження», причому «людина унікальна й універсальна істота, у ній співвідноситься внутрішнє і зовнішнє (біологічне і соціальне), людина є істотою історичною і має інваріантну сутнісну природу. Особистість не піддається розчленуванню і залишається за межами раціонально-аргументованого судження; діалектична ідея розвитку на сучасному етапі актуалізується в поєднанні буття й еволюції людини» [2, 7].

Політико-правове дослідження державної влади, держави та сучасної державності має здійснюватися на основі реалізації так званого антропного принципу, що дедалі більше зміцнюється в сучасній науці, та встановлювати зв'язок будь-якої людини з оточуючою дійсністю [3]. Держава та державність не може виникнути, існувати, розвиватися, функціонувати, реформуватися або зникати поза людським фактором. Адже держава ніколи не може бути відторгненою від суспільства як єдиного соціального організму, що складається з багатьох соціальних суб'єктів: індивідуальних (особистість) та колективних (соціальні групи та соціальні колективи). Держава — важливіший соціально-політичний суб'єкт, який регулює суспільні відносини та є невіддільним від суспільства.

Водночас у сучасному світі незалежної від держави та державної влади людини немає і бути не може. Її не можна вичленувати з державноорганізованого суспільства і владно-державних відносин та ізолювати від них. Кожний громадянин в асоціації-державі виступає повноправним носієм суверенітету народу, повноправним суб'єктом державної влади, що відображено в його правовому статусі, який становить систему прав, свобод та обов'язків, що знайшли чітке правове закріплення в нормах права, які визначають політико-правовий стан особистості [4, 129].

Отже, активна особистість так само необхідна сильній державі, як і будь-якому громадянину — сильна, дієздатна держава. Саме тому, виходячи з даної теоретико-методологічної настанови, правова активність особистості абсолютно справедливо розглядається як необхідний, невід'ємний елемент державності, важлива умова політико-правової організації суспільства, його ефективного функціонування. Причому в умовах демократичної модернізації сучасної державності «людський вимір» права і держави кардинально змінює співвідношення «людського» та «державного» в механізмі організації та функціонування державноорганізованого суспільства. Адже офіційне визнання абсолютної цінності природних прав людини зумовило, по суті, революцію в праві, внаслідок чого в ньому появились елементи, які не залежать від державної влади.

Права людини посіли центральне місце в юридичній системі громадянського суспільства, у результаті чого право набуло здатності підніматись над владою та нарешті вирішити одну з корінних проблем нашого життя — проблему смирення політичної державної влади в інтересах особистості. Саме тепер, у наш час, право і влада почали мінятися місцями та на місце права як сугубо силового утворення приходить гуманістичне право у вигляді законів громадянського суспільства. Їх цінність та дієвість визначаються, насамперед, природною силою громадянських прав людини, її свободи [5, 613].

У зв'язку з цим варто погодитися з В. О. Затонським, який зазначає, що одне з найважливіших завдань дослідження сучасної державності — виявлення сутнісних характеристик держави в її взаємодії з політико-правовою активністю особистості, обґрунтування положення про те, що тільки активізація особистості дозволить зміцнити державність та посилити владу. Вирішення цього глобального завдання передбачає не тільки уточнення або іноді переосмислення (відповідно до сучасних реалій та потреб суспільного розвитку) визначення поняття «держава», ґрунтовний аналіз функцій держави та механізму їх реалізації, а й усебічний аналіз теоретичних та практичних аспектів феноменів політичної та правової активності громадян, їх ініціативи, розвиток яких є однією з найважливіших функцій сучасної держави та одночасно — міцний фактор посилення державності. Отже, констатує В. О. Затонський, «держава та особистість мають розглядатися як найбільш важливі суб'єкти політичного та правового життя суспільства, не як інстанції, які протистоять одна одній, а як рівновеликі соціальні сили, які активно взаємодіють між собою» [1, 50].

Інтерес до проблеми правової активності особистості виник ще в другій половині ХХ століття [6; 7] та не стихає і сьогодні [8; 9]. Значною мірою дослідження з цієї проблематики були обумовлені необхідністю розкрити витoki життєвої позиції особистості в суспільстві в цілому та в правовій сфері зокрема, ступінь її впливу на політичну та правову системи суспільства, а також зворотний вплив останніх на особистість. Особливе значення надавалося та сьогодні має надаватися, зокрема, проблемі взаємодії особистості та права як центральної ланки та нормативної основи як правової, так і політичної системи, враховуючи, що саме право, його норми безпосередньо регулюють поведінку людей, їхні поступки та дії.

Однак у цілому, незважаючи на вагомі здобутки науки в дослідженні питань щодо соціальної, соціально-політичної [10] або політичної [11] активності особистості, ступінь їх вивчення як у загальнотеоретичному, так і прикладному плані, особливо в державно-правовому вимірі, не може бути визнаний достатнім. Тому, на наш погляд, саме фундаментальні дослідження питань теорії активності особистості, її видів, форм реалізації та засобів підвищення дозволять утворити міцний теоретичний фундамент подальшого осмислення різних аспектів проблеми правової та політичної активності особистості в умовах модернізації сучасної державності.

Багато питань, пов'язаних із формуванням правової держави, залишатимуться без відповіді, якщо ми не визначимося: яка роль особистості в цих

процесах; що треба зробити, щоб звільнити її від надмірної опіки; які існують суперечності між особистістю і державою та який механізм їх вирішення. Наукові дослідження останнього часу демонструють актуальність цієї проблеми, причому підкреслюється, що особистість із усіма її соціальними властивостями (правами та обов'язками, свободою та відповідальністю, свідомістю, культурою, морально-гуманістичними началами) якісно характеризує правову державу, враховуючи, що тільки в модернізаційних умовах активізувався людський фактор. Внаслідок цього особистісна проблематика вкрай загострилася, стала однією з найбільш чутливих, таких, що характеризується варіативністю проявів та підходів.

Так, наприклад, осмислення перспектив розвитку особистості, що самовизначається в контексті сучасних державно-політичних модернізаційних процесів, дозволяє деяким вітчизняним вченим-філософам стверджувати, що ціннісно-нормативній системі сучасного українського суспільства притаманна виразна амбівалентність. У ній своєрідно співіснують, з одного боку, традиціоналізм, патерналізм, конформізм та інші цінності традиційного суспільства, а з іншого — цінності модерного і, певною мірою, постмодерного типу, які орієнтують на раціональний та інноваційний типи поведінки, досягнення особистого успіху, недовіру до так званих «метанаративів» і, навпаки, повагу до відмінностей, особистої неповторності й самоврядування, на обмеження сфери державної «юрисдикції» і розширення меж особистих рішень та відповідальності. Встановлено, що внаслідок зазначеної амбівалентності український індивідуалізм і на цей час залишається достатньо специфічним — у багатьох випадках пасивно-споглядальним та інтровертивним.

Тому, зважаючи на це, політичний, інтелектуальний, моральний вигляд людини, її бажання та здатність до змін, громадянська позиція та активність дедалі більш очевидно стають вирішальною умовою модернізації державності, успішного ходу перетворень у суспільстві. Ці якості мають підтверджуватися активною діяльністю людей, які виявляють високу культуру та риси цивілізованої поведінки, не тільки тих, хто володіє повноцінними правами, але й тих, хто може повнокровно виявити себе як особистість. Тому настільки актуальними є сьогодні проблеми подолання соціальної апатії, громадянської аморфності, інерції мислення та поведінки людей, стимулювання їхньої ініціативи та творчої самодіяльності, а також питання соціально-правового становлення особистості, яка знає та вміє активно користуватися своїми правами і свободами, відстоювати їх законними засобами.

Перепон, які постають на шляху формування та забезпечення правової активності особистості, досить багато. Соціальні та правові деформації в суспільстві, відсутність надійно гарантованої системи правової захищеності особистості, широко поширений правовий нігілізм та юридична неграмотність населення, низький соціальний престиж правозаступачів та їхньої діяльності в цілому — лише найбільш очевидні з них. І тому — поширеність активних форм правомірної поведінки треба розглядати та оцінювати у відриві від процесів, які відбуваються в державі та суспільстві.

Нові соціально-політичні реалії сучасного життя, поворот до громадянського суспільства та завдання формування правової держави, які засновуються насамперед на свободі умогляду, свободі вибору поведінки в рамках закону, змушують переглядати попередні стереотипи державно-владних структур спілкування з масами, позбавлятися від побоювань прояву в суспільстві несанкціонованих ініціатив.

Ініціативна творчість громадян, громадська думка, утворюючи певну соціально-психологічну атмосферу, суттєво впливають на всі суспільно-політичні інститути суспільства, на свідомість та поведінку людей, зростання їх залучення до політико-правового життя. Їхній вплив є багатоплановим та відображається у всіх сферах життєдіяльності суспільства [12, 470–471].

З іншого боку, всі державні органи мають стати реальним засобом забезпечення гідних умов життя громадянина в економічній, соціальній, політичній та духовній сферах життя суспільства: громадянин, у свою чергу, зобов'язаний звільнитися від споживацько-очікувальних позицій, активізувати підприємливість у реалізації індивідуального інтересу, який гармонічно поєднується із суспільним.

У цілому, такий підхід з боку держави підвищує громадянську та політичну активність особистості, посилює її відповідальність за результати своєї діяльності. У той самий час практика реалізації прав особистості в сучасних умовах вимагає і більш широкого використання основоположного принципу правового регулювання: «дозволено все, що прямо не заборонено законом», тобто переходу від дозвільної до реєструючої форми правового регулювання, що, у свою чергу, вимагає активізації розробки як правореалізуючих, так і правоохоронних юридичних норм, спрямованих на захист свободи особистості, її недоторканності та безпеки [4, 188–189].

У цьому контексті абсолютно справедливим та закономірним є розуміння правової (або політико-правової) активності як однієї з найважливіших складових частин (видів) соціальної активності та інтенсивної діяльності особистості у сфері політики і права, однієї з форм політико-юридичного (політико та юридично значущого) буття особистості, специфічної форми життєдіяльності, яка іманентно включає не тільки позитивний, а й тіньовий, негативний сектор, пов'язаний із девіантною поведінкою особистості [13].

Слід зазначити, що і політичне, і правове життя за своїм змістом мають буття людини, діяльність індивідів. Якщо політичне життя це сукупність духовних, чуттєвих, емоційних та практичних предметних форм політичного буття людини та суспільства, яка характеризує їх ставлення до політики та участь у ній, то правове життя — сукупність форм юридичного буття суспільства, яка характеризує специфіку та рівень його правового розвитку. Якщо політичне життя — безперервний процес життєдіяльності багатьох індивідів, які спрямовують спільні (кооперовані) зусилля на вирішення політично значущих завдань за допомогою політичних заходів, то правове життя — також безперервний процес діяльності багатьох суб'єктів, які спрямовують свої зусилля на вирішення, насамперед, юридично значущих завдань за допомогою правових засобів.

Таким чином, правове життя — це сфера не абсолютно, а лише відносно уособлена від інших видів життя суспільства. Інакше кажучи, правове життя дістає впливу економіки, політики, культури, справляючи на них регулюючий, впорядковуючий вплив. Більш того, правове життя — це в усе проникаюче явище. Тому можна говорити про правове життя суспільства в багатьох сферах — економічній, політичній, соціальній, культурній, екологічній, трудовій тощо.

Те саме можна сказати й про правову активність особистості. Її різновидами є правова активність у галузі економіки, політики, культури тощо. Там, де особистість відіграє свою соціальну роль, вона, як правило, вибудовує і свою правову активність.

Щодо правової активності особистості в політичній сфері, то вищою формою такої активності, яка має особливе значення в умовах сучасних модернізаційних процесів, є політична діяльність та політичне лідерство. Політичне лідерство — одна з центральних наукових проблем, безпосередньо пов'язаних із характером і якістю публічної влади, конкретним способом її структурування та легітимації. Це також активний системоутворюючий елемент державно-політичного життя.

Громадський інтерес до політичних лідерів особливо підвищується саме в періоди трансформації політичних систем, коли радикально змінюється соціально-економічний побут суспільства та найгостріше виявляються численні суперечності. У такі моменти історії більшість громадян вбачають в особі політичного лідера своєрідного рятівника вирішення наявних проблем і подолання негараздів.

В умовах сьогодення політико-правове життя набуло досить широкої гласності завдяки засобам масової інформації та іншим сучасним каналам громадського впливу на людей. Це значною мірою стало основою для формування нової правової та політичної культури і політичної свідомості. Отже, сучасні суспільно-політичні обставини надали унікальні можливості загальнонаціональним лідерам для дійового спілкування зі своїми співгромадянами, ефективного впливу на громадську думку. Зокрема, досвід президентських виборів на пострадянському просторі є яскравим свідченням не тільки індивідуального впливу окремих політичних діячів на народні маси, а й досить ефективного маніпулювання їхньою свідомістю.

Історичний досвід політичного життя засвідчує, що феномен політичного лідерства вкорінений у самій природі людини та суспільства, що політичне лідерство базується на природних потребах людського суспільства. Ці потреби диктуються необхідністю самоорганізації, упорядкування життєвого укладу і поведінки людей з метою забезпечення їх життєдіяльності. Таке впорядкування досягається завдяки вертикальному управлінню, верхівкою якого і є лідер [14].

Слід зазначити, що правова активність особистості є ключовим чинником правового прогресу в цілому та прогресу державності зокрема. Адже правовий прогрес — це, насамперед, об'єктивний, закономірний, такий, що характеризується

спрямованістю, що сходить, процес правового розвитку суспільства, його соціальних груп та особистості.

Категорія правового прогресу відображає: 1) спрямованість та якісно зростаючий рівень процесів, що відбуваються в політико-правовій сфері суспільства; 2) зростаючу роль держави і права у вирішенні загальносоціальних завдань та політико-правового життя кожної людини, цінність та авторитет права; 3) тенденції подальшого зміцнення правової основи державного та суспільного життя; 4) зростання правової активності громадян та посадових осіб апарату держави та громадських організацій; 5) реальну забезпеченість прав і свобод громадян.

Правовий прогрес відбиває характер та рівень політико-правового розвитку суспільства, його поступально-стадійний розвиток від менш досконалих до більш розвинутих форм політико-правової життєдіяльності, від менш розвинутої до більш високої правової культури та правової системи. Це — прогрес права, культура спілкування особистості, суспільства та влади, міжособистісних та групових взаємовідносин, верховенство права, правова ментальність та правова свідомість у цілому, що насамперед передбачає існування цивілізованих форм досягнення фактичних цілей, правомірний зразок організації поведінки та політичної діяльності, толерантні позиції та дії у відносинах між владою та особистістю, а також між окремими особистостями, тощо.

Правовий прогрес як найвища сходинка в процесі демократичної модернізації державності характеризує високу політико-правову інформованість населення, професійно-юридичну компетентність посадових осіб держави, легітимність державної влади та престижність державної служби, високий престиж юридичних установ та їх соціальну затребуваність і соціальну корисність. Прогресивний розвиток суспільства передбачає наявність розвинутої системи професійно-юридичної освіти та юридичного всеобучу населення, реально існуючу можливість здобуття правових знань та безперешкодного отримання необхідної правової інформації, виходячи з конституційного правила про те, що кожному гарантується право знати свої права й обов'язки (ст. 57 Конституції України), а також про те, що кожен має право на правову допомогу (ст. 59 Конституції України). Саме з прогресивним правовим розвитком суспільства пов'язані його демократизм, відкритість, розвиненість інститутів та систем громадянського суспільства.

Література

1. Затонский В. А. Эффективная государственность / В. А. Затонский ; под ред. А. В. Малько. — М. : Юрист, 2006. — 286 с.
2. Грецова О. Г. Людина як мета і предмет соціально-філософської рефлексії : автореф. дис. ... канд. філософ. наук : 09.00.03 — соціальна філософія та філософія історії / О. Г. Грецова. — Запоріжжя, 2003. — 18 с.
3. Грецова О. Г. Методология исследований в философской антропологии // Людина: дух, душа, тіло : III наук.-теорет. конф. (Суми, 15–16 квіт. 1999, Суми). : [матеріали]. — Суми : Сум. держ. ун-т, 1999. — С. 18.
4. Комаров С. А. Личность. Права и свободы. Политическая система / С. А. Комаров, И. В. Ростовщиков. — С.Пб. : Изд-во Юрид. ин-та (Санкт-Петербург), 2002. — 334 с.

5. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М. : Норма, 1999. — 712 с.
6. Гоймап В. И. Правовая активность личности служащего советского государственного аппарата (общеторетические вопросы) : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. И. Гоймап. — К., 1983. — 20 с.
7. Кожевников С. П. Социально-правовая активность личности и условия ее действительности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / С. П. Кожевников. — М., 1991. — 48 с.
8. Кожевников В. В. Правовая активность личности / В. В. Кожевников. — Омск, 1997. — 156 с.
9. Тепляшин В. П. Правовая активность граждан в условиях становления правового государства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. П. Тепляшин. — Екатеринбург, 2002. — 25 с.
10. Потапова О. С. Социально-политическая активность личности в современном советском обществе : автореф. дис. ... канд. филос. наук : 09.00.10 / О. С. Потапова. — Ростов н/Д, 1991. — 24 с.
11. Речицкий В. Политическая активность. Конституционные аспекты / В. Речицкий. — К. : Сфера, 1999. — 496 с.
12. Оксамытный В. В. Теория государства и права : учебник / В. В. Оксамытный. — М. : ИМПЭ-ПАБЛИШ, 2004. — 563 с.
13. Котляров Л. П. Девиантность как социальный феномен // Перспективи. — 2002. — № 1 (17). — С. 105–115.
14. Кузнецова С. В. Механізм формування політичного лідерства в Україні // Нова політика. — 2001. — № 2. — С. 60–62.

Анотація

Мінченко Р. М. Правова активність особистості в умовах еволюції української державності. — Стаття.

У статті висвітлюються питання значення правової активності особистості в розбудові української державності і модернізації державної влади України.

Ключові слова: правова активність, особистість, громадянин, українська державність, модернізація державної влади, правовий прогрес.

Summary

Minchenko R. M. Legal Activity of Person and Evolution of Ukrainian State. — Article.

The meaning of legal activity of individual in the formation of Ukrainian statehood and modernization of Ukrainian state authority is reflected in the article.

Keywords: legal activity, individual, citizen, Ukrainian statehood, modernization of state authority, legal progress.

УДК 347.78.043

А. В. Кирилюк

ЛІЦЕНЗІЙНИЙ ДОГОВІР НА ВИКОРИСТАННЯ ЛІТЕРАТУРНИХ ТВОРІВ ЯК ВИД АВТОРСЬКОГО ДОГОВОРУ

Використання твору автора іншими особами (користувачами) здійснюється на підставі авторського договору, крім випадків, спеціально визначених законом. Договірна форма використання творів у більшій мірі, ніж яка-небудь інша, забезпечує реалізацію й охорону як особистих, так і майнових прав автора. Відповідає вона й інтересам користувачів, оскільки вони отримують певні права на використання творів, яких не мають інші особи, і у зв'язку з цим можуть окупити свої витрати по відтворенню й розповсюдженню творів і отримати

© А. В. Кирилюк, 2009

прибуток. Взагалі в договірному використанні творів зацікавлене і суспільство в цілому, оскільки такий порядок стимулює творчу активність його членів і сприяє множенню духовного багатства суспільства. У зв'язку із цим з'явилося велика кількість нових договорів. Вони поєднуються в певні групи, які відрізняються між собою правовими ознаками, змістом, юридичною природою [1, 26].

Поява нових договорів породжує необхідність їхнього загального аналізу з метою їхньої класифікації і систематизації. Тому що з'явилися абсолютно нові, раніше не відомі договори на створення та використання об'єктів інтелектуальної власності. Спроби розв'язання зазначеної проблеми були і раніше, однак вони базувалися на чинному на той час законодавстві і стосувались окремих питань зазначеної теми. При цьому варто сказати, що давно встановлені авторські договори сьогодні діють в інших соціально-економічних умовах і їхній зміст піддається впливу цих умов.

Тому виникла потреба у певному науковому аналізі деяких видів авторських договорів, а саме ліцензійного договору на використання літературних творів [2, 289].

У ГК РСФСР 1964 р. єдиного визначення авторського договору не існувало. Спроби виробити його наукове визначення, зроблені багатьма вченими, великого успіху, на наш погляд, не мали. Так, І. В. Савельєва визначала авторський договір як договір на використання організацією створеного автором твору науки, літератури і мистецтва відповідно до культурних потреб усього суспільства при дотриманні особистих і майнових правомочностей автора [3, 111]. Н. Л. Клик авторський договір визначив як угоду автора й організації-користувача із приводу створення та використання твору науки, літератури та мистецтва [4, 12]. Більш змістовне, хоча й недостатньо точне визначення дане В. А. Дозорцевим: за авторським договором одна сторона — автор дозволяє іншій стороні — користувачеві використати твір або надає їй право розпорядитися твором у тому або іншому обсязі, а користувач зобов'язується заплатити авторові винагороду за використання або надання такого права [5, 45]. Слід зазначити, що загального визначення авторського договору в науковій літературі не існує.

Аналізуючи авторський договір, всі фахівці підкреслюють його цивільно-правовий характер і вказують на його самостійність у ряді інших цивільно-правових договорів. Даний висновок має не тільки теоретичне, але й велике практичне значення. Зокрема, він означає, що на авторсько-договірні відносини поширюються як загальні положення цивільного права, наприклад правила про форми й умови дійсності угод, так і відповідні норми зобов'язального права, що стосуються, наприклад, порядку укладення і виконання договорів, відповідальності за їхнє порушення й т.п.

За загальним правилом, авторський договір носить консенсуальний, взаємний і оплатний характер. Разом з тим не виключені реальні, односторонні й безоплатні авторські договори. Реальним авторський договір є тоді, коли одночасно з досягненням сторонами домовленості по всіх необхідних умовах дого-

вору вони здійснюють і надають один одному все належне за договором. Прикладом служить випадок, коли автор передає користувачеві права на використання вже створеного ним готового твору для використання й схваленого користувачем, а користувач одночасно з цим виплачує авторові всю обумовлену договором винагороду. За умови, що на автора не покладається ніяких додаткових зобов'язань, такий договір носить одночасно односторонній характер. Закон не забороняє також передачу авторських прав за договором на безоплатній основі. На перший погляд, даний висновок розходиться із Законом України «Про авторське право та суміжні права», у якому серед істотних умов авторського договору названа умова про «розмір винагороди й (або) порядку визначення розміру винагороди за кожний спосіб використання твору, порядок і строки його виплати» [6]. Однак із сказаного випливає лише те, що питання про авторську винагороду підлягає обов'язковому погодженню в договорі. Тому якщо авторські права за домовленістю сторін передаються безоплатно, це повинно бути прямо вказане в договорі. У противному випадку через презумпцію оплатності авторського договору умова про його ціну не буде вважатися погодженою.

Виступаючи як особливий вид цивільно-правового договору, авторський договір, у свою чергу, підрозділяється на множину окремих різновидів, кожна з яких має свої особливості. Існує досить багато критеріїв, опираючись на які можна провести класифікацію існуючих авторських договорів. При цьому самі різні класифікації не виключають один одну, якщо їхні підстави не надумані, а об'єктивні.

Так, авторські договори можуть поділятися на окремі групи залежно від виду творів, із приводу яких вони укладаються. У зв'язку із цим можуть бути виділені, зокрема, авторські договори на створення і використання літературних, музичних, аудіовізуальних, архітектурних і інших творів. Навіть якщо ці договори передбачають той самий спосіб використання творів, вид останніх впливає на зміст самого договору.

Залежно від того, чи є предметом авторського договору вже готовий твір чи твір, що ще тільки необхідно створити, розрізняють авторські договори на замовлення й авторські договори на готовий твір. Авторський договір замовлення чітко регламентує вимоги, які висуваються до майбутнього твору, зокрема визначає його жанр, призначення, об'єм і інші параметри, встановлює строки й форму надання роботи замовникові, порядок усунення зауважень і т.п. Автор має право одержання авансу й відповідає за порушення прийнятих на себе зобов'язань. Іноді в юридичній літературі пропонується виділяти поряд з договором замовлення й договір на готовий твір третій різновид авторського договору — договір на готовий, але ще не схвалений твір. На думку інших вчених, що заслуговує підтримки, у цьому немає ніякої необхідності. У цьому випадку про готовий твір можна говорити тільки умовно, тому що користувач, що ще не схвалив твір, може зажадати від автора його доробки або навіть відхилити твір у зв'язку з його непридатністю. Тому даний договір не втрачає характеру договору замовлення, у рамках якого можуть бути врегульовані всі питання, у тому числі пов'язані з виплатою авансу [7, 83].

Авторські договори можуть бути пов'язані з використанням ще не оприлюдненого твору або твору, що уже доведений до загального відома. Як правило, це впливає на такі умови авторського договору, як розмір гонорару й форма його виплати. Автори необнародуваних творів звичайно одержують особливу винагороду за надання користувачеві права на перше знайомство публіки з твором. Специфічною рисою договору, пов'язаного з повторним використанням твору, було право автора на внесення виправлень і змін у створений ним твір. Тому навіть той користувач, з яким автор знаходився в договірних відносинах, міг, наприклад, перевидати твір тільки за умови повідомлення про це автора й надання йому можливості внести в твір зміни й доповнення.

Після приєднання СРСР в 1973 р. до Всесвітньої конвенції про авторське право в радянському законодавстві було закріплене ділення всіх авторських договорів на два типи — авторський договір про передачу твору для використання й авторський ліцензійний договір [8, 202]. За авторським договором про передачу твору для використання автор або його правонаступник передавав або автор зобов'язувався створити й у встановлений договором строк передати твір організації для використання обумовленим у договорі способом, а організація зобов'язувалася здійснити або почати це використання у встановлений договором строк, а також сплатити авторові або його правонаступникові винагороду, крім випадків, зазначених у законі. За авторським ліцензійним договором автор або його правонаступник надавав організації право використати твір, у тому числі шляхом перекладу на іншу мову або переробки, в обумовлених договором межах і на певний договором строк, а організація зобов'язувалася сплатити винагороду за надання цього права або за використання твору у формі, передбаченій договором, оскільки інше не встановлено законом або оскільки сторони не домовилися про інше (ст. 503 ГК РСФСР 1964 р.).

Поділ авторських договорів на договори про використання й ліцензійні договори знайшов відбиття й у підзаконних актах. Зокрема, типові авторські договори й ставки авторської винагороди були диференційовані стосовно до двох зазначених договірних типів. На практиці при виявленні випадків бездоговірного використання творів обсяг порушених прав автора встановлювався залежно від того, договір якого типу був би укладений, якби використання твору здійснювалося у встановленому законом порядку. Таким чином, віднесення авторського договору до того або іншого договірного типу мало певне практичне значення.

Найпоширенішим договором на використання літературних творів є ліцензійний договір. Ліцензійний договір — це договір, по якому одна сторона (ліцензіар) надає іншій (ліцензіатові) дозвіл на використання об'єкта інтелектуальної власності (літературного твору), ліцензію, на умовах визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог законодавства (ч. 1 ст. 1109 ЦК) [9].

Ліцензійний договір є реальним, двостороннім, оплатним або безоплатним.

При укладенні ліцензійного договору відбувається добровільне надання власником виключних майнових прав іншим особам, які можуть використати його літературний твір.

Суб'єктами правовідносин, які виникають щодо результатів творчої діяльності, а саме літературних творів, можуть бути як фізичні так і юридичні особи. Тому що мова йде про надання іншій особі прав на об'єкт інтелектуальної власності, та однією із сторін договору повинна бути особа, що володіє майновими правами на результат творчої діяльності, літературний твір. Як правило це автор, власник документа або його правонаступники.

Виходячи з того, що автором може бути неповнолітня особа, то норми законодавства надають можливість фізичній особі у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняється законом, а саме літературний твір (ч. 1 ст. 32 ЦК).

Сторонами ліцензійного договору є ліцензіар і ліцензіат.

Ліцензіар — це особа, якій належать виняткові майнові права інтелектуальної власності.

Ліцензіат — це особа, якій надається дозвіл на використання твору літератури.

Укладаючи даний договір, сторони керуються принципом свободи договору. Ліцензійний договір повинен укладатися в письмовій формі. У випадку недотримання письмової форми договору на використання літературного твору, такий договір визнається недійсним (ч. 2 ст. 1107 ЦК).

Виключення, законом можуть бути встановлені випадки, при яких зазначений договір може укладатися усно. Відповідно до п.1 ст.33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» в усній формі може укладатися договір на використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах) [6].

Законодавство передбачає, що в ліцензійному договорі зазначається: вид ліцензії; сфера використання (конкретні права, які надаються за договором, способи використання, територія й строк на який надаються права); розмір, порядок і строк виплати винагороди за використання твору літератури; якщо в ліцензійному договорі на опублікування або відтворення твору винагорода визначається у вигляді фіксованої грошової суми, то в договорі повинен бути встановлений максимальний тираж твору (ч. 3, 8 ст. 1109 ЦК).

Однак навіть при відсутності одного із зазначених у ч. 3 ст. 1109 ЦК умов договір вважається укладеним.

Якщо в договорі не зазначений вид ліцензії, то вважається, що за ліцензійним договором надається невиняткова ліцензія (ч. 4 ст. 1109 ЦК). Так само права на використання літературного твору й способи його використання, які не зазначені в договорі, вважаються такими, що не надані ліцензіатові.

Кажучи про сферу використання твору літератури, то у випадку відсутності в договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання, дія ліцензії поширюється на територію України (ч. 7 ст. 1109 ЦК).

Ліцензійний договір укладається на строк, встановлений договором, що повинен закінчуватися не пізніше спливу терміну дії виключного права на даний об'єкт. У випадку відсутності в договорі умови про строк договору він

вважається укладеним на строк, що залишився до спливу виняткового майнового права на визначений у договорі об'єкт, але не більше п'яти років. Якщо за шість місяців до спливу вказаного п'ятирічного строку жодна із сторін не повідомить письмово іншу сторону про відмову від договору, останній вважається продовженим на невизначений строк. В цьому випадку кожна із сторін може в який-небудь час відмовитися від договору, письмово повідомивши про це іншу сторону за шість місяців до його розірвання, якщо більший строк не встановлений за домовленістю сторін (ч. 1, 3 ст. 1110 ЦК) [9].

Відповідно до ЦК України ліцензіар може відмовитися від ліцензійного договору у випадку порушення ліцензіатом встановленого договором строку початку використання об'єкту інтелектуальної власності, літературного твору (ч. 2 ст. 1110 ЦК).

Законодавство не передбачає обов'язкової державної реєстрації договору на використання літературного твору. Однак на вимогу однієї зі сторін ліцензійний договір може бути зареєстрований в установленому законом порядку. Тому що державна реєстрація даного договору є факультативною, то її відсутність не впливає на дійсність прав, наданих за договором, і інших прав на відповідний об'єкт (літературний твір), на право ліцензіата на звернення до суду за захистом свого права (ч. 1 ст. 1114 ЦК).

Виходячи з того що авторське право на твір виникає з моменту його створення, то немає необхідності реєстрації договору (ст. 11 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

Література

1. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации / А. П. Сергеев. — 2001.
2. Білоусов В. М. Авторські договори в цивільному законодавстві України // Держава і право. — Вип. 10. — С. 288–293.
3. Савельева И. В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества / И. В. Савельева. — М., 1986.
4. Клык П. Л. Охрана интересов сторон по авторскому договору / П. Л. Клык. — Красноярск, 1987.
5. Дозорцев В. А. Авторский договор и его типы // Советское государство и право. — 1977. — № 2. — С. 45–46.
6. Про авторське право та суміжні права : Закон України від 23 груд. 1993 р. № 3792-ХІІ в ред. Закону України від 11 лип. 2001 р. № 2627-П.
7. Чернышева С. А. Правоотношения в сфере художественного творчества / С. А. Чернышева. — М., 1979.
8. Матвеев Ю. Г. К вопросу о присоединении СССР к Всемирной (Женевской) конвенции об авторском праве 1952 г. // Проблемы современного авторского права / отв. ред.: М. М. Богуславский, О. А. Красавчиков. — Свердловск, 1980. — С. 203–211.
9. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
10. Право інтелектуальної власності : підручник / за ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. — К., 2002.

Анотація

Кирилюк А. В. Ліцензійний договір на використання літературних творів як вид авторського договору. — Стаття.

Стаття присвячена договорній формі використання літературних творів. Саме в договірній формі використання літературних творів зацікавлене суспільство цілому, бо такий порядок сти-

мулює творчу активність его членів та сприяє примноженню духовного багатства суспільства. Зроблено аналіз авторських договорів з метою їх класифікації та систематизації. У зв'язку зі зміною соціально-економічних умов виникла потреба у певному науковому аналізі деяких видів авторських договорів, а саме ліцензійного договору на використання літературних творів.

Ключові слова: авторський договір, ліцензійний договір, договірна форма використання літературного твору.

Summary

Kyryliuk A. V. License on Literature Using as a Type of Author Agreement. — Article.

The article is devoted to the contractual form of the use of literary works. Exactly in the contractual form of the use of literary works the society is interested in, because such kind of order stimulates the creative activity of its members and assist in the increasing spiritual wealth of society. The analysis of copyright agreements with the purpose of their classification and systematization is done. In relation with the change of socio-economic terms the necessity in the certain scientific analysis of some types of copyright agreements, namely licencing agreement on the use of literary works is risen.

Keywords: the copyright agreement, the licencing agreement, contractual form of the use of literary work.

УДК 347.772

Т. С. Кузьменко

КОНВЕРГЕНЦІЯ СКЛАДОВИХ КОМПОНЕНТІВ БРЕНДА

В ринкових економічних умовах при веденні підприємницької діяльності учасники цивільного обороту, товарів та послуг неабиякі зусилля та кошти витрачають на звернення уваги споживачів до свого товару. Деякі з них обмежуються створенням лише мінімуму: найменування, логотипу (знака для товарів та послуг). Інші витрачають кошти на розробку брендových концепцій не тільки для компанії, але й для певних ліній товарів чи послуг. При цьому при формуванні брендової стратегії залучається не тільки нове, яскраве найменування товару (чи товарної лінії), але й новий логотип, слоган, оригінальний музичний супровід, зображення тих чи інших публічних осіб для проведення рекламної кампанії. Розробка таких концепцій просування товару на ринок відбувається за допомогою спеціально створених відділів чи найнятих працівників, за договором з агенціями. Іноді навіть на замовлення співаки створюють музичні твори, спеціально для проведення певної промо-акції.

Питання про визначення категорії «бренд», його складових, а також особливості надання правової охорони структурним компонентам у складі єдиного об'єкта набувають подальшої актуальності.

Значну увагу розкриттю обраної проблематики частково було приділено у працях Г. Андрощука, В. Бузанова, Ю. Бруштейна, В. Хохлова, М. Лабзина та інших. Разом з тим існують дискусійні питання щодо поширення норм правової охорони одночасно декількох інститутів права інтелектуальної власності на один й той же результат творчої діяльності.

Метою даної статті є визначення правового режиму складових компонентів

бренда та обґрунтування можливості їх конвергенції — надання правового захисту одночасно декількома інститутами права інтелектуальної власності.

Визначаючи структуру компонентів бренда як «складного» правового засобу індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг, слід звернути увагу на класифікації, що існують у літературі з цього приводу.

Так, Т. А. Алієв звертає увагу на те, що термін «бренд» включає назву, логотип та інші візуальні елементи (шрифти, цифрові схеми, символи) [1, 39].

Поняття «бренд» включає назву, слово, вираз, знак, символ або дизайнерське рішення, їх комбінацію в цілях позначення товарів і послуг конкретного продавця або групи продавців для відмінності їх від конкуруючих. Тобто під цим мається на увазі все, що служить відмінною ознакою даного товару або послуги від товару конкурентів. Для споживача товар конкретного виробника замінюється чимось іншим, безпосередньо з товаром не зв'язаним, але таким, що відрізняє його від інших товарів, і цей «заступник товару» власне і називається брендом [9, 13–15].

Візуально-словесне вираження бренда, на погляд Н. В. Безрукової, включає: фірмову назву, товарний знак, фірмовий стиль, слоган [3, 39].

О. Молотай [11, 54] серед об'єктів, які становлять юридичне наповнення бренда, виділяє торговельні марки, зображення, словесні складові, слогани, у деяких випадках позовні сигнали радіопростору, а також об'єкти, покликані забезпечувати індивідуалізацію, наприклад, промислові зразки — це і зовнішній вигляд виробу, і оформлення упаковки, і т.п.

Це далеко не всі класифікації структурних компонентів бренда, що існують у науковій літературі. Слід звернути увагу на те, що не існує та не може існувати вичерпного переліку таких компонентів, адже діяльність по створенню засобів індивідуалізації у більшості випадків носить творчий характер. Незважаючи на те, що у теорії права інтелектуальної власності не завжди визнають засоби індивідуалізації такими, що містять творчий елемент [14, 26], слід звернути увагу на те, що кожен з підприємців прагне до того, щоб саме його продукція запам'ятовувалась споживачам, і тому поєднує в рекламних кампаніях оригінальні об'єкти права інтелектуальної власності.

Більша частина складових бренду має творчу природу і є результатами творчої діяльності людини. Поєднання результатів інтелектуальної власності у складі бренда дає підстави вважати його складним засобом індивідуалізації, адже кожен з компонентів індивідуалізує товар, роботи (послуги) серед інших подібних йому.

Законодавство не обмежує режими правової охорони цих компонентів і, за наявності можливості, вони охороняються як в режимі об'єктів авторського права, так і в режимі об'єктів промислової власності (за умови відповідності їх визначеним критеріям охороноздатності).

Слід звернути увагу й на те, що моменту безпосереднього використання цих об'єктів для індивідуалізації товарів, послуг передують дії їх авторів щодо створення таких об'єктів інтелектуальної власності та набуття майнових прав на використання вже створених об'єктів інтелектуальної власності. Більшість

з перерахованих об'єктів можуть при створенні захищатись нормами авторського права, а вже згодом бути зареєстровані, наприклад, як торговельні марки за певними видами класів товарів, послуг.

Наприклад, оригінальні, здатні до запам'ятовування найменування, логотипи, слогани, музичні твори спочатку можуть набувати охорони як об'єкти авторського права. У літературі неодноразово зверталось увагу на відповідність умовам правової охорони авторським правом коротких текстів, оригінальних назв. Після визнання такого об'єкта об'єктом авторсько-правової охорони зацікавлена особа може укласти договір з автором про набуття виключних прав на його використання певними способами, наприклад, як знака для товарів та послуг. Отже, у подальшому охорона можлива не тільки в режимі авторсько-правової, але й як засобу індивідуалізації чи промислового зразка (залежно від суті об'єкта).

Стосовно першого варіанта — охорони як засобу індивідуалізації, слід зазначити таке. Як звертає увагу Г. Андрощук, у світі бізнесу торгові марки є важливою частиною маркетингової стратегії. Торгова марка може бути словом, слоганом, логотипом, кольором або комбінацією кольорів, звуків чи навіть ароматом. Усталений знак для товарів і послуг, до якого споживачі виявляють позитивне ставлення, може бути єдиним, проте, найціннішим активом інтелектуальної власності або навіть найціннішим з усіх активів, якими володіє дана комерційна структура [2, 19].

Щодо можливості охорони об'єкта авторського права як промислового зразка, слід зазначити таке. Як вдало звертають увагу автори коментаря до книги 4 ЦК України [12, 36–37], промисловий зразок відрізняється від подібних до нього об'єктів права інтелектуальної власності — корисних моделей, об'ємних торговельних марок та творів декоративно-прикладного мистецтва як об'єктів авторського права. Від корисних моделей промисловий зразок відрізняється характером завдання, яке він вирішує. Якщо промисловий зразок за допомогою художніх і конструкторських засобів визначає зовнішній вигляд виробу, корисна модель є конструктивним технічним рішенням виробу, тобто як корисній моделі правова охорона надається не зовнішньому вигляду виробу, а його конструктивному рішенням (технічній суті), яке може полягати в особливій формі виробу, своєрідному розміщенні та (або) поєднанні його окремих частин, вузлів, деталей та ін. Деякі вироби можуть бути визнані як промисловим зразком, так і об'ємною торговельною маркою (наприклад, форма флакона для парфумів, пляшки). У цих випадках можлива одночасна правова охорона виробу як промислового зразка, так і торговельної марки. Але необхідно враховувати, що подібні об'єкти права інтелектуальної власності виконують різні функції, а права на них оформлюються та реєструються в різному порядку. Чітких критеріїв розмежування творів декоративно-прикладного мистецтва, що можуть набути правову охорону як згідно із Законом України «Про авторське право і суміжні права», так і Законом України «Про охорону прав на промислові зразки», не існує. Багато творів декоративно-прикладного мистецтва за їх відповідності встановленим умовам патентоздатності можуть набути правову охорону як промислові зразки.

Таким чином, у законодавстві України не існує заборони реєстрації об'єктів авторського права як інших видів об'єктів інтелектуальної власності за умови відповідності належним критеріям. У науковій літературі тривають дискусії з приводу того, чи можливе існування «подвійної» охорони об'єкта, наприклад, одночасно нормами авторського права та нормами права промислової власності, тобто одночасно як об'єкт авторського права та як знак для товарів та послуг. Проблемні питання, що виникають при використанні об'єктів авторського права у якості товарних знаків були предметом чисельних досліджень [10; 6].

Постає питання про правовий режим охорони складових компонентів бренда та обґрунтування можливості їх конвергенції — надання правового захисту одночасно декількома інститутами права інтелектуальної власності.

Щодо такої ситуації В. Бузанов [6, 97] пропонує, щоб з моменту реєстрації об'єкта авторського права як знака для товарів та послуг, авторське право на такий об'єкт було припинено у зв'язку з «відпадінням» об'єкта, інакше може виникнути ситуація подвійної правової охорони та ціла купа проблем. При цьому саме факт державної реєстрації такого об'єкта припиняє його існування як об'єкта авторського права.

На жаль, В. Бузанов оминає своєю увагою вирішення питання про можливість «повернення» авторських прав у випадках, якщо, наприклад, права на зареєстрований знак для товарів та послуг припиняють свою дію, а їх право володілець не бажає подавати заявку на продовження строку дії.

Як відомо, у будь-якій країні Бернського союзу охороняються всі твори, що не стали суспільним надбанням. Слід також звернути увагу, що ця охорона поширюється як на фрагменти твору, так і на їх назви, які можна використовувати тільки за згодою володільца майнових прав на цей твір.

Враховуючи, що чинне законодавство не містить обмеження на охорону того ж самого об'єкта нормами авторського права та нормами права промислової власності, вважаємо, що дія такого «подвійного» режиму охорони є допустимою.

Аналогічної точки зору також дотримується В. А. Хохлов, який зазначає, що у випадку реєстрації товарного знака достатньо укласти договір з розробником-автором та, заплативши йому певну суму, легально використовувати твір у складі товарного знака. У випадку збігу авторського твору та засобу індивідуалізації кожен з цих об'єктів «живе» своїм життям [13, 267].

У законодавстві Російської Федерації, на відміну від законодавства деяких зарубіжних країн, також не виключена конвергенція об'єктів інтелектуальної власності, тобто виникнення одночасного правового захисту з боку окремих інститутів інтелектуальної власності. Наприклад, промислові зразки можуть охоронятися нормами законодавства про промислову власність або законодавства про авторське право. Як зазначає М. С. Дашян, в Італії виключається будь-який збіг законодавства про авторське право та законодавства про промислові зразки та чітко розрізняються режими правової охорони результатів інтелектуальної діяльності. На відміну від Італії в Росії оригінальні рішення зовнішнього виг-

ляду промислових виробів можуть охоронятися в чотирьох можливих формах: як об'єкти авторського права, як товарні знаки, як промислові зразки, а також у ряді випадків — як ноу-хау (при їх засекреченості) [7, 33–34].

Таким чином, визначаючи бренд як складний засіб індивідуалізації, слід відзначити, що він не має належного юридичного захисту. Безперечно, є недоцільним введення щодо нього спеціального режиму правової охорони у законодавстві про інтелектуальну власність. Кожен з його компонентів охороняється окремо нормами того інституту інтелектуальної власності, до якого він належить (за умови відповідності критеріям надання правової охорони). На даний момент у законодавстві України також не існує перешкод для охорони структурних компонентів бренду одночасно декількома інститутами права інтелектуальної власності.

Література

1. Алиев А. Т. Работа с брендом: креативная психология и коммуникативные особенности (на примере формирования бренда «Skoda» // Вестник Московского университета. Серия 10. Журналистика. — 2007. — № 4. — С. 39–46.
2. Андрощук Г. Пайпотиужніші бренди світу: етап і тенденції // Інтелектуальна власність. — 2008. — № 12. — С. 19–31.
3. Безрукова П. Аналіз підходів до створення брендів // Актуальні проблеми економіки. — 2002. — № 2. — С. 39–44.
4. Брумштейн Ю. Анализ основоных объектов авторского права в ипкофмной сфере России / Ю. Брумштейн, А. Кириллов, Т. Степулов // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2006. — № 12. — С. 20–29.
5. Брумштейн Ю. Малые произведения, содержащие текст. Состав и особенности отдельных видов произведений с позиций авторского права / Ю. Брумштейн, М. Бичарова // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2008. — № 8. — С. 25–38.
6. Бузапов В. Авторские права на бизнес-символику: варианты в пользу предпринимателей // Хозяйство и право. — 2004. — № 3. — С. 96–97.
7. Дашян М. С. Изобретение, товарный знак, ноу-хау, фирменный бренд... Партизанские войны за право быть лучшим / М. С. Дашян. — М.: Эксмо, 2008.
8. Закорецька Л. Деякі проблемні питання щодо поняття окремих об'єктів авторського права // Право України. — 2008. — № 9. — С. 51–56.
9. Коташевская Т. Торговая марка и ответственность за её использование // Юридический радник. — 2008. — № 5 (25). — С. 13–15.
10. Лабзин М. Творчество, шоу-бизнес и товарные знаки // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2006. — № 7. — С. 53–59.
11. Молотай О. Будьте пильними! // Український юрист. — 2007. — № 6 (54). — С. 54.
12. Право інтелектуальної власності: наук.-практ. комент. до Цивільного кодексу України / за заг. ред. М. В. Паладія, П. М. Миропенко, В. О. Жарова. — К.: Парлам. вид-во, 2006. — 432 с.
13. Хохлов В. А. Авторское право: законодательство, теория, практика / В. А. Хохлов. — М.: Городец, 2008. — 288 с.
14. Щербак Н. Проблемы правового режима средств индивидуализации юридического лица, продукции, работ или услуг // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2006. — № 12. — С. 23–30.

Анотація

Кузьменко Т. С. Конвергенція складових компонентів бренду. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань конвергенції — падаєння правового захисту об'єкту інтелектуальної власності одночасно декількома інститутами права інтелектуальної власності. Визначаються структурні компоненти бренду та режими їх правової охорони. Робиться висновок про недоцільність закріплення на законодавчому рівні режиму правової охорони бренду та можливість

застосування норм охорони одночасно декількох інститутів права інтелектуальної власності до результату творчої діяльності.

Ключові слова: інтелектуальна власність, бренд, правовий режим, правовий захист.

Summary

Kyzmenko T. S. Convergence of Brand's Components. — Article.

The article is devoted to consideration of questions of convergence is grant of legal defense of object of intellectual property simultaneously by a few institutes of right of intellectual ownership. The structural components of brand and modes of their legal safeguard are determined. It is drawn conclusion about pointlessness of fixing at legislative level of the mode of legal safeguard of brand and possibility of application of norms of guard simultaneously a few institutes of right of intellectual ownership to the result of creative activity.

Keywords: intellectual property, brand, legal regime, legal protection.

УДК 347.772

В. С. Кулібаба

ЩОДО ПОНЯТТЯ БРЕНДА

Постійне загострення конкуренції на світових ринках наприкінці 1970-х років породило технологію просування товарів і послуг, назва якої «брендинг»: коли конкуруючі аналоги виявляються за функціональними ознаками практично невідмінними, змагання переходить в емоційну сферу, в якій конкурують вже не товари (продукти та/або послуги), а їх «іміджі», «бренди». Багато компаній добилися на цьому шляху значного успіху. Деякі навіть відмовилися від власного виробництва, залишивши за собою тільки функції маркетингу та управління брендом. До теперішнього часу на пострадянському просторі ідеї брендингу — тобто створення емоційних «іміджів» для товарів та послуг на основі їх найменувань — залишаються ідеалом підходу маркетингу. З десяти компаній, що знаходяться під конкурентним тиском, не менш дев'яти скажуть, що ведуть або мають намір вести роботу стосовно створення і зміцнення «бренда» і формування «іміджу» продукції.

В умовах жорсткої конкуренції навіть перед широко відомими підприємствами виникає достатньо складне завдання: як утримати свої позиції на ринку і зберегти ефективність діяльності. Звичайно керівництвом організацій здійснюється низка заходів щодо збільшення частки на ринку, по зниженню витрат в цілях здійснення цінової конкуренції і ще безліч інших. Але часто цього буває мало, щоб вижити. Багато фахівців все більш схилиються до висновку, що основним чинником успіху більшості підприємств є вірність споживачів, іншими словами, їх лояльність. Дане поняття не так давно з'явилося в українському правовому полі, але вже завоювало інтерес багатьох. Вищий ступінь лояльності (відданості) споживачів — це майже фанатичне шанування бренда. Саме зараз в умовах кризи відбулася активізація компаній з напрямку роботи з діловою репутацією. Адже будь-яка негативна інформація може завдати сут-

тевої шкоди компанії. Захистити бізнес можливо тільки шляхом формування його позитивної репутації.

Поняття «бренд» на нашому ринку тільки починає складатися. Багато хто вважає, що бренд і торговельна марка — це тотожні поняття. Тим часом різниця все ж таки існує. Торговельною маркою володіють майже всі компанії, брендом — одиниці. Бренд — це, перш за все, торговельна марка зі стійким іміджем. В Одесі на бренд могли б претендувати: мережа супермаркетів «Таврія-В», завод «Шустов», пивзавод «Чорноморець», завод «Продмаш», мережа супермаркетів «Наталка», корпорація «Істок». Список можна продовжити, але наскільки він буде коректним — велике питання, оскільки навіть не всі вищеперелічені імена володіють стовідсотково впізнаним іміджем.

Термін «бренд» (brand) походить від древньонорвезького слова, що означає «ставити клеймо». Первинне поняття було створено для позначення джерела, виробника чи власника продукту або речі, а також використовувалось для таврування великої рогатої худоби, коней, овець та інших свійських тварин. З розвитком комерції слово «бренд» почало означати походження продукту і застосовувалось для відокремлення одного виробника від інших, що виготовляли подібні продукти. Сьогодні поняття «бренд» зазвичай вживається для позначення або ідентифікації виробника чи продавця продукту або послуги. Як вказується в літературі (як економічної, так і юридичної) бренди займають в комерції власне унікальне місце. Саме тому їх можна купувати, продавати, брати або здавати в оренду, захищати на національному і глобальному рівні.

Загалом проблема бренда є мало дослідженою як в юриспруденції, так і в маркетингу та в теорії реклами. Класик теорії і практики реклами Девід Огілві визначає бренд як невідчутну сукупність властивостей продукту: його імені, упаковки і ціни, його історії, репутації та способу рекламування. Бренд також є поєднанням враження, яке він створює у споживачів, і результатом їх досвіду у використанні бренда [1, 215]. Бренд можна визначити як цінності і філософію торгової марки, які існують у споживача, його суть не зводиться до картинки, знака чи зображення. Бренд не можна створити виключно завдяки праці дизайнера, адже це враження, яке залишається у свідомості споживача. Дослідно повно сутність бренда розкриває таке визначення: бренд — це матеріалізований символ відносин між продавцем і покупцем, що базуються на певній торговельній марці, фірмовому найменуванні, стилі, слогані, оформлених у вигляді певного візуального продукту за законами прегнантності, чітко сприйнятої покупцями сукупності функціональних та емоційних елементів, єдиних з самим товаром та способами його представлення [2, 14]. Бренд — поняття досить широке і його структура включає такі елементи: 1) сутність бренду (brand essence) — основна характеристика бренду, легенда; 2) атрибути бренду (brand attributes/brand identify) — набір асоціацій (звукових, візуальних, емоційних), позитивних чи негативних. Це довготривалі асоціації, які становлять індивідуальність бренду і надаються бренду споживачами чи потенційними клієнтами; 3) образ бренду (brand image) — це миттєва характеристика, тобто асоціації, які знаходяться в даний момент у розумі споживача. Якщо імідж

бренда формується і змінюється за допомогою рекламної компанії, то індивідуальність бренда залишається незмінною тривалий час. Бренд — продукт масовий, незалежно від того, подобається він споживачам чи ні, бренд передбачає високий рівень відомості та запам'ятовування асоціацій; 4) товар чи послуга з їх характеристиками; 5) інформація про споживача; 6) ставлення споживача до товару. Процес створення і управління брендом у середині фірми називається брендингом [3].

Поняття «бренд» та «товарний знак» є різними за обсягом. На думку Ф. Г. Панкратова, тривалий час термін «торгова марка» використовувався у значенні «товарного знака». Проте торгова марка, на думку спеціаліста, має більш широке значення, яке він порівнює і майже ототожнює зі значенням англomовного терміна «бренд» і яке не обмежується зовнішньою атрибутикою марки. Очевидно, що поняття «бренд», «торгова марка» і «товарний знак» тісно взаємопов'язані, але не є взаємозамінними. Із міркувань автора видно, що основою торгової марки або бренда є зареєстроване позначення — товарний знак. Під торговою маркою або брендом, як правило, розуміють товарний знак та все те, що знають і думають про товар, все те, чого очікують споживачі. Саме поняття «бренд» вживається фахівцем для характеристики рівня відомості і вартості торгової марки [1, 214–215, 226]. З економічної точки зору бренд відрізняється від торгової марки тим, що має довший життєвий цикл, приносить додатковий прибуток, дозволяє освоїти нові сегменти ринку, розширювати асортимент товарів [3; 4, 62–63]. Товарний знак стає брендом тільки тоді, коли зв'язок між конкретним товаром і споживачем стає значно більшим по відношенню до аналогічних товарів на ринку. Перетворення товарних знаків на бренди цінне для їх власників тим, що критерій, за яким це звання присуджується, — думка широкого кола населення, це визнання того, що споживачі стали орієнтуватися не на товарний знак як на будь-яке позначення товару, а на якість, на стабільність, на ім'я виробника. Товарний знак — це основа бренда, і на цю основу нанизуються інші елементи — імідж, репутація, престиж, конкретний обсяг і види рекламних заходів [5, 23–26]. Таким чином, виходячи з практики економічних відносин, положень економічної теорії і маркетингу, а також юридично закріплених видів засобів індивідуалізації, можна дійти висновку, що бренд є більш широкою категорією, ніж товарний знак, і включає в себе (але, як вірно підкреслює О. А. Рассомахіна, не вичерпується ними): торговельну марку та/або комерційне найменування (найменування фізичної особи-підприємця), та/або географічне зазначення, а також враження від цих об'єктів (легенда, філософія бізнесу), яке існує у свідомості споживача або цінності, що асоціюються з ними, і характеризується високим рівнем відомості. Бренд — це переважно економічна категорія. Бренд — це ім'я будь-якої особи, яке індивідуалізує цю особу шляхом залучення як матеріальних, так і цілого комплексу нематеріальних активів. У зв'язку з цим доцільно навести типи нематеріальних активів — об'єктів інтелектуальної власності, визначені віце-президентом компанії Pricewaterhouse Coopers Зарієром Паврі: 1) нематеріальні активи, що створені підприємством (кваліфікована робоча сила, рекламні про-

екти, мережа дистриб'юторів, навчальні програми, лояльність покупців, поставальники, менеджмент та досвід, база клієнтів і, що цікаво, — гудвіл, або ділова репутація); 2) нематеріальні активи, що існують завдяки правовій охороні (патенти, торгові марки, авторські права, промислові зразки, торгові секрети чи ноу-хау) [6, 1]. Таким чином, не всі нематеріальні об'єкти можуть отримати правову охорону. Очевидно, що перелік об'єктів інтелектуальної власності знаходиться у процесі постійного становлення і на сьогодні законодавчо не є визначеним остаточно. Створення бренду у загальному вигляді є результатом залучення усіх нематеріальних активів підприємства: тих, які мають правову охорону, і тих, які такої охорони не мають, звідси правова охорона бренду визначається обсягом охорони, яка надається усім нематеріальним об'єктам, які його утворюють, він має складну структуру. Законодавчо регламентувати процес перетворення торговельної марки на бренд можна лише за умови, коли ним буде визнаватися добре відома або знаменита марка. У договорах зазвичай застосовують терміни, вже передбачені законодавством, хоча сторони за бажанням можуть також встановити і визначити інші поняття. Доцільність законодавчого визначення поняття «бренд» вбачається у тому, що це внесе ясність у застосування цього терміна на побутовому рівні та у професійній діяльності юристів, маркетологів.

Література

1. Папкратов Ф. Г. Рекламная деятельность / Ф. Г. Папкратов, Ю. К. Баженов, В. Г. Шахурип. — М.: Дашников и Ко, 2004. — 526 с.
2. Андреева В. М. Психологические основы образования и функционирования бренда : дис. ... канд. психол. наук : 19.00.05 / В. М. Андреева. — М., 2003. — 214 с.
3. Кривошуккая Т. Что такое бренд и чем он отличается от торговой марки? // Маркетолог. — 2002. — № 2 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.regprom.ru/bshop/archive/bshop_49.htm.
4. Занкип А. Как создать сильный бренд // Маркетинг. — 2001. — № 3. — С. 62–63.
5. Коваленко Т. Товарный знак чи бренд // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2007. — № 2. — С. 23–26.
6. Zarcoer Parvi. Valuation of Intellectual Property Assets. The Foundation for Risk Management and Financing. — Pricewaterhouse Coopers LLP, 1999. — 32 p.

Анотація

Кулібаба В. С. Щодо поняття бренду. — Стаття.

У запропонованій статті вирішується питання щодо коректності застосування термінології відносно бренду та товарних знаків у законодавстві України. Проаналізовано зміст поняття бренду як юридичної категорії відповідно до його складових елементів.

Ключові слова: бренд, товарний знак, імідж, ділова репутація, конкуренція.

Summary

Kulibaba V. S. Notion of Brand. — Article.

In this paper addressed the problem of a correctness of application of terminology concerning the brand and the trademark in the legislation of Ukraine. The concept of the brand analyzed as legal category according to its constituent elements.

Keywords: brand, trademark, image, business reputation, competition.

**ДОМЕННЕ ІМ'Я ЯК ПОХІДНИЙ ЗАСІБ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ
ІНФОРМАЦІЙНИХ РЕСУРСІВ ФІЗИЧНИХ ТА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ
У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ**

У сучасному світі все більшу популярність набуває мережа Інтернет. Безсумнівно, сучасний розвиток комп'ютерних технологій, легкий та швидкий доступ до мережі за допомогою різноманітних технологій та пристроїв, а також такі переваги мережі, як швидкість обміну інформацією, можливість за короткий час знайти потрібну інформацію чи розмістити оголошення, зумовлюють зростання кількості користувачів мережі та значення Інтернету для життєдіяльності кожної людини, для розвитку та успішного функціонування юридичних осіб.

Традиційними засобами індивідуалізації у суспільстві для людини є, зокрема, її ім'я, фамілія, псевдонім, для юридичних осіб — комерційне (фірмове) найменування, торговельні марки (знаки для товарів та послуг) тощо. Розвиток мережі Інтернет обумовлює появу ще одного засобу індивідуалізації — доменного імені.

Питання щодо правової суті доменного імені, визначення його місця в системі об'єктів цивільних прав неодноразово привертало увагу таких цивілістів, як: С. О. Бабкін, Д. В. Бойко, Ю. Т. Гульбін, О. В. Дзера, В. А. Дозорцев, Н. А. Дмитрик, І. В. Жилінкова, В. О. Калятін, П. П. Крайнев, О. О. Піленко, О. Д. Святоцький, Р. О. Стефанчук, А. Г. Серго та ін. Незважаючи на дискусійність окремих позицій, протилежність висловлених точок зору, науковці так і не виробили єдиного підходу для кваліфікації правового режиму доменного імені.

Метою даної статті є визначення специфіки, структури доменного імені, його місця серед об'єктів цивільного права.

Найчастіше доменне ім'я визначають як унікальне буквене, цифрове, символічне позначення або комбінацію таких позначень, яке зареєстроване в реєстрі доменних імен відповідно до правил, встановлених Організацією по привласненню імен і адрес в Інтернеті (Internet Corporation For Assigned Names and Numbers — ICANN), і призначено для ідентифікації певного інформаційного ресурсу, пристрою або групи пристроїв в Інтернеті [3, 42–47].

Чинне законодавство України визначає домен як:

- ім'я, що використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті [10];
- частину ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, яка має унікальну назву, що її ідентифікує, обслуговується групою серверів доменних імен та централізовано адмініструється [11];
- частину адресного простору в мережі Інтернет, призначена для ідентифікації комп'ютера або групи комп'ютерів [9];

– частину ієрархічного адресного простору ГІТС «HealthNet», яка має унікальну назву, що її ідентифікує, та обслуговується центральним вузлом [8].

Ці визначення мають за мету ідентифікацію частини інформаційного простору та не розкривають всю багатоаспектність значення доменних імен як особливих засобів індивідуалізації у мережі Інтернет. Разом з цим вироблення єдиного підходу до визначення доменного імені з врахуванням його характеристик як об'єкта права дозволило би частково вирішити суперечки, що виникають при конфліктах доменних імен з іншими засобами індивідуалізації фізичних та юридичних осіб.

В юридичній літературі вироблені дві протилежні позиції щодо правової природи доменних імен. Перша точка зору, якої дотримуються, наприклад, А. А. Агеєнко, В. О. Калятин, В. Б. Наумов, Ю. Л. Німець, А. Г. Серго, полягає в такому: доменні імена є новим засобом індивідуалізації з особливим правовим режимом. Друга точка зору, якої дотримуються, наприклад, С. О. Бабкін, З. Ю. Мілютин, В. І. Скіба, полягає в тому, що доменне ім'я не є самостійним засобом індивідуалізації, об'єктом інтелектуальної власності і прирівнюється до телефонного номера або поштової адреси [7, 122–123]. На користь кожної з висловлених точок зору дослідники наводять вагомі аргументи.

Не висловлюючись категорично на користь тієї чи іншої позиції, слід звернути увагу, що доменне ім'я у деяких випадках може бути ніяк не пов'язане із засобами індивідуалізації якої-небудь конкретної особи або її продукції. Разом з цим, як слушно зауважує В. Буличов, слід враховувати, що доменне ім'я в певних випадках може, по суті, трансформуватися в позначення, що виконує функції товарного знака, формально до них не відносячись, і в цій ситуації в рамках конкретного спірного правовідношення доменне ім'я можна віднести до такого об'єкта інтелектуальної власності, як товарний знак [2, 95].

Але в інших, коли назвою домену обирається ім'я, фамілія чи псевдонім фізичної особи, або комерційне (фірмове) найменування юридичної особи чи словесне вираження її торговельної марки (знака для товарів та послуг), доменне ім'я може розглядатись не тільки як засіб ідентифікації частини інформаційного простору, але й засіб індивідуалізації інформаційних ресурсів фізичних та/або юридичних осіб, що має похідний характер. У даному випадку, видається, що похідний характер цього специфічного засобу індивідуалізації обумовлено його ідентичністю до первинних засобів індивідуалізації (імені, фамілії, псевдоніму фізичної особи, найменування, позначення юридичної особи тощо).

Слід звернути увагу на те, що у структурі домену особливе значення має домен другого чи третього рівня, який, власне, і містить особливу, індивідуалізуючу назву. Користувачі Інтернету, як правило, розрізняють юридичні особи по довільній частині комерційного найменування, при цьому вказівка на організаційну форму не може виконувати ролі в індивідуалізації юридичної особи, тому логічним є зазначення у доменному імені тільки довільної частини найменування юридичної особи.

Цей підхід до вирішення конфлікту прав на доменні імена та комерційні (фірмові) найменування був запропонований ФАС Московського округу, який

в ухвалі від 25 січня 2001 р. № КА-А40/6520-00 справедливо вказав, що «відповідно до можливостей мережі Інтернет, звичаїв ділового обороту, вказівка на організаційно-правову форму юридичної особи в доменних іменах не використовується, оскільки учасники товарного ринку з відомими фірмовими найменуваннями використовують тільки короткий відмітний елемент фірмового найменування, його довільну частину, відому більшості споживачів, що не мають уявлення, в якій організаційно-правовій формі діє суб'єкт господарської діяльності, що цікавить їх [3, 46–47].

Розглядаючи структуру доменного імені, слід зазначити, що основною метою доменних імен верхнього першого рівня типу Generic (gTLDs), що охоплюють найобширніші ділянки віртуального Інтернет-простору, є визначення географічної або тематичної ознаки сайту. Вони поділяються на національні домени і домени загального користування.

Наприклад, кожна держава має своє доменне ім'я, яке дає можливість ідентифікувати певний сегмент Інтернет-простору по географічній ознаці — «.ua» — Ukraine (Україна), «.ru» — Russia (Росія), «.uk» — United Kingdom (Велика Британія), «.jp» — Japan (Японія), «.de» — Germany (Німеччина) і т.д. Серед національних лідерів — німецький домен «.de» та англійський «.co.uk» (їх нараховується мільйони). На український «.ua» припадає кілька сот тисяч доменних імен.

Серед domenів загального користування, що структуруються по тематичній ознаці, слід визначити три категорії domenів:

- домени загального користування: «.com» — комерційні організації; «.net» — networks домени мережеских провайдерів; «.org» — неурядові і некомерційні організації; «.info» — засоби масової інформації; «.biz» — Business Organizations — аналог домену «.com»; «.name» — персональні сторінки;
- спеціальні домени загального користування — «.aero» — домен для представників легкотранспортної індустрії; «.coop» — домен для кооперативів; «.museum» — домен для музеїв і прирівняних до них організацій; «.pro» — домен для юристів, бухгалтерів і представників інших професій;
- домени обмеженого користування — «.int» — міжнародні організації і бази даних; «.edu» — освітні установи; «.gov» — установи і організації уряду США; «.mil» — збройні сили США.

Родові доменні імена верхнього рівня розподіляються також на дві групи: спонсоровані (sponsored) та неспонсоровані (unsponsored).

Спонсоровані родові домени верхнього рівня є спеціалізованими доменами, які їх спонсор репрезентує більш вузькій спільноті. А тому спонсор несе відповідальність за ряд питань, пов'язаних з доменами верхнього рівня. Спонсор наділений ICANN повноваженнями у сфері встановлення правил функціонування спонсорованого ним домену. Кожний спонсорований домен має статут, в якому визначаються особливості його призначення та функціонування.

Спеціальні спонсоровані домени обмеженого користування (sTLDs): «.travel» — домен для організацій, що мають відношення до індустрії подорожей, екскурсій, відпочинку; «.jobs» — домен для працедавців і претендентів; «.cat» —

домен для лінгвістичного і культурного співтовариства іспанської Каталонії; «.tel» — домен для зберігання і управління персональними і корпоративними контактними даними; «.mobi» — домен для сайтів і сервісів, орієнтованих на роботу з мобільними телефонами і бездротовими пристроями.

Більшість родових доменів верхнього рівня є неспонсорованими. Неспонсоровані родові домени верхнього рівня функціонують за правилами, що встановлені всесвітньою спільнотою користувачів Інтернет безпосередньо через процедури ICANN.

Доменні імена другого рівня можуть належати різним юридичним і фізичним особам і визначатися залежно від територіального їх розташування, найменування юридичної особи тощо, за бажанням особи, що реєструє доменне ім'я. Наприклад, територія України розбита на самостійні географічні доменні зони — Київська область має домени — «.kiev.ua» або «.kv.ua», Харківська область — «.kharkov.ua» або «.kb.ua», Донецька — «.donetsk.ua» або «.dn.ua» і т.д. Ці зони можуть включатися в доменні імена їх власників як складові елементи. Доменні імена другого рівня відділяються при написанні від імен першого рівня знаком «.», що дає можливість легко оперувати ім'ям і визначати по його структурі розташування сервера або тематику сайту. Доменні імена другого рівня мають таку структуру — «.name.ua», «.name.com», «.name.net» і т.д. [6, 30].

Доменні імена третього рівня включаються в домен вищого рівня і підкоряються йому. Вони встановлюються власником імені домену на свій розсуд.

Викладене дозволяє зробити висновок, що саме змістовна характеристика доменів другого та третього рівнів дозволяє кваліфікувати їх як похідний засіб індивідуалізації інформаційних ресурсів фізичних чи юридичних осіб. У випадку, якщо домен другого чи третього рівня містить ім'я, прізвище фізичних осіб, найменування юридичних осіб тощо, на нього поширюється режим засобів індивідуалізації фізичних чи юридичних осіб. В усіх інших випадках доменне ім'я є засобом ідентифікації інформаційного ресурсу в Інтернеті.

Оминаючи своєю увагою питання щодо правового режиму доменних імен, кваліфікації їх як об'єктів права інтелектуальної власності, законодавець створює умови для зловживання правами на доменне ім'я та складність для вирішення суперечок у суді у випадках конфлікту прав на доменні імена з правами на інші засоби індивідуалізації.

Характеризуючи доменне ім'я як засіб індивідуалізації, слід звернути увагу на основні характерні риси, якими є:

- ідентифікація масиву сторінок у глобальній мережі — оскільки сторінки в рамках одного доменного імені, як правило, взаємопов'язані, пошук будь-якої сторінки на домені можливий з «домашньої сторінки» домену;
- вираз в буквенному або цифровому позначенні, а отже, збіг із словами на деяких мовах, іменами і т.п.;
- використання на підставі реєстрації, здійснюваної недержавними організаціями в різних країнах по всьому світу [5, 139];
- нематеріальний характер доменних імен, що проявляється в тому, що вони

існують тоді та оскільки існує віртуальна мережа Інтернет. При цьому нематеріальний характер доменних імен проявляється в тому, що доменне ім'я не має матеріального виразу, його цінність обумовлена не його фізичними характеристиками, а здатністю викликати потрібні асоціативні враження [1, 887];

- особлива об'єктивна форма виразу доменного імені, яка відображає особливість його фізичного уявлення в мережі Інтернет, в першу чергу, в електронному вигляді. Також воно володіє ознакою необмеженості в просторі і можливістю одночасного використання необмеженим колом осіб [7, 127];

- виключний характер доменного імені, що означає, що у світі не може існувати одночасно двох тотожних повноцінно функціонуючих доменних імен. Основна цінність доменного імені полягає в його унікальному символічному позначенні. За рахунок використання в доменних іменах назв, що легко запам'ятовуються або широко відомих, термінів, товарних знаків можна істотно полегшити доступ до інформації, розміщеної на даному домені. Домен, таким чином, виступає свого роду «назвою» інформації. Прості для запам'ятовування і унікальні через свою неповторність, вони набули значення засобу комерційної індивідуалізації, чому сприяла можливість використовувати як такі імена будь-які слова, пов'язані за значенням із здійснюваною діяльністю. Але унікальність доменного імені вабить і проблеми в його використуванні, оскільки доменне ім'я стає одиничним ресурсом, у володінні яким можуть бути зацікавлені відразу декілька осіб [13, 139]. Кожне доменне ім'я в загальносвітовому масштабі може бути надане тільки один раз, наслідком чого є ряд правових проблем;

- міжнародний характер використання доменних імен, який не може бути обмежений кордонами певної країни. Зазначена характеристика обумовлена тим, що використання доменного імені не може бути обмежено кордонами певної країни; в силу міжнародного характеру мережі Інтернет доменні імена призначені для потенційної можливості бути використаними з будь-якої точки земної кулі, де є доступ до мережі Інтернет;

- особлива комерційна цінність. В даний час у світі існує цілий ринок доменних імен, де останні досить часто продаються за вельми великі гроші. Як стверджують С. Дмитрієв і О. Рузакова, крім функцій адресації в Інтернеті доменні імена виконують функції, аналогічні функціям товарних знаків. Основна вартість Інтернет-компанії складається з її престижу, тобто «goodwill». «Goodwill» — це умовна вартість ділових зв'язків, нематеріальних активів, престиж торгової марки, стійка клієнтура, репутація й ін. Він отримується унаслідок зростання репутації компанії серед клієнтів протягом багатьох років і дозволяє одержати доходи, що перевищують доходи, одержані при його відсутності. Goodwill Інтернет-компанії безпосередньо об'єктивувався в її доменному імені, оскільки саме воно є сполучною ланкою між компанією і клієнтами. Тому доменні імена сайтів, що добре зарекомендували себе, мають високу вартість і часто є об'єктами купівлі-продажу [4, 16–17].

Викладене дозволяє підтримати точку зору про те, що доменні імена за своєю природою найбільшою мірою співвідносяться з категорією прав, що належать

до інституту засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг [6, 33].

Таким чином, доменне ім'я можна визначити як засіб ідентифікації певного інформаційного ресурсу в мережі Інтернет, який за певних умов є похідним засобом індивідуалізації фізичних та юридичних осіб в мережі Інтернет.

Специфіка доменного імені як засобу індивідуалізації, відсутність законодавчо визначеного правового режиму цього об'єкта, зростаюча кількість конфліктів прав на доменні імена з правами на інші засоби індивідуалізації обумовлюють потребу вироблення єдиної позиції щодо застосування до цього об'єкта певного правового режиму та внесення відповідних змін у чинне цивільне законодавство. Для вирішення цього питання необхідно також враховувати певні особливості при співвідношенні прав на доменне ім'я з правами на інші засоби індивідуалізації, що повинно бути предметом додаткового дослідження.

Література

1. Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посіб. / відп. ред. Р. А. Майданик. — К. : Юстіціап, 2007. — 912 с.
2. Булычев В. О правовой природе доменного имени (возражения на статью И. Невзорова «О соотношении доменного имени с объектами интеллектуальной собственности») // Хозяйство и право. — 2006. — № 7. — С. 94–98.
3. Вацковский Ю. Конфликт права на доменное имя и прав на средства индивидуализации // Правовая поддержка рекламы и защита интеллектуальной собственности : сборник / сост. И. Г. Шаблинский ; под ред. А. А. Гольдבלата. — М. : Альпина Бизнес Букс, 2007. — С. 42–47.
4. Дмитриев С. Доменные имена: проблемы российского и зарубежного законодательства / С. Дмитриев, О. Рузакова // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2001. — № 6. — С. 15–24.
5. Дмитрик П. А. Осуществление субъективных гражданских прав с использованием сети Интернет / Н. А. Дмитрик. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 200 с.
6. Жилишкова И. Правовая природа доменного имени // Підприємство, господарство і право. — 2002. — № 6. — С. 30.
7. Пагорный Р. С. Доменное имя как объект гражданского права // Журнал российского права. — 2008. — № 2. — С. 122–132.
8. Про затвердження Положення про Галузеву інформаційно-телекомунікаційну систему МОЗ України «HealthNet» : наказ Міністерства охорони здоров'я України № 208 від 26 квіт. 2007 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : Електронна база даних «Нормативні акти України»: Версія 9.5.3.
9. Про затвердження Порядку підключення до глобальних мереж передачі даних : постановою Кабінету Міністрів України від 12 квіт. 2002 р. // Офіційний вісник України. — 2002. — 3 трав., № 16. — Ст. 864.
10. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України № 3689-XII від 15 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7, 15 лют.
11. Про телекомунікації : Закон України № 1280-IV від 18 листоп. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 12, 19 берез. — Ст. 155.

Анотація

Кулініч О. О. Доменне ім'я як похідний засіб індивідуалізації інформаційних ресурсів фізичних та юридичних осіб у мережі Інтернет. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань щодо визначення правової природи доменного імені, його структури та видів. За структурою розрізняють домени першого, другого, третього рівнів. Характеризуються такі види доменних імен, як національні домени і домени загального користування (серед них розрізняють домени загального користування, спеціальні домени загального користу-

вання, домени обмеженого користування). Родові доменні імена верхнього рівня розподіляються також на дві групи: спонсоровані та неспонсоровані. Окрема увага звертається на визначення основних характерних рис доменного імені як засобу індивідуалізації.

Ключові слова: домен, засоби індивідуалізації, національні домени, домени загального користування, спонсоровані домени, неспонсоровані домени.

Summary

Kulinich O. O. Domain Name as a Measure of Individualization of Informative Resources of Natural and Legal Persons in the Internet. — Article.

This article is devoted to consideration of questions in relation to determination of legal nature of the domain name, his structure and prospects. After a structure the domains of the first, second, third levels are distinguished to the domain. Such types of the domain names are characterized, as national domains and domains of the common use (among them the domains of the common use, special domains of the common use, domains of the limited use, are distinguished). The family domain names of top level are distributed also on two groups: sponsored and unsponsored. Separate attention applies on determination of the basic personal touches of the domain name as mean of individualization.

Keywords: domain, facilities of individualization, national domains, domains of the common use, sponsored domains, unsponsored domains.

УДК 347.78.031

С. В. Мазуренко

ВІЛЬНЕ ВІДТВОРЕННЯ БІБЛІОТЕКАМИ ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА З ЦІЛЛЮ НАВЧАННЯ, НАУКИ ТА КУЛЬТУРИ

Авторське право призване підтримувати економічний обіг результатів інтелектуальної діяльності і в цілому сприяти розвитку творчості. Для цього авторам та їх правонаступникам надаються виключні права на використання творів. В той же час авторське право відображає баланс комерційних інтересів прав власників і інтересів суспільства на вільний культурний розвиток, доступ до інформації та знань. В інтересах суспільства і з ціллю оптимізації використання об'єктів авторського права законом встановлені деякі обмеження авторських прав. Інститут обмежень пройшов декілька етапів свого формування, що було зумовлено в першу чергу розвитком копіювальної техніки.

Значну роль у дослідженні відіграли наукові результати, які були досягнуті українськими та іноземними вченими при аналізі правового регулювання відтворення бібліотеками примірників авторського права з ціллю навчання, науки та культури, а також взаємодія європейського права і національних правових систем у зазначеній сфері, зокрема, В. А. Дозорцева, А. В. Туликова, Г. Уваркіна, С. Глотова та інших.

Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів встановлює обмеження і виключення авторських прав (ст. 9 (2)) [1]. Однак обмеження авторських прав дозволяється тільки за умови виконання таких умов: обмеження можуть зачіпати тільки «особливі випадки» і не повинні бути загальними; вони не повинні шкодити нормальному використанню твору; не можуть зачіпати будь-яким необґрунтованим способом законні інтереси автора.

Зазначені критерії, які обмежують виключні права, є кумулятивними, тому, щоб застосувати такі обмеження і виключення, повинні бути виконані всі три умови (триступеневий тест).

Національний законодавець може встановити обмеження імplementованих прав за умови дотримання триступеневого тесту. При цьому обмеження відносно суміжних прав можуть бути встановлені в національному законодавстві в не меншому обсязі, ніж обмеження авторських прав. Крім того, з урахуванням Узгодженої заяви учасників ст. 10 Договору ВОІВ з авторського права [2] дозволяє переносити і відповідним чином розповсюджувати на цифрове середовище обмеження, які вважаються відповідними Бернської конвенції.

Для усунення суперечностей достатньо коректувати національне законодавство, в якому деякі із вказаних в положенні ст. 444 Цивільного кодексу України обмеження повинні стати інваріантними способу використання твору.

З ціллю збалансування публічних та приватних інтересів у національному та міжнародному законодавстві сформувалися норми інституту обмежень авторських прав. Обмеження діють протягом всього терміну охорони. Існують обмеження двох видів: перший дозволяє вільне і безкоштовне використання, а другий — з виплатою винагороди.

Вільне використання творів з виплатою винагороди автору реалізується рідко: до таких випадків можливо віднести передбачені авторсько-правовими конвенціями примусові ліцензії [3], а також виконання музичних творів з виплатою винагороди автору твору.

Майнові права авторів обмежуються законодавством у часі, територіально, а також в деяких випадках — в інтересах суспільства.

Територіальність авторського права означає, що законодавство може діяти тільки на території України і не має юридичної дії за її межами. Володілець авторського права на твір охороняється законом держави від неправомірних дій, передбачених законодавством у сфері охорони і здійснення авторського права в цій країні. Що стосується подібних дій, які здійснюються в іншій країні, суб'єкт авторського права повинен діяти згідно з законами цієї держави. Укладання міжнародних конвенцій з авторського права полегшує вирішення практичних проблем, пов'язаних з територіальними обмеженнями.

Законом також встановлений визначений термін дії авторського права, який виникає з моменту створення твору і діє протягом визначеного строку після смерті автора. З проходженням певного періоду часу твори, які охороняються авторським правом, стають суспільним надбанням і становлять невід'ємну частину національного спадку.

У процесі формування авторсько-правової системи здійснювалося послідовне збільшення строку правової охорони творів. Чинним національним законодавством встановлений загальний 70-річний термін охорони творів, який починає відраховуватися з 1 січня року, слідує за роком смерті автора.

Актуальність багатьох робіт, особливо дослідницьких, неминує втрачатися до моменту відраховування строку. При цьому територіальне обмеження

охорони також втрачає актуальність в силу розширення дії рівного правового режиму для творів національних і зарубіжних авторів.

Дія обмежень авторських прав залежить від їх тлумачення. В законодавстві США застосовується доктрина Fair use (добросовісне використання), яка допускає вільне використання матеріалів, які охороняються авторським правом, за умови певних вимог. Такий термін застосовується лише в США, однак в деяких країнах англосаксонської правової системи використовується схожий термін — «чесна поведінка» (fair dealing).

«Добросовісне використання» допускається без отримання дозволу володільця авторських прав до тих пір, доки воно сприяє «прогресу науки і корисних мистецтв» (Конституція США п. 8 раз. 8 ст. 1), що має відмінності від видачі явної ліцензії на використання об'єкта авторських прав. Таким чином, зазначена доктрина намагається поєднати інтереси володільця авторських прав і соціальну та культурну цінність похідних творів. Деякі обмеження авторських прав при «добросовісному використанні» пояснюються необхідністю захисту свободи слова і посиланням на Першу поправку до Конституції США.

«Добросовісне використання» творів, які охороняються авторським правом, не є порушенням авторських прав, у тому числі не визнається порушенням відтворення творів (в тому числі аудіозапису) в цілях критики, коментарю, висвітлення новин, навчання (включаючи тиражування для використання в класах), викладання або для наукових досліджень.

Для визначення того, чи є «добросовісне використання» твору допустимим в конкретному випадку, враховуються такі фактори: ціль та характер такого використання, в тому числі чи є воно комерційним або некомерційним, освітнім; природа твору; величина і значення використання частини по відношенню до цілого твору; вплив «добросовісного використання» на потенціальний ринок розповсюдження і ціну твору, який охороняється.

«Добросовісне використання» неопублікованого твору також допускається з урахуванням зазначених факторів.

У законодавстві України передбачений вичерпний перелік випадків вільного використання творів. Згідно зі ст. ст. 21–25 Закону України «Про авторське право та суміжні права» (далі — Закон) [4] та ст. ст. 443–444 ЦК України допускається використання об'єктів авторського права без дозволу автора і без виплати винагороди або з виплатою винагороди, тобто передбачені дії, які не вважаються порушенням прав автора. Це так зване вільне використання твору.

Один із видів таких обмежень — репродукування твору без дозволу автора і без виплати йому винагороди (ст. 21 Закону). Під репродукуванням закон визначив «факсимільне відтворення в будь-якому розмірі (у тому числі збільшеному чи зменшеному) оригіналу письмового, іншого графічного твору або його примірника шляхом фотокопіювання або іншими подібними способами, крім запису в електронній (в тому числі цифровій), оптичній чи іншій формі, яку зчитує комп'ютер» (ст. 1 Закону).

Таким чином, репродукування відрізняється від копіювання і інших способів відтворення, являючи собою більш вузьке поняття.

Репродукування творів можливе в єдиному випадку без вилучення прибутку тільки в цілях розвитку бібліотечної, архівної справи, для навчальних, наукових або інших освітніх цілей. На таких же умовах можливе репродукування правомірно опублікованих творів бібліотеками і архівами для поновлення або заміни втрачених або пошкоджених примірників. Можливе також репродукування окремих статей і малооб'ємних творів на замовлення фізичних осіб в навчальних і дослідницьких цілях.

На сьогоднішній день в законодавстві більшості країн світу передбачені обмеження, на підставі яких бібліотекам дозволено відтворювати примірники творів без дозволу правовласників: для особистих цілей, робити копії для інших бібліотек, відтворювати примірники для користувачів. Інша юридична дозволеність бібліотек — передавати примірники опублікованих творів у тимчасове безоплатне користування закріплено в законодавстві країн, правова система яких розрізняє право відтворення та розповсюдження твору. В країнах, де подібне обмеження не встановлено в законодавстві, воно визнається як звичайне правило.

Спочатку визнавалось обмежене право на використання твору в особистих цілях, для цілей цитування, а також як ілюстрації освітнього процесу. Але з розвитком репродуктивного обладнання бібліотекам, архівам та іншим соціально значимим закладам були надані правомочності на відтворення творів методом репрографії та фотокопіювання.

Стаття 22 Закону передбачає репродукування бібліотеками з метою навчання і дослідницьких цілях тільки на замовлення фізичних осіб, тому репродувати на замовлення юридичних осіб без дозволу правовласника і виплати йому винагороди неправомірно.

Відносно творів архітектури, мистецтва і фотографій, постійно розташованих в місці, відкритому для вільного доступу, допускається як їх відтворення, так і передача в ефір або повідомлення для загального відому по кабелю. Такі дії забороняються тільки у випадках, коли зображення твору є основним об'єктом відтворення, передачі або повідомлення.

Що стосується вільного використання музичних творів, не визнаються порушення прав авторів, якщо зазначені твори були публічно використані під час офіційних та релігійних церемоній, а також похорон. Однак обсяг використання повинен бути виправданий характером таких ритуальних церемоній.

Також можливе відтворення творів для судового або адміністративного провадження в обсязі, виправданому цим провадженням (ст. 21 п. 7 Закону).

Без дозволу автора твору, виконавця або виробника фонограми, але з виплатою їм винагороди допускається відтворення в особистих цілях аудіовізуального твору або звукозапису іншого твору (ст. 25 п. 2 Закону).

Стаття 24 Закону чітко регламентує випадки вільного використання комп'ютерних програм (копіювання, модифікація та декомпіляція). При цьому вказується, що зазначені обмеження майнових прав здійснюються за умови, що вони не завдають шкоди нормальному використанню творів і не будуть обмежувати безпричинно законні інтереси автора.

Перелік можливих обмежень, який закріплений в ст. ст. 21–25 Закону, є вичерпним і не підлягає ні розширеному тлумаченню, ні доповненню підзаконними актами або судовою практикою.

Зазначені вилучення стосується тільки правомірно опублікованих творів. Якщо твір не доведений до загального відома або якщо таке опублікування було з порушенням законодавства, в такому випадку твір може бути використаний тільки з дозволу автора.

Поняття «оприлюднення» і «опублікування» містяться в ст. 1 Закону. Перше пов'язано з доступністю твору для загального відома, незалежно від наявності матеріального носія, а друге передбачає наявність такого матеріального носія («примірники твору») — з випуском таких матеріальних носіїв в обіг у кількості, здатній задовольнити розумні потреби публіки.

На неопубліковані твори вільне використання твору не поширюється. Стаття 21 Закону «Про авторське право та суміжні права» передбачає, що використання цитат, літературних і художніх творів, відтворення у пресі, публічне виконання чи публічне сповіщення у газетах або журналах статей можливо тільки за умови спочатку опублікування зазначених творів.

Що стосується дисертацій, які депонуються, то вони являють собою оприлюднені твори, оскільки вони доступні в бібліотеці для загального ознайомлення. Однак дисертації не можуть вважатися опублікованими творами, тому що існують в єдиному примірнику (один примірник дисертації знаходиться в Національній бібліотеці України імені В. І. Вернадського, а другий (в електронному вигляді) — в Українському інституті науково-технічної та економічної інформації) і не вважаються «випущеними в обіг... у кількості, здатній задовольнити... розумні потреби публіки...» (ст. 1 Закону).

Згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 7 березня 2007 р. № 423 про Порядок присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника дисертація на здобуття наукового ступеня є кваліфікаційною науковою працею і повинна бути виконана особисто здобувачем у вигляді спеціально підготовленого рукопису або опублікованої монографії (п. 11) [5]. Тому не всі дисертації можуть розглядатися як неопубліковані твори, а тільки рукописи.

О. В. Туликов вважає, що репродукування дисертацій, які є досить значимі для цілей навчання і наук, є неправомірним, оскільки репродукування може здійснюватися тільки відносно опублікованих творів [6].

Що стосується цитування дисертацій, то воно допускається. Достатньо відмітити, що цитуватися може будь-який оприлюднений твір, а репродукуватися — тільки опублікований. Репродукування допускається лише один раз, а цитування не обмежується цими межами.

Згідно зі ст. 22 Закону на бібліотеки не може поширюватися право на надання в тимчасове безоплатне користування неопублікованих дисертацій без дозволу автора, оскільки такі примірники знаходяться поза межами цивільного обігу. А в зазначеній статті вказується, що бібліотеки мають таке право тільки у разі опублікування твору. Таким чином, в зазначених випадках пови-

нен бути укладений договір з автором, який написав дисертацію, на подальше використання його твору бібліотекою.

Слід сказати, що в законодавстві держав англосаксонської правової сім'ї, таких як Індія, Ірландія, Великобританія, Австралія і деяких інших, допускається виготовлення копій неопублікованих творів для навчальних та дослідницьких цілей.

В законодавстві деяких країн діють обмеження, які передбачають використання творів у навчальних цілях не тільки бібліотеками, а всіма суб'єктами права. Наприклад, в законодавстві Естонії, Кіпру, Камеруну, Тринідад і Тобаго передбачені обмеження, згідно з якими не є порушенням використання (яке виходить за межі простого цитування) ілюстрацій навчального процесу за допомогою публікацій, радіо- та телепередач або ж у записі звука або зображення. Відповідно норма встановлена і в Україні в ст. 23 Закону.

Статтею 22 Закону передбачено, що бібліотека чи архів можуть відтворювати твори без дозволу автора, якщо мають достатньо підстав вважати, що такий примірник буде використовуватися з метою освіти, навчання і приватного дослідження, є поодиноким випадком і не має систематичного характеру. Важко уявити, яким чином бібліотеки можуть контролювати подальше використання користувачем зазначених творів.

У законодавстві англосаксонських країн передбачені спеціальні норми, за якими встановлюються процедури і правила контролю внутрішньої документації в бібліотеках і архівах. Наприклад, в Австралії, Великобританії та Ірландії при виготовленні копії бібліотекар повинен взяти у користувача заповнену і підписану спеціальну декларацію, тільки після цього він відтворює замовлений примірник твору. Така міра контролю дозволяє виключити можливість виготовлення для одного й того ж користувача однієї і тієї копії в один і той же час, чим забезпечується баланс приватних і публічних інтересів.

Виключення та обмеження в законодавстві авторського права — важлива проблема. Дисбаланс між правами правовласників та інтересами громадян був взятий за основу дослідження Всесвітньої організації інтелектуальної власності протягом багатьох десятиріч. Існуюча міжнародна структура прав інтелектуальної власності, яка складається із виключних прав і визначених виключень і обмежень, заснована на тонкій рівновазі, і повинна в подальшому продовжуватися.

Така гнучкість повинна ґрунтуватися на загальних міжнародних принципах, які повинні виконуватися державами-членами, які можуть узгодити законодавство у сфері інтелектуальної власності до національних економічних та культурних звичаїв.

У 2001 р. в Європі була прийнята Директива ЄС «Про узгодження деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві» [7]. Однак більшість країн, у тому числі держави — члени ЄС до сих пір не прийняли яких-небудь нормативних актів, а також не внесли поправки до законодавства у сфері авторського права і суміжних прав, які визначають відповідні обмеження при використанні сучасних інформаційних технологій [8].

Законодавством повинні встановлюватися межі вільного використання творів, які набувають бібліотеки безпосередньо в цифровому форматі, відтворення в цифровому форматі для інших бібліотек та архівів, переклад твору у цифрову форму, а також зазначені випадки правомірного вжитку бібліотекою технічних засобів захисту творів.

Встановлення дійсно необхідних і нових для національного законодавства обмежень, які широко визнані у світі, можливо на основі запозичення норм зазначеної Європейської директиви.

Література

1. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. // Интеллектуальная собственность : нормативно-правовые акты / под общ. ред. А. Д. Святоцкого, В. П. Петрова. — К. : Ип Юрс, 1999. — Т. 2.
2. Договір ВОІВ, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 року.
3. Уваркин Г. О природе некоторых случаев ограничения авторских и смежных прав // Авторское право и смежные права. — 2006. — № 2. — С. 2–9.
4. Про авторське право та суміжні права : Закон України в ред. від 11 лип. 2001 р. № 2627-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 43. — Ст. 214.
5. Про Порядок присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника : постановка Кабінету Міністрів України від 7 берез. 2007 р. № 423.
6. Туликов А. В. Проблемы авторского права при использовании современных информационных технологий для целей образования, науки и культуры. — Режим доступа : <http://www.russianlaw.net/law/doc/a191.htm>.
7. Директива ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе.
8. Глотов С. Вичерпання авторського права у цифровому середовищі // Інтелектуальна власність. — 2006. — № 3. — С. 18–24.

Анотація

Мазуренко С. В. Вільне відтворення бібліотеками об'єктів авторського права з ціллю навчання, науки та культури. — Стаття.

В національному та міжнародному законодавстві сформувалися норми інституту обмеження авторських прав, які діють протягом всього строку правової охорони. Одні з них дозволяють вільно та безоплатно використання, а інші — з виплатою винагороди. Одним з видів таких обмежень є відтворення твору без дозволу автора та без виплати йому винагороди. В статті проведений аналіз правового регулювання відтворення бібліотеками екземплярів авторського права з ціллю навчання, науки та культури, а також взаємодія європейського права та національної правової системи у вказаній сфері.

Ключові слова: авторські права, правова охорона, інститут обмеження авторських прав, відтворення твору без дозволу автора.

Summary

Mazurenko S. V. Free Publishing of the Author's Rights Objects by the Libraries in the Interests of Education, Science and Culture. — Article.

In national and state legislation the norms of institution of copyright's restrictions which have functioned for a certain period of legal protection were formed. One of them allow free and gratuitous using but another — with payment of compensation. One of such kinds of restrictions is to reproduce the work without the author's permission and payment of his compensation. The legal regulation of reproduction by the libraries of the copyright work for the purpose of education science and culture as well as cooperation of European law and national legal system in given sphere are analyzed in this article.

Keywords: author's rights, legal protection, institution of copyright's restrictions, product publishing without author's agreement.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ СТВОРЕННЯ АКЦІОНЕРНОГО ТОВАРИСТВА

Актуальність теми, обраної для написання статті, обумовлена прийняттям Верховною Радою України 17 вересня 2008 р. Закону України «Про акціонерні товариства», а також наявністю правових колізій в регулюванні правовідносин щодо створення, діяльності та ліквідації акціонерних товариств, які виникають у зв'язку з регулюванням вказаних відносин також нормами Цивільного кодексу, Господарського кодексу та Закону України «Про господарські товариства».

Метою статті є дослідження та виявлення законодавчих колізій в правовому регулюванні створення акціонерних товариств, а також вирішення питань щодо можливості їх усунення.

Безпосереднім предметом дослідження є правові норми, що містить ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» — Створення акціонерного товариства, яка розташована у розділі II Закону — Заснування акціонерного товариства [1].

Необхідною передумовою виникнення юридичної особи є свідома вольова діяльність людей — органів державної влади, певної групи або, нарешті, однієї фізичної дієздатної особи. Ті юридичні відносини, що зв'язують визначене чи невизначене коло осіб за наявності поставленої ними чи перед ними єдиної мети, загальних інтересів, що викликають однакову поведінку, однакові права й обов'язки, відокремлюючись від фізичних суб'єктів цих відносин, здобувають нову якість: учасником правовідносини є новий суб'єкт права — юридична особа. Юридична особа є носієм нових суб'єктивних прав, відмінних від суб'єктивних прав людей, що створили організацію. Процес утворення і діяльності юридичної особи неможливий поза державною волею в тій чи іншій формі її прояву. Але цей процес немислимий і поза проявом волі певної групи людей або навіть волі однієї людини.

Питанням створення акціонерного товариства безпосередньо присвячена ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства», який набрав сили 29 квітня 2009 р.

Частина 1 цієї статті кореспондує положенням ч. 1 ст. 153 ЦК України та визначає коло осіб, які можуть бути засновниками акціонерного товариства — це держава в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном, а також фізичні та/або юридичні особи, що прийняли рішення про його заснування.

Закон України «Про управління об'єктами державної власності» від 21 вересня 2006 р. № 185-V [2], що визначає правові основи управління об'єктами державної власності, встановлює перелік органів, в особі яких держава виступає в ролі засновника акціонерного товариства. Відповідно до ст. 4 цього закону суб'єктами управління об'єктами державної власності є: Кабінет Міністрів

України; Фонд державного майна України; міністерства та інші органи виконавчої влади (далі — уповноважені органи управління); органи, які здійснюють управління державним майном відповідно до повноважень, визначених окремими законами; державні господарські об'єднання, державні холдингові компанії, інші державні господарські організації (далі — господарські структури); юридичні та фізичні особи, які виконують функції з управління корпоративними правами держави (далі — уповноважені особи); Національна академія наук України, галузеві академії наук.

Серед повноважень, наданих ст. 5 вказаного вище закону, Кабінету Міністрів України у сфері управління об'єктами державної власності є, зокрема, такі: визначати органи виконавчої влади, які здійснюють функції з управління об'єктами державної власності; встановлювати порядок передачі об'єктів державної власності суб'єктам управління; визначати умови створення та діяльності господарських структур; приймати рішення про створення, реорганізацію та ліквідацію господарських структур і визначати центральні органи виконавчої влади, які здійснюють контроль за їх діяльністю; приймати рішення про закріплення в державній власності пакетів акцій (часток) акціонерних товариств, створених на базі державного майна, що приватизується, терміни закріплення таких пакетів акцій (часток) у державній власності відповідно до законодавства про приватизацію тощо.

Уповноважені органи управління відповідно до покладених на них завдань приймають рішення про створення, реорганізацію і ліквідацію підприємств, установ та організацій, заснованих на державній власності; ініціюють створення господарських структур, розробляють проекти їх установчих документів; затверджують статuti (положення) підприємств, установ та організацій, що належать до сфери їх управління, і господарських структур та здійснюють контроль за їх дотриманням, а також мають інші повноваження.

Фонд державного майна України щодо державних підприємств, установ і організацій, зокрема, виступає від імені держави засновником господарських організацій, до статутних фондів яких передається державне майно, у тому числі холдингових компаній та підприємств, які підлягають корпоратизації відповідно до законодавства; приймає рішення про створення, реорганізацію (реструктуризацію) та ліквідацію підприємств і організацій, заснованих на державній власності, що перебувають у його управлінні; приймає рішення про передачу до статутного фонду господарських організацій об'єктів державної власності, а також має широкі повноваження щодо управління корпоративними правами держави.

Територіальна громада в особі органу, уповноваженого управляти комунальним майном, також може бути засновником акціонерного товариства.

Згідно з положеннями Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР територіальна громада — жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр [3]. Згідно

з ч. 5 ст. 16 цього закону від імені та в інтересах територіальних громад права суб'єкта комунальної власності здійснюють відповідні ради.

Відповідно до п. 30 ч. 1 ст. 26 закону виключно на пленарних засіданнях сільської, селищної, міської ради вирішується питання про створення, ліквідацію, реорганізацію та перепрофілювання підприємств, установ та організацій комунальної власності відповідної територіальної громади.

Частина 1 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» вказує, що фізичні та/або юридичні особи, що прийняли рішення про заснування акціонерного товариства є його засновниками. Чинне українське законодавство не визначає поняття «засновник», установлюючи лише вимоги до його правосуб'єктності, права та обов'язки щодо створення суб'єкта господарювання. Тим часом аналіз багатьох нормативно-правових актів призводить до висновку про те, що засновником суб'єкта господарювання може бути названий суб'єкт права, тобто фізична особа, юридична особа або суб'єкт публічного права, що приймає рішення про створення юридичної особи, приймає (затверджує) її установчі документи, передає їй у власність (або на іншому речовому праві) частину свого майна для формування її статутного фонду. Засновниками у вузькому змісті є суб'єкти, зазначені в цій якості в установчих документах юридичної особи на момент її державної реєстрації в Єдиному державному реєстрі підприємств і організацій України.

Частина 2 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» стосується кількісного складу засновників акціонерного товариства. Засновниками акціонерного товариства можуть бути одна, дві чи більше осіб.

Цивільний кодекс України також передбачає, що господарське товариство, крім повного і командитного товариств, може бути створене однією особою, яка стає його єдиним учасником. Розділилися точки зору щодо можливості існування таких юридичних осіб серед вчених-правознавців. Так, виходячи з того, що акціонерне товариство ґрунтується на колективних засадах (спільне формування статутного капіталу, спільне управління і розподіл прибутку і т.п.), Д. Нефедов вважає господарське товариство з одним засновником «невиправданим виключенням»[4]. Тому він пропонує дозволити створення господарського товариства одним засновником, але що стосується учасників такого товариства, то їх обов'язково має бути декілька. Причому законодавчо — встановити обов'язковий строк, протягом якого господарське товариство може діяти з одним учасником-засновником. Такі погляди ґрунтуються на теорії юридичної особи як колективного утворення, прибічниками якої були, зокрема, А. Венедиктов, С. Братусь, О. Йоффе. Можливість існування господарського товариства з одним учасником базується на теорії фікції або її різновиді — теорії персоніфікованої цілі (Бринца та Беккера), яка, заперечуючи існування реального суб'єкта — юридичної особи, визначає, що остання має за мету управління майном, тобто сама юридична особа виступає як персоніфікована ціль.

Якщо трактувати термін «товариство», то він передбачає наявність декількох осіб. Відповідно до ст. 83 ЦК України товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому това-

ристві. Водночас в інших статтях ЦК говориться про існування господарського товариства з одним учасником, тоді як господарське товариство є юридичною особою (ст. 113 ЦК). Тобто не викликає сумніву той факт, що юридична термінологія не позбавлена умовності. Крім того, новий ЦК не містить жодних винятків стосовно правового положення господарського товариства з одним учасником як юридичної особи порівняно з іншими організаційно-правовими формами. Проведений аналіз дає підстави зробити висновок, що господарське товариство з одним учасником є «повноцінною» юридичною особою, самостійним суб'єктом права і саме таку концепцію сприйняв ЦК України та Закон України «Про акціонерні товариства».

Частина 3 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» присвячена можливості врегулювання зобов'язальних відносин між засновниками акціонерного товариства щодо його створення шляхом укладання засновницького договору.

Невдалим є використання терміну «засновницький» для цього виду договору, оскільки фактично йдеться про договір про заснування акціонерного товариства, що передбачений ч. 2 ст. 26 Закону України «Про господарські товариства» та ч. 2 ст. 153 ЦК України, відповідно до якої якщо акціонерне товариство створюється кількома особами, вони укладають між собою договір, який визначає порядок здійснення ними спільної діяльності щодо створення товариства. Цей договір не є установчим документом товариства. Договір про створення акціонерного товариства укладається в письмовій формі, а якщо товариство створюється фізичними особами, договір підлягає нотаріальному посвідченню.

На жаль, не тільки у правовій літературі, але й у законодавчих актах поняття «установчий договір», «засновницький договір» і «договір про заснування юридичної особи» іноді змішуються, а легальні терміни, що застосовуються для їхнього позначення, вживаються як синоніми. Зазначені договори мають певні спільні риси. Вони спрямовані на створення нового суб'єкта права, за своєю правовою природою є консенсуальними, багатосторонніми, взаємними і фідучіарними угодами.

У разі коли два (або більше) засновника домовляються між собою про спільні дії, спрямовані на створення юридичної особи, вони укладають договір про заснування юридичної особи або засновницький договір, залежно від обраної організаційно-правової форми створюваного суб'єкта господарювання, що містить умови, покликані регламентувати відносини засновників у процесі створення нового суб'єкта права. Разом з тим, відзначимо, що засновницький договір є установчим документом повного товариства і командитного товариства, але не є таким для акціонерного товариства, товариства з обмеженою відповідальністю і товариства з додатковою відповідальністю. Акціонерне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю і товариство з додатковою відповідальністю можуть створюватися на підставі договору про заснування відповідного товариства, а їх установчим документом є статут.

Таким чином, договір про заснування юридичної особи не належить до установчих документів юридичної особи. Він регламентує тільки зобов'язальні

відносини засновників у процесі створення юридичної особи і закріплює бажання засновників здійснити спільні дії, спрямовані на затвердження статуту юридичної особи та державну реєстрацію нового суб'єкта права, зобов'язує також кожного засновника передати внесок до її статутного фонду. Після державної реєстрації юридичної особи і завершення формування її статутного фонду зобов'язання, що виникли з цього договору, звичайно припиняються належним виконанням.

Договір засновників про створення акціонерного товариства виконує інструментальне призначення, є юридичним механізмом, що опосередковує процес заснування зазначених видів господарських товариств. Закріплення на рівні закону договору про заснування юридичної особи як специфічного виду договору викликає необхідність визначення його сутності, з'ясування характерних рис. Крім того, у силу яскраво вираженого організаційного характеру цього договору він має важливе значення для наступного функціонування господарських товариств, а тому окремі неясності в правовому регулюванні укладання договору відбиваються згодом на їх існуванні.

Стаття 87 ЦК України та ст. 57 ГК України містять перелік актів, які належать до установчих документів. По-перше, це рішення одного чи кількох власників або уповноваженого ним (ними) органу про створення суб'єкта господарювання або засновницький договір, а по-друге, це статут (положення).

ЦК та ГК України вказують, що засновницький договір є установчим документом для повних і командитних товариств, при цьому ці законодавчі акти передбачають можливість укладання договору про створення певного виду господарського товариства, який не є їх установчим документом, отже використання в ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» терміна «засновницький договір» стосовно договору про заснування акціонерного товариства є помилковим.

Засновницький договір і договір про заснування юридичної особи мають певні спільні риси, однак між ними є й істотна різниця.

По-перше, договір про заснування юридичної особи регламентує тільки зобов'язальні відносини між засновниками, як правило, у процесі створення юридичної особи, іноді — протягом усього часу її існування. Засновницький договір регулює не тільки зобов'язальні відносини, що виникають між засновниками після його укладання, а й також корпоративні відносини, що існують між засновниками, юридичною особою і третіми особами після державної реєстрації юридичної особи. Крім того, засновницький договір є установчим документом і виконує функцію закріплення правового статусу юридичної особи. Таким чином, засновницький договір являє собою різновид корпоративної угоди.

По-друге, на відміну від безоплатного договору про заснування юридичної особи, засновницький договір за своєю природою є оплатною угодою. Правовою метою засновницького договору є не тільки створення юридичної особи, а й участь у її діяльності, одержання певної матеріальної вигоди. Виконуючи договірні зобов'язання, кожен засновник діє в інтересах юридичної особи та інших засновників, а також переслідує власні цілі. Вносячи майновий внесок до ста-

тутного фонду суб'єкта господарювання, засновник юридично закріплює своє право на одержання прибутку від його діяльності. Навіть при створенні некомерційної господарської організації засновники мають право розраховувати на певну матеріальну компенсацію — одержання безоплатних послуг тощо.

По-третє, засновницький договір не тільки містить елементи договору на користь третьої особи — створюваного суб'єкта права, а й покладає на нього певні зобов'язання в інтересах засновників. Ця особливість засновницького договору обумовлена його специфічними функціями регламентації корпоративних відносин між юридичною особою та її засновниками.

По-четверте, договір про заснування юридичної особи, як правило, припиняється виконанням засновниками зобов'язань, пов'язаних з державною реєстрацією нового суб'єкта права і формуванням його статутного фонду. Як впливає з визначення функцій засновницького договору, він діє з моменту його укладання до моменту ліквідації юридичної особи.

В договорі про заснування акціонерного товариства визначаються порядок здійснення спільної діяльності щодо створення акціонерного товариства, кількість, тип і клас акцій, що підлягають придбанню кожним засновником, номінальна вартість і вартість придбання цих акцій, строк і форма оплати вартості акцій, строк дії договору, який не може перевищувати дати реєстрації Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій.

Частина 3 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» містить також вказівку на фактичний склад юридичних фактів, настання яких є необхідною передумовою заснування акціонерного товариства. Для його створення засновники повинні провести закрите (приватне) розміщення його акцій, установчі збори та здійснити державну реєстрацію акціонерного товариства.

Слід зауважити, що склад юридичних фактів, яким опосередковується створення суб'єкта господарювання є дещо ширшим.

Суб'єкт господарювання — юридична особа виникає в результаті фактичного (юридичного) складу, елементами якого є наступні юридичні факти:

а) організаційні передумови формування правосуб'єктності суб'єкта господарювання: волевиявлення засновника про намір створити суб'єкт господарювання; угоди засновників про створення суб'єкта господарювання (засновницький договір, договір про створення суб'єкта господарювання); затвердження статуту; обрання органів суб'єкта господарювання; рішення засновника (засновників) про створення суб'єкта господарювання (або ненормативний (індивідуальний) правовий акт уповноваженого органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, що оформлює рішення суб'єкта публічного права, що виступає засновником юридичної особи); правочини засновників, спрямовані на формування статутного фонду створюваного суб'єкта господарювання;

б) акт державної реєстрації, що має конститутивне значення для виникнення суб'єкта господарювання, правовим результатом якого є виникнення у суб'єкта господарювання господарської правосуб'єктності, що дає йому право вчиня-

ти будь-які правочини та інші юридично значимі дії в межах установленого законом правоздатності.

Частина 4 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» містить загальне правило, відповідно до якого при заснуванні акціонерного товариства його акції підлягають розміщенню виключно серед його засновників шляхом приватного розміщення. Публічне розміщення акцій товариства може здійснюватися тільки після отримання свідоцтва про реєстрацію першого випуску акцій. Це положення є повністю тотожним приписам ч. 2 ст. 155 ЦК України.

На практиці існують певні проблеми із застосуванням цього законодавчого припису. Законодавець залишив чинним положення ст. 29 Закону України «Про господарські товариства», відповідно до якого при створенні акціонерного товариства акції можуть бути розповсюджені шляхом відкритої передплати на них (у відкритих акціонерних товариствах) або розподілу всіх акцій між засновниками (у закритих акціонерних товариствах), а також ст. 30. Ці положення відповідали ст. 81 ГК України, але суперечили ч. 2 ст. 155 ЦК України.

Необхідно зазначити, що у цьому питанні розбіжності кодексів формувались на доктринальному рівні. У ГК України передбачалось створення двох видів акціонерних товариств — відкритого акціонерного товариства (далі — ВАТ) і закритого акціонерного товариства (далі — ЗАТ). Відповідно до ст. 81 ГК України акції ВАТ дозволялось розповсюджувати шляхом відкритої передплати та купівлі-продажу на біржах, акції ЗАТ — мали розподілятися виключно між засновниками або серед заздалегідь визначеного кола осіб. Форма ВАТ вже на стадії створення дозволяла залучення широкого кола інвесторів, а ЗАТ — ні.

Частина 2 ст. 155 ЦК України було передбачено принципово інше — при заснуванні АТ усі його акції мають бути розподілені між засновниками. Відкрита передплата на акції не провадиться до повної сплати статутного капіталу. Тобто, за цією статтею АТ не може бути створене ніяким іншим способом ніж шляхом утворення ЗАТ, що майже унеможливило залучення широкого кола інвесторів на стадії створення АТ.

Законом України «Про акціонерні товариства» цей порядок створення АТ визначений як єдино можливий. Передбачено поділення АТ за типом на публічні акціонерні товариства та приватні акціонерні товариства (ч. 1 ст. 5). Частина 2 ст. 155 ЦК України затверджено в новій редакції: «У процесі створення акціонерного товариства його акції підлягають розміщенню виключно серед засновників шляхом приватного розміщення. Публічне розміщення акцій здійснюється після отримання свідоцтва про реєстрацію першого випуску акцій». Дію ст. 81 ГК при цьому було скасовано, хоча законодавець фактично повернувся до конструкції ст. 81 ГК про два види АТ — ЗАТ і ВАТ. Приватне АТ за своєю суттю — ЗАТ, публічне — ВАТ.

Згідно з ч. 4 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» особливості створення акціонерного товариства шляхом злиття, поділу, виділу чи перетворення підприємницького (підприємницьких) товариства, державного (державних) та комунального (комунальних) підприємств у акціонерне товариство

визначаються Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку, а за участю державних та (чи) комунальних підприємств — Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку за погодженням з Фондом державного майна України.

Слід зауважити, що на сьогодні відповідний наказ ДКЦПФР, який би детально регламентував вказані вище особливості створення акціонерного товариства, відсутній. Чинним залишається лише Положення «Про порядок перетворення суб'єктів підприємницької діяльності із змішаною формою власності, створених за участю державних підприємств, у господарські товариства», затверджене наказом Фонду державного майна України від 12 лютого 1993 р. № 69.

Частина 5 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» присвячена етапам створення акціонерного товариства, які майже повністю збігаються з етапами, що визначені п. 1.5 Положення «Про порядок реєстрації випуску акцій під час створення акціонерних товариств», затвердженого рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 15 березня 2007 р. № 487 [5].

Відповідно до цього положення порядок створення товариства включає таку послідовність дій:

1. Прийняття зборами засновників товариства рішення про:
 - а) намір створення акціонерного товариства;
 - б) визначення уповноваженої особи (осіб) засновника (засновників) (прізвище, ім'я та по батькові для фізичної особи; найменування, код за ЄДРПОУ, місцезнаходження та номери телефонів /факсу/ для юридичної особи), якій надаються повноваження здійснювати дії, пов'язані із створенням товариства (у разі необхідності);
 - в) розміщення акцій та затвердження протоколу рішення про розміщення акцій;
 - г) укладання договору про створення товариства (із зазначенням розподілу акцій, що планується розмістити, кожному засновнику товариства).
2. Подання до реєструвального органу заяви та всіх необхідних документів на реєстрацію випуску акцій.
3. Реєстрація реєструвальним органом випуску акцій і видача тимчасового свідоцтва про реєстрацію випуску акцій.
4. Присвоєння акціям міжнародного ідентифікаційного номера.
5. Укладення з депозитарієм договору про обслуговування емісії акцій або з реєстратором — про ведення реєстру власників акцій.
6. Виготовлення сертифікатів акцій (у разі розміщення акцій у документарній формі) або оформлення глобального сертифіката (у разі розміщення акцій у бездокументарній формі).
7. Закрите (приватне) розміщення акцій. Оплата акцій кожним із засновників відповідно до вимог законодавства та договору про створення товариства.
8. Прийняття установчими зборами товариства рішення про:
 - а) створення товариства та затвердження статуту;
 - б) затвердження результатів закритого (приватного) розміщення акцій.

9. Державна реєстрація товариства в органах державної реєстрації.

10. Подання до реєструвального органу заяви та всіх необхідних документів на реєстрацію звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій.

11. Реєстрація реєструвальним органом звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій і видача свідоцтва про реєстрацію випуску акцій.

Реєструвальний орган протягом 30 днів після отримання заяви та всіх необхідних документів для реєстрації випуску акцій здійснює реєстрацію випуску акцій або відмовляє в реєстрації.

Після реєстрації випуску акцій засновнику (засновникам) або уповноваженій особі (особам) засновника (засновників) видається тимчасове свідоцтво про реєстрацію випуску акцій, яке є підставою для присвоєння акціям міжнародного ідентифікаційного номера, укладання з депозитарієм договору про обслуговування емісії акцій або з реєстратором — про ведення реєстру власників іменних акцій, виготовлення сертифікатів акцій у разі розміщення акцій у документарній формі або оформлення та депонування глобального сертифіката в разі розміщення акцій у бездокументарній формі.

Частина 5 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» містить також норму, відповідно до якої дії, що порушують процедуру створення акціонерного товариства, встановлену Законом, є підставою для прийняття Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку рішення про відмову в реєстрації звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій. У разі прийняття такого рішення Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку повинна звернутися до суду з позовом про ліквідацію акціонерного товариства.

Відповідно до п. 1.9 Положення «Про порядок реєстрації випуску акцій під час створення акціонерних товариств», затвердженого рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 15 березня 2007 р. № 487 відмова в реєстрації звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій складається у разі:

- а) порушення вимог законодавства, пов'язаного з розміщенням акцій;
- б) невідповідності поданих документів вимогам законодавства;
- в) прийняття уповноваженою особою реєструвального органу або судом рішення про зупинення розміщення цінних паперів, яке є чинним на дату реєстрації, у порядку, передбаченому законодавством;
- г) відсутності будь-якого з документів, визначених у п. 3.2 зазначеного Положення.

Повідомлення про відмову в реєстрації випуску акцій, звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій здійснюється відповідно до встановленого реєструвальним органом порядку. Повідомлення доводиться до товариства (засновника /засновників/ або уповноваженої особи /осіб/ засновника /засновників/) письмово і має містити правове обґрунтування такої відмови.

У разі відмови в реєстрації випуску акцій, звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій усі подані документи залишаються в реєструвальному органі.

У разі, коли в реєстрації випуску акцій, звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій відмовлено з мотивів, які емітент вважає необґрунтованими, він може звернутися до суду.

Детальний правовий аналіз лише однієї ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» свідчить про наявність протиріч та прогалин у регулюванні відносин щодо створення акціонерних товариств, які потребують вирішення.

Література

1. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 верес. 2008 р. № 514-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50–51. — Ст. 384.
2. Про управління об'єктами державної власності : Закон України від 21 верес. 2006 р. № 185-V // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 46. — Ст. 456.
3. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 трав. 1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.
4. Нефедов Д. Субъекты коммерческого права. Отдельные виды // Коммерческое право : учебник / под ред. В. Ф. Попондопуло и В. Ф. Яковлевой. — С.Пб., 1998. — С. 118–119.
5. Про затвердження Положення про порядок реєстрації випуску акцій під час створення акціонерних товариств : рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 15 берез. 2007 р. № 487 // Офіційний вісник України. — 2007. — 27 квіт., № 28. — Ст. 1133.

Анотація

Петренко В. С. Деякі питання створення акціонерного товариства. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню та виявленню законодавчих колізій в правовому регулюванні створення акціонерних товариств, а також вирішення питань щодо можливості їх усунення. Безпосереднім предметом дослідження є правові норми, що містить ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» — Створення акціонерного товариства, яка розташована у розділі II Закону — Заснування акціонерного товариства.

Актуальність теми обумовлена прийняттям Верховною Радою України 17.09.2008р. Закону України «Про акціонерні товариства», а також наявністю правових колізій в регулюванні правовідносин щодо створення, діяльності та ліквідації акціонерних товариств, які виникають у зв'язку з регулюванням вказаних відносин також нормами Цивільного кодексу, Господарського кодексу та Закону України «Про господарські товариства».

Ключові слова: акціонерні товариства, законодавчі колізії, правовідносини, ліквідація, господарські товариства.

Summary

Petrenko V. S. Some Questions of Joint-Venture Creation. — Article.

Article is devoted to research and identify legislative conflicts in the legal regulation of the establishment of joint stock companies, as well as issues concerning the possibility of eliminating them. The immediate subject of the study are the legal rules that includes art. 9 of the Law of Ukraine «On Joint Stock Companies» — Creation of a joint stock company, which is located in Section II of the Act — Establishment of a joint creation company.

Background due to the adoption of the Verkhovna Rada of Ukraine 17.09.2008. Law of Ukraine «On joint stock companies, as well as the presence of conflicts of law in regulating the relationship of the establishment, functioning and liquidation of joint-stock companies, which arise in connection with the regulation of these relations as the norms of the Civil Code, the Economic Code and the Law of Ukraine» On Business Associations».

Keywords: stock company, legislative conflicts, relationship, liquidation, business associations.

УДК 347.721(477)

М. В. Сидоренко

**ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРАКТИЧНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ
ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ХОЛДИНГОВІ КОМПАНІЇ В УКРАЇНІ»**

На законодавчому рівні в Україні визначення холдингової компанії було надане в ч. 5 ст. 126 ГК України. Спочатку під поняттям «холдингова компанія» слід було розуміти суб'єкта господарювання, що володіє контрольним пакетом акцій дочірнього підприємства (підприємств). Між холдинговою компанією і її дочірніми підприємствами встановлюються відносини контролю-підкорення у відповідності з вимогами чинного законодавства.

В даний час законодавець дещо змінив визначення холдингової компанії. Тепер за приписами ч. 5 ст. 126 ГК України під поняттям «холдингова компанія» слід розуміти відкрите акціонерне товариство, яке володіє, користується, а також розпоряджається холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше корпоративних підприємств (крім пакетів акцій, що перебувають у державній власності). Частина 5 ст. 126 ГК України була змінена Законом України № 3528-ІУ від 15 березня 2006 р., який має назву: «Про холдингові компанії України» (далі — Закон про холдинги) і викладена в редакції саме цього закону.

Разом з тим, якщо звернути увагу на наведене вище визначення холдингової компанії, котре повністю збігається з визначенням, що міститься в ч. 2 ст. 11 Закону про холдинги (Прикінцеві положення), а також на визначення холдингової компанії, яке законодавець надав у ст. 1 цього ж закону, то можна побачити деякі розбіжності між цими визначеннями.

Так, у ст. 1 Закону про холдинги (Визначення термінів) законодавець наводить таке визначення холдингової компанії: «Холдингова компанія — відкрите акціонерне товариство, яке володіє, користується та розпоряджається холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше корпоративних підприємств».

Відтак, порівнюючи наведені вище дефініції визначення холдингової компанії ми бачимо, що в останньому випадку законодавець втратив цілу фразу, а саме: «крім пакетів акцій, що перебувають у державній власності».

Аналізуючи таку різницю у визначеннях поняття «холдингова компанія» можна дійти висновку, що в даний час від цього ніяких ані позитивних, ані негативних наслідків виникнути не може.

Між тим, враховуючи політичні процеси, що відбуваються в нашій державі, можливість внесення якихось, на перший погляд, незначних змін до чинного законодавства, яке регулює правовідносини у сфері створення, діяльності та ліквідації холдингових компаній, така різниця у визначенні поняття «холдингова компанія» може призвести до поширення і без того існуючих схем рейдерських захоптів, і в першу чергу підприємств, що мають частку державної власності.

З огляду на останнє положення, вбачається за необхідне дослідити норми Закону про холдинги саме з точки зору його захищеності від можливого використання норм цього закону для досягнення цілей рейдерства.

Під рейдерством (англ. raid — захоплювати) слід розуміти дії компанії-загарбника на захоплення іншого господарського товариства [1; 2].

При детальному аналізі наведеного вище визначення, на перший погляд, здається, що нічого особливого або протиправного не відбувається, тому що за цими термінами можуть стояти цілком пристойні дії і процеси, які допускаються правом [3, 46]. Але, в даному випадку, мова йде про те, коли господарське товариства не бажає, щоб з ним зливалась або до нього приєднувалась якась інша компанія, яка після такого злиття чи приєднання поглинає це господарське товариство.

Отже, ми розглянемо норми Закону про холдинги з точки зору ймовірно закладеного або відсутнього в ньому механізму, який сприяє нівелюванню рейдерських схем.

Приступаючи до зазначеного вище аналізу норм Закону про холдинги, слід визначитись, які саме види рейдерства можуть бути. При цьому слід погодитись з позицією деяких авторів, що «у широкому розумінні» рейдерські атаки можуть бути направлені щодо товару, щодо нерухомості, щодо інтелектуальної власності, щодо корпоративних прав і т. д. [4, 78]

Законодавець будь-якого поділу рейдерства, на даний час, не встановлює. В науковій літературі указують на види рейдерства:

— а) у сфері малого бізнесу, б) професійні рейдерські організації, якими можуть бути фінансові установи, інвестиційні компанії, в) «олігархічне рейдерство», за яким стоїть держава [5];

— а) біле, б) чорне, в) сіре [3, 47–48];

— а) внутрішнє, б) зовнішнє [4].

Отже, саме під таким кутом зору ми і будемо здійснювати наше дослідження. Але для цього слід визначитись, що потрібно розуміти під наведеними вище видами рейдерства.

Так, науковці рейдерству у сфері малого бізнесу великої уваги не приділяють, оскільки вважається, що воно не є значним. Але слід погодитись з думкою дослідників, що, пройшовши школу на захопленні дрібних компаній і відточивши майстерність, «майстри» цієї справи переходять на ранг вище [3]. Професійні рейдерські організації, якими можуть бути фінансові установи, інвестиційні компанії, — це найбільш небезпечний організований вид рейдерства, в якому беруть участь багато суб'єктів, що, у свою чергу, мають безпосередні зв'язки і використовують для досягнення захвату суб'єктів господарювання посадовців з державних власних структур. Загарбником при «олігархічному рейдерстві» є безпосередньо держава, при цьому під державою не може розумітись державний чиновник, оскільки, якщо державний апарат використовується у приватному інтересі кого-небудь з чиновників або депутатів, це вже буде професійне рейдерство [3].

Під «білим рейдерством» розуміють діяльність з позитивним змістом. В іде-

алі, це коли одна компанія приймає рішення своїм вищим органом — загальними зборами акціонерів або учасників — інша робить те саме. «Чорне рейдерство» відрізняється цинізмом дій, що мають явно протиправний характер. Це насамперед — фальсифікація документів. «Сіре рейдерство» не містить явно протиправних дій. Звичайно, при цьому можливі різні відтінки сірого залежно від обставин, що передують захопленню, і способів захоплення [3].

Зовнішнє рейдерство має місце тоді, коли контроль над господарським товариством намагається отримати особа, яка на момент початку поглинання не є учасником (акціонером) товариства. При внутрішньому рейдерстві, навпаки, контроль намагається отримати особа, яка на момент початку поглинання є учасником (акціонером), який не здійснює повний контроль [4, 78].

Аналізуючи норми Закону про холдинги саме з точки зору наведених вище положень щодо видів рейдерства і закладення в нього законодавцем механізмів, які повинні стати перепорою на шляху можливих рейдерських схем, можна дійти висновку, що Закон про холдинги в цьому напрямі повною мірою не оцінювався. Такий свій висновок спробуємо обґрунтувати.

Так, в ч. 1 ст. 2 Закону про холдинги визначено, що законодавство України про холдингові компанії складається з цього Закону, Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Закону України «Про господарські товариства», інших законів та нормативно-правових актів, що регулюють діяльність холдингових компаній та їх корпоративних підприємств. Наразі з диспозиції зазначеної норми Закону вбачається, що вона є відсилною, при цьому законодавець разом з відсиланням до конкретно визначених законів і кодексів також відсилає нас до якихось невідомих йому (законодавцю) на момент прийняття Закону про холдинги інших законів та, більш того, до якихось невідомих йому нормативно-правових актів, які регулюють зараз або будуть регулювати в наступному саме діяльність холдингових компаній та їх корпоративних підприємств. Більш того, законодавець навіть не зазначає, що такі нормативно-правові акти (підзаконні документи) не повинні суперечити чинним законам, що регулюють цю сферу питань, або принципам, які закладені в таких законах, коли якесь конкретне питання діяльності холдингових компаній ними не врегульоване.

Отже, законодавець, приймаючи цей Закон, лише поверхнево з'ясував його зв'язки з іншими законами України та взагалі не визначив принцип верховенства норм права. Така розробка і побудова правової норми, на нашу думку, не може бути визнана правильною з точки зору теорії права, а в аспекті нашого дослідження надає широкі можливості для розробки і здійснення рейдерських схем захвату холдингових компаній із застосуванням, в першу чергу, олігархічних, чорних та сірих видів рейдерства, при цьому із використанням як зовнішніх, так і внутрішніх рейдерських схем.

Не можна вважати правильним, саме з точки зору нашого дослідження, і положення ч. 1 ст. 1 Закону про холдинги, в якій надається визначення термінів. Як вже зазначалося вище, законодавець заклав у цій нормі різночитання щодо визначення поняття «холдингова компанія», що може в наступному стати підста-

вою для здійснення рейдерських захватів, в першу чергу, холдингових компаній з державною часткою.

Крім того, в зазначеній нормі Закону про холдинги надані визначення *корпоративного підприємства*, яким є господарське товариство, холдинговим корпоративним пакетом акцій (часток, паїв) якого володіє, користується та розпоряджається холдингова компанія, а також *холдингового корпоративного пакета акцій (часток, паїв)*, під яким слід розуміти пакет акцій (часток, паїв) корпоративного підприємства, який перевищує 50 відсотків чи становить величину, яка забезпечує право вирішального впливу на господарську діяльність корпоративного підприємства.

Аналізуючи дефініцію визначення холдингового корпоративного пакета акцій (часток, паїв) з точки зору закладення в неї механізму захисту від рейдерських схем, можна дійти висновку, що законодавець у цьому напрямку наведену правову норму фактично не оцінював.

Так, в усьому світі холдингові компанії займають левину або значну долю того виду бізнесу, яким вони займаються, а тому рейдерські захвати таких компаній будуть мати велику привабливість для конкурентів та значно більше негативне значення для економіки держави, її стабільності, інвестиційного клімату і т. д. на відміну від рейдерських захватів невеликих господарських товариств. Відтак, визначаючи поняття холдингового корпоративного пакета акцій, слід було звернутись до тих норм законів, які регулюють саме правомочності учасника (акціонера) корпоративного підприємства та оцінити ці правомочності з позиції можливих негативних протидій (правомірних чи неправомірних) як зовнішніх, так і внутрішніх.

Отже, холдингова компанія насправді дійсно зможе керувати корпоративним підприємством, коли вона, щонайменше, зможе провести збори учасників корпоративного підприємства і вирішити те питання в цьому корпоративному підприємстві, яке (питання) вона (холдингова компанія) вважає важливим. Для оцінки наведеної вище дефініції холдингового корпоративного пакета акцій (часток, паїв) саме з зазначеної вище позиції, на нашу думку, слід звернутись до законодавства, яке встановлює, насамперед, кворум зборів учасників корпоративного підприємства — господарського товариства, створеного у формі товариства з обмеженою відповідальністю або акціонерного товариства (це форми господарських товариств, на нашу думку, є найбільш привабливими для участі в холдингових компаніях). Таким законодавством є Закон України «Про господарські товариства», в ст. 41 якого визначено, що загальні збори акціонерного товариства визнаються правомочними, якщо в них беруть участь акціонери, які мають відповідно до статуту товариства більш як 60 відсотків голосів. Також у ст. 60 наведеного закону визначено, що загальні збори учасників товариства з обмеженою відповідальністю вважаються повноважними, якщо на них присутні учасники (представники учасників), що володіють у сукупності більш як 60 відсотками голосів.

З наведених норм Закону України «Про господарські товариства», який на даний час регулює питання правомочності загальних зборів, можна зробити

висновок, що для вирішення холдинговою компанією якихось питань в корпоративних підприємствах вона (холдингова компанія) повинна мати не 50 + 1 відсоток, а 60 + 1 відсоток голосів, інакше вирішення будь-якого питання холдингової компанії в цьому корпоративному підприємстві може бути заблоковано з використанням відповідних рейдерських схем захвату корпоративних підприємств цієї холдингової компанії, а потім і її самої.

Слід відзначити, що в ст. 41 Закону України «Про акціонерні товариства» № 514-VI від 17 вересня 2008 р., який набере чинності з 30 квітня 2009 р., також визначається, що загальні збори акціонерного товариства будуть мати кворум за умови реєстрації для участі у них акціонерів, які сукупно є власниками не менш як 60 відсотків голосуючих акцій.

Розглядаючи інші статті Закону про холдинги з позиції завдання нашого дослідження, слід зупинитись на приписах ст. 5, оскільки утворення холдингових компаній (ст. 3), прийняття рішення про утворення холдингової компанії (ст. 4) не викликають зауважень.

Стаття 5 Закону про холдинги визначає особливості утворення та діяльності холдингової компанії, і, розглянувши її зміст з точки зору нашого дослідження, можна дійти висновку, що законодавець заклав у цю норму механізм протидії рейдерським схемам, а наскільки він (механізм) буде ефективним, покаже час.

Так, законодавець збільшив відсоток (більше 80 відсотків голосів) для кворуму загальних зборів, коли до порядку денного таких зборів внесені питання про відчуження будь-яких пакетів акцій (часток, паїв) корпоративних підприємств та/або ліквідацію холдингової компанії, визначив, що наведені вище питання можуть вирішуватись виключно на загальних зборах холдингової компанії і лише більшістю у 3/4 голосів акціонерів (їх представників), які зареєструвались для участі в загальних зборах, з урахуванням обмежень, встановлених Законом про холдинги.

Крім того, в наведеній статті (ч. 3) законодавець вказав про обмеження щодо правочинів, які мають право вчиняти органи управління компанії, а також щодо випуску акцій; заборонив корпоративному підприємству холдингової компанії мати у власності цінні папери цієї холдингової компанії; навів перелік найважливіших питань, які можуть вирішуватись тільки на загальних зборах, при цьому надав холдинговій компанії право збільшувати перелік таких питань, тобто встановив, що згаданий перелік не є виключним.

Вважаємо, що в ст. ст. 6–8 Закону про холдинги (Особливості утворення та діяльності державних холдингових компаній; Особливості управління холдинговим корпоративним пакетом акцій (часток, паїв), переданим до статутного фонду державних холдингових компаній; Аудиторська перевірка) законодавець, аналогічно до ст. 5 цього Закону також заклав механізми протидії рейдерським схемам, а його ефективність слід буде оцінювати в наступному.

Підводячи підсумок нашого дослідження, можна сказати, що закладені в Законі про холдинги механізми протидії рейдерству не носять системного характеру, а сам Закон, прийняття якого слід віднести до позитиву, містить цілий

ряд лазівок, які зможуть використовувати рейдери при розробці та здійсненні своїх схем рейдерських захоптів вже холдингових компаній, а це, у свою чергу, ніяким чином не буде підставою для покращення, якнайперше, інвестиційної привабливості нашої економіки.

Література

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. // *Голос України*. — 2003. — 12 берез. — С. 5–28.
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // *Офіційний вісник України*. — 2003. — № 11. — Ст. 462.
3. Спасибо-Фатсєва І. В. Рейдерство: розуміння, види, безпека та способи боротьби // *Вісник господарського судочинства*. — 2008. — № 4.
4. Смітюх А. В. «Корпоративні вторгнення» та «корпоративні перевороти» як специфічні види корпоративного рейдерства // *Вісник господарського судочинства*. — 2008. — № 4.
5. Гордійчук І. Корпоративні пірати ХХІ століття, або Як впізнати рейдера // *Злиття і поглинання (M&A)*. — 2006. — 29 черв.

Анотація

Сидоренко М. В. Деякі аспекти практичної реалізації положень Закону України «Про холдингові компанії в Україні». — Стаття.

У статті проведений аналіз законодавчих дефініцій поняття «холдингові компанії» та розглянуто існуючі між ними суперечності. Автором також досліджено норми Закону про холдинги з точки зору його захищеності від можливого використання норм цього закону для досягнення цілей рейдерства, і зроблено висновок, що закладені в даному законі механізми протидії рейдерству не носять системного характеру і можуть стати підґрунтям при розробці та здійсненні схем рейдерських захоптів холдингових компаній.

Ключові слова: холдингові компанії, холдинговий корпоративний пакет акцій (часток, паїв), рейдерство, професійні рейдерські організації.

Summary

Sydorenko M. V. Some Aspects of Practical Realisation of the Provisions of the Law of Ukraine “On Holding Companies in Ukraine”. — Article.

The analysis of legislative definitions of «holding companies» concept is made and existing between them contradictions are disposed in the article. The provisions of Law «On Holding Companies in Ukraine» from the point of view of its protection from the possible use of provisions of this law, for achieving the aims of raider actions, are also examined by the author, and the conclusion is done, that the mechanisms of counteraction from raider actions, which are laid out in this law, do not have system character, and can become a foundation in the development and realization of raider captures sketches of holding companies.

Keywords: holding companies, raider actions, mechanisms of counteraction, system character.

ЗАСНОВНИЦЬКИЙ ДОГОВІР КОМАНДИТНОГО ТОВАРИСТВА

Підприємницькі товариства як суб'єкти корпоративних відносин і як юридичні особи приватного права створюються в порядку, визначеному законом. Цей порядок встановлений, зокрема, у ст. ст. 87–89 Цивільного кодексу України, ст. ст. 56–58 Господарського кодексу України, Законі України від 15 травня 2003 р. «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців», інших нормативно-правових актах [1–3].

Центральною ланкою організаційної стадії створення командитного товариства є розробка проекту, узгодження та підписання засновницького договору — консенсуального цивільно-правового договору, який призначений врегулювати відносини між засновниками та іншими особами в процесі створення та діяльності господарського товариства.

Функції та зміст засновницького договору залежать від організаційно-правової форми тих утворень, що формуються засновниками і діють як суб'єкти господарювання [5, 59].

Стаття 4 Закону «Про господарські товариства» визначає, що повне та командитне товариство діють на підставі установчого договору [4]. ЦК змінив назву установчого документа цих товариств і дав йому назву — засновницький.

Як зазначено у ч. 2 ст. 88 ЦК, у засновницькому договорі товариства визначаються зобов'язання учасників створити товариство, порядок їх спільної діяльності щодо його створення, умови передання товариству майна учасників, якщо додаткові вимоги щодо змісту засновницького договору не встановлені цим Кодексом або іншим законом.

Згідно зі ст. 134 ЦК командитне товариство створюється і діє на підставі засновницького договору [1]. Засновницький договір підписується тільки всіма повними учасниками. Як будуть виражати свою волю щодо вступу у командитне товариство вкладники? Думається, що воля вкладника повинна визначатися шляхом укладення договору між ним та засновниками командитного товариства.

Так, засновницький договір командитного товариства, крім відомостей, передбачених ст. 88 ЦК, має містити відомості про розмір та склад складеного капіталу товариства; розмір та порядок зміни часток кожного з повних учасників у складеному капіталі; сукупний розмір вкладів вкладників. Якщо внаслідок виходу, виключення чи вибуття у командитному товаристві залишився один повний учасник, засновницький договір переоформлюється в одноособову заяву, підписану повним учасником.

Але, на нашу думку, не можна говорити про «переоформлення договору», тому що законодавець має на увазі написання заяви одним засновником, тому що залишившись один, повний учасник не може заключати засновницький договір сам з собою. В цьому випадку сам по собі договір не може трансформуватися в заяву, тому мова має йти про припинення договору і оформлення заяви.

В разі якщо командитне товариство створюється одним повним учасником, то установчим документом є одноособова заява (меморандум), яка містить усі відомості, встановлені для командитного товариства (ст. 134 ЦК) [1]. В даному випадку одноособова заява отримує статус засновницького документа, тому має містити всі відомості, які закріплені ЦК для засновницького договору командитного товариства.

Особливо слід підкреслити ту обставину, що в статті Цивільного кодексу України не вказане, яким чином вкладники впливають на створення командитного товариства, а також яким чином мають бути закріплені в засновницькому договорі їх внески в створене товариство. Це питання є принциповим у зв'язку з тим, що без закріпленої волі вкладників відносно створення командитного товариства, а також у разі відсутності їх внесків само товариство не може бути створене. Відсутність документів, підтверджуючих цю обставину, призведе до неможливості державної реєстрації командитного товариства.

Крім того, унаслідок укладення засновницького договору між повними учасниками виникають права і у вкладників (наприклад, на отримання частини прибутку) і обов'язки (наприклад, внесення своєї частини до фонду створеного командитного товариства). Таким чином, згода вкладників при створенні командитного товариства, на наш погляд, є дуже важливою.

Підтвердженням волевиявлення вкладників щодо вступу до командитного товариства може бути, наприклад, письмова заява, в якій мають бути вказані бажання вступити в товариство і визначений внесок до засновницького фонду товариства.

У дореволюційній Росії, а також в багатьох сучасних державах діяв принцип автономності особи вкладників, який і є головним стимулом для їх вступу до товариства [6, 34]. Виникає командитне товариство в тих випадках, коли повні учасники не в змозі власними зусиллями сформувати необхідний для діяльності товариства капітал. Для акумуляції такого капіталу до складу товариства допускаються вкладники, проте без права управління товариством.

Так, п. 2 ст. 60, ст. 76 Російського Торгового Статуту 1903 р. закріплював можливість вкладників при бажанні залишатися невідомими для третіх осіб. Для реєстрації товариства на вірі (сьогодні командитного товариства) в міську або купецьку управу подавався не сам засновницький договір, а виписка з нього, в якій указувалися імена і місце проживання тільки тих вкладників, які цього побажають. Таким чином, особа вкладника була відома тільки колу товариства, але не третім особам, включаючи органи публічної влади.

За кордоном принцип анонімності утілюється і в існуванні акціонерної командити (командитне товариства з акціями), яка відома законодавству багатьох країн (ФРН, Франція, Італія, Іспанія і ін.). У даному різновиді командитного товариства сума капіталу, яка підлягає внесенню вкладниками, розбивається на акції, що розповсюджуються потім серед вкладників.

Проте вже ЦК УРСР 1922 р. встановлював, що «в заяві про реєстрацію товариства на вірі повинен міститися перелік вкладників з вказівкою розміру внесків кожного з них». І сьогодні український законодавець не забезпечує

анонімності особи вкладників в командитному товаристві. На наш погляд, це не зовсім вірно, оскільки за наявності анонімності вкладників їх число і вплив капіталу збільшилися б, і таким чином зацікавленість в участі в командитному товаристві зросла. А це привело б, на нашу думку, і до зростання числа командитних товариства в цілому.

Сьогодні, з одного боку, законодавець у ст. 76 Закону України «Про господарські товариства» говорить про те, що «в установчому договорі стосовно вкладників вказуються тільки сукупний розмір їх часток у майні товариства, а також розмір, склад і порядок внесення ними вкладів». З другого боку, згідно з ст. 4 цього Закону установчий договір повинен містити відомості про склад засновників та учасників. Тому, на нашу думку, необхідно у Законі України «Про господарські товариства» в ст. 76, у ч. 2, закріпити норму стосовно анонімності вкладників і викласти її у такій редакції: «в установчому договорі стосовно вкладників вказуються тільки сукупний розмір їх часток у майні товариства, а також розмір, склад і порядок внесення ними вкладів без оголошення особистих даних вкладників».

У цієї ж статті Цивільного кодексу встановлюється можливість переоформлення засновницького договору в одноособову заяву (меморандум). Закріплення даного положення, на нашу думку, перш за все, захищає права вкладників від одноособового волевиявлення кого-небудь з повних учасників.

Необхідно звернути увагу на ту обставину, що засновницький договір командитного товариства підписується тільки повними учасниками, вкладники в засновницькому договорі участі не беруть. Ця обставина є важливою у зв'язку з тим, що зобов'язальні правовідносини вкладників виникають тільки з самим товариством, а не з його повними учасниками. Крім того, вихід з товариства вкладника не вимагає внесення змін до засновницького договору, який, у свою чергу, не вимагає додаткової державної реєстрації цих змін.

Матеріально відповідальними особами в командитному товаристві є його учасники, або один з них. Тому, сьогодні, прийняття внесків в командитне товариство фіксується в письмовій формі: в документації командитного товариства та видачею відповідного правоустановчого документу (свідоцтва) вкладнику. Таким чином, з однієї сторони є письмове свідоцтво легальності матеріальних коштів у командитного товариства, як юридичної особи, і з другої — забезпечуються інтереси повних учасників та вкладників.

За своєю характеристикою засновницький договір є багатостороннім, консенсуальним, взаємним та оплатним, і включає організаційні, майнові та фідучіарні відносини. Він спрямований як на заснування юридичної особи, так і врегулювання внутрішніх та зовнішніх відносин після її створення. При цьому в договорі про заснування командитного товариства необхідно виділити таке: з однієї сторони виступають всі учасники, які несуть повну відповідальність і є солідарними боржниками, а з другої сторони — кожен вкладник окремо. Правовідносини й зобов'язання, які виникають між учасниками з повною відповідальністю, не є характерними для вкладників.

Специфіка засновницького договору командитного товариства за законо-

давством України полягає в тому, що він не лише регулює взаємовідносини засновників за спільною їх діяльністю щодо створення юридичної особи та наділення її майном, але має суттєві відмінності, оскільки виникає необхідність відобразити правове становище вкладників, і також визначає правовий статус цих товариств як учасників корпоративних відносин.

У багатьох країнах світу практикуються гнучкі форми врегулювання відносин між всіма учасниками командитного товариства. В засновницькому договорі визначається лише сукупний розмір долі вкладників, а відомості про них не вказуються. Відповідно й договір підписується лише учасниками з повною відповідальністю, а відносини із вкладниками врегульовуються спеціальним договором про участь у командитному товаристві, який підписується і учасниками з повною відповідальністю, і вкладниками. Також питання оподаткування прибутку об'єднань осіб (ПТ, КТ, партнерства) вирішується шляхом загального звільнення від сплати корпоративних податків. Ці податки сплачуються ні з самої юридичної особи, а з персонального доходу кожного учасника. Це дозволяє усунути подвійного оподаткування [7, 389].

Думається, що запозичення таких схем врегулювання відносин у командитних товариствах України не суперечить чинному законодавству і вони можуть бути застосовані. Крім того, вітчизняне законодавство не містить подібних податкових пільг, що призводить до низької поширеності командитних товариств, необмежена відповідальність учасників товариств не компенсується ніякими податковими перевагами, як це відбувається за кордоном.

Інша справа, як вкладники будуть виконувати свої податкові зобов'язання, коли відомості про них будуть тільки у товариства, а не у третіх осіб? Тут можна пропонувати варіант, коли сама юридична особа, а тобто командитне товариство відповідає за податковий режим.

Таким чином, в засновницькому договорі про створення командитного товариства відображається той момент, що різний характер спільних дій всіх його сторін в кінцевому результаті спрямований на досягнення однієї і тієї ж мети. Якщо учасники з повною відповідальністю зобов'язані брати участь у діяльності командитного товариства, то вкладники обмежуються лише виконанням своїх зобов'язань, про які можна говорити, що вони є інвестиційними. Учасники з повною відповідальністю мають право на отримання прибутку від вкладених інвестицій, а також на здійснення корпоративного управління утвореної структури, за рахунок чого досягають балансу інтересів вкладників у рамках чинного законодавства [8, 11].

Сьогодні в науковій літературі критикується можливість діяльності юридичної особи тільки на підставі засновницького договору. Так, І. М. Кучеренко пропонує, що кроком до зближення правової конструкції повного та командитного товариств до інших юридичних осіб буде відмова від засновницького договору [9, 80].

З цією думкою неможна погодитись, тому що повні та командитні товариства є специфічними суб'єктами господарювання в силу необмеженої відповідальності повних товаришів, а також наявності особливих учасників у КТ —

вкладників, і цей факт, що діяльність цих товариств регулюється не статутом, як діяльність АТ, ТОВ, ТДВ, а засновницьким договором, свідчить про особливості та специфіку створення, діяльності та припинення повних та командитних товариств. При складенні засновницького договору ПТ та КТ необхідна ще одна важна деталь — це наявність у засновників дуже тісних стосунків, які полягають у повній довірі один до одного.

Література

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18–22. — Ст. 144.
3. Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців : Закон України від 15 трав. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 31–32. — Ст. 263.
4. Про господарські товариства : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.
5. Здійснення та захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правові аспекти) : монографія / за заг. ред. В. В. Луця. — Тернопіль : Підручники і посібники, 2007. — 320 с.
6. Кибенко Е. Р. Корпоративное право / Е. Р. Кибенко. — Х., 1999. — 154 с.
7. Кибенко Е. Р. Научно-практический комментарий Закона Украины «О хозяйственных обществах» / Е. Р. Кибенко. — Х. : Эспада, 2000. — 480 с.
8. Управление акционерным обществом (Корпоративное управление в Украине) : пособие / Британский фонд Поу-Хау, МФК. — 1999. — 87 с.
9. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія / І. М. Кучеренко ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького ІАІП України. — К., 2004. — 328 с.

Анотація

Симонян Ю. Ю. Засновницький договір командитного товариства. — Стаття.

У статті розглядаються питання стосовно сутності, правової природи та специфіки засновницького договору командитного товариства. Засновницький договір — це цивільно-правовий договір, який призначений врегулювати відносини між засновниками та іншими особами в процесі створення та діяльності господарського товариства. У статті також пропонується принцип анонімності вкладників для командитного товариства: можливість вкладників при бажанні залишатися невідомими для третіх осіб.

Ключові слова: командитне товариство, засновницький договір, засновники, вкладники, принцип анонімності особи.

Summary

Symonjan Y. Y. Statute Agreement of Comandate Community. — Article.

In this article questions are examined in relation to essence, legal nature and specific of constituent agreement of commande society. A constituent agreement is a civil legal agreement which is called to settle relations between founders and other persons in the process of creation and activity of economic society. In the article it is also suggested to enter in the current corporate legislation of Ukraine principle of anonymity of depositors for commande society: possibility of depositors at a desire to remain unknown for the third persons.

Keywords: commande society, constituent agreement, founders, depositors, principle of anonymity.

КОНТРОЛЬНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЙ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ

Розвиток сучасних сфер, способів та обсягів використання об'єктів авторського права та суміжних прав окремими суб'єктами, зокрема радіостанціями, телевізійними каналами, публічними закладами (кафе, бари, ресторани) тощо створює й певні складності, пов'язані з визначенням кола суб'єктів авторського права та з необхідністю дотримання їх прав, встановленням усіх авторів кожного твору (його складової частини). У свою чергу правовласникам неможливо самотійно відстежити всі випадки використання об'єктів авторського права та суміжних прав та отримати належну винагороду. Вирішити більшість з окреслених проблемних питань, які виникають щодо правомірного використання об'єктів авторського права та суміжних прав, покликані організації колективного управління. Але як і для будь-якого суб'єкта, важливе значення для ефективного функціонування організацій колективного управління має належне законодавче регулювання їх діяльності, визначення їх прав та обов'язків та механізму їх реалізації. На жаль, в умовах сьогодення залишаються відкритими питання щодо окремих аспектів діяльності організацій колективного управління, в тому числі й щодо представництва інтересів правовласників, з якими не укладено договір про управління правами. Невизначеність в законодавчих актах на практиці призводить до численних позовів, стороною яких виступають організації колективного управління, що не є позитивним ні для правовласників, ні для користувачів об'єктів авторського права та суміжних прав.

Виникають й питання щодо порядку реалізації організаціями колективного управління контрольних функцій. Так, згідно зі ст. 43 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [1] допускається без згоди виробників фонограм (відеограм), фонограми (відеограми) яких опубліковані для використання з комерційною метою, і виконавців, виконання яких зафіксовані у цих фонограмах (відеограмах), але з виплатою винагороди, пряме чи опосередковане комерційне використання фонограм і відеограм та їх примірників. Порядок та умови виплати вказаної винагороди визначено в Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань» від 18 січня 2003 р. № 71 в редакції Постанови Кабінету Міністрів України від 2 квітня 2009 р. № 450 «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. № 71» [2]. Відповідно до ч. 2 ст. 43 Закону України «Про авторське право і суміжні права» контроль за правомірним використанням фонограм (відеограм) здійснюють уповноважені Державним департаментом інтелектуальної власності організації колективного управління.

Наділяючи уповноважені ОКУ, по-перше, функцією контролю за збором винагороди за використання фонограм без дозволу правовласників і, по-друге, функцією контролю за правомірністю використання таких фонограм, законодавець не наділяє ОКУ спеціальними правами, необхідними для реалізації ними даних функцій. Таким чином, уповноважених ОКУ є функція контролю, передбачена законом, але одночасно відсутній чіткий механізм її реалізації.

Крім того, висловлюється точка зору, що організації колективного управління не мають права проводити перевірки в межах реалізації контрольних повноважень, так як господарські організації не наділені повноваженнями виконувати контрольні функції відносно дотримання суб'єктами господарювання законодавства про охорону прав на об'єкти авторського та суміжних прав [3].

Відповідно до підпункту 1 пункту 7 Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Державного департаменту інтелектуальної власності, затвердженого ухвалою Кабінету Міністрів України № 674 від 17 травня 2002 року [4], функціями здійснення контролю за дотриманням суб'єктами господарювання вимог Закону України «Про авторське право і суміжні права» і інших актів законодавства у сфері інтелектуальної власності наділений державний інспектор з питань інтелектуальної власності. Підпунктом 1 п. 8 Положення саме державний інспектор наділяється повноваженнями перевіряти у суб'єктів господарювання наявність дозволу на використання об'єктів права інтелектуальної власності на будь-якій стадії їх виробництва, розповсюдження, прокату або здійснення іншої діяльності, пов'язаної з їх використанням.

У проекті закону України «Про колективне управління правами на твори, виконання, фонограми, відеограми» № 2451 від 7 травня 2008 р. [5] розширено повноваження організацій колективного управління, а саме, відповідно до ст. 7 організації мають право вимагати від користувача, з яким укладено договір на виплату колективної винагороди, розрахунки сум колективної винагороди, що підлягають сплаті чи вже сплачені, інші документи, пов'язані з такими розрахунками, зокрема, документально підтверджені дані про одержаний чистий дохід від діяльності, пов'язаної з користуванням правами на твір, виконання, фонограму, відеограму та інші відомості, необхідні для збирання і розподілу колективної винагороди; здійснювати перевірки користувача і особи, яка організовує чи надає умови для користування (забезпечує користування) правами на твір, виконання, фонограму, відеограму, внаслідок яких складається акт перевірки. Такий акт є підставою для звернення до суду. Користувач і особа, яка організовує чи надає умови для користування (забезпечує користування) правами на твір, виконання, фонограму, відеограму, зобов'язані безперешкодно та безкоштовно допускати представника організації колективного управління у приміщення, на майданчики та інші місця, де може здійснюватися або здійснюється користування правами на твір, виконання, фонограму, відеограму, дозволяти такому представнику здійснювати в таких місцях аудіо- і відеозапис як при бездоговірному користуванні, так і з метою контролю за виконанням умов

договору про використання твору, виконання, фонограми, відеограми. За перешкодження здійснення організацією колективного управління функцій контролю, особи, зазначені у цій частині, притягуються до відповідальності згідно з законом.

Таке розширення повноважень не є беззаперечним. З однієї сторони, така практика дозволить виявляти випадки неправомірного використання об'єктів авторського права та суміжних прав, збільшити суми відрахувань за використання зазначених об'єктів тощо. З іншої сторони, фактично некомерційні організації наділяються повноваженнями, властивими саме органам державної влади, що призведе до наявності декількох контролюючих органів, різної правозастосовчої практики та фактично необмеженої кількості перевірок користувачів об'єктів авторського права та суміжних прав. Зловживання такими повноваженнями зі сторони організацій колективного управління призведе до порушення прав користувачів, стане суттєвою перешкодою їх нормальної діяльності.

Також слід враховувати, що відповідно до законодавства України організації колективного управління можуть управляти майновими правами авторів та суб'єктів суміжних прав, з якими відповідні договори на управління не укладені. Крім того в одній сфері можуть діяти декілька організацій колективного управління, які мають право звертатись до користувачів за виплатою винагороди, у зв'язку з чим на практиці виникають спірні питання щодо правомірності використання об'єктів авторського права та суміжних прав за умови укладання договорів лише з однією організацією колективного управління. Як зазначається в рішеннях Вищого господарського суду, аналіз норм законодавства про авторське право і суміжні права свідчить про наявність певних особливостей правового регулювання діяльності органів колективного управління з управління авторськими правами в порівнянні із загальними нормами, зазначеними у ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [1].

Зокрема, Вищим господарським судом було розглянуто декілька касаційних скарг на рішення господарського суду та постанову апеляційного господарського суду про відмову в задоволенні позову правовласників, а також організацій колективного управління (або за їх участю як третьої особи на стороні позивача, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору) про заборону використання окремих об'єктів авторського права та суміжних прав без укладання договорів та сплату компенсації за бездоговірне використання творів. На стороні відповідача виступало ДП «Українське агентство з авторських та суміжних прав», як третя особа, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору. Суть справ полягала в тому, що відповідачі здійснювали використання об'єктів авторського права та суміжних прав на підставі ліцензійного договору з ДП «УААСП». Вимоги позивача (власника прав на спірні об'єкти авторського права та суміжних прав) обґрунтовувались тим, що договір на управління правами укладено з іншими, ніж ДП «УААСП» організаціями колективного управління, а тому використання відповідачем спірних об'єктів є неправомірним. Пере-

віривши повноту встановлення попередніми судовими інстанціями фактичних обставин справи та правильність застосування ними норм матеріального і процесуального права, Вищий господарський суд України дійшов висновку про відсутність підстав для задоволення касаційної скарги з огляду на таке:

відповідач використовував твори на підставі чинного ліцензійного договору з державним підприємством «УААСП» як організацією колективного управління;

відповідач належно сплачував авторську винагороду відповідно до умов зазначеного договору (в тому числі й за використання спірних творів);

відповідно до ч. 2 ст. 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права» суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав, які не передали організаціям колективного управління повноважень на управління своїми правами, в тому числі щодо збирання винагороди, мають право вимагати вилучення своїх творів і об'єктів суміжних прав із дозволів на використання, які надаються організаціями колективного управління шляхом укладання договорів з особами, які використовують ці об'єкти. Факт вилучення спірних творів з дозволу на використання, який відповідачеві надано ДП «УААСП», відсутній [6].

На відміну від України, в Російській Федерації у визначених законодавством сферах дозволено створення та діяльність лише однієї уповноваженої організації, яка має право укладати відповідні ліцензійні договори та збирати винагороду за використання об'єктів авторського права та суміжних прав без отримання відповідних повноважень від їх правовласників, що не призводить до виникнення спорів щодо розмежування сфер діяльності організацій колективного управління. Так, відповідно до ст. 1244 Цивільного кодексу Російської Федерації організація по управлінню правами на колективній основі, що одержала державну акредитацію (акредитована організація), має право разом з управлінням правами тих правовласників, з якими вона уклала договори в порядку, передбаченому п. 3 ст. 1242 Кодексу, здійснювати управління правами і збір винагороди для тих правовласників, з якими у неї такі договори не укладені. Наявність акредитованої організації не перешкоджає створенню інших організацій по управлінню правами на колективній основі, у тому числі у сферах колективного управління, вказаних в Кодексі. Такі організації мають право укладати договори з користувачами тільки на користь правовласників, що надали їм повноваження по управлінню правами в порядку, передбаченому п. 3 ст. 1242 цього Кодексу. Організація по управлінню правами на колективній основі може одержати державну акредитацію на здійснення діяльності в наступних сферах колективного управління: 1) управління виключними правами на обнародувані музичні твори (з текстом або без тексту) і уривки музично-драматичних творів відносно їх публічного виконання, повідомлення в ефір або по кабелю, в тому числі шляхом ретрансляції; 2) здійснення прав композиторів, що є авторами музичних творів (з текстом або без тексту), використаних в аудіовізуальному творі, на отримання винагороди за публічне виконання або повідомлення в ефір або по кабелю такого аудіовізуального твору (п. 3 ст. 1263); 3) управління правом слідування відносно витвору образотворчого мистецтва,

а також авторських рукописів (автографів) літературних і музичних творів; 4) здійснення прав авторів, виконавців, виробників фонограм і аудіовізуальних творів на отримання винагороди за відтворення фонограм і аудіовізуальних творів в особистих цілях; 5) здійснення прав виконавців на отримання винагороди за публічне виконання, а також за повідомлення в ефір або по кабелю фонограм, опублікованих в комерційних цілях; 6) здійснення прав виробників фонограм на отримання винагороди за публічне виконання, а також за повідомлення в ефір або по кабелю фонограм, опублікованих в комерційних цілях [7].

Окрім умов, передбачених законодавством, сторони можуть передбачити в договорі й умови про здійснення організаціями колективного управління захисту прав та інтересів суб'єктів авторського права та суміжних прав. Як визначено в оглядовому листі Вищого господарського суду України від 6 травня 2005 р. № 01-8/784 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти авторського права і суміжних прав» [8] за наявності договорів з авторами творів на управління їх майновими правами організації колективного управління як суб'єкти авторського права мають право звертатися до господарського суду з позовами про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду або стягнення доходу, отриманих порушником внаслідок порушення ним авторського права і (або) суміжних прав, і у тому випадку, коли з порушником авторського права організацією колективного управління не укладено будь-якої угоди.

Таким чином, окремі положення щодо діяльності організацій колективного управління потребують перегляду та уточнення, адже належне правове регулювання є необхідною умовою ефективної реалізації організаціями покладених на них функцій, що в свою чергу позитивно буде впливати на охорону та захист як суб'єктів авторського права та суміжних прав, так і користувачів.

Література

1. Про авторське право і суміжні права: Закон України. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
2. Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконавців: постапова Кабінету Міністрів України від 18 січ. 2003 р. № 71 в ред. Постапови Кабінету Міністрів України від 2 квіт. 2009 р. № 450 «Про внесення змін до постапови Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. № 71». — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
3. Пасадюк А. Сельпом по музыке // Юридическая практика. — 2009. — № 31.
4. Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Державного департаменту інтелектуальної власності: ухвала Кабінету Міністрів України № 674 від 17 трав. 2002 р. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
5. Про колективне управління правами на твори, виконавця, фонограми, відеограми» № 2451 від 07.05.2008 р. — Режим доступу: <http://gska2.rada.gov.ua>.
6. Практика Вищого господарського суду України. — Режим доступу: www.arbitr.gov.ua.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации. — Режим доступу: <http://www.consultant.ru>.
8. Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти авторського права і суміжних прав: оглядовий лист Вищого господарського суду України від 6 трав. 2005 р. № 01-8/784. — Режим доступу: www.arbitr.gov.ua.

Анотація

Ульянова Г. О. Контрольні повноваження організацій колективного управління. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню контрольних повноважень організацій колективного управління. Відповідно до чинного законодавства організації колективного управління уповноважені на здійснення управління авторськими та суміжними правами як правовласників, з якими укладено договори, так і без укладання відповідних договорів. У зв'язку з цим виникає ситуація, коли до користувачів об'єктів авторського права звертаються декілька організацій з вимогою виплати винагороди, передбаченої законодавством. Існуючі проблеми у сфері діяльності організацій колективного управління обумовлюють актуальність дослідження правового регулювання реалізації організаціями їх функцій.

Ключові слова: організації колективного управління, управління авторськими та суміжними правами; договір на управління правами; практика розгляду справ за участю організацій колективного управління; контрольні повноваження організацій колективного управління.

Summary

Ulianova G. O. Control Rights of Collective Administration Organizations. — Article.

The article deals with the issues of legal regulation of collective management organizations on copyright and interfacing rights. The authority of the collective management organizations regarding the legal control over the use of copyright objects and interfacing rights was analyzed on the basis of the effective legislation, draft laws and judicial practice.

Keywords: collective management organizations, copyright, interfacing rights, collective management, legal control over the use of copyright objects.

УДК 347.725.035(477)

К. В. Денисенко

ПРАВО НА ДИВІДЕНДИ ЗА ЗАКОНОМ УКРАЇНИ «ПРО АКЦІОНЕРНІ ТОВАРИСТВА»

Як зазначено в Принципах корпоративного управління, затверджених рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 11 грудня 2003 р. № 571, у товаристві повинна бути розроблена прозора дивідендна політика, спрямована на оптимізацію доходів акціонерів та розвиток товариства. Дивідендна політика товариства повинна сприяти реалізації права акціонера на отримання дивідендів. Разом з тим дивідендна політика товариства повинна передбачати випадки, коли виплата дивідендів не дозволяється, зокрема, у разі неповної оплати акцій, або якщо виплата дивідендів може призвести до неплатоспроможності товариства. Дивідендна політика товариства має також враховувати потреби та доцільність у спрямуванні частини прибутку (дивідендів) на розвиток товариства. Виплата дивідендів за акціями має здійснюватися тільки у грошовій формі.

Право на отримання дивідендів є одним з ключових корпоративних прав акціонерів, спрямованих на отримання матеріальних вигод. Разом з тим у зв'язку з неналежним правовим регулюванням, невизначеністю на законодавчому рівні умов нарахування виплати дивідендів на практиці призводить до

© К. В. Денисенко, 2009

суттєвих порушень, коли навіть у прибуткових акціонерних товариствах дивіденди не сплачуються роками.

Закон України «Про господарські товариства» [1] лише визначає право учасників товариства брати участь у розподілі прибутку товариства та одержувати його частку (дивіденди). Право на отримання частки прибутку (дивідендів) пропорційно частці кожного з учасників мають особи, які є учасниками товариства на початок строку виплати дивідендів. Відповідно до ст. 37 Закону умови про строк та порядок виплати частки прибутку (дивідендів) один раз на рік за підсумками календарного року мають бути обов'язково визначені в статуті акціонерного товариства. Затвердження порядку розподілу прибутку, строку та порядку виплати частки прибутку (дивідендів) віднесено до виключної компетенції загальних зборів акціонерного товариства. На жаль, цим регулювання питань нарахування та виплати дивідендів для акціонерних товариств в законі «Про господарські товариства» вичерпано.

Право на отримання дивідендів та віднесення питання щодо їх нарахування та сплати до компетенції загальних зборів акціонерного товариства передбачено й в Цивільному кодексі України (ст. ст. 116, 159) [2].

Важливе значення також має черговість виплати дивідендів залежно від виду акцій, яка встановлена в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV [3], а також Положенні про порядок отримання інвесторами доходів від володіння корпоративними правами в акціонерних товариствах, затверджені рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 386 від 25 грудня 2001 р. [4].

Таким чином, більшість питань, які стосувались порядку нарахування та виплати дивідендів, мала вирішуватись саме в уставі акціонерних товариств.

З прийняттям Закону України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 р. [5] багато проблемних питань, пов'язаних зі створенням та діяльністю акціонерних товариств, отримали більш повне регулювання. У зв'язку з чим актуального значення набуває дослідження положень Закону «Про акціонерні товариства» щодо виплати дивідендів.

Дивідендам в Законі присвячено розділ 6, який включає лише дві статті: 30 та 31. Враховуючи, що питання розподілу прибутку товариства, а також затвердження розміру річних дивідендів віднесено до виключної компетенції загальних зборів акціонерного товариства, окремі положення закріплено також в ст. 33 Закону «Про акціонерні товариства». Слід зазначити, що відповідно до ст. 32 Закону «Про акціонерні товариства» питання про розподіл прибутків акціонерного товариства обов'язково вноситься до порядку денного річних загальних зборів. Вимоги щодо періодичності розгляду питання про визначення розміру дивідендів в законі не передбачено, хоча вважається, що було б доцільно розглядати його при визначенні питання розподілу прибутків товариства.

Що стосується безпосередньо дивідендів, слід виділити таке:

по-перше, закріплено визначення дивіденду, як частини чистого прибутку акціонерного товариства, що виплачується акціонеру з розрахунку на одну належну йому акцію певного типу та/або класу;

по-друге, встановлено імперативну норму щодо виплати дивідендів виключно грошовими коштами;

по-третє, визначено порядок складання переліку осіб, які мають право на отримання дивідендів, та їх повідомлення про строк їх виплати. Так, відповідно до ст. 30 закону для кожної виплати дивідендів наглядова рада акціонерного товариства встановлює дату складення переліку осіб, які мають право на отримання дивідендів, порядок та строк їх виплати. Дата складення переліку осіб, які мають право на отримання дивідендів, не може передувати даті прийняття рішення про виплату дивідендів. Товариство повідомляє осіб, які мають право на отримання дивідендів, про дату, розмір, порядок та строк їх виплати. Протягом 10 днів після прийняття рішення про виплату дивідендів публічне товариство повідомляє про дату, розмір, порядок та строк виплати дивідендів фондову біржу (біржі), у біржовому реєстрі якої (яких) перебуває таке товариство;

по-четверте, встановлено черговість виплати дивідендів залежно від акцій. Так, в першу чергу дивіденди виплачуються власникам привілейованих акцій. Враховуючи, що відповідно до статті 20 закону статутом товариства може передбачатися розміщення кількох класів привілейованих акцій, що надають їх власникам різні права, товариство не має права здійснювати виплату дивідендів за привілейованими акціями певного класу до виплати поточних дивідендів за привілейованими акціями, власники яких мають перевагу щодо черговості отримання дивідендів. Розмір дивідендів за привілейованими акціями всіх класів визначається у статуті акціонерного товариства. Тільки після повної сплати дивідендів власникам всіх класів привілейованих акцій може проводитись виплата дивідендів власникам простих акцій.

Також у Законі «Про акціонерні товариства» визначено випадки, в яких не проводиться нарахування дивідендів та в яких не проводиться виплата дивідендів.

Так, акціонерне товариство не має права приймати рішення про виплату дивідендів та здійснювати виплату дивідендів за простими акціями у разі, якщо:

1) звіт про результати розміщення акцій не зареєстровано у встановленому законодавством порядку;

2) власний капітал товариства менший, ніж сума його статутного капіталу, резервного капіталу та розміру перевищення ліквідаційної вартості привілейованих акцій над їх номінальною вартістю.

Акціонерне товариство не має права здійснювати виплату дивідендів за простими акціями у разі, якщо:

1) товариство має зобов'язання про викуп акцій відповідно до ст. 68 цього Закону;

2) поточні дивіденди за привілейованими акціями не виплачено повністю.

Акціонерне товариство не має права приймати рішення про виплату дивідендів та здійснювати виплату дивідендів за привілейованими акціями у разі, якщо:

1) звіт про результати розміщення акцій не зареєстровано у встановленому законодавством порядку;

2) власний капітал товариства менший, ніж сума його статутного капіталу, резервного капіталу та розміру перевищення ліквідаційної вартості привілейованих акцій над їх номінальною вартістю, власники яких мають переваги щодо черговості отримання виплат у разі ліквідації.

Товариство не має права здійснювати виплату дивідендів за привілейованими акціями певного класу до виплати поточних дивідендів за привілейованими акціями, власники яких мають перевагу щодо черговості отримання дивідендів.

Право на отримання дивідендів є одним з майнових прав власників акцій, яке може відчужуватись на підставі договору чи в силу приписів закону. Враховуючи порядок нарахування та виплати дивідендів, на практиці виникають спірні питання щодо моменту припинення права на їх отримання у разі відчуження акцій.

Як приклад може бути наведено розгляд позову громадянина П. до закритого акціонерного товариства про стягнення з відповідача дивідендів за 2006 рік. Рішенням господарського суду Луганської області у задоволенні позову відмовлено. Постановою Луганського апеляційного господарського суду за тією ж справою вищезазначене судове рішення залишено без змін, касаційна скарга громадянина П. залишена без задоволення. Відповідні рішення були прийняті у зв'язку з такими обставинами: 24 вересня 2007 р. відбулися загальні збори закритого акціонерного товариства, на яких було розглянуте питання про розподіл прибутку та виплату дивідендів за підсумками 2006 року та прийнято рішення виплатити дивіденди за 2006 рік. Відповідно до виписки, наданої реєстратором з реєстру власників іменних цінних паперів про операції по особовому рахунку громадянина П., який зазначений у сертифікаті з 24 вересня 2007 р., не обліковується жодного цінного паперу. Перехід права власності на пакет акцій закритого акціонерного товариства, що належали позивачу до ТОВ, відбувся на підставі договору купівлі-продажу від 16 липня 2007 р., що і стало підставою для внесення змін до реєстру власників іменних цінних паперів закритого акціонерного товариства [6].

Таким чином, на момент проведення загальних зборів позивач вже здійснив відчуження належних йому акцій і відповідно права на отримання дивідендів перейшли до їх нового власника.

Відповідно до Закону «Про акціонерні товариства» у разі відчуження акціонером належних йому акцій після дати складення переліку осіб, які мають право на отримання дивідендів, але раніше дати виплати дивідендів, право на отримання дивідендів залишається в особи, зазначеної у такому переліку.

Таким чином, в Законі України «Про акціонерні товариства» передбачені як положення, які закріплено й в інших нормативних актах, так й нові норми щодо виплати дивідендів. Як і в чинному законодавстві, переваги на отримання дивідендів закріплено за власниками привілейованих акцій, тоді як власникам простих акцій слід розраховувати лише на ту частину прибутку, яка залишається після сплати дивідендів по всіх класах привілейованих акцій.

Література

1. Про господарські товариства : Закон України від 19 верес. 1991 р. № 1576-ХІІ. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>
2. Цивільний кодекс України. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
3. Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України від 23 лют. 2006 р. № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 31. — Ст. 268.
4. Положення про порядок отримання інвесторами доходів від володіння корпоративними правами в акціонерних товариствах : рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 386 від 25 груд. 2001 р. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>.
5. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 верес. 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50–51. — Ст. 384.
6. Постанова Вищого господарського суду України. — Режим доступу : http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_2406699.html.

Анотація

Денисенко К. В. Право на дивіденди за Законом України «Про акціонерні товариства». — Стаття.

У статті розкриваються актуальні питання реалізації права на отримання дивідендів. Проведено порівняльний аналіз положень про виплату дивідендів в Законі України «Про господарські товариства», Цивільному кодексі України та Законі України «Про акціонерні товариства». Досліджено регулювання порядку парашування та сплати дивідендів за Законом «Про акціонерні товариства», права на дивіденди власників простих та привілейованих акцій.

Ключові слова: дивіденди, порядок виплати дивідендів, загальні збори акціонерного товариства, виключна компетенція загальних зборів акціонерного товариства, власники привілейованих акцій, власники простих акцій.

Summary

Denysenko K. V. Right for Dividends under the Law of Ukraine “On Joint-Venture”. — Article.

The article deals with the some aspects of the realization of the right to dividends. Comparative analysis of the legal regulation of the right to dividends under the legislation in effect and the law of Ukraine “On joint-stock companies” was conducted. The order of payment of dividends on common and preference shares is examined.

Keywords: dividend, right to dividend, common share, preference share, the order of dividends payment.

УДК 347.728.2

В. В. Заборовський

ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРОЦЕДУРИ КОНВЕРТАЦІЇ АКЦІЙ

На даний час як в українській, так і в російській науковій літературі питання про правову природу конвертації цінних паперів, і зокрема, про конвертацію акцій є мало дослідженим.

Дана проблема є актуальною і була предметом досліджень багатьох сучасних науковців. Серед вчених, які досліджували окремі аспекти даної проблеми, доцільно виокремити праці Д. Мельникова, А. Михайлової, Д. Борзих, О. Жукова, О. Клінової. Але слід погодитися з твердженнями тих вчених, які вказують на те, що і «наявні трактування конвертації досить неоднозначні та суперечливі» [1, 241].

© В. В. Заборовський, 2009

Автор ставить перед собою завдання на основі аналізу правової природи процедури конвертації акції виробити загальноприйняте визначення поняття «конвертація акцій» та вирішити питання про те, риси якого, одностороннього чи двостороннього, правочину є характерними для конвертації акцій.

В юридичній літературі ряд науковців намагалися сформулювати власне визначення поняття «конвертація». Серед них можна відмітити Д. Мельникова, який у своєму дисертаційному дослідженні вказує, що конвертація «є обміном цінних паперів одного виду (категорії, типу) на цінні папери другого виду (категорії, типу)» [2, 66]. Подібним до цього є визначення, яке міститься в Законі України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» [3]. В ст. 3 даного Закону зазначено те, що конвертація цінних паперів ІСІ (якими є акції корпоративного інвестиційного фонду та інвестиційні сертифікати пайового інвестиційного фонду) становить собою вилучення емітентом з обігу та анулювання цінних паперів одного виду шляхом їх обміну на цінні папери іншого виду цього ж емітента або на цінні папери іншого емітента (у разі реорганізації цього емітента).

Основним недоліком даних визначень є те, що вони не відображають в собі всі можливі види конвертації. А саме, не включають в себе такий вид конвертації, як деномінація акцій, при якій відбувається тільки зміна номінальної вартості акцій і жодним чином не відбувається зміна виду (типу, класу) акції.

Більш вдалим, на думку дисертанта, є визначення конвертації А. Михайлової, яка вказує, що «конвертація — це, перш за все, заміна акцій одного випуску акціями іншого випуску» [4, 21]. Слід відмітити, що подібне визначення міститься і в згаданому Положенні про депозитарну діяльність, що затверджене Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 17 жовтня 2006 року № 999 (далі — Рішення 999) [5], в п. 3 розділу III якого зазначено те, що конвертація являє собою обмін емітентом цінних паперів одного випуску на цінні папери іншого випуску згідно з умовами їх випуску.

Основним недоліком даних визначень понять «конвертація» є те, що вони не вказують на таку основну, конструктивну ознаку конвертації, як анулювання цінних паперів, що підлягають обміну в процесі проведення такої конвертації. Тоді, до одного із видів процедури конвертації акцій повинна була б належати і процедура зміни форми випуску цінних паперів з документарної на бездокументарну (процедура знерухомлення цінних паперів) або, навпаки, з бездокументарної в документарну (процедура матеріалізації цінних паперів), а це б суперечило правовій природі процедурі конвертації акцій. Тому що знерухомлення та матеріалізація цінних паперів не є способом конвертації цінних паперів, оскільки в даному випадку не відбувається анулювання акцій, а здійснюється лише процес зміни способу фіксації даних цінних паперів.

Необхідно звернути увагу і на те, що дані визначення містять і ще один недолік, оскільки включають в себе не всі можливі види конвертації акцій. Так і українським, і російським законодавством передбачено такий спосіб конвертації акцій, як конвертація при проведенні процедури реорганізації акціонер-

ного товариства, за якою акції товариства, що підлягає реорганізації, обмінюються (замінюються) на акції товариства- правонаступника.

Конвертація акцій являє собою особливий спосіб їх розміщення. Слід відмітити, що загальноприйнятим є твердження про те, що крім конвертації способами розміщення акцій є приватне та публічне розміщення акцій. На думку автора, самостійним способом розміщення акцій також є обмін. Даний спосіб розміщення акцій за своєю природою є дуже подібний до конвертації акцій, але відрізняється від останньої тим, що в даному випадку беруть участь товариства різних організаційно-правових форм і відбувається обмін частки (паю) на акції.

Особливість конвертації як способу розміщення акцій полягає в тому, що в цьому випадку відбувається анулювання акцій, які передаються «в оплату» раніше розміщених акцій. В даному випадку продаж акцій не здійснюється, а отже, конвертації по своїй природі не мають за мету здійснювати залучення інвесторів. У цьому випадку можна погодитися із твердженням Д. Борзих, який вказує на те, що «участь в конвертації можуть брати тільки особи, які володіють до її здійснення правами власності на вже розміщені цінні папери» [6, 76]. З цієї позиції можна зробити неправильний висновок про те, що конвертація за своєю суттю є подібною до приватного розміщення цінних паперів. Помилковість даного судження полягає в тому, що в у порівнянні із приватним розміщенням при конвертації не здійснюється оплата за отримані в результаті проведення конвертації акції.

Дискусійним в юридичній літературі залишається питання: «конвертація являє собою односторонній чи двосторонній правочин?». Так, А. Синенко у своїй праці вважає, що конвертації характерні риси одностороннього правочину, тобто що для її здійснення достатньо волевиявлення однієї з сторін — емітента, оскільки набуття права власності акціонерами на акції нового випуску (в результаті проведення конвертації) є не стільки правом, скільки обов'язком і проходить по загальному правилу без згоди акціонерів [7, 140]. Зовсім іншої точки зору дотримується О. Жуков, який вказує на те, що по своїй правовій природі конвертація являє собою специфічний різновид новації, яка, на думку автора, «обумовлена тим, що заміна одного зобов'язання іншим проходить не на основі згоди з кожним володільцем цінного паперу про новацію, а на основі рішення загальних зборів про конвертацію» [8, 9]. На нашу думку, однозначно погодитися з твердженнями кожного з авторів не має можливості, оскільки конвертації як специфічному способу розміщення цінних паперів характерна значна різноманітність способів її проведення. Автор не погоджується з твердженням О. Жукова про те, що конвертація є специфічним способом новації, тому що не враховується такий вид конвертації, як деномінація акцій. Так, відповідно до чинного законодавства новація розглядається як домовленість сторін про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими ж сторонами (ч. 2 ст. 604 ЦК України). Але, якщо, з одного боку, автор погоджується із думкою І. Спасибо-Фатєєвої, яка вказує, що «в корпоративних відносинах акціонери мають права по відношенню до товариства, а останнє виступає

як би зобов'язаним суб'єктом по відношенню до акціонерів, забезпечуючи існуючими в ньому механізмами права на участь акціонерів в управлінні товариством, на дивіденди, на інформацію та ін.» [9, 60], то з іншого — важко погодитися, що при деномінації акцій відбувається заміна первісного зобов'язання новим зобов'язанням.

У цьому випадку слід погодитися з висновками, зробленими О. Кліновою в своєму дисертаційному дослідженні. Вона вказує на те, що залежно від способу конвертації її можна розглядати як односторонній, так і двосторонній правочин. Оскільки для такого способу конвертації акцій, як деномінація, характерними є риси одностороннього правочину, а, в свою чергу, для конвертації конвертованих цінних паперів в акції на вимогу власника такого цінного паперу більш притаманними є риси двостороннього правочину [10, 85–86].

І справді, для більшості способів конвертації є характерними риси одностороннього правочину. Характерною ознакою акціонерних правовідносин є корпоративний інтерес, тобто акціонер підпорядковується волевиявленню більшості (простій або кваліфікованій), яка виражається шляхом прийняття рішень на загальних зборах. Але в цьому випадку слід погодитися з думкою О. Швиденка, який вказує на те, що «не можна вважати згодою власника на здійснення дроблення та консолідації прийняття рішення загальними зборами акціонерного товариства із зазначених питань (навіть якщо акціонер голосував за проведення дроблення та консолідації). Рішення загальних зборів акціонерного товариства, як органу акціонерного товариства, може бути підставою чи передумовою для виникнення, зміни та припинення прав і обов'язків самого акціонерного товариства, а не для акціонерів, як власників акцій». Отже, для прийняття рішення про конвертацію акцій (за загальним правилом) достатньо волевиявлення лише емітента, шляхом прийняття відповідного рішення на загальних зборах акціонерів, і не потребує персональної згоди власника акцій. Для захисту прав акціонерів, які не голосували на загальних зборах акціонерів за конвертацію акцій, законодавством надається право вимагати в товариства викупити належні їм акції, що підлягають конвертації.

Як відзначалося, риси двостороннього правочину є характерними, наприклад, для такого виду конвертації цінних паперів, як конвертація конвертованих цінних паперів на акції на вимогу власника таких цінних паперів. Насамперед, для розкриття цього питання слід зазначити, що дисертант підтримує думку доктора юридичних наук С. Сарбаша, який в своєму дисертаційному дослідженні доходить висновку, що дії кредитора і боржника при виконанні зобов'язань, становлять єдиний вольовий акт (двосторонній правочин), мають і самостійну правову природу. Він вказує на те, що ці дії є юридичними діями, що мають властивість юридичної спрямованості, але які можна розглядати як односторонні правочини, оскільки для виникнення визначених юридичних наслідків достатньо волевиявлення однієї із сторін [11, 18–19].

Першим одностороннім правочином при даному способі конвертації цінних паперів буде прийняття емітентом рішення про розміщення даних цінних паперів. В цьому випадку потрібно врахувати те, що одностороннє волевиявлення

емітента, достатнє для проведення в подальшому конвертації, здійснюється ним не в момент проведення конвертації, а реалізовується ним ще в момент прийняття рішення про розміщення таких цінних паперів. Іншим одностороннім правочином в даному випадку є волевиявлення власника такого цінного паперу про намір здійснити його конвертацію. Наприклад, відповідно до умови розміщення власнику привілейованої акції надається можливість здійснити конвертації своїх привілейованих акцій в прості акції товариства. Тобто акціонеру — власнику даних привілейованих акцій надається виключна можливість реалізувати своє право або ні. Таке право в юридичній літературі має назву секундарне право, суть якого полягає в тому, що «володілець секундарного права володіє виключною можливістю власними діями викликати настання бажаних наслідків — виникнення, зміну чи припинення прав та обов'язків» [12, 11]. Оскільки в даному випадку наявне одностороннє волевиявлення власника конвертованих цінних паперів, то це є не що інше, як односторонній правочин. Отже, виходячи з всього вищенаведеного можна дійти висновку, що даний спосіб конвертації, тобто конвертацію конвертованих цінних паперів на вимогу їх власників, можна охарактеризувати як двосторонній правочин.

Конвертація являє собою специфічний спосіб розміщення цінних паперів. У свою чергу розміщення цінних паперів «являє собою тільки один із етапів процедури емісії» [13, 10], яка є значно ускладненим юридичним складом. На жаль, закріплене в нині чинному законодавстві визначення поняття «розміщення» не відповідає в повній мірі правовій природі такого способу розміщення цінних паперів, як конвертація. Так, в п. 1 розділу 1 вже згадуваного Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 999 зазначено те, що розміщення цінних паперів являє собою відчуження цінних паперів емітентом шляхом укладення цивільно-правового договору з першим власником. Необхідно зазначити, що дане визначення поняття «розміщення» є значним кроком вперед в порівнянні з тим, яке містилося в Положенні про депозитарну діяльність, затверджене Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 26 травня 1998 року № 61 [14], в п. 1.2 розділу 1 якого розміщення цінних паперів взагалі розглядалося як укладення цивільно-правових угод щодо продажу цінних паперів у процесі їх емісії. Але, як вище відмічалось, конвертації за загальним правилом, тобто для переважної більшості способів її проведення, більш притаманними є ознаки одностороннього правочину.

З цієї позиції більш вдалим є визначення поняття «розміщення», яке надається російським законодавцем, а саме в ст. 2 Федерального закону «Про ринок цінних паперів» [15], в якій зазначено, що розміщення емісійних цінних паперів є відчуженням емісійних цінних паперів емітентом першим володільцем шляхом укладення цивільно-правових правочинів. Але й в цьому визначенні існує недолік, суть якого полягає, як вміло зазначила О. Клінова [10, 56], в некоректності застосування в даному випадку терміна «укладення», оскільки є необхідність в застосовуванні терміна «вчинення». Тому, на думку автора, в національному законодавстві повинно бути закріплене визначення поняття

«розміщення», подібне до того, що міститься в ч. 1 ст. 22 Модельного закону «Про ринок цінних паперів», що затверджений Постановою 18-го пленарного засідання Міжпарламентської Асамблеї країн — учасниць СНД від 24 жовтня 2001 року № 18-7 [16] (розміщення цінних паперів — виникнення на основі цивільно-правових правочинів прав, що посвідчуються цінними паперами, у їх перших володільців).

Виходячи з наведених визначень поняття «конвертація акцій», враховуючи всі зазначені недоліки, а також дослідивши певні аспекти правової природи конвертації акцій, автор доходить висновку, що конвертація акцій являє собою особливий спосіб розміщення акцій, який полягає в обміні (заміні) конвертованих цінних паперів емітента на акції нового (іншого) випуску цього ж емітента або ж товариства- правонаступника (у разі реорганізації цього емітента), що пов'язана з анулюванням цінних паперів, які підлягають конвертації. Враховуючи значну різноманітність способів проведення конвертації, конвертації акцій притаманні риси як одностороннього, так і двостороннього правочину.

Література

1. Дзыба Р. О правовой природе конвертации эмиссионных ценных бумаг / Р. Дзыба, Е. Клинова // Сборник аспирантских научных работ. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2006. — Вып. 7, т. 1. — С. 241–247.
2. Мельников Д. И. Акция как эмиссионная ценная бумага : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. И. Мельников. — М., 2006. — 206 с.
3. Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди): Закон України від 15 берез. 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 21. — Ст. 103.
4. Михайлова А. П. Правовой статус акционера по законодательству России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право» / А. Н. Михайлова. — М., 2006. — 26 с.
5. Положення про депозитарну діяльність : затв. Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 17 жовт. 2006 р. № 999 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 49. — Ст. 89.
6. Борzych Д. Д. Правовое регулирование оборота акций в акционерном обществе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. Д. Борzych. — М., 2005. — 208 с.
7. Сипченко А. Ю. Эмиссия корпоративных ценных бумаг: правовое регулирование, теория и практика / А. Ю. Сипченко. — М. : Статут, 2002. — 223 с.
8. Жуков А. С. Правовое регулирование оборота эмиссионных бездокументарных именных ценных бумаг в законодательстве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право» / А. С. Жуков. — Ростов н/Д, 2005. — 22 с.
9. Спасибо-Фатсеева И. В. Правовая природа корпоративных правоотношений в акционерных товариществах // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 3. — С. 58–66.
10. Клинова Е. А. Гражданско-правовые сделки при размещении эмиссионных ценных бумаг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. А. Клинова. — Казань, 2007. — 184 с.
11. Сарбаш С. В. Общее учение об исполнении договорных обязательств : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право» / С. В. Сарбаш. — М., 2005. — 49 с.
12. Бабаев А. Б. Проблемы вторичных прав в российской цивилистике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право» / А. Б. Бабаев. — М., 2006. — 22 с.
13. Липей К. О. Правовое регулирование размещения акций : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право» / К. О. Липей. — М., 2007. — 26 с.

14. Положення про депозитарну діяльність : затв. Рішенням ДКЦПФР від 26 трав. 1998 р. № 61. — Режим доступу : <http://www.ssmsec.gov.ua/Law/2/1998-05-26.61.txt>.
15. О рынке ценных бумаг : Федеральный закон от 22 апр. 1996 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1996. — № 17. — Ст. 1918.
16. Про ринок цінних паперів : Модельний закон, затв. Постановою 18 пленарного засідання Міжпарламентської Асамблеї країн — учасниць СІД від 24 жовт. 2001 р. № 18-7. — Режим доступу : <http://www.iacis.ru/html/?id=22&pag=127&nid=1>.

Анотація

Заборовський В. В. Загальні положення процедури конвертації акцій. — Стаття.

В роботі здійснено дослідження правової природи процедури конвертації акцій. Обгрунтовується висновок про те, що конвертація акцій являє собою особливий різновид їх розміщення і полягає в обміні конвертованих цінних паперів емітента на акції нового (іншого) випуску. Робиться висновок про те, що залежно від способу конвертації її можна розглядати як односторонній, так і двосторонній правочин.

Ключові слова: акції, акціонери, конвертація, розміщення акцій, анулювання цінних паперів, односторонній та двосторонній правочин.

Summary

Zaborovsky V. V. General Provisions of Share Conversion Procedure. — Article.

This work researches the legal character of the procedure of share conversion. The conclusion is that the conversion of shares means their typical placing, that is the changing of the emitter's converted stocks for the new (other) edited shares. We made a conclusion that the conversion may be a one-sided or a two-sided deed. It just depends on the method.

Keywords: shares, shareholders, conversion, capital issue, annulment of the stocks, one-sided and two-sided deed.

УДК 347.728

Я. С. Сиявська

ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ МАЙНОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ УЧАСНИКІВ ПОВНОГО ТОВАРИСТВА ЗА ЙОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ

Правовий інститут майнової відповідальності учасників повного товариства регулюється одночасно цивільним законодавством, господарським законодавством та спеціальним законодавством про господарські товариства, у зв'язку з чим він має певну специфіку, яка пояснюється цілями і суттю діяльності повного товариства.

Як і будь-яка інша юридична відповідальність, майнова відповідальність ґрунтується на певних правових підставах. Це, по-перше, нормативні підстави, тобто сукупність норм права про відповідальність суб'єктів економічних відносин та їх учасників. Другою правовою підставою є правосуб'єктність правопорушника — суб'єкта господарювання (боржника) або цивільна право- та дієздатність його учасників, а також господарська правосуб'єктність потерпілого (кредитора). Третя підстава називається юридико-фактичною. Це протиправні дії або бездіяльність особи — господарського правопорушника, що по-

рушують права і законні інтереси потерпілої особи (кредитора) чи заважають їх реалізації. Ця підстава складається з чотирьох елементів, які в теорії права називаються умовами господарсько-правової відповідальності.

Для дослідження передумов виникнення майнової відповідальності в учасників повного товариств за його зобов'язаннями, в першу чергу, слід розглянути підстави виникнення відповідальності повного товариства, оскільки без підстав, на яких базується відповідальність повного товариства як самостійного суб'єкта права, не можна повно та всебічно дослідити майнову відповідальність учасників повного товариства. Тим більше, що настання майнової відповідальності учасників повного товариств за його зобов'язаннями безпосередньо пов'язане з підставами відповідальності повного товариства. Крім цього, аналізуючи передумови виникнення майнової відповідальності учасників повного товариства, слід зазначити, що загальновідомі підстави відповідальності повного товариства є первинною передумовою реалізації майнової відповідальності його учасників, яка має наряду із загальновизнаними підставами свої специфічні вторинні підстави, характерні лише для майнової відповідальності учасників повного товариства в аспекті ст. 124 Закону України «Про господарські товариства» [1].

Таким чином, передумови виникнення майнової відповідальності учасників повного товариства за зобов'язаннями останнього доцільно класифікувати на первинні та вторинні. До первинних належать підстави відповідальності повного товариства в разі невиконання або неналежного виконання його зобов'язань, а саме: факт господарського порушення, протиправність поведінки. До вторинних, настання яких неможливе без первинних підстав, належать підстави майнової відповідальності учасників повного товариства, а саме: правовий зв'язок з товариством, через існування корпоративних прав, недостатність майна товариства для задоволення вимог кредиторів.

У загальновизнаному розумінні до передумов застосування майнової відповідальності учасників повного товариства за його зобов'язаннями відносять:

- факт господарського порушення, тобто порушення норми закону, умови договору, державного контракту тощо, внаслідок чого завдаються збитки або інша шкода майновим правам та інтересам кредитора;
- протиправність поведінки боржника. Це може бути як дія, так і бездіяльність, що порушують правову норму, планове завдання, умови договору і т. ін.;
- причинний зв'язок між протиправною поведінкою і завданими збитками. Йдеться про так званий причинно-необхідний зв'язок, коли протиправна дія чи бездіяльність є об'єктивною причиною такого наслідку, як збитки або інша шкода, завдані кредиторів. Цей зв'язок необхідно доводити відповідними доказами;
- вина як негативне суб'єктивне ставлення правопорушника до прав і законних інтересів кредитора. Вина у юрисдикційній практиці — це існування двох обставин, які дають підстави для застосування відповідальності: наявність у особи-правопорушника реальних можливостей для належного виконання;

невжиття ним всіх необхідних заходів для недопущення правопорушення, запобігання збиткам (шкоді) потерпілого. Формою вини може бути як умисел, так і необережність правопорушника. У такому разі діє принцип презумпції вини, тобто «відсутність вини доводиться особою, яка порушила зобов'язання» (ст. 209 ЦК). Вина обох сторін підлягає взаємному заліку. Якщо невиконання або неналежне виконання зобов'язання виникло з вини обох сторін, юрисдикційний орган (суд, господарський суд, третейський суд) відповідно зменшує розмір відповідальності боржника. Це має місце і тоді, коли кредитор навмисно або з необережності сприяв збільшенню розмірів збитків або не вжив заходів щодо їх зменшення (ст. 211 ЦК). За наявності у невиконанні чи неналежному виконанні зобов'язання вини кредитора у формі умислу або необережності боржник звільняється від виконання зобов'язання. Інше може бути встановлено законом. Вина є однією з умов відповідальності в деліктних зобов'язаннях між суб'єктами. Той, хто заподіяв шкоду, звільняється від її відшкодування, якщо доведе, що шкоду заподіяно не з його вини (ч. 2 ст. 440 ЦК) [2]. Вина повного товариства — це вина його учасників.

Сукупність (склад) чотирьох названих умов утворює юридично-фактичні підстави господарсько-правової відповідальності повного товариства та є аналогічними підставами цивільно-правової відповідальності. Для застосування майнової відповідальності учасників повного товариства вважаємо не потрібно наявності усіх чотирьох умов. Оскільки відносно вини повного товариства в здійсненні правопорушення, що є підставою виникнення господарсько-правової відповідальності, існують неоднозначні тлумачення. В даному разі свідомовольова концепція поняття вини як психічного ставлення правопорушника до своєї поведінки і її результатів викликає найбільші сумніви.

У більшості випадків для застосування майнової відповідальності достатнім є встановлення присічного складу правопорушення та категорія вини не завжди виступає як елемент складу правопорушення. А в разі застосування приписів ст. 124 Закону України «Про господарські товариства» [1] незалежно від наявності або відсутності вини повного товариства його учасник повинен нести майнову відповідальність за його зобов'язання в разі відсутності майна у товариства.

Необхідно також враховувати, що господарське правопорушення повного товариства в юридичній науці розглядається як загальна підстава майнової відповідальності. Грунтуючись на нормі ч. 1 ст. 625 ЦК України, якою повністю враховані особливості грошей як об'єкта цивільних прав, що зумовлюють доцільність виключення вини як підстави майнової відповідальності за порушення грошового зобов'язання, та здійсненому історичному аналізу законодавчого регулювання вини у відносинах цивільно-правової відповідальності за порушення грошових зобов'язань (на прикладі римського приватного права, ЦК УРСР 1963 р.), можна зазначити що відповідальність за порушення грошових зобов'язань настає незалежно від вини.

Як для стягнення неустойки за порушення грошових зобов'язань — спеціальної форми цивільно-правової відповідальності, так і для сплати процентів

річних за ч. 2 ст. 625 ЦК України, необхідна наявність єдиної підстави — прострочення боржником грошового зобов'язання. В разі застосування загальної форми цивільно-правової відповідальності — відшкодування збитків — достатньо довести факт прострочення грошового зобов'язання, наявність збитків та причинний зв'язок між простроченням зобов'язання і збитками кредитора.

Слід враховувати, що законодавством передбачаються підстави звільнення або обмеження відповідальності повного товариства в разі невиконання або неналежного виконання його зобов'язань. Наприклад:

1) непереборна сила — надзвичайні і невідворотні обставини за даних умов здійснення господарської діяльності (п. 2 ст. 218 ГК України, ст. 617 ЦК України); так, у разі якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності [3];

2) провина кредитора, неправомірні дії (бездіяльність), тобто випадки, коли невиконання або неналежного виконання зобов'язання відбулося з вини другої сторони зобов'язання (п. 3 ст. 219 ГК України, п. 1 ст. 616 ЦК України). У таких випадках суд на свій розсуд має право зменшити розмір майнової відповідальності повного товариства та як наслідок відповідальність його учасників;

3) прострочення кредитора, тобто випадки, коли кредитор відмовився прийняти запропоноване повним товариством належне виконання зобов'язання (п. 1 ст. 613 ЦК України). При цьому боржник, який не виконує грошового зобов'язання внаслідок прострочки кредитора і не несе відповідальності за таке невиконання, не порушує даного правила, оскільки з огляду на норму чинного законодавства (ч. 4 ст. 612 ЦК України) його дії не є протиправними.

На нашу думку, загальновизнані підстави настання майнової відповідальності не є характерними в разі застосування відповідальності учасників повного товариства за його зобов'язаннями. Дана позиція пов'язана із суб'єктивним початком — прийняттям на себе ризику — усвідомлення допущення негативних майнових наслідків. Отже, заперечуючи можливість застосування відповідальності лише за наявності тільки об'єктивної підстави — протиправності, вважаємо ризик суб'єктивною умовою (підставою) відповідальності, яка характерна для учасників повного товариства в разі невиконання або неналежного виконання повним товариством своїх зобов'язань та відсутності достатнього майна для задоволення вимог кредиторів. Трактуючи ризик як суб'єктивної підстави безвинної майнової відповідальності є переконливим поясненням природи цієї відповідальності для учасників повного товариства, тому що їх дії по відношенню до кредитора охоплюються правомірною поведінкою, однак, неправомірну шкоду може завдати безпосередньо повне товариство не виконуючи належним чином свої зобов'язання перед контрагентом. Компенсаційна функція майнової відповідальності згідно з цією концепцією

узгоджується з суб'єктивним початком відповідальності, загальним для правовідносин у всіх галузях права. Треба лише визнати, що суб'єктивний початок для майнової відповідальності — це не завжди провина, тобто психічне відношення до дії і до її результатів, можливість вибору такої поведінки, з якою пов'язано виникнення юридичного обов'язку відшкодувати майнову шкоду, не обмежується протиправною поведінкою.

Таким чином, вищезазначені підстави юридичної відповідальності повного товариства є першочерговою передумовою, з якою пов'язана та від якої залежить майнова відповідальність його учасників. Однак, враховуючи те, що вищезазначені підстави є необхідними умовами для відповідальності повного товариства, при цьому не є характерними для відповідальності його учасників, тому що, по-перше, учасник повного товариства несе безвинну відповідальність, оскільки не завжди впливає на поведінку господарюючого суб'єкта та своїми діями не порушує норму права, по-друге, вторинні підстави майнової відповідальності не є традиційними підставами відповідальності, однак є залежними від загальновизнаних в юридичній науці підстав та необхідними для притягнення кожного учасника повного товариства до повної субсидіарної майнової відповідальності.

Пропонуючи розмежувати передумови майнової відповідальності учасників повного товариства, виходимо з того, що законодавець чітко визначився з умовами, без наявності яких ми не можемо констатувати її настання. Виокремлюючи таку підставу майнової відповідальності учасників повного товариства, як правовий зв'язок з товариством, через існування корпоративних прав, констатуємо, що передумовою настання майнової відповідальності є наявність корпоративних прав — прав 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 (ч. 1 ст. 167). Аналізуючи дане визначення, слід констатувати, що ці права можуть належати будь-якій фізичній або юридичній особі, але, згідно з ч. 2 ст. 167 ГК України, законом можуть бути встановлені обмеження щодо володіння корпоративними правами та (або) їх здійснення; ці права зумовлюються належністю особі частки в статутному фонді (майні) повного товариства; ці права включають трійку «базових прав»: право на управління, право на отримання певної частки прибутку, право на отримання активів повного товариства в разі її ліквідації.

Між тим наявність правового зв'язку учасника з повним товариством може бути передумовою майнової відповідальності лише в комплексі з такою умовою, як недостатність майна товариства для задоволення вимог кредиторів. Виходячи із приписів чинного законодавства, регулюючого організацію та діяльність повного товариства, учасник цього товариства в разі відсутності у останнього майна приймає на себе перед кредитором ризик будь-яких випадків, які могли виникнути в організованій ним, через третіх осіб, сфері економічної діяльності. Також і при так званому договірному ланцюжку відносин: мають-

ся на увазі випадки, коли виконання боржником зобов'язання перед контрагентом залежить від виконання зобов'язань перед боржником інших господарських організацій, по відношенню до яких він виступає як кредитор.

Однак таку передумову — недостатність майна товариства для задоволення вимог кредиторів не можемо розглядати відокремлено від ліквідаційної процедури. Адже встановлення факту недостатності майна товариства можливе лише в разі відкриття ліквідаційної процедури та є залежною умовою від останньої.

Таким чином, передумови майнової відповідальності учасників повного товариства можуть утворювати лише необхідні її умови, а умовами можуть вважатися лише такі явища, без яких вона дійсно не може існувати. Звідси зроблено висновок, що об'єктивною підставою виникнення майнової відповідальності для учасників повного товариства необхідно вважати власно правопорушення суб'єкта господарювання, під яким треба розуміти протиправне порушення чужого суб'єктивного права. Відповідно, необхідними умовами майнової відповідальності є порушення суб'єктивного права кредитора і протиправність поведінки несправного боржника, яка полягає в самому факті порушення договірної зобов'язання. Інші фактори, такі як шкода, причинно-наслідковий зв'язок і вина, не можуть розглядатися як умови майнової відповідальності учасників повного товариства й утворювати її підставу, оскільки їх наявність не вимагається. Крім цього, майнова відповідальність учасників повного товариства настає лише в разі існування вторинних, нетрадиційних підстав, що знаходяться в системному зв'язку з первинними і необхідними умовами: наявності правового зв'язку з повним товариством, відсутності майна товариства, відкриття ліквідаційної процедури.

Література

1. Про господарські товариства: Закон України від 19 верес. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
3. Господарський кодекс України: за станом на 15 січ. 2008 р. / Верховна Рада України. — Х.: Одісей, 2008. — 240 с.

Анотація

Синяєська Я. С. Підстави виникнення майнової відповідальності учасників повного товариства за його зобов'язаннями. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду правового інституту майнової відповідальності учасників повного товариства. Автором досліджуються передумови виникнення майнової відповідальності в учасників повного товариства за його зобов'язаннями, наводиться та аналізується класифікація цих передумов. Також робиться висновок, що загальновизнані підстави виникнення майнової відповідальності не є характерними в разі застосування відповідальності учасників повного товариства за його зобов'язаннями, і така майнова відповідальність настає лише в разі існування вторинних, нетрадиційних підстав, що знаходяться в системному зв'язку з первинними і необхідними умовами: наявності правового зв'язку з повним товариством, відсутності майна товариства, відкриття ліквідаційної процедури.

Ключові слова: майнова відповідальність, повне товариство, ліквідаційна процедура, недостатність майна, правовий зв'язок.

Summary

Syniavska I. S. Ground of Liability of Members of Full Joint-Venture under its Depts. — Article.

The given article is devoted to the consideration of property liability legal institute of complete society participants. The preconditions of property liability accrual for the complete society participants according to their obligations are examined, the classification of these preconditions is presented and analysed by author in the article. The author also draws the conclusion, that generally recognized grounds of property liability attachment are not characteristic in the case of application of liability of complete society participants according to their obligations. Such property liability comes only in the case of existence of the secondary, non-traditional grounds which are in system connection with primary and necessary conditions: the presence of legal relationship with complete society, absence of society property, opening of liquidation proceeding.

Keywords: property liability, complete society, liquidation proceeding, property insufficiency, legal relationship.

Розділ 4

ПРОБЛЕМИ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ ВЗАЄМНОГО СТРАХУВАННЯ

Починаючи вивчати будь-яке питання, необхідним моментом є вивчення історії його створення та розвитку, у зв'язку з чим для більш детального та правильного розуміння проблем та сутності такого явища, як товариства взаємного страхування, потрібно починати з вивчення історії їх створення та процесу розвитку.

Проблемами взаємного страхування в тому чи іншому обсязі займалися такі автори, як: К. А. Граве, Л. А. Лунц, М. Я. Шимінова, В. И. Серебровський, А. П. Архіпов, В. Б. Гомеля, С. Л. Єфімов, В. В. Акімов, В. Н. Борзих, Д. В. Акімочкін та інші.

Проте більшість авторів приділяли увагу сучасним проблемам існування товариств взаємного страхування, тоді як суть питання неможливо вивчити без врахування історії явища.

На історичній сцені взаємне страхування з'явилося вперше в транспортному страхуванні і страхуванні життя. Перший вигляд відносився до страхування «оптового», яке зараз називається страхуванням юридичних осіб, другий — до «роздрібного» страхування. «Оптовому» страхуванню властиві високі страхові суми, незначне число об'єктів страхування, велика диференціація ставок страхової премії. «Роздрібні» операції відрізняються нижчими страховими сумами, широким колом учасників, уніфікованими ставками. «Оптовий» і «роздрібний» напрями добре просліджуються в історії страхування взагалі, а у взаємному страхуванні особливо.

Першим з'явилося «оптове» транспортне страхування вантажів і морських суден. На самому початку воно здійснювалося на взаємній основі шляхом подальшої розкладки — інституту, відомого ще одному з перших законодавців в світі: у Шумерії в період царювання Хамурапі за 2100 років до нашої ери, фінікійським і старогрецьким мореплавцям, укладачам перших варіантів Талмуда в IV ст. нашої ери. Потім «оптове» страхування міцно стає комерційним, починаючи саме з торговельного, точніше, морського страхування (старі поліси, що збереглися, виписані в Італії в XIV ст.). Лише у XIX ст. в Англії на морському транспорті «оптове» взаємне страхування відроджується, щоб зайняти в XX ст. важливе місце в страхуванні відповідальності перед третіми особами і у меншій мірі — транспортних засобів.

«Роздрібне» взаємне страхування найбільш поширене в страхуванні життя, пенсійному, вогневому і сільськогосподарському страхуванні. З глибокої давнини подальша розкладка була характерна для торгівлі і здійснювалася на разовій основі, оскільки і взаємовідносини торговельних контрагентів носили разовий характер. Напроти, в галузі ремесел зв'язки партнерів мали більш постійний, довгостроковий характер, що привело до створення організацій, що поступово стали використовувати принцип попередньої розкладки [1, 48].

Перші системи взаємодопомоги створені в Індії і Єгипті, а починаючи із старогрецьких егапоі вони стають організаціями, що постійно діють. Найбільшого розвитку взаємне страхування досягло в римських професійних, релігійних і військових союзах, що спочатку сповіщали похоронні витрати, а пізніше і наслідки нещасних випадків. Забуте після краху Римської імперії взаємне страхування відроджується в X–XII ст. в Англії, Німеччині, Данії у формі організацій взаємодопомоги гільдій і цехів, де вже існувало майнове (від повеней, пожежі, крадіжок) і особисте страхування (на випадок смерті, хвороби, інвалідності, для викупу з полону).

У Росії товариства взаємного страхування почали створюватися в Ризі в 1765 р., потім з'явилися в Санкт-Петербурзі і Москві. У 1882 р. в країні було 40 товариств, в 1919 р. — 150. У 90-х рр. XIX ст. було створено Російський взаємний страховий союз, що перестраховував до 99 відсотків страхових портфелів членів. Найбільший розвиток взаємне страхування отримало у вогнево-му страхуванні, а також в страхуванні від нещасних випадків. Окрім міських товариств взаємного страхування, існували державні товариства, що створювалися на базі земств для страхування селянських будов і сільськогосподарських ризиків. З 1902 р. був створений Земський перестраховий союз, що подав необхідну підтримку малим товариствам. На долю міських і земських товариств взаємного страхування в 1913 р. доводилося 32,8 відсотка ринку вогневих страхувань і 23,5 відсотка страхового ринку в цілому.

Міські товариства взаємного страхування функціонували при міських думах, і сфера діяльності кожного товариства обмежувалася кордонами міста. Переважну більшість страхувальників складали домовласники. Товариства взаємного страхування здійснювали головним чином операції страхування будов від вогню, аналогічно акціонерним страховим товариствам, але по нижчих тарифах. Специфіка діяльності товариств взаємного страхування полягала в тому, що згідно із законом їм надавалося право покривати збитки, що перевищують річну премію, шляхом здобуття кредиту з «міських і суспільних сум за вироком належного товариства, а де се не представиться можливим, то з казни». Часто бувало, що в товариства взаємного страхування не вистачало засобів для покриття крупних надзвичайних збитків. Тоді його члени повинні були вносити додаткові страхові внески, щоб відшкодувати матеріальний збиток, заподіяний погорільцям [2, 3].

Всі розрахунки страхувальників з товариством взаємного страхування регулювалися постановами загальних зборів його членів. Товариство мало право перестраховувати свої ризики в російських і іноземних страхових товариствах. За перестраховане майно воно відповідало перед страхувальниками повністю, відповідно зі встановленою страховою сумою. Гарантією відшкодування збитку на випадок пожежі служила кругова порука членів товариства взаємного страхування. Член товариства, що застрахував своє майно в сумі не менше 1000 крб, мав на загальних зборах пайовиків один голос.

Кожне товариство взаємного страхування діяло на підставі затвердженого статуту, яким визначався круг вирішуваних завдань. Найвищим органом уп-

равління товариства були загальні збори учасників. Оперативне керівництво поточною діяльністю здійснювала рада директорів, що обиралася загальними зборами. Окремо вибирався керівник, який міг входити до складу ради директорів. Ще одна особливість діяльності товариства взаємного страхування полягала в тому, що укладення договорів страхування виконували не агенти, а штатний апарат відділу аквізиції, куди по питаннях укладення договорів страхування зверталися домовласники, власники і заставодержателі нерухомості. Чинним в Росії законодавством передбачалося, що якщо число застрахованих будов (домоволодінь) в товаристві взаємного страхування виявлялося менше 150 або загальна страхова сума по всіх укладених договорах була менше 150 тис. крб, то таке товариство взаємного страхування автоматично підлягало ліквідації.

Протягом перших післяреформених десятиліть товариства взаємного страхування виникли в більшості міст, а до кінця XIX століття їх діяльність охопила практично всю імперію. Надзвичайно важливою проблемою для товариств взаємного страхування від вогню в містах незабаром стала організація перестраховки. Незначність страхового поля обумовлювала нестійкість їх операцій. Одна крупна пожежа могла майже повністю виснажити наявні ресурси. Відмова акціонерних товариств вступати в перестраховочні стосунки з взаємними товариствами підштовхнула останні до організації з 80-х рр. власних союзів в цілях перестраховки і вироблення однотипних прийомів діяльності.

Взаємне страхування привернуло увагу і торгово-промислових компаній та фірм. В 1872 р. в Києві виникло Товариство взаємного страхування від вогню бурякоцукрових і рафінадних заводів. За цукрозаводами послідували інші. У 1903 р. більше 140 найбільших фірм центрального промислового району утворили в Москві Російський взаємний страховий союз. Його пайовий капітал становив 1 млн крб, а в портфелі договорів були зосереджені переважно крупні промислові об'єкти. В зв'язку з цим Російський взаємний страховий союз активно удавався до перестраховки своїх ризиків (до 90% страхової суми), переважно на міжнародному страховому ринку в крупних зарубіжних компаніях. У Закавказзі крупні бакинські нафтопромисловці і торговці фондирували в цей же час товариство взаємного страхування «Каспійське море». В Одесі створюється Чорноморське товариство взаємного страхування судновласників, яке активно функціонувало на базі морського торговельного порту. Чорноморське товариство взаємного страхування здійснювало страхування морських торговельних суден, вантажів і фрахту. Крім того, здійснювалося страхування рухливого складу приватних залізниць і вантажів, що перевозилися залізницею [3, 4–5].

Перед першою світовою війною почалося створення товариств взаємного страхування «оптового» характеру, таких як Київське товариство цукрозаводів, Мінське товариство взаємного страхування сільськогосподарських ризиків, польські союзи взаємодопомоги поміщиків. Подальшому розвитку цієї тенденції перешкодили війна, революція і націоналізація страхової справи 28 листопада 1918 р. Кооперативне страхування, засноване на взаємних початках,

проіснувало до квітня 1929 р. Створений в липні 1922 р. Держстрах спочатку хоча і був державною організацією, але враховував у своїй діяльності принцип взаємності, або зворотності. На початку 30-х рр. прозвучали різкі вислови: серед фахівців страхування «ходить гнила теорія про те, що Держстрах — це щось начеб каси взаємодопомоги, те, що отримали по страхових зборах, потрібно і роздати». «Шкідливим» теоріям було покладено край, і Держстрах став надійною ланкою фінансової системи країни. У 1922 р. він віддавав до бюджету 15 відсотків прибутку, в 1935 р. — 80 відсотків для держстрахів союзних республік і 95 відсотків — для Держстраху СРСР. Практично система функціонувала як додатковий важіль оподаткування населення, оскільки держмайно з 1931 р. страхуванню не підлягало. З відродженням нормального страхового ринку в Росії відкриваються можливості і для розвитку взаємного страхування [1, 49].

В кінці XVIII ст. товариства взаємного страхування виникають в багатьох розвинених країнах. Найбільшого розвитку досягають товариства, що займаються особистим страхуванням: життя і пенсійним. В наші дні в Японії на них доводиться близько 89 відсотків цього ринку, в США — 58 відсотків, Канаді — 53 відсотки, Великобританії — 48 відсотків, в інших розвинених європейських країнах, Південній Африці і Австралії — від 12 до 42 відсотків. В Японії в десятці найбільших страховиків у цій галузі страхування всі товариства взаємного страхування, в Канаді — 8, в США — 7, у Великобританії і Швеції — 5. Поза сумнівом, це пояснюється кращим розвитком страхової статистики в особистому страхуванні в порівнянні з майновим страхуванням — на такій базі простіше упроваджувати принципи взаємності, рівноправності.

У майновому «роздрібному» страхуванні (страхуванні громадян) міра поширення товариств взаємного страхування відповідно нижча: на першому місці — Швеція (52 відсотки страхових операцій доводиться на товариства взаємного страхування), потім в інтервалі від 27 до 44 відсотків в порядку убутання — Фінляндія, Франція, Голландія, Австрія, Данія, Норвегія, США (в обох випадках дані 1990 р.). Найбільш поширені види страхування — вогневе, сільськогосподарське, автомобільне.

Що стосується «оптового» страхування, обслуговуючого юридичних осіб, то максимального розвитку взаємне страхування досягло на транспорті. Майже 95 відсотків судновласників світу страхують відповідальність перед третіми особами в товариствах взаємного страхування, що іменуються клубами взаємного страхування. Причини виникнення товариств взаємного страхування всілякі. До них можна віднести: відсутність пропозицій на той або інший вигляд операцій з боку комерційних страховиків взагалі або по прийнятній ціні; прагнення страховиків отримати страхові послуги за собівартістю або розпоряджатися страховим прибутком, точніше, перевищенням вступів над платежами, на свій розсуд і без оподаткування.

Товариства взаємного страхування розрізняються: по географічному обхвату (міжнародні, національні, регіональні, районні); по спеціалізації (що займаються декількома операціями, причому інколи поєднують майнове і особисте

страхування, або лише одним видом операцій); за об'ємом операцій — від невеликих районних товариств взаємного страхування вогневих ризиків у Франції і Голландії до гігантських товариств взаємного страхування життя в Японії і США [1, 50].

З економічного боку, страхування є системою стосунків по формуванню за рахунок децентралізованих внесків грошових фондів і виплаті з них учасникам засобів при настанні певних життєвих обставин. В цьому відношенні страхуванню в цілому властивий елемент взаємності: засоби, зібрані за рахунок багатьох учасників, за певних умов розподіляються серед деяких з них. В період зародження страхування, коли формування і розподіл відповідних фондів здійснювалися на основі угод їх учасників, його взаємність знаходила і юридичне вираження у формі взаємних зобов'язань [3, 14].

Після появи страховиків юридична сторона страхування зазнала значну зміну. На зміну багатобічним правовідносинам між страхувальниками прийшли двосторонні зобов'язання між кожним з них і страховиком [4, 448].

Таким чином, страхування, зберігши свою економічну природу, в правовому плані втратило ознаку взаємності. Це торкається і того його різновиду, який в даний час іменується взаємним страхуванням.

В той же час взаємне страхування в сучасному розумінні володіє ознаками, що відрізняють його від інших видів страхування [5, 315].

Основним критерієм розмежування страхування на комерційне, взаємне і державне є співвідношення прав страхувальників і членів страховика. Існування страхового правовідношення між страхувальником і комерційною страховою організацією не обумовлене членством в ній страхувальника і, навпаки, не є підставою для придбання статусу члена. Державна страхова організація не заснована на членстві. Управління здійснює її засновник — відповідне публічне утворення. Відмінною ж рисою товариства взаємного страхування є те, що його члени одночасно є і страхувальниками. Звідси випливають і всі інші відмінності названих видів страхування — в першу чергу, та обставина, що для комерційного страховика страхові внески є джерелом прибутку. Державне ж і взаємне страхування носять некомерційний характер [6, 149].

Таким чином, існує велика кількість спірних та проблемних питань у функціонуванні та правовому регулюванні діяльності товариств взаємного страхування, які можуть допомогти вирішити вивчення джерел створення товариств взаємного страхування.

Література

1. Гришин Г. Общества взаимного страхования // Страхование право. — 2000. — № 4. — С. 47–51.
2. Ефимов С. Л. Страхование дело в России: веки истории / С. Л. Ефимов, В. В. Акимов, В. П. Борзых // Страхование право. — 2000. — № 4. — С. 3–6.
3. Акимочкин Д. В. Некоторые правовые вопросы взаимного страхования // Страхование право. — 2005. — № 1. — С. 14–22.
4. Серебровский В. И. Страхование / В. И. Серебровский. — 2-е изд. — М., 2003. — 713 с. — (Избранные труды по последствепному и страховому праву).
5. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. II / Г. Ф. Шершеневич. — М., 2003. — 517 с.
6. Теория и практика страхования : учеб. пособие. — М., 2003.

Анотація

Адамов А. С. Історичні аспекти взаємного страхування. — Стаття.

Стаття присвячена вивченню історії виникнення та розвитку товариств взаємного страхування. Автором аналізуються причини зародження товариств взаємного страхування, зазначаються пайперші місяці їх виникнення та виділяється специфіка діяльності товариств взаємного страхування залежно від періоду та країни їх функціонування. У статті виділяються проблемні питання, які виникали в процесі формування вказаних товариств, з урахуванням чого робиться висновок, що тільки детальний аналіз проблем розвитку взаємного страхування дає змогу уникнути виникнення аналогічних негативних моментів у майбутньому.

Ключові слова: взаємне страхування, товариства взаємного страхування, страховий портфель, перестрахування, клуб взаємного страхування, принцип взаємності, страхові внески, «оптове» страхування, «роздрібне» страхування, перестраховане майно.

Summary

Adamov A. S. Historical Aspects of Mutual Insurance. — Article.

The article is devoted to the study of history of origin and development of the Protection and Indemnity Clubs. By an author the reasons of origin of the P&I Clubs are analysed, are marked most first month of their origin and the specific of activity of the P&I Clubs depending on a period and country of their functioning is selected. In the article problem questions which arose up in the process of forming of the indicated societies are selected, what conclusion is drawn taking into account, what only gives the detailed analysis of problems of development of mutual insurance possibility to avoid the origin of similar negative moments in a future.

Keywords: mutual insurance, the P&I Clubs, insurance brief-case, reinsurance, club of mutual insurance, principle of reciprocity, insurance payments, «wholesale» insurance, «retail» insurance, reinsured property.

УДК 347.795.4

О. С. Адамова

ДОГОВІР МОРСЬКОГО КРУЇЗУ

Останнім часом спостерігається все більший попит населення до договору морського перевезення пасажирів не з точки зору способу досягнення пункту призначення, а способу відпочинку. Саме цій меті призначений договір морського круїзу.

Незважаючи на досить ґрунтовні дослідження договору перевезення пасажирів як такого радянськими та вітчизняними правниками, договір морського круїзу лише починає «впроваджуватися» в наукову літературу. Договір морського круїзу регламентується ст. ст. 195–202 КТМ України.

За договором морського круїзу одна сторона — організатор круїзу зобов'язується здійснити колективну морську подорож (круїз) за певною програмою і надати учасникові круїзу всі пов'язані з цим послуги (морське перевезення, харчування, побутове та екскурсійне обслуговування тощо), а інша сторона — учасник круїзу зобов'язується сплатити за це встановлену плату.

На нашу думку, договір морського круїзу цілком ґрунтовно віднесений до інституту морського перевезення, оскільки саме морське перевезення учасника

круїзу організатором круїзу є об'єктом цього договору. Комплексний характер договору морського круїзу також безперечний. Зрозуміло, із цього договору можуть виникати цивільні правовідносини, які виникають із угод, що опосередковують відношення із приводу не тільки морського перевезення, але також і інших послуг, передбачених програмою круїзу. Відповідальність за шкоду, заподіяну смертю або ушкодженням здоров'я учасника круїзу, покладається на організатора круїзу за тими ж правилами, які регулюють відповідальність перевізника за договором морського перевезення пасажирів (відповідно до правил ст. ст. 193, 194 КТМ України).

Правове регулювання відносин з перевезення пасажирів морським судном здійснюється ст. ст. 184–194 КТМ України, Афіньською конвенцією про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 року (Закон України «Про приєднання України до Афіньської конвенції про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 року і Протоколу 1976 року до неї»), Правилами перевезення пасажирів, ручної поклажі і багажу та надання послуг на суднах і в портах Міністерства морського флоту СРСР (РД 31.16.02-87), затвердженими Міністерством морського флоту СРСР 28 лютого 1987 р.

За договором морського перевезення пасажирів перевізник зобов'язується перевезти пасажирів і його каютний багаж у пункт призначення, а в разі здачі пасажиром багажу — також доставити багаж у пункт призначення і видати його уповноваженій на отримання багажу особі; пасажир повинен сплатити встановлену плату за проїзд, а при здачі багажу — і плату за провозення багажу.

Доказом укладення договору морського перевезення пасажирів і сплати вартості проїзду є виданий перевізником квиток.

Характерні ознаки договору морського перевезення пасажирів:

1) предметом договору є дії перевізника по переміщенню пасажирів у пункт призначення, а у випадку здачі ним багажу — також по доставці багажу;

2) договір є двостороннім, сторонами є перевізник і пасажир. Особливість правового статусу перевізника пояснюється тим, що він є суб'єктом, який використовує транспорт загального користування, тобто є стороною в публічному договорі. Пасажиром є будь-яка фізична особа, щодо якої здійснюється морське перевезення;

3) договір є оплатним, оскільки одна зі сторін договору — пасажир має обов'язок внесення плати за проїзд і плати за провозення багажу у разі такого провозення;

4) договір є консенсуальним, оскільки вважається укладеним з моменту отримання пасажиром квитка на проїзд;

5) за способом укладання — це договір приєднання, оскільки пасажир, купуючи квиток на проїзд, приєднується до умов перевезення, викладених у ньому.

Види договорів морського перевезення пасажирів [1, 78–79]:

1) договори на регулярні морські пасажирські перевезення — регулюють здійснення перевезень відповідно до встановленого розкладу, а саме:

- внутрішні морські пасажирські перевезення;
- міжнародні морські пасажирські перевезення;

- місцеві морські пасажирські перевезення;
- приміські морські пасажирські перевезення;

2) договори на нерегулярні морські пасажирські перевезення — регулюють здійснення перевезень у напрямках, встановлених на кожний рейс:

- рейсові перевезення пасажирів;
- круїзні перевезення пасажирів;
- екскурсійні-прогулянкові рейси.

Перевезення охоплює час перебування пасажирів та його каютного багажу на судні, час посадки на судно і висадки, а також доставки пасажирів водним шляхом з берега на судно і назад, якщо плата за доставку входить у вартість квитка або якщо судно, що використовується для цього допоміжного перевезення, було надано перевізником.

Документом, що підтверджує наявність договору морського круїзу, є іменна путівка або інший прирівняний до неї документ, виданий організатором круїзу.

Організатор круїзу зобов'язаний до початку круїзу забезпечити приведення судна в належний стан відповідно до умов ст. 192 КТМ України та утримувати судно в такому стані протягом усього часу круїзу.

Учасник круїзу має право у будь-який час до початку круїзу відмовитися від договору морського круїзу. Учасник круїзу, який заздалегідь повідомив організатора круїзу про відмову від договору, має право одержати назад плату за круїз у порядку, розмірах і терміни, встановлені договором морського круїзу.

Якщо організатор круїзу не може надати учасникові круїзу місце на судні, яке передбачено договором, або за згодою учасника круїзу таке саме місце на іншому судні, що за своїми характеристиками і комфортабельністю не нижче обумовленого, учасник круїзу вправі відмовитися від договору і повністю отримати назад плату за круїз.

Організатор круїзу має право відмовитися від договору морського круїзу у разі виникнення до початку круїзу обставин, зазначених у п. 1–4 ст. 156 КТМ України. Якщо ці обставини трапилися після початку круїзу і привели до його припинення, договір анулюється. У цьому випадку організатор круїзу зобов'язаний повернути учаснику плату за невикористану частину круїзу і на вимогу останнього доставити його в порт відправлення.

У випадку збільшення терміну круїзу через непередбачені обставини організатор круїзу несе всі додаткові витрати, пов'язані з наданням послуг учасникові круїзу.

Звичайно, у реальній практиці торговельного мореплавання відокремити відносини із приводу перевезення й відносини іншої правової природи, але тісно зв'язані в конкретних життєвих обставинах з морським перевезенням не завжди досить просто. Такі відносини опосередковують комерційну експлуатацію морських суден і є предметом правового регулювання для інших інститутів, наприклад, інституту фрахтування морського судна на певний час.

Так, по справі Морську арбітражну комісію (МАК) № 9до/99 Українського Дунайського пароплавства (УДП) проти компанії «Wasaga Lins Shipping, Ltd» (Кіпр), кіпрська компанія зафрахтувала пасажирське судно «Карина» для органі-

зації морських круїзних рейсів за договором від 22 квітня 1998 р., однак, починаючи із червня 1998 р. систематично затримувала сплату фрахту. Незважаючи на кількаразові вимоги про своєчасну сплату фрахту кіпрська компанія заборгованості не погасила, що з'явилося підставою для звернення з позовом до неї в МАК при Торгово-промисловій палаті України про стягнення заборгованості. У засіданні МАК позивач заявив вимогу про визнання договору щодо фрахтування розірваним. 11 січня 2000 року МАК прийняла рішення, яким вимоги УДП були задоволені [2, 51].

У цілому для організації круїзних поїздок найпоширенішої (до 60%) є класична європейська система, що передбачає морську подорож із заходом у різні порти з екскурсійною програмою.

Однак все більшу популярність завойовує й американська система, основною метою якої є надання можливості круїзним пасажиром відпочивати й загоряти на пляжах у пунктах заходу за маршрутом [3, 223–225].

Останнім часом практично у всіх регіонах завойовують популярність «круїзи в нікуди» — одне- і дводобові поїздки без заходу в інші порти. Як правило, таке судно йде з базового порту ввечері в п'ятницю й вертається в неділю ввечері.

До прогулянкових рейсів відносяться перевезення груп туристів, здійснювані нетривалий час із метою відпочинку й ознайомлення з пам'ятними історичними й іншими визначними місцями, здійснювані, як правило, між двома портами із заходами й зупинками в них або без заходів і зупинок. Ці рейси можуть бути тривалістю більш-менш 24 годин. Рейси тривалістю менш 24 год. здійснюються, як правило, суднами портового флоту й проводяться в приміських і внутрішньоміських зонах.

Організація всієї культурновідпочивальної, розважальної роботи в портах заходу й інші заходи для туристів на борті судна й на березі здійснюється туристською організацією, що орендує судно. Відповідальним представником туристської організації на борті судна є керівник круїзу (керівник морського туристського маршруту, керівник морського тура).

План заходів, проведених туристською організацією на судні, повинен бути узгоджений із судновою адміністрацією, що сприяє проведенню цих заходів. Адміністрація судна надає працівникам туристської бригади право безкоштовного користування судновою радіотрансляційною мережею, по якій щодня провадиться трансляція передач, грамзаписів і шляхової інформації протягом 7 год. відповідно до програми й розкладу передач.

Найбільшим ринком-постачальником круїзних туристів є ринок США. Збільшення числа круїзних туристів у США почалося в 1980 р., і його темпи перевищують середньорічний показник темпів росту туризму США в цілому [4, 33].

Прогнозується, що віковий склад клієнтури круїзів США буде молодіти. Якщо в цей час середній вік на круїзних плаваннях — 50 років, то в майбутньому він буде рівнятися 42 рокам. У круїзних плаваннях усе більше зможуть брати участь туристи із середніми доходами.

По тривалості самими популярними круїзами є круїзи від 6 до 8 днів. В 2006 р. їхня частка в загальному обсязі круїзних поїздок становила 53,5%.

Наступним ринком-постачальником круїзних туристів є ринок Великобританії. В 2005 р. їхнє число склало 283 тис. чоловік.

Третє місце у світі на ринку круїзів займає Німеччина, число туристів — близько 250 тис. У той час як круїзний ринок Великобританії в останні роки постійно зростає, ринок Німеччини залишався статичним. Попит на круїзні плавання відзначається у Франції, Італії, Швейцарії [5, 111–114].

Щодо національного перевізника, то, на жаль, більшість з них після розпаду радянського пароплавства були продані іноземним судновласникам, й незважаючи на зростаючий останнім часом попит на морські круїзи серед українців, всі вони здійснюються іноземними перевізниками.

Той факт, що більшість одиниць пасажирського флоту країни базується в Одесі, визначає спрямованість маршрутів морських круїзів, представлених на українському та російському ринках. Найбільш частими пропозиціями є — пароплавні подорожі по Середземному морю із заходом у порти Туреччини (Стамбул), Греції (Пірей), Єгипту (Порт-Саїд, Олександрія), Ізраїлю, Італії, Іспанії й інших країн. Особливо популярний у росіян традиційний морський круїз навколо Європи (Одеса — Санкт-Петербург), що дозволяє за одну поїздку побачити практично всі провідні країни «Старого Світу».

Програми круїзних плавань дуже різноманітні. Окремі круїзні плавання присвячуються певним датам, темам. Наприклад, астрономічний круїз, круїз, присвячений року Колумба, новорічні круїзи тощо.

За останні роки змінився імідж круїзу як турпродукту. Теплохід перетворився в плаваючий готель, де панує атмосфера розваг і свята. Завдяки проведенню інтенсивних рекламних кампаній привабливість круїзів зросла серед всіх верств населення.

В останнє десятиліття круїзний ринок характеризують чотири фактори:

- спеціалізація пропозицій;
- плавання на невеликих комфортабельних теплоходах;
- відповідність розміру теплохода набору послуг;
- автоматизація.

Перші три фактори знайшли розвиток уже в 80-і роки у формі круїзів-експедицій, плавань на розкішних яхтах і величезних теплоходах із числом місць більше 2 тис [6, 56]. Однак у наступні роки ці фактори відійшли на другий план, і перше місце зайняла автоматизація. У круїзному бізнесі з'явилася необхідність створення простого керування інформаційною системою.

Одним із прикладів може служити впроваджувана в грецьких портах комп'ютерна програма берегового обслуговування круїзних пасажирів за системою «Мультимедіа». Завдяки цій програмі можливості пропозиції послуг на березі, у портах заходу (починаючи від місця швартування й прийняття води й палива судном і закінчуючи повним спектром пропозицій по готелях, ресторанах, розважальних закладах, магазинах, оренді автомобілів та ін.) доводять безпосередньо до туристів на борт теплохода через бортовий, а в ряді випадків через каютний комп'ютер [7, 97–99].

Міжнародна асоціація круїзних компаній поєднує 33 туристичні фірми, що спеціалізуються на продажі круїзів. Завдяки спеціальній професійній підготовці турагентів і вміло проведеній рекламній кампанії вдалося перетворити морські круїзи в класичний вид відпочинку. 95% всіх круїзів продається через туристичні агентства Міжнародної асоціації, причому реалізація даного туристського продукту — на другому місці після продажу авіаквитків [8, 32].

Ринок круїзів перебуває в бурхливому розвитку й далекий від насичення. Хоча як і раніше основним районом круїзних поїздок залишається Карибський басейн, проте, зростає попит на круїзи в райони Аляски, Балтійського моря, Середземного. Просування круїзів на ринку багато в чому залежить від роботи туристичних операторів, що, насамперед, пов'язано із проведенням реклами й політикою цін.

Література

1. Булгакова І. В. Транспортне право України. Академічний курс : підруч. для студент. юрид. спец. вищ. павч. закл. / І. В. Булгакова, О. В. Клепікова. — К., 2005. — 658 с.
2. Ницевич А. А. Институт морской перевозки // Судостроительство. — 2001. — № 8–9. — С. 51–52.
3. Транспортное право: Морское право. Внутреннее речное (водное) право. Железнодорожное право : учеб. пособие / В. Г. Ермолаев [и др.]. — М. : Былица, 2002. — 620 с.
4. Алексеев А. А. Маркетинговые исследования рынка туристических услуг // МО и МО. — 1998. — № 12. — С. 31–41.
5. Биржаков М. Б. Индустрия туризма: Перевозки / М. Б. Биржаков, В. И. Никифоров. — СПб. : Герда, 2001. — 400 с.
6. Сеппи В. С. Введение в туризм / В. С. Сеппи. — М., 1993. — 104 с.
7. Экономика современного туризма / под ред. Г. А. Карповой. — М. ; СПб. : Герда, 1998. — 312 с.
8. Шемякин А. Н. Правовое регулирование морской перевозки грузов и пассажиров : учеб. пособие / А. Н. Шемякин, Т. Р. Короткий. — О. : ЛАТСТАР, 1999. — 172 с.

Анотація

Адамова О. С. Договір морського круїзу. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню правової природи договору морського круїзу, правового регулювання даних правовідносин на міжнародному та національному рівні. Досліджуються характерні ознаки договору морського круїзу, його види. Аналізуються права та обов'язки суб'єктів даних правовідносин. Здійснюється співвідношення різних систем організацій круїзів з точки зору послуг, що надаються організаторами круїзів. Також досліджуються фактори, що характеризують сучасний ринок морського круїзу, та перетворюють морський круїз в найбільш поширений спосіб відпочинку.

Ключові слова: договір морського круїзу, морське перевезення пасажирів, учасник круїзу, організатор круїзу, рейс, туристичні послуги, розважальна програма, судно, судновласник, круїзні маршрути.

Summary

Adamova O. S. Treaty of Marine Cruise. — Article.

The given article is devoted to research of legal nature of agreement of marine cruise, legal adjusting of given legal relations on international and national levels. The characteristic signs of agreement of marine cruise, its kinds are explored. The rights and duties of subjects of given legal relations are analysed. Correlation of different systems of organizations of cruises from the point of view services that are given by the organizers of cruises is carried out. Factors, that characterize the modern market of marine cruise, are also explored, and convert marine cruise into the most widespread method of rest.

Keywords: agreement of marine cruise, marine transportation to the passenger, participant of cruise, organizer of cruise, trip, tourist services, entertaining program, ship, ship-owner, cruising routes.

ОДНОСТОРОННЄ РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ

Питання про односторонню відмову від договору та розірвання договору достатньо активно досліджується. Доказами є і наукові дослідження українських вчених і російських. Актуальність цього питання пов'язана із тим, що в Цивільному кодексі України 2004 року міститься багато нових положень взагалі і новацій в сфері розірвання та зміни зобов'язань. Багато цих положень вирішують питання неоднозначно, а тому викликають труднощі у їх практичному застосуванні.

Зокрема викликає питання тотожне тлумачення законом термінів «зміна та розірвання договору» — законом передбачені однакові наслідки для цих понять, хоча вони мають різні значення. Така ситуація викликає одночасне існування і непорозуміння в термінах «одностороння відмова» та «розірвання договору».

Перш за все треба зазначити, що ст. 162 ЦК УРСР 1963 р. забороняла односторонню відмову від виконання зобов'язання і односторонню зміну умов договору, оскільки інше не передбачалося законом. Отже до набрання чинності новим ЦК України сторони не мали права в односторонньому порядку відмовитися від його виконання або зміцнити його умови, якщо таке право не було передбачене законом. Натомість новий Цивільний кодекс, в ст. 525 зберігши встановлене правило щодо неприпустимості односторонньої відмови від зобов'язання, відступив від цього правила не тільки у випадках, передбачених законом, але й у тому разі, коли таке право сторони обумовлено договором.

Договір може бути розірваний у суді на вимогу однієї із сторін. При цьому розірвання розглядається як дострокове припинення договірних зобов'язань. Оскільки одностороння відмова від виконання зобов'язання не допускається, розірвання договору може здійснюватись лише з підстав, передбачених законом або договором [3, 145].

Відмова від договору згідно із ч. 2 ст. 214 ЦК України допускається за взаємною згодою сторін, а також у випадках, передбачених законом, також відповідно до ст. 651 ЦК України можлива відмова і в інших випадках. Зокрема, у самому договорі можуть бути передбачені підстави, за яких договір може бути припинений і в односторонньому випадку за ініціативою однієї із сторін.

Законом передбачається можливість розірвання договору однією із сторін. Відповідно до ст. 651 ЦК України основним способом розірвання (зміну) договору є його розірвання або заміна за згодою сторін.

ЦК України передбачає окремі способи, за допомогою яких сторони за згодою між собою можуть змінити або розірвати договір. Наприклад, шляхом новації (ст. 604 ЦК України), наданням замість виконання відступного (ст. 600 ЦК України).

Змінити або розірвати договір, якщо згода сторін про це не досягнута, мож-

на на вимогу зацікавленої сторони лише у судовому порядку і лише при наявності певних підстав. Такими підставами є істотне порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом.

Істотним визнається таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої ним шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладанні договору.

За загальним правилом, встановленим ст. 653 ЦК України, у разі зміни (розірвання) договору сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом. Пункт 5 цієї статті вказує — якщо договір змінений або розірваний у зв'язку з істотним порушенням договору однією із сторін, друга сторона може вимагати відшкодування завданих збитків, завданих зміною або розірванням договору.

Інститут відмови від договору здавна відомий в цивілістиці та активно застосовувався на практиці, однак суть його не була чітко окресленою і залишається надалі до певної міри невизначеною. В Цивільному кодексі України 2003 року та інших законодавчих актах вживається поряд з «відмовою від договору» також такі терміни, як «відмова від зобов'язання», «відмова від правочину», «відмова від виконання зобов'язання», а іноді як синонім і «розірвання договору». Насамперед слід зауважити, що підстав для розмежування понять «відмова від договору» та «відмова від зобов'язання» немає, оскільки особа, відмовляючись від договору як правочину, одночасно відмовляється і від прийнятих на себе зобов'язань, своїх прав та обов'язків за договором.

Найбільш поширеним варіантом застосування цього інституту є одностороння відмова від зобов'язання. Засади такої відмови визначені ст. ст. 525 та 615 ЦК України. За загальним правилом одностороння відмова від зобов'язання не допускається, якщо інше не встановлено договором або законом. Передбачається відмова від правочину за умовами закону і договору. В законі, наприклад, в ст. 739 ЦК України зазначається, що платник безстрокової ренти має право відмовитися від договору ренти. Іноді в законі є пряма вказівка на обставини, з настанням яких у однієї із сторін виникає можливість відмовитися від правочину. Наприклад, за ст. 1056 ЦК України кредитор має право відмовитися від надання позичальникові передбаченого договором кредиту частково або в повному обсязі у разі порушення процедури визнання позичальника банкрутом або за наявності інших обставин, які явно свідчать про те, що наданий позичальникові кредит своєчасно не буде повернений. Також одностороння відмова від правочину може застосовуватись стороною як оперативна санкція за вчинене контрагентом правопорушення — невиконання чи неналежне виконання договірних зобов'язань. Як зазначав В. П. Грибанов, відмова від договору є оперативною мірою універсального характеру, спрямованою на повне припинення відносин управомоченої особи з несправним контрагентом.

Крім односторонньої відмови від договору, ст. 214 ЦК України передбачає можливість відмови сторін від договору за взаємною згодою. Однак така новела цивільного законодавства викликає певні сумніви в її доцільності. Зокрема,

не зрозумілою стає її відмінність від розірвання договору за згодою сторін (п. 1 ст. 651 ЦК України), адже в разі відмови сторін від домовленості за взаємною згодою договір вважається розірваним. Отже, і правові наслідки застосування цих інститутів будуть однакові.

Оскільки згідно зі ст. 651 ЦК України розірвання допускається і за взаємною згодою сторін, то немає жодних об'єктивних факторів для функціонування одночасно інститутів розірвання договору за взаємною згодою (п. 1 ст. 651) та відмови від договору за взаємною згодою (п. 2 ст. 214). Фактично відмова від договору за взаємною згодою є тим самим розірванням. До того ж незрозумілим є сенс відмови від договору, умови якого повністю виконані сторонами (п. 2 ст. 214 ЦК України). Щодо відмови особи від вчиненого одностороннього правочину, передбаченої цією ж статтею, то така відмова завжди буде односторонньою. Проаналізувавши зазначені положення, можна зробити висновок, що в законодавстві доцільним є існування лише інституту односторонньої відмови від договору (зобов'язання). Підставою для такої дії можуть бути не лише порушення зобов'язання контрагентом, але й інші обставини, визначені в законі або в договорі [4, 203].

Зі змісту ст. 525 та ст. 214 Цивільного кодексу України можна дійти висновку, що передбачається правомірна та неправомірна одностороння відмова від зобов'язання. Правомірною односторонньою відмовою може бути одностороння відмова, якщо така відмова або зміна передбачена законом або договором. Неправомірною вона є, коли вчиняється за відсутністю законної або договірної підстави. Правомірна відмова від зобов'язання є правомірною поведінкою суб'єкта і не тягне за собою негативних наслідків, в той час як неправомірна одностороння відмова є неправомірною поведінкою і тягне за собою цивільну відповідальність.

Виходячи зі змісту ч. 2 та 4 ст. 214 ЦК України, сторона може у разі вчинення двостороннього чи багатостороннього правочину відмовитися від нього, незалежно від того, чи є такий правочин виконаним або невиконаним. При цьому правові наслідки такої відмови встановлюються законом або домовленістю сторін. Такі правила містяться в нормах, що регулюють договірні відносини користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (ч. 2 ст. 408), відносини гарантії (п. 3 ч. 1 ст. 568), договірні відносини купівлі-продажу (ч. 3 ст. 702), дарування (ч. 2 та 3 ст. 722, ст. 724), ренти (ст. 739), найму (абз. 2 ч. 2 ст. 763, ч. 1 ст. 790), позички (ч. 1 ст. 834), підряду (ч. 4 ст. 844, ст. 848, ч. 2 ст. 867, ч. 2 ст. 878, ч. 3 ст. 879, абз. 2 ст. 885), перевезення (п. 6 ч. 1 ст. 911, ч. 2 ст. 922), транспортного експедирування (ст. 939), страхування (ч. 3 ст. 997), доручення (п. 1 ч. 1 та ч. 2 ст. 1008), комісії (ч. 1 ст. 1025, ч. 1 ст. 1026, ч. 2 ст. 1027), управління майном (п. 6 і 7 ч. 1 ст. 1044), кредиту (ч. 1 та 2 ст. 1056), банківського рахунку (ч. 4 ст. 1075), розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (ч. 2 ст. 1110), комерційної концесії (ч. 1 ст. 1126), спільної діяльності (п. 4 ч. 1 ст. 1141, ч. 1 ст. 1142).

Проаналізувавши положення інституту розірвання договору та односторонньої відмови від договору із інститутом неналежного виконання зобов'язання помітними стають такі суперечності.

Відповідно до ст. 611 ЦКУ у разі порушення зобов'язання можливі такі наслідки: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

Таким чином, у разі односторонньої відмови від зобов'язання або розірвання зобов'язання настають наслідки, передбачені ст. 653 Цивільного кодексу України. Такими наслідками буде відшкодування шкоди лише при істотному порушенні умов договору однією із сторін, коли одна із сторін значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Таке положення можна розуміти так, що у разі односторонньої відмови або розірвання договору сторона може розраховувати лише на відшкодування збитків, причому тільки в тому разі, якщо збитки були істотними. Якщо ж збитки не були істотними, сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом (п. 4 ст. 653 ЦК України).

Відповідно, можна дійти висновку, що у разі порушення умов договору, які суд не визнає істотними, постраждала сторона позбавляється захисту своїх прав.

Відповідно для запобігання негативним наслідкам, які можуть настати у зв'язку із невиконанням зобов'язання боржником, воно має бути виконане належним чином одним із засобів, вказаних у главі 48 ЦКУ.

Література

1. Цивільний кодекс України: Коментар. — Х. : Одиссей, 2003.
2. Цікало В. Свобода укладання договору // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 1999. — Вип. 34.
3. Косак В. Розірвання, зміна і припинення договорів // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали VIII регіон. наук.-практ. конф. Секція цивілістичних наук. — 2002.
4. Лепех С. Підстави, порядок та правові наслідки відмови від договору // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 1999.

Анотація

Бабич І. Г. Одностороннє розірвання договору. — Стаття.

У статті розглядається одностороннє розірвання договору за сучасним цивільним законодавством. Розглядається співвідношення понять «зміна», «одностороння відмова» та «розірвання» договору. Розглядаються наслідки односторонньої відмови від договору. Робиться висновок про необхідність врахування належного виконання умов договору на етапі припинення та зміни договору.

Ключові слова: одностороння відмова від договору, належне виконання договору.

Summary

Babych I. G. Unilateral Breach of Contract. — Article.

The unilateral renunciation of a treaty according to the current civil legislation is examined in the article. The correlation of notions «alteration», «the unilateral renunciation» and «dissolution» of the contract is examined. The consequences of the unilateral renunciation of a treaty are examined. The conclusion, about the necessity of taking into account the proper implementation of conditions of the agreement on the stage of separation and alteration of agreement is made.

Keywords: the unilateral renunciation of a treaty, proper implementation of agreement.

ПРАВО ЗВОРотної ВИМОГИ (РЕГРЕСУ) ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

У більшості випадків зобов'язання виконується самим боржником, на якого обов'язок покладений договором або законом, а шкода відшкодовується безпосередньо особою, що її заподіяла. Але специфіка цивільно-правових відносин нерідко приводить до того, що зобов'язання виконується однією особою за іншу, а відшкодування шкоди не завжди буває можливим вимагати безпосередньо з винуватця його виникнення або тому, що за нього відповідає інша особа, або тому, що інший порядок відшкодування шкоди встановлений самим законом. Одним із способів охорони інтересів учасників відносин і конкретизації їхньої відповідальності в цих випадках і є право зворотної вимоги відшкодування сплаченого з третьої особи, або право регресу.

Питання виникнення, виконання та припинення регресних зобов'язань не були предметом окремих досліджень. Окремі питання у радянській цивільно-стичній науці піднімалися І. Б. Новицьким [1, 3] та В. Т. Смирновим [2, 62]. У сучасній літературі регресні зобов'язання в основному розглядаються у контексті страхових зобов'язань [3, 11; 4; 5].

Ціллю цієї статті є визначення поняття регресних зобов'язань за цивільним законодавством України.

У відповідності до ст. 1191 ЦК України особа, яка відшкодувала шкоду, завдану іншою особою, має право зворотної вимоги (регресу) до винної особи у розмірі виплаченого відшкодування, якщо інший розмір не встановлений законом.

Ця стаття застосовується, наприклад, у випадку, коли заподіювач шкоди та особа, що несе відповідальність за завдану шкоду, не збігаються в одній особі (ст. ст. 1172–1176, 1177, 1178, 1179, 1207 Цивільного кодексу України).

Право зворотної вимоги (регресу) — це вимога кредитора до боржника (особи, яка завдала шкоду) про повернення сплаченого за його вини відшкодування потерпілому [6, 1087]. Таке визначення може бути застосованим тільки для регресних зобов'язань, які виникають на підставі зобов'язань відшкодування шкоди.

Термін «регрес» (протилежний «прогресу» — «руху вперед») за буквальною значенням виражає «рух назад, назад». Тому, наприклад, вираз «регресна вимога» нерідко заміняють, як синонім, терміном «зворотна вимога». Однак не всяка зворотна вимога підпадає під категорію регресної вимоги, як її розуміють закон і судова практика.

Якщо одна особа помилково перерахувала деяку суму іншій особі, а потім, з'ясувавши свою помилку, вимагає цю суму назад, то це — зворотна вимога, але не регресна, тому що вона звернена особою, що сплатила платіж, до особи, що отримала платіж [1, 3].

Для регресної вимоги характерно, що дана особа сплатила кредитору, а вимагає з іншої особи. Таким чином, «регресна вимога» і «зворотна вимога» не є термінами рівнозначними: не всяка зворотна вимога є регресною вимогою.

На відміну від суброгации, при якій правовідносини зберігаються в трохи зміненому виді, регрес являє собою інші, нові правовідносини. Це може мати велике значення, наприклад, для вирахування строків позовної давності.

За загальним правилом, на боржника за зворотною вимогою покладається обов'язок відшкодувати кредитору сплачений ним третій особі платіж у повному обсязі.

Регресна вимога носить похідний характер. Вона виникає тільки на основі виконання якогось іншого зобов'язання, що стосовно регресного може бути названо основним. Регресне зобов'язання завжди є похідним від основного, оскільки коли припиняє дію основне, то виникає регресне зобов'язання.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 556 ЦК України до поручителя, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять усі права кредитора у цьому зобов'язанні, в тому числі й ті, що забезпечували його виконання.

Аналогічна ситуація складається при виконанні солідарного зобов'язання повністю одним з боржників. Боржник, який виконав солідарний обов'язок, має право на зворотну вимогу (регрес) до кожного з решти солідарних боржників у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або законом, за вирахуванням частки, яка припадає на нього. Якщо один із солідарних боржників не сплатив частку, належну солідарному боржникові, який у повному обсязі виконав солідарний обов'язок, несплачене припадає на кожного з решти солідарних боржників у рівній частці (ст. 544 ЦК України).

Наслідком виконання солідарного зобов'язання одним з співборжників є виникнення права зворотної (регресної) вимоги до інших співборжників у рівних частках, якщо інше не встановлено договором чи законом, за вирахуванням тієї частки, котра припадає на нього самого. Таким чином, солідарна вимога існує лише у кредитора, а особа, що виконала зобов'язання, має регресну вимогу, що основана на частковій множині [7, 335].

Похідний характер регресної вимоги, однак, не означає тотожності її характеру з тією вимогою, що обумовило її виникнення. За своїм характером ці вимоги можуть бути різними (хоча нерідко й збігаються), і в цьому сенсі, звичайно, можна говорити про відносну самостійність регресних зобов'язань.

Змістом регресної вимоги завжди є стягнення назад сплаченого, тим часом як основна вимога має своїм змістом у більшості випадків (якщо говорити не про деліктні зобов'язання) щось інше, а саме: сплату боргу, стягнення санкцій тощо. Це, однак, не означає, що регресна вимога за своїм змістом є якісно новою і не укладається в рамки відомих категорій зобов'язань [2, 64].

В регресному зобов'язанні беруть участь дві сторони — кредитор (регресієнт) і боржник (регресант). Особливість кредитора полягає в тому, що він, перш ніж стати кредитором у регресному зобов'язанні, був боржником в іншому зобов'язанні, виконання якого і породило регресне зобов'язання.

Регресна вимога завжди спрямована на відшкодування втрат, понесених за рахунок або з вини іншої особи, а тому вона, по суті, є зобов'язанням по відшкодуванню шкоди й, отже, в більшості випадків є формою цивільно-правової відповідальності. Термін «регрес» означає лише умови виникнення цієї шкоди та порядок її відшкодування. Не випадково всі автори, що досліджували регресні зобов'язання, так чи інакше зв'язують їх із проблемою відповідальності [2, 64].

Об'єктом регресного зобов'язання є відшкодування, яке регресант зобов'язаний вчинити регредієнту.

Зміст регресного зобов'язання становлять права і обов'язки сторін. У регресному зобов'язанні регредієнту належить право на одержання відшкодування, регресант зобов'язаний вчинити дії по відшкодуванню, тобто змістом регресного зобов'язання є стягнення сплаченого.

Розмір регресної вимоги не може бути більше суми фактичного сплаченого кредитором в основному зобов'язанні. Передбачається рівність розмірів вимоги в порядку регресу й вимоги в основному зобов'язанні. Якщо провина передбачуваного регресата не може мати місця в принципі або фактично не мала місця, регресне зобов'язання не виникає, за винятком юридичних складів, коли регресат несе відповідальність незалежно від провини.

Регрес у системі майнових правовідносин виконує ті ж функції, що й відповідальність за невиконання договірних зобов'язань або зобов'язання, що виникає із заподіяння шкоди. Справді, виконання зобов'язання, сплата санкцій або відшкодування шкоди регредієнтом третій особі приводить до врегулювання відповідно до договору або законом положення на стороні лише кредитора (потерпілого) і разом з тим викликає порушення в економічному становищі платника (регресанта), що не поніс би збитку при відсутності провини регресанта або виконанні ним зобов'язання. За допомогою регресу й досягається відновлення порушеної рівноваги, або, за висловом Яна Спишиака, «порушення принципів еквівалентного обміну товару регулюється остаточно» [8, 67].

Вищевказане дає підставу дійти висновку, що регрес як за змістом, так і за своєю природою не є цілком самостійним інститутом цивільного права, а лише засобом перекладання збитків із платника на особу, відповідальну за ці збитки, або, як визначав його, хоча й не зовсім точно, М. М. Агарков, «юридично-технічним способом покласти в остаточному підсумку відповідальність на винного» [9, 130].

Якщо ж розглядати регрес як правовідносини, то за своїм змістом він є зобов'язанням по відшкодуванню шкоди, понесеної однією особою з вини або за рахунок іншої, а тому може бути визначений як зобов'язання з відшкодування шкоди, що виникає в результаті перекладання сплаченого однією особою іншій на третю особу, на виконання обов'язку або з вини якої пішов платіж.

На підставі вищесказаного можна зробити висновок, що регресне зобов'язання — це зворотна вимога про повернення грошей або майна, виконане однією особою за іншу або з вини останньої третій особі.

Як правило, регресат відповідає перед регредієнтом, а регредієнт — перед третьою особою. Пряма відповідальність регресата перед третьою особою без відповідальності регредієнта може мати місце лише у випадках, безпосередньо встановлених законом.

Регресне зобов'язання характеризується такими ознаками. По-перше, воно є похідним від іншого (основного) зобов'язання; по-друге, один або всі його учасники — також суб'єкти основного зобов'язання; по-третє, виконання одним учасником зобов'язання або навіть саме його виникнення зумовлюється діями або бездіяльністю осіб, з якими в майбутньому і встановлюються регресні зобов'язання.

Підставами виникнення регресного зобов'язання є:

- 1) виконання боржником свого обов'язку перед кредитором;
- 2) виконання обов'язку за третю особу.

Оскільки частина перша ст. 1191 ЦК України передбачає, що особа, яка відшкодувала шкоду, завдану іншою особою, має право зворотної вимоги (регресу) до винної особи у розмірі виплаченого відшкодування, якщо інший розмір не встановлений законом, то має бути встановлена вина конкретного заподіявача шкоди.

З одного боку, вина є явищем психологічним. Не можна з'ясувати сутність провини, винності у відриві від свідомості і волі людини [10, 16]. Разом з тим, з іншого боку, вина — не тільки психічне, але й певне суспільне явище, наповнене соціальним змістом [11, 30].

Вина може бути визначена як психічне ставлення правопорушника у формі наміру чи необережності до своїх протиправних дій та їхніх наслідків [12, 22; 13, 215].

Розподіл вини на намір і необережність не відіграє у цивільному праві важливої ролі, оскільки незалежно від форми вини шкода підлягає відшкодуванню і у повному обсязі.

Але критерії визначення необережності набувають великого значення, оскільки вони одночасно є критеріями відмежування винної поведінки від невинної. Необережність визначають як вимоги, що пред'являються до нормальної, достатньо розвиненої, «середньої» людини.

Належна уважність, дбайливість, передбачливість суб'єкта визначаються характером відповідного виду діяльності і особливостями здійснюючого її суб'єкта.

Якщо говорити про зобов'язання відшкодування шкоди, то право зворотної вимоги до винної особи виникає з моменту відшкодування потерпілому шкоди і з цього часу починається перебіг строку позовної давності. Суд не має права задовольнити регресний позов, якщо на момент винесення рішення позивач не відшкодував завдану потерпілому шкоду.

Регресна вимога може бути пред'явлена протягом трьох років з дня виконання зобов'язання про відшкодування шкоди.

Початком перебігу строку позовної давності за регресною вимогою є строк виконання основного зобов'язання за загальним правилом.

Література

1. Новицкий И. Б. Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями / И. Б. Новицкий. — М. : Юрид. лит., 1952.
2. Смирнов В. Т. К понятию регрессных обязательств // Правоведение. — 1960. — № 1.
3. Мельников П. Суброгация и регресс в страховании / П. Мельников, В. Лебедев // Юридическая практика. — 2008. — № 9 (531).
4. Потапенко В. Регресні вимоги сраховика // Юридичний журнал: Аналіт. матеріали. Коментарі. Судова практика. — 2004. — № 1. — С. 85–92.
5. Дедиков С. Регресс и суброгация: опыт сравнительного анализа // Хозяйство и право. — 2005. — № 4. — С. 64–70.
6. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. / за ред. С. О. Харитоновна. — [3-те вид., переробл. та допов.]. — Х. : Одиссей, 2006.
7. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. / за заг. ред. Є. О. Харитопова, О. І. Харитопової, П. Ю. Голубової. — К. : Правова єдність, 2008.
8. Спишиак Я. Регресс в отношениях социалистических организаций // Советское государство и право. — 1958. — № 11.
9. Агарков М. К вопросу о договорной ответственности // Вопросы советского гражданского права : сборник / АН СССР. — 1945.
10. Матвеев Г. К. В защиту принципа виновной ответственности между хозорганами // Советская юстиция. — 1973. — № 15.
11. Иоффе О. С. Обязательства по возмещению вреда / О. С. Иоффе. — Ленинград, 1952.
12. Матвеев Г. К. Вина как основание гражданско-правовой ответственности по советскому праву : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Г. К. Матвеев. — К., 1951.
13. Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве / Г. К. Матвеев. — К., 1955.

Анотація

Березовський Р. С. Право зворотної вимоги (регресу) за цивільним законодавством України. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню поняття регресних зобов'язань у цивільному законодавстві України. Крім того, досліджується зміст, підстави виникнення регресних зобов'язань, їх відмінності від суміжних інститутів цивільного права. Проведений аналіз ознак регресних зобов'язань.

Ключові слова: регрес, зворотня вимога, зобов'язання, виконання зобов'язання.

Summary

Berezovsky R. S. Right of Regress under Civil Legislation of Ukraine. — Article.

The article is devoted to the research of concept of subrogation obligations under the civil legislation of Ukraine. Furthermore, the content, the cause of accrual of subrogation obligations, their difference from the neighboring institutes of civil law are examined. The analysis of features of subrogation obligations is made.

Keywords: the retrogression, the counter-claim, the obligation, the fulfillment of obligations.

ДОГОВІР ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ

Цивільно-договірні відносини у сфері здійснення медичної діяльності та проблема визначення правового статусу їх учасників стають особливо актуальними саме зараз, у період реформування галузі охорони здоров'я з орієнтацією на договірні відносини. Безкоштовна медична допомога фактично зводиться до професійної консультації лікаря-фахівця щодо перебігу захворювання і заходів, спрямованих на лікування. Неможливість забезпечення належного лікування часто пов'язана з відсутністю медикаментів, сучасного обладнання, належної організації підвищення рівня кваліфікації медичних працівників.

Медична діяльність в Україні здійснюється державними, комунальними та приватними медичними закладами охорони здоров'я. Однак приватний медичний сектор недостатньо розвинутий. Зазначимо, що правовідносини між пацієнтом та державними або комунальними закладами охорони здоров'я не оформляються письмовими договорами про надання медичної допомоги. Вважається, якщо особа звернулася до медичного закладу, то вона вже дала згоду на діагностування, огляд, лікування, тобто ці правочини в державних та комунальних закладах охорони здоров'я є усними. Вони виникають в момент згоди пацієнта на надання йому тої чи іншої медичної допомоги [1]. Проте, погоджуючись на отримання медичної допомоги в медичному закладі, пацієнт дає згоду на отримання допомоги саме в цьому закладі, тому договірні відносини виникають між закладом та пацієнтом. Отже, згода пацієнта на госпіталізацію до медичного закладу та згода медичного закладу прийняти пацієнта на госпіталізацію є двостороннім правочином. Пацієнт не повинен мати повний обсяг цивільної дієздатності (особа, що лягає на лікування може бути позбавлена, обмежена у цивільній дієздатності), або не завжди лікар повинен дотримуватися норми про те, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його волі (наприклад, пацієнт знаходиться у стані, коли не може самостійно виявити своє бажання, в таких випадках воля може бути виражена через повіреного, дії якого являють собою договір доручення і породжують правові наслідки для хворого. Аналогічні дії, які вчиняються без згоди пацієнта або він знаходиться в непритомному стані, юридично оцінюються як ведення справ без доручення. Відсутність заперечень проти цих дій представника вважається схваленням таких дій. Це змінює юридичну природу відносин, вони набувають характер відносин, які виникають з договору доручення [2, 36–37] (лікар надає медичну допомогу пацієнту-самогубцю проти його волі). Крім того, п. 4 ст. 203 ЦК України визначено, що правочин має вчинятися у формі, встановленій законом, а п. 2 ст. 208 ЦК України визначає, що правочини між фізичною та юридичною особою за загальним правилом мають вчинятися в письмовій формі. Замовником медичної допомоги, що надається державними та комунальними медичними закладами, виступає держава, а не пацієнт, а вико-

навцем медичних послуг — будь-який заклад охорони здоров'я як негосподарюючий суб'єкт. На жаль, в Україні відсутня практика, коли державні або комунальні заклади охорони здоров'я укладають договори із пацієнтами на надання медичної допомоги. Відсутність таких договорів призводить до того, що медичні заклади не виплачують відшкодування матеріальної та моральної шкоди пацієнтам при нена належному та неякісному лікуванні, а пацієнти, яким була завдана шкода через дії медичного персоналу, не мають достатніх доказів для притягнення таких лікарів до відповідальності.

Зростання добробуту значної частини населення привело до створення і функціонування такої галузі в системі охорони здоров'я, як надання платних медичних послуг.

В даний час у законодавстві відсутній систематизований нормативний акт, регулюючий надання платних медичних послуг.

Стосовно правового режиму платної медичної допомоги, то в його основі лежить договір платних медичних послуг. Цивільне законодавство відносить договір платних медичних послуг до одного з різновидів договору відшкодувального надання послуг. Однак норми глави 63 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) передбачають тільки загальні положення про договір надання послуг. Необхідно відзначити, що регулювання відносин по наданню платних медичних послуг не передбачено в ЦКУ. Відповідно до ЦКУ до відносин між особою, що надає платні медичні послуги, і громадянином застосовуються норми Закону «Про захист прав споживачів» та інші правові акти, прийняті в відповідності з ним. Проте дані норми також не відображають повною мірою специфіку відносин при наданні платних медичних послуг.

Особливістю правового регулювання відносин за договором надання платних медичних послуг, регульованих в рамках ЦКУ, є ч. 1 ст. 907 ЦКУ про можливість односторонньої відмови як замовника, так і виконавця від виконання договору. Дана норма суперечить принципу належного виконання зобов'язань, закріпленого в ст. 525 ЦКУ [3].

Фактична нерівність сторін договору по наданню платних медичних послуг є основною проблемою в даній галузі. Пацієнт як особа, що не володіє професійними знаннями в галузі медицини, не завжди в змозі визначити зміст умов договору, що укладається, обсяг і якість медичної допомоги відносно поставленого діагнозу, тривалість і ефективність лікування залежно від інформованості. У випадках, коли згідно з законом неповнолітній не здатний надати згоду на втручання, таке втручання може бути здійснене тільки з дозволу його представника, або органу публічної влади, або особи або установи, передбачених законом.

Думка такого неповнолітнього враховується пропорційно його віку і ступеню правоздатності. На наш погляд, згода на медичне втручання повинна надаватися лікареві під час вступу пацієнта у віці до 14 років без підпису неповнолітнього, шляхом представництва його інтересів законними представниками (батьки, усиновителі, опікуни та ін.).

Після досягнення 14-річного віку згода на медичне втручання повинна оформлятися за підписом неповнолітнього і законного представника, якщо пред-

ставляється можливим його розшукати і доставити до медичної установи. Договір на надання платних медичних послуг відповідно до основної класифікації договорів відображено в законі, відноситься до такого типу договірних зобов'язань, як зобов'язання по наданню послуг.

Можна сказати, що вищезгадані норми не відображають весь спектр проблем, що виникають при наданні платних медичних послуг. Тому виникає необхідність прийняття загального закону «Про охорону здоров'я в Україні», а також законів, що детально регламентують інтереси, в договорі по наданню платних медичних послуг, таких як «Про права та обов'язки пацієнтів та медичних працівників», «Про регулювання приватної медичної діяльності».

Разом з тим необхідно відзначити ступінь правової незахищеності медичних працівників від необґрунтованих претензій пацієнтів. Відсутність суворої правової регламентації надання всіх видів медичної допомоги, яка відповідно до чинного законодавства віднесена до розряду відшкодувальної послуги, приводить у разі порушення прав пацієнта із-за недотримання стандартів діагностики і лікування до залучення лікаря до цивільної відповідальності з повним відшкодуванням матеріального збитку і моральної шкоди позивачеві. При визначенні ступеня вини лікаря необхідно враховувати, що не для всіх медичних спеціальностей в даний час розроблені стандарти надання медичної допомоги. Критерії надання медичної допомоги необхідно оцінювати залежно від конкретного захворювання, враховуючи той факт, що медичні послуги мають ряд істотних особливостей, таких як індивідуальний характер послуги, лікарська таємниця, своєчасність надання послуги, умови, при яких здійснювалася послуга.

З погляду ділення договірних зобов'язань залежно від особливостей цивільно-правового статусу осіб, що беруть участь в них, договір, що вивчається нами, відноситься до зобов'язань за участю громадян-споживачів, де останній, як слабкіша сторона, користується підвищеним правовим захистом.

В рамках захисту прав споживачів ЦКУ вперше ввів поняття «Публічний договір». Згідно з ст. 633 ЦК, публічним договором визнається договір, в якому одна сторона — підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо), тобто укладений приватним медичним закладом договір, що встановлює її обов'язки з надання послуг, які такий медичний заклад по характеру своєї діяльності повинен здійснювати відносно кожного, хто до нього звернеться.

На жаль, в Україні відсутній правовий акт, який би визначав порядок і умови надання платних медичних послуг населенню (додаткових до гарантованого об'єму безкоштовної медичної допомоги) лікувально-профілактичними закладами, незалежно від відомчої підлеглості і форми власності, зокрема, науково-дослідними інститутами і державними медичними освітніми закладами вищої професійної освіти. Поки що затверджена постанова Кабінету Міністрів України № 1138 від 17 вересня 1996 р., в якій знаходимо перелік платних

послуг, які можуть надаватися в державних та комунальних закладах охорони здоров'я, вищих медичних навчальних закладах та науково-дослідних установах [4].

Необхідно нормативно врегулювати відносини між приватними комерційними медичними закладами і споживачами, тобто відносини між населенням і лікувально-профілактичними закладами.

Виділяючи підприємців як суб'єктів публічного договору, законодавець, проте, прямо не відносить до цих суб'єктів підприємницькі організації. Це все призводить до того, що приватні заклади охорони здоров'я не відносять свої види діяльності до публічних договорів. Більш правильним є визначення в ЦК Росії (ч. 1, ст. 426), оскільки там використано поняття «комерційні організації», що більш широко регулює спектр діяльності [5, 50].

Медичне обслуговування включене ЦК України в перелік сфер діяльності підприємця, на які поширюються вимоги ст. 633 ЦК. Вважаємо, що крім підприємців, які займаються медичною діяльністю, і медичні заклади входять в коло суб'єктів публічного договору, оскільки безпосередньо надають населенню послуги.

На сьогодні більшість послуг медичного характеру надаються державними медичними установами, на які, виходячи з прямого тлумачення закону, вимоги про публічний договір не розповсюджуються.

Складається ситуація, коли пацієнтові, що звернувся за медичною послугою в комерційну медичну організацію, законом гарантоване укладання з ним договору на надання платних медичних послуг, тоді як громадянинів, що звернувся за платними медичними послугами до державної медичної установи, таких гарантій закон не надає.

Як зазначено вище, обов'язковим учасником публічного договору є підприємець, що займається підприємницькою діяльністю. У переліку діяльності, вказаному в ст. 633 ЦК, виділені поширені види діяльності. Поза сумнівом, дані сфери зачіпають інтереси найбільшої частини споживачів. Тому уявляється, що дія ст. 633 ЦК повинна поширюватися і на діяльність підприємницьких і непідприємницьких організацій.

Необхідно на законодавчому рівні внести зміни до ст. 633 ЦК, замінивши слово «підприємець» на «організації всіх форм власності».

Розглядаючи положення законодавства про публічний договір, необхідно звернути увагу на ще один вид договору, виділений законодавцем, — договір приєднання.

Критерієм виділення зі всіх цивільно-правових договорів договору приєднання є не виниклі з нього зобов'язання, як це має місце при диференціації договірних зобов'язань на окремі види договорів, і не характер діяльності однієї із сторін (публічний договір), а спосіб укладення договору.

Відповідно до ст. 634 ЦК, договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої

умови договору, умови якого визначені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах і могли бути прийняті іншою стороною не інакше, як шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому.

На законодавчому рівні типова форма договору на надання платних медичних послуг не прийнята. Проте багато медичних закладів самостійно розробляють бланки стандартної форми договору.

Громадянинові, що звернувся сьогодні в будь-який медичний заклад для отримання платних медичних послуг, надається у письмовій формі договір типової форми, яка прийнята в даному закладі.

Фактично з боку громадянина-пацієнта в договір вносяться дані про особу громадянина і про послуги, що надаються. Права і обов'язки сторін мають встановлену форму, до яких зміни не вносяться. Незважаючи на обмеженість прав, наданих законом на участь у розробці договору приєднання, у громадянина є право зажадати розірвання або зміни договору у випадках, передбачених законом.

З урахуванням викладеного вважаємо за можливе віднести договір на надання платних медичних послуг до договору приєднання.

Проте, на нашу думку, неможливо віднести договір на надання платних медичних послуг тільки до договору публічного або тільки до договору приєднання. Договір, що укладається громадянином-пацієнтом з медичною організацією, може бути як договором публічним, так і договором приєднання, оскільки публічний договір визначає можливість укладення договору взагалі, а договір приєднання — спосіб укладення договору.

Література

1. Сахачкий С. О. Деякі особливості договірних відносин в медичній діяльності // Медичне право. — 1996. — № 2. — С. 45–48.
2. Савицкая А. П. Возмещение ущерба, причиненного педадлежащим врачеванием / А. П. Савицкая. — Л. : Изд. при Львов. гос. ун-те изд. объединения «Вища школа», 1982. — 196 с.
3. Цивільний кодекс України : за станом на 1 січ. 2009 р. / Верховна Рада України. — К. : Парлам. вид-во, 2009. — 207 с. — (Бібліотека офіційних видаць).
4. Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти : Постанова Кабінету Міністрів України від 17 верес. 1996 р. № 1138. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page_2&user_1238654590826376.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Полный сборник кодексов Российской Федерации. — М. : Эксмо, 2005. — 1104 с.

Анотація

Булеца С. Б. Договір про надання медичних послуг. — Стаття.

Договір про надання медичної послуги за юридичною характеристикою є оплатний, двосторонній, консенсуальний. Це публічний договір на невизначене коло осіб. У приватних закладах охорони здоров'я це в будь-якому разі договір приєднання, від якого ми можемо відмовитися, але не можемо внести зміни.

Ключові слова: договір, договір приєднання, публічний договір, заклад охорони здоров'я, лікар, пацієнт.

Summary

Buletsa S. B. Medicine Service Agreement. — Article.

The agreement about the granting of medical favour according to its legal description is payment, bilateral, and consensual. It is a public agreement on the indefinite circle of persons. In private establishments of health care in any case it is a contract of adhesion, which we can abdicate from, but can not make an alteration.

Keywords: agreement, the contract of adhesion, the public agreement, the establishment of health care, a doctor, a patient.

УДК 347.457

В. О. Гончаренко

ВЕКСЕЛЬ ЯК ВИД БОРГОВОГО ЦІННОГО ПАПЕРУ

Для фондового ринку України на сучасному етапі його розвитку характерним є поширення правового режиму об'єктів цивільних прав на цінні папери. Цінні папери починають розглядатися з точки зору інструменту фіксації майнових прав, а не як механізм обслуговування процесів перерозподілу капіталу.

Завдяки цьому цінні папери набувають інструментального значення й підлягають застосуванню не тільки емітентом у механізмах правового моделювання і правовстановлення, а й правоволодільцем у механізмах правоздійснення, правопередачі, правовідновлення і правозахисту [1, 32].

Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» [2] від 23 лютого 2006 року № 3480-IV встановив чіткі та зрозумілі правові засади функціонування фондового ринку на основі досвіду інших країн, в першу чергу країн ЄС. Такий закон базується на врахуванні положень важливої Директиви 2004/39/ЄС від 21 квітня 2004 р. «Про ринки фінансових інструментів» та інших директив ЄС.

З усіх фінансових інструментів, які використовуються на фондовому ринку України, вексель є найбільш простим та зручним у використанні цінним папером. Однак це лише перше уявлення про вексель. На практиці виникає багато колізій застосування норм національного та міжнародного законодавства про векселі.

Дослідженню проблем вексельного обігу присвячені праці вітчизняних та зарубіжних дослідників: М. М. Агаркова [3] В. М. Гордона [4, 41], В. Л. Яроцького [1], Е. Ткаченко [5, 20–21] В. А. Белова [6], Б. Г. Федорова [7], Г. Юцевича [8] та ін. Водночас слід зазначити, що дослідження вексельного права після прийняття Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 року є нечисленними та в них частіше за все виражаються спірні думки авторів, не підтверджені посиланнями на чинне законодавство. Тому можна говорити про недостатню вивченість проблемних питань обігу векселів за сучасним цивільним законодавством України.

Вексель як борговий цінний папір посвідчує відносини позики і передбачає

зобов'язання емітента сплатити у визначений строк кошти відповідно до зобов'язання (ч. 5 ст. 3 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок»).

Відносини, пов'язані з обігом векселів в Україні, регулюються Конвенцією, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі, Конвенцією про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі, Конвенцією про гербовий збір стосовно переказних векселів і простих векселів, законами України «Про обіг векселів в Україні» [12], «Про цінні папери та фондовий ринок». Крім того, зважаючи на те, що вексель є цінним папером, слід застосовувати також відповідні положення Цивільного та Господарського кодексів.

Відповідно до ст. 14 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок» векселем є цінний папір, який посвідчує безумовне грошове зобов'язання векселедавця або його наказ третій особі сплатити після настання строку платежу визначену суму власнику векселя (векселедержателю).

Згідно з законодавчим визначенням векселя виходить, що переказний вексель може визнаватися цінним папером лише, коли він містить зобов'язання його платника про сплату вексельної суми. Однак на практиці можливі ситуації існування векселя як цінного паперу без його акцепту. Акцептом є процедура прийняття на себе платником обов'язку сплатити за векселем. Отже, неакцептовані векселі також визнаються цінними паперами, як і акцептовані [5, 50]. Обов'язок сплатити виникає у платника лише у випадку акцепту ним переказного векселя. З боку векселедавця такий обов'язок виникає лише у разі виникнення у векселедержателя права на регрес. Отже, неакцептований переказний вексель є пропозицією (офертою) сплатити визначену у векселі суму, а не зобов'язанням третьої особи сплатити після настання строку платежу визначену суму векселедержателю.

Для векселя характерними є такі ознаки.

Вексель є борговим цінним папером, оскільки посвідчує зобов'язання векселедавця або його наказ третій особі сплатити визначену суму власнику векселя (векселедержателю).

Вексельне зобов'язання носить безумовний характер. У тексті векселя не може бути посилання на якусь умову, за якої зобов'язання за ним буде виконане.

Вексельне зобов'язання носить абстрактний характер. Текст векселя не вказує на правочин, що став підставою для його видачі.

Вексель посвідчує завжди грошове зобов'язання. Не є векселем зобов'язання, сплата за яким здійснюється шляхом передачі товару або надання послуг.

Вексель завжди має документарну форму на бланках з відповідним ступенем захисту від підроблення. Ст.5 Закону України «Про обіг векселів в Україні» прямо забороняє знерухомлення векселів (переведення їх у бездокументарну форму) [9].

Вексель складається з дотриманням певних реквізитів. Так, ст. ст. 1, 75 Уніфікованого закону про переказні векселі та прості векселі вказують на необхідні вексельні реквізити [10]. За їх відсутності документ не матиме вексельної сили.

У законодавстві визначаються види векселів. Векселі можуть бути прості та переказні. Простий вексель являє безумовне зобов'язання векселедавця сплатити після настання строку платежу визначену грошову суму власнику векселя (векселедержателю). Переказний вексель (тратта) посвідчує письмовий наказ векселедавця (трасанта) третій особі — платнику (трасату) сплатити певну грошову суму отримувачу — держателю векселя (ремітенту).

Крім того, теорією та практикою вексельного обігу визначаються й інші види векселів. Так, залежно від характеру угоди, що зумовила видачу векселя, розрізняють товарні (комерційні), банківські, фінансові векселі. Товарні векселі використовуються як оплата в реальній угоді по поставці товарів або послуг. Банківські векселі підтверджують факт внесення підприємством до банку депозиту і засвідчують зобов'язання банку сплатити у зазначений строк суму, вказану у векселі, і відсотки. В основі фінансового векселя лежать нетоварні фінансові операції, зазвичай позичка, що видається одним підприємством іншому. Існують також такі види векселів, як дружні і бронзові. Дружній вексель видається людьми, що знаходяться в довірчих стосунках, з метою надання один одному фінансової допомоги. Зазвичай, особа, що виписала вексель, у подальшому сама здійснює виплату по ньому. Бронзовий вексель не має реального забезпечення і виписується на вигадану особу з метою отримання доходу шляхом його врахування в банку. В Україні видавати переказні і прості векселі можна лише для оформлення грошового боргу за фактично поставленими товарами, виконаними роботами, наданими послугами.

Залежно від місця платежу, що зазначено у векселі, вони можуть бути доміцільовані або звичайні (недоміцільовані).

Доміцільований вексель — вексель, в якому зазначено особливе місце платежу, що відрізняється від місцезнаходження особи, яка зазначена як платник за векселем. Вексель може бути визначено-доміцільованим, тобто таким, в якому векселедавцем зазначені не тільки місце платежу, що відрізняється від місцезнаходження платника, але й третя особа, яка здійснить платіж — доміциліат. Залежно від здійснення тих чи інших операцій по відношенню до векселя розрізняють авальовані (векселі, що забезпечені вексельною порукою), акцептовані (переказні векселі, що містять згоду платника виконати зобов'язання за ними), опротестовані та інші.

Залежно від місця видачі та погашення розрізняють міжнародні та національні векселі, від строку платежу — векселі, що погашаються у визначену дату, у визначений строк від дати складання, у визначений строк від пред'явлення та за пред'явленням.

Цікавим є питання класифікації векселів залежно від способу передачі прав за векселем. Зазвичай вексель розглядають як ордерний цінний папір, права на який належать особі, зазначеній у ньому, та яка може сама здійснити ці права або призначити своїм розпорядженням (наказом) іншу уповноважену особу (ч. 4 ст. 3 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок»). Однак деякі вчені вказують на те, що він може бути цінним папером на пред'явника [11, 18]. У ст. 11 Уніфікованого закону про переказні векселі і прості векселі зазначено,

що вексель може бути переданий шляхом індосаменту або цесії, якщо трасант помістив у переказному векселі слова «не за наказом» або будь-який інший рівнозначний вислів. Індосамент може бути іменним або бланковим. Іменний індосамент вказує особу, на користь або за наказом якої вексель повинен бути сплачений. Індосамент може не містити найменування особи, на користь якої він вчинений, або може складатися лише з одного підпису індосанта (бланковий індосамент). Такий ордерний цінний папір, як вексель, може в тому випадку, коли він має бланковий індосамент, переходити від одного суб'єкта до іншого також, як і папір на пред'явника. Однак така обставина не перетворює вексель на папір на пред'явника. У випадку бланкового індосаменту вексель однаково залишається ордерним цінним папером, оскільки бланкове індосування векселя надає векселедержателю права, якими не володіє держатель паперу на пред'явника. Векселедержатель може не лише передати вексель без жодних формальностей, але може також заповнити бланк на своє ім'я чи ім'я іншої особи або ж передати вексель, вчинивши новий індосамент. Зазначене свідчить про те, що норми про цінні папери на пред'явника не поширюються на ордерні папери з бланковим індосаментом [3; 10, 18].

Водночас у законодавстві України зустрічається таке поняття, як іменний вексель. Іменний вексель — це вексель без права його індосації першим векселедержателем іншій особі. При цьому до тексту векселя векседавець включає вказівку «без наказу», «без права передавання» або інше рівнозначне. Однак іменний вексель може бути переданий у порядку і з наслідками звичайної цесії. Постановою Пленуму ВСУ «Про деякі питання розгляду спорів, пов'язаних з обігом векселів» від 8 червня 2007 р. № 5 до таких застережень ще належать: «платити тільки такій-то особі», «платити такому-то, але не за його наказом», «без права індосування», «передача в загально-цивільному порядку». За наявності таких застережень вексель слід розглядати як іменний цінний папір.

Незважаючи на достатньо детальне законодавче регулювання обігу векселів, на практиці виникають проблемні питання застосування тих чи інших положень вексельного права. В останній час обговорювалось питання можливості включення до індосаменту безоборотного застереження, зумовлене різним тлумаченням органами судової влади положень ст. ст. 12, 15 Уніфікованого закону про переказні векселі та прості векселі. Згідно з ст. 12 Уніфікованого закону індосамент повинен бути безумовним. Будь-яка обмежуюча його умова вважається ненаписаною. У ст. 15 зазначається, що оскільки не обумовлено протилежне, індосант відповідає за акцепт і за платіж. На підставі наведених норм Уніфікованого закону серед науковців існують розбіжності з приводу безумовної солідарної відповідальності індосантів. Адже, згідно з ст. ст. 12, 47 Уніфікованого закону передбачена солідарна відповідальність індосантів, а за ст. 15 допускається звільнення особи за невиконання зобов'язань за векселем.

Можливо, крапку у цьому спорі все ж таки поставить офіційна позиція Верховного Суду України, викладена у Постанові Пленуму ВСУ «Про деякі питання розгляду спорів, пов'язаних з обігом векселів», згідно з якою у випадку включення до індосаменту застереження «без обороту на мене» чи будь-

якого іншого, наслідком чого може бути звільнення індосанта від відповідальності за платіж за векселем, передбаченої вказаною нормою Уніфікованого закону, індосант відповідає лише за дійсність переданої за векселем вимоги. Таке застереження означає, що при неакцепті або ж неплатежі до такого індосанта не можуть бути пред'явлені вимоги, передбачені ст. ст. 43–49 Уніфікованого закону, тобто зазначена особа звільняється від відповідальності за невиконання зобов'язань за векселем.

Проблеми застосування векселя учасниками торгового обігу виникають також у зв'язку із тим, що податкові органи схильні розглядати операції з передачі векселів як звичайну купівлю-продаж товарів. Передача векселя не може розглядатися як його купівля-продаж. У відносинах купівлі-продажу, в тому числі й цінного паперу, на продавця товару покладається лише обов'язок передати його у власність покупця та не передбачено відповідальності за зобов'язаннями особи, яка випустила цінний папір. Однак на відміну від продавця індосант відповідає за вексельний платіж, а за переказним векселем — й за акцепт. Тому операції з передачі векселя не підлягають оподаткуванню.

Література

1. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин : дис. ... д-ра юрид. наук / В. Л. Яроцький ; Пац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — 32 с.
2. Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України від 23 лют. 2006 р. № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 31. — Ст. 268.
3. Агарков М. М. Учение о ценных бумагах / М. М. Агарков. — М., 1993.
4. Гордон В. М. Вексельное право, сущность векселя, его составление, передача и протест / В. М. Гордон. — 1926.
5. Ткаченко Е. Насколько цепная бумага вексель? // Юридическая практика. — 2007. — № 13. — С. 20–21.
6. Белов В. А. Ценные бумаги в российском гражданском праве / В. А. Белов ; под ред. Е. А. Суханова. — М. : Учеб.-консульт. центр «ЮрИнфоР», 1996. — 448 с.
7. Федоров Б. Г. Цепные бумаги: практические аспекты // Деньги и кредит. — 1989. — № 6.
8. Юцевич Г. О силе долговых обязательств, писанных на предъявителя и вообще без обозначения лица кредитора // Судебный вестник. — 1876. — № 167.
9. Про обіг векселів в Україні : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2374-III // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 24. — Ст. 128.
10. Конвенція, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі від 7 червня 1930 р.
11. Вексельное обращение / А. Б. Аваков, Г. И. Гасвой, В. А. Бешапов [и др.]. — Х. : Фолио, 2000.
12. Про обіг векселів в Україні : Закон України від 5 квіт. 2001 р. // Урядовий кур'єр. — 2001. — 4 трав.

Анотація

Гончаренко В. О. Вексель як вид боргового цінного паперу. — Стаття.

У статті досліджуються питання вексельного обігу, аналізується чинна нормативна база як на національному, так і на міжнародному рівні, яка присвячена регулюванню цих питань, наводяться та досліджуються ознаки векселя як боргового цінного паперу, який посвідчує вексельне (грошове) зобов'язання, а також розглядаються колізії застосування норм національного та міжнародного законодавства про векселі, які випливають на практиці, та пропонуються шляхи їх вирішення.

Ключові слова: вексель, цінні папери, вексельний обіг, вексельне зобов'язання, акцепт, індосампт, доміцильований вексель.

Summary

Goncharenko V. A. Bill as a Type of Debt Security. — Article.

The issues of circulation of bills are examined in the offered article, current normative base, which is devoted to adjusting of these issues, both at the national and international level is analysed. The characteristics of a bill as a debt security which certifies the bill of debt (liability) are produced and examined, and also the collisions of norm application of national and international bill legislation, which arise up in practice, are disposed. The ways of their settlement are offered.

Keywords: bill, securities, circulation of bills, bill of debt, bill of acceptance, endorsement, domiciled bill.

УДК 347.441.048

І. В. Давидова

ВИДИ НЕДІЙСНИХ ПРАВОЧИНІВ

Правове регулювання правочинів є одним з найважливіших інститутів приватного права.

Правочини є основною правовою формою, у якій зосереджується обмін між учасниками цивільного обігу. У зв'язку з цим особливе значення набувають вимоги, які висуває закон до дійсності правочинів.

У Цивільному кодексі України (далі — ЦК України) правочин визначається як дія особи, яка спрямована на виникнення, зміну, припинення цивільних прав та обов'язків (ст. 202 ЦК України) [1].

Визнання правочину недійсним та застосування наслідків його недійсності ЦК України визначає як один із засобів захисту цивільних прав (як правило, слабкої сторони правочину). З іншого боку, наявність обставин, які можуть бути підставами для визнання правочину недійсним, вносить невизначеність до питання про наявність відповідного правовідношення між сторонами, що може бути дестабілізуючим фактором при здійсненні підприємницької діяльності та іншої економічної діяльності.

Зазначимо, що питання, пов'язані з недійсними правочинами, розглядалися в працях М. А. Блінової [2], Д. М. Генкіна [3], В. І. Жекова [4], І. П. Калаура [5], О. О. Кота [6], Н. В. Рабинович [7], К. Л. Разумова [8], М. М. Сібільова [9], В. Д. Фролова [10], Н. С. Хатнюк [11], Ф. В. Хейфець [12], В. П. Шахматова [13] та інших науковців.

Для повного та всебічного дослідження класифікації недійсних правочинів почнемо з дослідження з римського права. Так, у римському праві, виходячи зі ступеня недійсності, виділялися такі види недійсних договорів:

а) *неіснуючі договори* (*negotium nullum*) — тобто ті, які не володіли ніякою юридичною дією із самого початку і могли створювати хіба що моральні зобов'язання;

б) *абсолютно недійсні договори* (*negotia irrita*) — тобто ті, недійсність яких суддя зобов'язаний брати до уваги «за своєю посадою» (*ex officio*). Такі договори вважалися недійсними з моменту їх укладення і не володіли правовою дією;

в) *відносно недійсні* договори (*negotia rescindibilia*) — тобто ті, які мали недоліки, за які суддя не зобов'язаний їх анулювати, навіть якщо цього вимагала зацікавлена особа [14, 235].

Д. Д. Гримм давав таку класифікацію недійсних правочинів:

а) *недійсні нікчемні* правочини, які, у свою чергу, поділяються на абсолютно недійсні і відносно недійсні. В даному випадку відмінність між абсолютно і відносно недійсними правочинами проводиться за колом осіб, які мають право ставити питання про нікчемність правочинів: при абсолютно недійсних правочинах про нікчемність може заявити будь-яка особа, у тому числі і суд, а при відносно недійсних правочинах про нікчемність можуть заявити лише певні особи, прямо вказані в законі;

б) *недійсні оспорювані* правочини, які Д. Д. Гримм вважав дійсними з моменту їх здійснення, проте за наявності визначених законом умов вони можуть бути оспорені певними особами [15, 120–122].

Д. Д. Гримм визнавав оспорювані і відносно недійсні правочини схожими, оскільки в обох випадках право заявляти про недійсність належить обмеженому колу осіб. Крім того, на відміну від абсолютно недійсних правочинів оспорювані й відносно недійсні підлягали подальшому «зціленню». Автор вказував такі відмінності даних правочинів: «Правочин, визнаний за клопотанням зацікавленої особи недійсним, не породжує вже ніяких прав, і тому, якщо відчужувач до укладення правочину мав право на річ, якою він поступиться, він, за загальним правилом, зберігає це право і може тому вимагати повернення речі від третіх осіб, до яких вона перейшла. Навпаки, оспорюваний правочин сам по собі приводить завжди до того правового результату, який при його укладенні мався на увазі: зацікавлена особа може клопотати про обезсилення правочину, про його розірвання (таке право є лише по відношенню до контрагента, а не по відношенню до третіх осіб)» [15, 122].

У дореволюційній літературі до класифікації недійсних правочинів відносили всі випадки, коли правочин позбавляється своєї юридичної сили незалежно від часу або причин такого позбавлення. Тому до недійсних правочинів належали як ті, що мають вади у момент свого здійснення, так і ті, підстави недійсності яких виникають вже після здійснення правочину [16, 37].

Так, Д. М. Генкін вказував на такі види недійсних правочинів:

а) *нікчемні* правочини, тобто недійсні із самого початку через відсутність елементів, необхідних для виникнення самого правочину. Зазначені правочини, у свою чергу, поділялися на:

- нікчемні через заперечування (оспорювані правочини),
- первинно нікчемні незалежно від їх заперечування;

б) *недійсні операції* у вузькому значенні слова, тобто ті, що не можуть проявити свою дію через настання (або ненастання) після їх здійснення фактичної обставини. Це правочини, що втрачають силу із закінченням терміну їх дії, з настанням анулювальної умови або ненастанням відкладальної умови, правочини з незавершеним фактичним складом (без згоди опікуна тощо).

Недійсність таких правочинів могла наступати як із самого початку, так і лише на майбутній час. Відмінністю їх від нікчемних операцій було те, що недолік таких правочинів міг бути усунений, після чого правочин був цілком дійсним, тоді як в нікчемних правочинах недолік непоправний;

в) *відносно недійсні* правочини, позбавлені правового результату тільки відносно певних осіб (правочини, досконалі з порушенням заборони розпорядження певним предметом, встановленого на користь певних осіб) [17, 215–224].

О. В. Гутніков всі недійсні правочини розділяє на види відповідно до таких характеристик:

- 1) залежно від класифікації підстав недійсності:
 - з вадами складу правочину як юридичного факту або правочину як правовідносин (з різними вадами волі, форми, змісту, суб'єктного складу);
 - такі, що не відповідають закону і не відповідають волі окремих осіб;
 - з обов'язковими (абсолютними) і з необов'язковими (відносними) підставами недійсності;
 - з формальним і з матеріальним складом недійсності;
- 2) за процесуальним порядком встановлення недійсності:
 - правочини, які можуть бути визнані недійсними лише в судовому порядку (оспорювані правочини);
 - правочини, які можуть бути визнані недійсними як в судовому, так і в позасудовому порядку (нікчемні правочини);
- 3) за ознакою правомірності:
 - правомірні;
 - неправомірні;
- 4) за ступенем їх недійсності:
 - у більшості випадків недійсність правочину тягне за собою обов'язок сторін правочину повернутися в первинне положення, повернувши один одному виконане за правочином (двостороння реституція);
 - обов'язок повернути виконане за правочином лежить лише на одній із сторін, як правило, несумлінно діючої при здійсненні недійсного правочину (одностороння реституція);
 - відносно несумлінної сторони або обох сторін реституція не застосовується, а відповідне майно стягається в дохід держави (незастосування реституції, зокрема — одностороннє);
- 5) за часом, з якого набувають чинності всі наслідки недійсності:
 - з моменту здійснення правочину;
 - з моменту визнання недійсним правочину судом (лише щодо оспорюваних правочинів);
- 6) за колом осіб, відносно яких діє недійсність:
 - відносно всіх осіб («абсолютно недійсні правочини»);
 - відносно лише визначених, вказаних у законі осіб («відносно недійсні правочини») [17, 215–250; 18, 39].

У вітчизняній цивілістиці існує підхід до розподілу недійсних правочинів на нікчемні та оспорювані, в основі якого лежать особливості самого правочи-

ну. Лише специфіка недійсного правочину може віднести його до групи нікчемних чи оспорюваних правочинів.

Стаття 215 ЦК України відтворює традиційне розмежування недійсних правочинів на нікчемні та оспорювані. Разом з тим, на думку М. М. Агаркова, не можна говорити про нікчемні правочини, оскільки нікчемними є не самі правочини, а волевиявлення [19]. Інші автори, навпаки, вважають, що в цьому виразі нікчемний, чи недійсний правочин не має нічого нелогічного, бо і нікчемний правочин є юридичним фактом, який викликає визначені правові наслідки, хоч і не ті, на які він був спрямований [20]. Треті зовсім виступають проти прийнятого поділу правочинів.

Разом з тим закон розрізняє випадки, коли правочин оголошується недійсним, і випадки, коли допускається його оспорювання, іншим чином, розрізняється в залежності від засобу визначення їх недійсності.

На нашу думку, поділ недійсних правочинів на нікчемні та оспорювані є повністю виправданим, адже він достатньо точно передає сутність різних категорій недійсних правочинів. Так, в одних випадках правочин недійсний сам по собі в силу закону, а в інших — може бути визнаний недійсним, але тільки за умови порушення проти нього спору.

Підставою розмежування правочинів на нікчемні та оспорювані є ступінь їх недійсності. Однак за законом основою розмежування цих правочинів є передусім підстави недійсності: в силу закону чи за рішенням суду.

На думку І. Б. Новицького якщо правочин з самого початку не породжує притаманних йому юридичних наслідків, його називають нікчемним. В такому випадку юридична справа є такою, що правочин зовсім не був укладений. Нікчемність (абсолютна недійсність) правочину означає, що дія, яка вчинена у вигляді правочину, не породжує і не може породжувати бажані для його учасників правові наслідки в силу невідповідності закону [21, 357].

Загальне правило про нікчемність правочину формулюється таким чином. Правочин визнається нікчемним, якщо його недійсність прямо встановлена законом (ч. 2 ст. 215 ЦК України) [1].

Оскільки недійсність таких правочинів визначена безпосередньо у правовій нормі, то вони вважаються недійсними з моменту їхнього укладання, незалежно від пред'явлення позову та рішення суду («мертвонароджені»). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається.

Проте навіть нікчемні правочини у визначених законом випадках за поданням сторін або заінтересованих осіб можуть бути визнані судом дійсними. Наявність у законі даного спільного правила об'єктивно необхідна. Незважаючи на те, що законодавець завжди прагне найбільш повним чином описати конкретні види (склади) нікчемних правочинів, він об'єктивно не може передбачити усі види та можливі випадки укладання нікчемних правочинів.

Протиправність абсолютної більшості дій, здійснених у вигляді нікчемних правочинів, очевидна, як, наприклад, у випадку укладання правочину з громадянином, визнаним недієздатним внаслідок психічного розладу. Тому функції

суду в таких випадках зводяться до застосування передбачених законом наслідків, пов'язаних з недійсністю правочинів.

В. П. Шахматов розглядав нікчемні правочини як такі, що не створюють правових наслідків, які породжують правочини даної категорії, сторони мають право такі правочини не виконувати, розглядаючи їх як неіснуючі.

Необхідно погодитися з В. П. Шахматовим, який зазначав, що недійсність усіх протиправних за змістом правочинів заздалегідь встановлена законом методом нормативного імператива. Навпаки, методом оголошення оспорюваних правочинів недійсними є метод оспорювання їх дійсності. Характер та суспільне значення тих відносин, які порушені протиправними за змістом правочинами, не допускає настання нормальних юридичних наслідків, які притаманні дійсним правочинам, незалежно від того, чи заявлене перед судом (арбітражем) прохання про це [13, 29].

Нікчемний правочин є юридичним фактом, з яким закон пов'язує появу охоронного суб'єктивного цивільного права зацікавленої особи вимагати від суду застосування наслідків нікчемного правочину. Це обумовлює появу у зацікавленої особи процесуального права на порушення процесу щодо реалізації належного їй охоронного права вимоги, а у суду — процесуального обов'язку порушити цивільну справу [22, 186].

В. П. Шахматов вказував на те, що тільки протиправні за своїм змістом правочини можуть належати до нікчемних. Вони зовсім не вчиняють тих правових наслідків, які породжують дійсні правочини цієї категорії, сторони мають право їх не виконувати, розглядаючи їх як неіснуючі, а якщо їх виконання стане відомо судовим або арбітражним органам, останні приймають рішення про визнання таких правочинів недійсними [13, 28].

В літературі обговорюється питання, чи необхідно звертатися до суду для визнання нікчемного правочину недійсним. Деякі цивілісти, зокрема Д. М. Генкін, вважали, що для визнання нікчемної угоди недійсною немає необхідності в рішенні суду [23, 225]. Що ж до ЦК України, то аналіз його положень дає підстави стверджувати, що особа має право звернутися до суду з позовом про визнання нікчемного правочину недійсним.

Якщо виходити з тези, що нікчемні правочини є недійсними незалежно від рішення суду, то предметом спору, може бути вимога про визнання договору недійсним, оскільки суд не встановлює недійсності такого правочину.

Предметом позову за нікчемним правочином може бути встановлення існування факту, з яким закон пов'язує настання нікчемності правочину.

Іншим видом правочинів, які виділяються чинним законодавством та необхідно розглянути більш детально, є оспорювані правочини, які можуть бути визнані недійсними лише за умови порушення проти них спору. Оспорювані правочини за суттю також є протизаконними в тому розумінні, що умови їх укладання і саме їх існування не відповідають закону. Якщо закон виділяє їх в особливу групу, це ще не означає, що він визнає сумнівним чи спірним невідповідальність їх правопорядку чи, що він керується ознаками більшого чи меншого значення, які порушуються таким правочином інтереси держави та суспільства.

На думку Н. С. Хатнюк, оспорюванні правочини — це правочини з вадами волі. Так правочини визнаються недійсними внаслідок того, що волевиявлення відтворює не волю учасника правочину, а волю будь — якої іншої особи, яка впливає на учасника правочину. Тому законодавство передбачає підстави, для їх оскарження з причини або неповноцінності самої волі особи, яка вчинила правочин, або, зважаючи на вплив різних тяжких обставин, що склалися при формуванні волі [11, 79].

На думку І. Б. Новицького, держава виокремлює в одну групу найбільш важливі, а в іншу — найменш важливі, з точки зору суспільства, випадки [24, 67]. Погодитися з даним твердженням неможна. Адже виокремлення оспорюваних правочинів пояснюється тим, що визнання їх недійсності, в силу особливих притаманних їм властивостей, не має місця без заяви потерпілої сторони (чи заінтересованої особи).

Слід зазначити, що відмінність оспорюваних правочинів від нікчемних полягає в тому, що вони припускаються дійсними, такими, що породжують цивільні права та обов'язки [25].

Проте їх дійсність може бути оспорена стороною правочину або іншою стороною в судовому порядку. Тобто, хоча безпосередньо правовою нормою їх недійсність не передбачається, але разом з тим у сторони правочину або зацікавленої особи існує можливість звернутися до суду з позовом про визнання такого правочину недійсним. Оспорювання правочину позначає доказування якого-небудь факту, який має значення для дійсності правочину. Взагалі підлягають доказуванню питання, які пов'язані з наявністю чи відсутністю волі та правильним її відображенням у волевиявленні, чи наявність чи відсутність згоди опікуна чи піклувальника на укладання правочину. Оспорюваним правочин має бути визнаний тільки судом, і до винесення судового рішення ніхто, в тому числі і ніякий державний орган, не має права оголошувати оспорюваний правочин недійсним. Також суд не вправі визнати правочин недійсним, якщо відсутня відповідна заява заінтересованої особи, вказаної у законі.

Деякі науковці розглядають оспорювані правочини як дійсні. Вони викликають ті правові наслідки, які учасники правочину мали на увазі, коли їх укладали, з іншого боку, їм притаманні такі риси, які погрожують їхній дійсності, тобто певна невідповідність вимогам закону, які дають підставу для позову про визнання цих правочинів недійсними. Якщо такий позов буде поданий і задоволений судовим органом, так званий оспорюваний правочин визнається недійсним і з цього моменту він по суті нічим не відрізняється від так званого нікчемного [26, 236].

Оспорюваність (відносна недійсність) правочинів може розглядатися як дія, яка вчинена у вигляді правочину, визнається судом при наявності передбачених законом підстав недійсності правочину за позовом уповноважених осіб [21, 358].

Отже, в усіх випадках оспорюваності правочину він повинен бути визнаний дійсним, поки проти нього не буде порушений спір, суд не прийме рішення за цим спором. Такий спір, констатує неправомірність правочину, разом з рішен-

ням суду приводить до визнання правочину недійсним. Оспорювані правочини не можуть бути недійсними самі по собі.

Необхідно відзначити, що нікчемний та оспорюваний правочин це різні правові поняття. Вони мають достатньо відмінностей, знання яких дозволяє швидко та правильно визначити вид недійсного правочину та, у зв'язку з цим, підготувати правову стратегію захисту й відновлення порушеного права в суді [27, 377].

Також існує точка зору, що поділ недійсних правочинів на нікчемні та оспорювані необхідно залишити лише в теорії і не закріплювати такий поділ на законодавчому рівні [28, 26].

Як бачимо, кожний з науковців висловлює переконливі докази, відстоюючи власну точку зору щодо поняття та класифікації недійсних правочинів. Але слід зауважити, що кожна теорія має право на існування, що свідчить про складність вирішення цієї проблеми і відсутність до цього часу єдиної точки зору.

Таким чином, при визначенні видів недійсних правочинів спостерігається повна відсутність єдності поглядів як відносно набору цих видів, так і відносно критеріїв, покладених в основу їх класифікації, з чого виникає необхідність подальшого вивчення зазначеного питання.

Література

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 40–44. — Ст. 36.
2. Блинова М. А. Недействительность сделки, совершенной с целью, противной интересам порядка и нравственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / М. А. Блинова. — М., 2003.
3. Генкин Д. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВЮЮН. — М., 1947. — Вып. 5. — С. 40–57.
4. Жеков В. І. Порушення моральних засад суспільства як підстава визнання правочину недійсним // Суспільство. Держава. Право. — О., 2005. — Вип. 4. — С. 26–30.
5. Калаур І. Окремі аспекти застосування правових наслідків нікчемних і оспорюваних правочинів // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 12. — С. 48–51.
6. Кот О. О. До питання про визнання недійсними угод, укладених з метою, суперечною інтересам держави і суспільства // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 4. — С. 177–182.
7. Рабинович Н. В. Недействительность сделок и её последствия / Н. В. Рабинович. — Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1960. — 171 с.
8. Разумов К. Л. Пороки воли как основание недействительности сделок: сравнительно-правовой анализ и международная унификация : дис. ... канд. юрид. наук / К. Л. Разумов. — М., 1978.
9. Сібільов М. М. Загальна характеристика нікчемних правочинів (договорів) // Проблеми законності. — 2002. — Вип. 55. — С. 45–55.
10. Фролов В. Д. Вирішення спорів про визнання угод недійсними за позовами податкових органів // Право України. — 2004. — № 1. — С. 59–62.
11. Хатнюк Н. С. Правова природа оспорюваних правочинів // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — № 2. — С. 77–80.
12. Хейфец Ф. С. Недействительность сделок по российскому гражданскому праву / Ф. С. Хейфец. — Изд. 2-е, доп. — М. : Юрайт, 2000. — 164 с.
13. Шахматов В. П. Сделки, совершенные с целью, противной интересам государства и общества / В. П. Шахматов. — Томск, 1966.
14. Пухан-Иво П. Римское право : (базовый учебник) / П. Пухан-Иво, М. Акимовская ; пер. с македон. В. А. Томсинова и Ю. В. Филиппова ; под ред. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало-М, 2003. — 448 с.

15. Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права / Д. Д. Гримм. — Петроград, 1916.
16. Растеряев П. Педействительность юридических сделок по русскому праву / П. Растеряев. — С.Пб., 1901.
17. Гепкип Д. М. Относительная педействительность сделок // Юридический вестник. — 1914. — № 7-8.
18. Гольмстен А. Х. Учение о праве кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб, в современной юридической литературе / А. Х. Гольмстен. — С.Пб., 1894.
19. Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. — 1946. — № 3-4.
20. Цивільне право України : підручник / за ред. С. О. Харитопова, П. О. Сапіяхмстової. — К. : Істина, 2004.
21. Гражданское право : учебник. В 2 т. Т. 1 / В. С. Ем, И. А. Зенин, Н. И. Коваленко [и др.] ; под ред. Е. А. Суханова. — 4-е изд., перераб. и доп. — М., 1998.
22. Кучер В. О. До питання визначення правової природи нікчемних правочинів // Проблеми цивільного права та цивільного процесу на сучасному етапі розвитку законодавства : матеріали міжвуз. студент. наук. конф. — Донецьк, 2002.
23. Генкин Д. М. Советское гражданское право / Д. М. Генкин. — М. : Юрид. лит., 1950.
24. Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность / И. Б. Новицкий. — М., 1954.
25. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. / за ред. С. О. Харитопова. — Вид. 4-е, переробл. та допов. — Х. : Одісеї, 2008. — 1200 с.
26. Сидоренко М. В. Проблеми класифікації недійсних угод // Держава та право. — К. : ІДП ІАІПУ, 1998.
27. Ткаченко І. М. Нікчемний та оспорюваний правочин: правова різниця між поняттями // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». — 2008. — Т. 21, № 2. — С. 372-377.
28. Киселев А. А. Проблемы классификации недействительных сделок // Юрист. — 2004. — № 6. — С. 25-27.

Анотація

Давидова І. В. Види недійсних правочинів. — Стаття.

У статті розглядаються питання щодо видів недійсних правочинів як в римському праві, так і в сучасному цивільному праві України. Розглядаються позиції вчених відносно видів недійсних правочинів. Дається характеристика нікчемних та оспорюваних правочинів.

Ключові слова: правочин, недійсний правочин, нікчемний правочин, оспорюваний правочин.

Summary

Davydova I. V. Types of Void Bargaines. — Article.

Questions of the types of void competence both in the Roman law and in the current civil law of Ukraine are disposed in the article. Positions of scientists in relation to the types of void competence are examined. The description of insignificant and disputed competence is given.

Keywords: the competence, void competence, insignificant competence, disputed competence.

ОСОБЛИВОСТІ РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ ЯК СПОСОБУ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ БОРЖНИКА

В умовах ринкової економіки, побудованої на засадах конкуренції вільних товаровиробників і незалежності споживачів, основою цивільного обігу, що складається із сукупності цивільно-правових майнових відносин, які виникають з різних юридичних фактів, є договори. Договір є основним інструментом організації суспільних відносин, а договірне регулювання самостійним правовим способом організації конкретних індивідуальних договірних зв'язків [1, 35]. Тому правове регулювання договірних зобов'язань має особливу важливість. Однією з головних цілей регулювання суспільних відносин, що опосередковують процес переміщення товарних цінностей, є забезпечення стабільності окремих договорів і всього цивільного обігу в цілому. Поряд з цим для правового регулювання в цій сфері характерна визначена гнучкість, що виявляється у встановленні різних правових інструментів, покликаних забезпечити задоволення інтересів учасників обороту з урахуванням конкретної ситуації, у тому числі, можливості змінити або розірвати договір. З розвитком вільного цивільного обігу питання зміни і розірвання договору викликають підвищений інтерес.

В науковій літературі досліджувались як загальні положення про договір [1; 2], так і окремі його аспекти [3]. Значну кількість досліджень присвячено захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів [4]. Разом з тим дослідження розірвання договору як способу захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів не проводилося. Виключенням слід визнати роботи, які висвітлювали проблематику з точки зору динаміки договірних зобов'язань [5].

В умовах фінансової кризи, погіршення добробуту населення, численних неплатежів за укладеними кредитними договорами суттєво збільшилася кількість спорів, пов'язаних з невиконанням зобов'язань за кредитними та депозитними договорами [6]. Аналіз судової практики свідчить, що при укладанні договорів банки, користуючись положеннями ЦК України (ст. ст. 626, 1050), встановлюють право на дострокове стягнення всієї суми заборгованості за кредитним договором у разі порушення позичальником умов розрахунків за кредитним договором. З точки зору ЦК України, закріплення права банку вимагати дострокового повернення суми грошових коштів — логічний крок, який, як правило, економічно ні до чого не приводить. В таких випадках у боржника відсутні грошові кошти на сплату чергового платежу, а щодо сплати всієї суми, то виконання рішення суду затягується на невизначений строк. Чому не здійснюється розірвання договору у таких випадках? Після набрання законної сили рішенням суду банк продовжує нараховувати відсотки та інші штрафні санкції за договором. Звісно, така ситуація боржника не влаштовує, оскільки

стягнення всієї суми не зупиняє процесу наростання заборгованості. Разом з тим рішення суду про стягнення всієї суми заборгованості за договором не припиняє існування зобов'язальних відносин між сторонами, а з точки зору змісту правовідносин, в його існуванні залишається зацікавленим тільки кредитор, оскільки на його користь діють відповідні санкції та який має підстави для нарахування процентів у розмірі, передбаченому договором.

Якщо виходити з того, що боржник зацікавлений у виконанні, але допустив порушення та у разі розірвання з ним договору позбавляється певних суб'єктивних прав із договору, який розривається, то можна визнавати за розірванням договору характер міри цивільно-правової відповідальності. Так, С. Н. Братусь визнавав, що відповідальність — це будь-яка міра державного примушення, вживана у разі порушення договору, включаючи примушення до реального виконання [7, 8–11]. У наш час найпоширенішим поглядом є визнання відповідальності як санкції за правопорушення, що обумовлює для порушника негативні наслідки у вигляді позбавлення суб'єктивних прав або покладання на нього нових або додаткових цивільно-правових обов'язків. Такий підхід свого часу пропонував О. С. Йоффе [8, 97] і нині визнається більшістю авторів (наприклад, В. В. Вітрянським) [9, 550]. Дане визначення спростовує ідею С. Н. Братуся про те, що будь-яка міра державного примушення складає цивільно-правову відповідальність. Згідно з нині домінуючою позицією відповідальність завжди виявляється в якомусь додатковому обтяженні (або позбавленні), що носить характер покарання за правопорушення. Тому вимога про присудження до виконання зобов'язання в натурі, спрямована на виконання боржником того, що він і так повинен здійснити за договором, і не обумовлює для боржника ніяких додаткових негативних наслідків, до категорії відповідальності віднесена не може бути. Таким чином, прийнятий нині підхід успішно справляється із завданням розділення реального виконання і цивільно-правової відповідальності.

Разом з тим, якщо ми визнаємо, що розірвання кредитором порушеного договору — міра відповідальності, то неминує слідує висновок про неможливість розірвання договору кредитором, якщо порушення не може бути поставлене в вину боржнику. Відповідно, як правило, розірвання порушеного договору як міра цивільно-правової відповідальності в нашій правовій доктрині не визнається [10, 155].

Розірвання договору направлене на припинення правовідносин за даним договором. ЦК України не містить визначення розірвання договору (втім, як і зміни договору), але встановлює підстави і наслідки розірвання. Відповідно до ст. 651 ЦК України зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди інша сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору.

У вітчизняній доктрині розірвання договору звичайно визначалося як припинення дії договору на майбутній час [11]. З. М. Заменгоф визначає розірвання договору як акт, направлений на дострокове припинення на майбутній час дії договору з метою припинення на цей же час виниклого з договору зобов'язання, термін виконання якого ще повністю або в частині не наступив або виконання якого має триваючий характер [12, 22–23]. До тих пір, поки всі умови договору не виконані до кінця, зберігається можливість розірвання і зміни договору. Таким чином, розірвання договору можна визначити як дію, що направлена на припинення частково або повністю невиконаного договору, і тим самим зобов'язань, що з нього виникли на майбутній час. Розірвання договору як особливий спосіб (підстава) припинення зобов'язання характеризується спеціальною спрямованістю правоприпиняючого юридичного факту: переривання правового зв'язку сторін, що обумовлене припиненням дії договору як підстави зобов'язання; сутність розірвання договору виражається у відмові від виконання і від прийняття виконання за даним договором, розірвання договору тягне повне припинення невиконаних регулятивних зобов'язань сторін [13, 64].

Як слушно зазначалося в літературі, розірвання порушеного договору кредитором цей захід (1) застосовується у відповідь на порушення боржником договору (2) за ініціативою кредитора (3) за загальним правилом за допомогою звернення до судових органів, (4) направлена на захист прав кредитора і (5) позбавляє боржника певних суб'єктивних прав [10, 151–152]. Йдеться про позбавлення боржника прав вимагати виконання договору кредитором. Адже розірвання договору має для боржника, що допустив порушення, цілком конкретний негативний наслідок — він позбавляється прав, наданих йому договором. В цілях підтримати баланс інтересів сторін законодавці різних країн вводять певні обмеження на можливість розірвання порушеного договору.

В літературі пропонувалось розглядати розірвання порушеного договору як одного із способів захисту цивільних прав [10, 143]. Такий висновок відповідає ст. 16 ЦК України, в якій серед способів захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів передбачена зміна або припинення спірних правовідносин.

Із проаналізованих кредитних договорів можна зробити висновок, що механізм дострокового стягнення базується на ч. 2 ст. 1050 ЦК України, відповідно до якої якщо договором встановлений обов'язок позичальника повернути позику частинами (з розстроченням), то в разі прострочення повернення чергової частини позикодавець має право вимагати дострокового повернення частини позики, що залишилася, та сплати процентів, належних йому відповідно до ст. 1048 цього кодексу, тобто передбачених договором.

На нашу думку, впровадження в договір таких механізмів є встановлення сторонами договірної відповідальності. Коли у вищевказаній статті йдеться про проценти, які передбачені договором, ми розуміємо, що йдеться про проценти за фактичне користування грошима, тобто погашення кредиту призведе до припинення обов'язку їх сплачувати. З іншого боку, таке положення договору, з врахуванням фактичної неспроможності боржника вже на момент звернен-

ня стягнення продовжувати нараховувати відсотки в повному обсязі за договором, призведе до того, що боржник змушений сплатити як всю суму заборгованості, так і всі відсотки, так, як би він платив у строк за кредитним договором. Така ситуація не відповідає загальним засадам цивільного законодавства, а тому суд змушений шукати вихід з такої ситуації. В судовій практиці виникла думка, що застосування кредитором заходів, передбачених договором, наприклад вчинення виконавчого надпису, призведе до того, що відповідачі не зможуть здійснити свої права та виконати обов'язки, прийняті на себе за договором, що дозволяє зробити висновок про вплив дії договору відповідно до ст. 631 ЦК України [14]. Така хибна правова конструкція разом з тим має під собою справедливо економічну та соціальну підоснову. Боржник, відносно якого допускається стягнення в повному обсязі, опиняється в край невідгідному становищі, він позбавляється можливості виконувати зобов'язання частками, на закладене майно звертається стягнення, і при цьому банк намагається здійснити нарахування за договірними ставками за користування грошима як за весь період користування кредитом.

Разом з тим вирішувати вказану проблему необхідно виходячи з того, що захист законних інтересів у сфері договірних відносин у цивільному праві здійснюється за допомогою різних правових засобів, зокрема таких, що не є за своєю правовою природою мірами відповідальності. Так, в літературі при дослідженні сутності договірної відповідальності [15] як правового засобу вказувалось, що специфічний механізм її реалізації дозволяє враховувати одночасно й інтереси кредитора, й інтереси боржника. Це досягається за допомогою ряду матеріально-правових і процесуально-правових гарантій [16, 131]. У сукупності ці гарантії призначені запобігти зловживанню правом з боку кредитора й не допустити обмеження законних інтересів боржника. Таким чином, договірна відповідальність є не лише способом захисту порушених інтересів кредитора, але найважливішим правовим засобом узгодження, гармонізації законних інтересів кредитора й боржника, сприяє встановленню оптимального балансу між ними, що досягається за допомогою ряду матеріально-правових і процесуально-правових гарантій.

Договірна відповідальність — це насамперед урегульовані нормами цивільного права відносини між кредитором і боржником. Обов'язок боржника, санкція, а також примусова реалізація того або іншого є структурними елементами цих правовідносин, але не вичерпують їхній зміст. Як і структура будь-яких правовідносин, структура правовідносин договірної відповідальності складається із суб'єктів, об'єкта й змісту. При цьому суб'єктами таких правовідносин є кредитор і боржник, об'єктом — зумовлені порушенням договору законні інтереси кредитора й інтереси боржника, що заслуговують на увагу, а змістом — суб'єктивне право кредитора на захист і відповідний йому обов'язок боржника.

Відповідно можливість розірвання договору, з одного боку, вносить деякий дестабілізуючий фактор у відносини сторін, надаючи можливість припинити договір до отримання очікуваного результату, а з другого боку, надає спосіб

уникнути виконання договору у випадках, коли його реалізація не відповідатиме цілям, що стоять перед сторонами [13, 64]. Якщо виходити з того, що все стягнуто за рішенням суду, то економічно правовідносини з кредитування повинні завершити своє існування. Боржник зацікавлений, щоб це було оформлено юридично, тобто повинен порушити питання про розірвання договору, і це єдиний спосіб захисту його прав. З врахуванням самої ідеї договірної відповідальності та виходячи з того, що «механізм цивільно-правової відповідальності сформований навколо інтересу як стрижневого елемента», саме «інтерес як стрижневий елемент цивільно-правової відповідальності впливає на характер інших елементів і характер зчеплення в єдине ціле — систему» [17, 41–44], а «стосовно договірної відповідальності це не лише інтерес правомочної сторони, а інтереси обох сторін» [16, 132], слід зазначити, що при застосуванні механізмів договірної відповідальності розірвання договору стає єдиним способом захисту прав та законних інтересів позичальника у разі дострокового стягнення всіх платежів за кредитними договорами, який на сьогодні взагалі не використовується боржником.

Література і примітки

1. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві : навч. посіб. / Т. В. Боднар. — К. : Юстиніан, 2007.
2. Бєрвєпо С. М. Проблеми договірного права України / С. М. Бєрвєпо. — К. : Юріпком Інтер, 2006; Путипєкий Б. И. Теория и практика договорного регулирования / Б. И. Путипєкий. — М. : Зерцало-М, 2008; Забєев К. И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора / К. И. Забєев. — С.Пб. : Юрид. центр Пресс, 2003.
3. Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функція та система : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Г. Олюха. — К., 2003; Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності : навч. посіб. / В. В. Луць. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : Юріпком Інтер, 2008; Ройна О. М. Договори у господарській діяльності : практ. посіб. / О. М. Ройна. — 2-ге вид., переробл. і допов. — К. : КІПТ, 2007; Баталєр Е. А. Непоименованные договоры / Е. А. Баталєр. — М. : Экзамен, 2008; Ефимова Л. Г. Рамочные (организационные) договоры / Л. Г. Ефимова. — М. : Волтерс Клувер, 2006.
4. Бутєев В. В. К понятію механизма защиты субъективных прав // Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. — Владивосток, 1989. — С. 50; Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. — М., 2000; Дєєра І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні / І. О. Дєєра. — К., 2001; Свердлык Г. А. Защита и самозащита гражданских прав / Г. А. Свердлык, Э. Л. Страушиг. — М. : Лекс-книга, 2002; Вавилип Е. В. Осуществление и защита гражданских прав / Е. В. Вавилип. — М. : Волтерс Клувер, 2009.
5. Проєкєів П. М. Правове регулювання розірвання цивільно-правових договорів за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / П. М. Проєкєів. — К., 2003; Бородовский С. О. Укладєния, змєна та розірвання договору у цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. О. Бородовский. — Х., 2005; Присяжшєк А. Змєна і розірвання цивільно-правових договорів: правові наслідки, підстави повернення виконаного за договором // Юридична Україна. — 2005. — № 12. — С. 27–32; Чистяков К. Е. Изменение и расторжение гражданско-правового договора : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / К. Е. Чистяков. — Томск, 2002; Сомєпєков С. А. Расторжение договора в гражданском обороте: теория и практика / С. А. Сомєпєков. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : МЗ-Пресс, 2005; Карапєтов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве / А. Г. Карапєтов. — М. : Статут, 2007.
6. Так, наприклад, в 2006 році в провадженні судді Малиновського районного суду м. Одеси знаходилося 4 справи, в 2007 році — 7 справ, в 2008 — 15 справ, в 2009 — 13 справ про стягнення заборгованості за кредитними договорами станом на момент підготовки статті.

- Одновременно з'явилися справи про стягнення депозитів, зокрема дострокові. Так, в 2009 році таких звернень було 6, а в 2008 році — 2, при цьому питання про розірвання договору було порушено в усіх проапалізованих справах.
7. Братусь С. Н. Ответственность по советскому гражданскому праву / С. Н. Братусь. — Саратов, 1973.
 8. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М., 1975.
 9. Брагинский М. И. Договорное право. Кн. 1. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М., 2003. — С. 609; Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1999. — С. 550.
 10. Карапетов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве / А. Г. Карапетов. — М. : Статут, 2007.
 11. Свердлов Г. Судебное и внесудебное расторжение договоров // Еженедельник советской юстиции. — 1927. — № 4. — С. 12–42.
 12. Замешкоф З. М. Изменение и расторжение хозяйственных договоров / З. М. Замешкоф. — М. : Юрид. лит., 1967.
 13. Стребкова О. С. Изменение и расторжение договора в отношениях между коммерческими организациями : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. С. Стребкова. — Белгород, 2006.
 14. Рішення Апеляційного суду Одеської області від 11 березня 2009 року по справі № 22ц-781/09.
 15. Тут і далі ми виходимо з того, що договірну відповідальність необхідно розуміти у широкому й у вузькому розумінні: у широкому — як правовий засіб узгодження зумовлених порушенням договору законних інтересів кредитора й інтересів боржника, у вузькому — як такі, що виникають між кредитором і боржником із порушення договірних зобов'язань, правовідносини, реалізація яких забезпечена можливістю державного примусу, спрямовані на захист зумовлених порушенням договору законних інтересів кредитора оптимальним, із врахуванням інтересів боржника, способом. При цьому підставами для виникнення цих відносин на відміну від цивільно-правової відповідальності є порушення суб'єктивного права кредитора і протиправність поведінки несправного боржника, яка полягає в самому факті порушення договірних зобов'язань. Інші фактори, такі як шкода, причинно-наслідковий зв'язок і вина, не можуть розглядатися як умови договірної відповідальності й утворювати її підставу, оскільки їх наявність вимагається не завжди. Дет. див.: [16, 109–150].
 16. Ткачук А. Л. Значення вики у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. Л. Ткачук. — К., 2002.
 17. Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций / Я. Н. Шевченко, А. А. Собчак, В. В. Луцк и др.

Анотація

Дришлюк О. П. Особливості розірвання договору як способу захисту цивільних прав та інтересів боржника. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань щодо реалізації права боржника на розірвання договору. В умовах фінансової кризи, за даними судової практики, все збільшується кількість спорів, пов'язаних з невиконанням зобов'язань за кредитними та депозитними договорами. Розірвання договору як способу захисту цивільних прав та інтересів боржника на сьогодні взагалі не використовується боржником. Разом з цим, коли навіть після набрання законної сили рішення суду про дострокове стягнення всіх платежів за кредитними договорами банк продовжує нараховувати відсотки та інші штрафні санкції за договором, розірвання договору стає єдиним способом захисту прав та законних інтересів позичальника.

Ключові слова: боржник, фінансова криза, невиконання зобов'язань, розірвання договору, дострокове стягнення.

Summary

Drishliuk O. P. Features of Contract Breaking as a Mean of Debtor Civil Rights Protection. — Article.

The article is devoted to consideration of questions in relation to realization of right for a debtor on dissolution of agreement. In the conditions of financial crisis, from data of judicial practice, is multiplied all the amount of the disputes related to non-fulfillment of responsibilities by credit and deposit agreements. Dissolution of agreement as method of defence of civil laws and interests of

debtor for today in general is not used by a debtor. Together with it, when even after the set of legal force of decision of court about the ahead of shedule penalty of all payments by credit agreements, a bank continues to count percents and other fine approvals by agreement, dissolution of agreement becomes the unique method of defence of rights and legal interests of borrower.

Keywords: debtor, financial crisis, non-fulfillment of responsibilities, dissolution of agreement, shedule penalty.

УДК 347.512-053.6

Л. О. Єсінова

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШКОДУ, ЗАПОДІЯНУ МАЛОЛІТНІМИ ФІЗИЧНИМИ ОСОБАМИ

Зобов'язання щодо відшкодування шкоди є одним із найдавніших різновидів цивільних правовідносин. Учасниками цих зобов'язань можуть бути як фізичні особи, так і юридичні особи та держава (органи місцевого самоврядування), причому кожний з цих суб'єктів може виступати як на стороні заподіювача шкоди (делінквента), так і потерпілого.

Разом з тим участь у цих правовідносинах фізичних осіб є неоднаковою і залежить від наявності чи відсутності певного юридичного статусу, який встановлюється як віковими, так і іншими ознаками (наявністю певного майна тощо). Порядок відшкодування шкоди, завданої однією із категорії фізичних — малолітніх осіб потребує ретельної уваги через специфічність їх правового становища у деліктних зобов'язаннях.

Відповідно до ст. 31 ЦК *малолітньою особою* визнається фізична особа, яка не досягла 14 років. За нормами ЦК УРСР 1963 р. градація за віковою ознакою виділяла осіб, що не досягли 15 років.

У літературі висловлювалась думка про те, що діти у віці до 15 років (за нормами ЦК УРСР 1963 року) є повністю недієздатними [1, 6]. Цей висновок спирався у деякій мірі на норми сучасного тоді законодавства.

Однак погодитись з такою точкою зору не можливо, оскільки закон визнавав та визнає за цією категорією фізичних осіб певну, хоча і незначну, дієздатність. Отже більш правильним є встановлення для малолітніх так званої «часткової» дієздатності, на яку вказує і новий Цивільний кодекс України в ст. 31.

Разом з тим вказана дієздатність має саме частковий характер, оскільки, надаючи дітям до 14 років досить вузьку правочиноздатність, закон не визнає за ними можливості нести відповідальність за завдану цією особою шкоду. Можливість того чи іншого суб'єкта виступати в ролі сторони у деліктних зобов'язаннях пов'язано з одним з найважливіших понять науки цивільного права — *деліктоздатністю*.

Традиційно в сучасному праві України правове становище фізичних осіб у цивільних правовідносинах розкривається через категорії правоздатності та дієздатності.

Цивільна проздатність визначається як належне кожній фізичній особі та невід'ємне від неї право, змістом якого є можливість мати будь-які допустимі законом цивільні права та обов'язки. Цивільна правоздатність є необхідною передумовою виникнення цивільних прав і обов'язків, тобто дає юридичну можливість суб'єктам цивільного права для вступу в цивільні правовідносини і для набуття цивільних прав і обов'язків. Отже, правоздатність — це лише загальна, абстрактна можливість мати права чи обов'язки [9, 112].

Легальне визначення правоздатності закріплено в ст. 25 ЦК України. Згідно з ст. 26 ЦК України усі фізичні особи є рівними у здатності мати цивільні права та обов'язки. За загальним правилом, правоздатність не залежить від віку, стану здоров'я, можливості здійснення прав і обов'язків, життєздатності людини, хоча у випадках, передбачених у законі, можливість мати цивільні права та обов'язки може бути пов'язана з досягненням певного віку.

Але для того, щоб мати можливість самостійно створювати для себе цивільні права та обов'язки, фізична особа має бути не тільки правоздатною, але й дієздатною. Дієздатність являє собою надану фізичній особі можливість реалізації своєї правоздатності власними діями.

Згідно зі ст. 30 ЦК України, дієздатність фізичної особи — це її здатність своїми власними діями здобувати для себе цивільні права і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати і нести відповідальність у випадку їхнього невиконання.

Цінність цієї категорії, встановлюється тим, що саме дієздатність юридично забезпечує активну участь особи в цивільному обігу, реалізацію своїх майнових та особистих немайнових прав. При цьому всі інші учасники обігу завжди можуть розраховувати на застосування мір відповідальності до дієздатного суб'єкта, що спричинив шкоду.

Разом з тим не будь-який делінквент може бути стороною у правовідносинах щодо відшкодування шкоди. Так у сфері заподіяння шкоди можлива відповідальність за чужі дії, але тільки при наявності власної вини (відповідальність батьків за дії неповнолітніх; опікунів за дії підопічних і т.д.).

За загальним правилом деліктна відповідальність покладається на осіб, які є повністю дієздатними. Однак на практиці досить часто мають місце випадки, коли шкода завдається особами, які не володіють повною цивільною дієздатністю або які залежно від різних обставин не можуть в повному обсязі усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними. Тому цивільним законодавством передбачений особливий порядок відшкодування шкоди, заподіяної такими особами. Ці види зобов'язань в юридичній літературі називають «зобов'язаннями із так званим дефектним суб'єктивним складом» [10]. До них належать відшкодування шкоди, заподіяної: 1) малолітньою особою; 2) неповнолітньою особою; 3) недієздатною особою; 4) особою, цивільна дієздатність якої обмежена.

Відповідальність за винне заподіяння шкоди обумовлена т.з. «деліктоздатністю» зобов'язаної особи, тобто можливістю самостійно нести майнову відповідальність за вчинені нею шкідливі дії.

Деліктоздатність, як правило, визнається одним з обов'язкових елементів дієздатності фізичної особи [2; 4, 61; 11, 70], але вона не знайшла свого закріплення на законодавчому рівні.

На відміну від українського цивільного законодавства термін «деліктоздатність» (*Deliktsförmåga*) використовується в германському цивільному уложенні на одному рівні із правоздатністю та дієздатністю [3, 190–191]. Таке розмежування наводиться і у ЦК Швейцарії. Застосування правової категорії — деліктоздатність як окремого випадку дієздатності є особливістю права ФРН та Швейцарії (ст. 16 ШЦК).

Виникнення деліктоздатності український закон пов'язує з наявністю певних умов, зокрема: досягнення 14 або 18 років у момент здійснення правопорушення, наявність майна, достатнього для відшкодування, тощо (ст. 1179 та інші ЦК).

За нормами чинного українського законодавства діти у віці до 14 років та особи, визнані судом недієздатними у встановленому законом порядку, є повністю *неделіктоздатними*.

В деяких інших правових системах вік делінквента (заподіювача шкоди) в принципі не має юридичного значення і суд може покласти на нього обов'язок відшкодувати шкоду, якщо визнає, що на момент здійснення правопорушення делінквент був у змозі розуміти значення своїх дій. Наприклад, в США неповнолітні самостійно несуть деліктну відповідальність. Однак, враховуючи те, чи міг неповнолітній за станом свого розуміння, свого розумового розвитку діяти винним чином.

В § 828 германського цивільного уложення стосовно деліктоздатності встановлені ті ж вікові межі і обсяг обмежень, що і для дієздатності, але, на відміну від останньої, закон містить додаткову кваліфікуючу ознаку: для виникнення деліктної відповідальності у віці від 7 до 18 років необхідно, щоб неповнолітній мав достатнє розуміння для усвідомлення своєї відповідальності. Що ж до інших правових систем, то проблема відшкодування шкоди, завданої неповнолітнім, вирішується також з урахуванням суб'єктом протиправності та шкідливості своєї поведінки, хоча в законах не міститься спеціальної правової категорії — деліктоздатність [5, 63].

Відповідно до ч. 1 ст. 1178 ЦК України шкода, завдана малолітньою особою, відшкодовується її батьками або іншою особою, яка на правових підставах здійснює виховання малолітнього. Так само, як і батьки, відповідають і усиновлювачі, оскільки відповідно до ст. 207 СК вони урівнюються у правах та обов'язках з родичами за походженням.

Всі перелічені суб'єкти відповідають за дії малолітніх лише у тому випадку, якщо не доведуть, що шкода виникла не за їх виною, тобто якщо вони не доведуть, що шкода не є наслідком несумлінного здійснення або ухилення ними від здійснення виховання та нагляду за малолітньою особою (ч. 1 ст. 1178 ЦК).

Як вказує судова практика, в цьому випадку під *виною* слід розуміти нездійснення належного догляду за малолітніми в момент заподіяння ними шкоди або безвідповідальне ставлення до їх виховання чи неправомірне використан-

ня батьківських прав, потурання пустошам, хуліганським діям, бездоглядність дітей, відсутність до них уваги тощо. Тому зазначені відповідальні особи не можуть бути звільнені від відшкодування шкоди, намагаючись довести свою невинність посиланнями, зокрема, на такі обставини, як відсутність їх вдома на час заподіяння неповнолітніми шкоди чи проживання окремо від дитини (якщо шлюб між батьками розірваний). До відповідальності притягуються обидва батьки дитини, оскільки відповідно до ст. 141 СК України мати і батько мають рівні права та обов'язки щодо своїх дітей, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі між собою. Розірвання шлюбу між батьками, проживання їх окремо від дитини не впливають на обсяг їхніх прав і не звільняють від обов'язків щодо дитини. Як вказує судова практика, при заподіянні шкоди неповнолітнім як цивільних відповідачів слід притягувати обох батьків [7].

Щодо вини безпосередніх заподіювачів шкоди, то їх незрілий вік не дозволяє говорити про їх вину, незважаючи на те, що суб'єктивна сторона їх поведінки, мотиви (пограти, помститися тощо) можуть також враховуватися при її відшкодуванні.

Якщо за об'єктивними причинами один із батьків ніякої участі у вихованні не брав, наприклад, унаслідок тривалого лікування, перебування на службі у Збройних силах України тощо, говорити про наявність їх вини не можна, оскільки фактичний зв'язок із малолітнім був повністю припинений з незалежних від них обставин.

В ч. 2 ст. 1178 ЦК України міститься перелік закладів, зобов'язаних здійснювати нагляд за малолітніми: навчальні заклади, заклади охорони здоров'я чи інші заклади, зокрема приватні школи, спеціальні (кореляційні) навчальні заклади. Останні несуть відповідальність за шкоду, завдану малолітніми, якщо не доведуть відсутність своєї вини.

На практиці під виною навчальних, виховних та лікувальних закладів розуміється лише нездійснення ними належного нагляду за дітьми в момент завдання шкоди [8].

Крім того, Пленум Верховного Суду України у своїй Постанові від 27 березня 1992 р. № 6, п. 6, зазначив: *перелік в Цивільному кодексі фізичних і юридичних осіб, які несуть відповідальність за шкоду, заподіяну неповнолітніми віком до п'ятнадцяти років (нині — до 14 років), є вичерпним і поширеному тлумаченню не підлягає*.

Саме тому можна погодитись з думкою деяких авторів, які слушно зазначають, що не може бути покладено обов'язок відшкодувати завдану шкоду на заклади дошкільної освіти дітей (наприклад, будинок, центр дитячої творчості, станцію юних техніків, туристів, натуралістів, центр додаткової освіти дітей, традиційної культури, народних ремесел тощо) [12, 1073]. Тобто на заклад, де діти перебувають лише незначний час.

Особами, які зобов'язані відповідати за шкоду, завдану малолітніми, є також особи, які здійснюють виховання дитини на підставі патронажного договору (ст. 252 СК України).

Порядок встановлення над малолітніми особами, позбавленими батьківсь-

кого піклування, опіки, регламентується главою 6 ЦК, ст. 248 та ін. СК України. У разі неможливості влаштування малолітнього ні у сім'ю, ні у дитячий заклад виконання обов'язків його опікуна покладається на органи опіки та піклування (ст. 65 ЦК). Останні, як і опікун — при його наявності, несуть відповідальність за шкоду, завдану такими малолітніми.

Інтерес викликає питання, чи може установа, яка відшкодувала шкоду, пред'явити зворотну вимогу до свого робітника, який безпосередньо порушив вимоги педагогічного характеру, на підставі ст. 1191 ЦК України «Право зворотної вимоги до винної особи»?

Як випливає із змісту ст. 1191 ЦК України, підставою для звернення в порядку регресу до своїх робітників в установи є тоді, коли вона не є винною у здійсненому правопорушенні.

Системний аналіз норм ЦК України дає змогу зробити висновок, що такий випадок може мати місце, коли відшкодування шкоди установою сталося в порядку ст. 1172 ЦК України «Відшкодування юридичною чи фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником чи іншою особою». Але у нашому випадку з цим не можна погодитись.

Уявляється, оскільки законом встановлюється *спеціальний суб'єкт відповідальності* за шкоду, завдану малолітньою особою, — установа або відповідний заклад, а стала судова практика вказує на наявність вини у діях чи бездіяльності саме цього суб'єкта цивільних правовідносин — установи або закладу, то відповідальність за шкоду, заподіяну малолітнім, виникає саме у цієї юридичної особи, причому на підставі ст. 1178 ЦК «Відшкодування шкоди, завданої малолітньою особою», а не на підставі ст. 1172 ЦК. Одночасне застосування цих двох статей також є неможливим.

Крім того, у ст. 1172 ЦК мова йдеться про шкоду, заподіяну працівником, а у нашому випадку шкода, заподіяна третьою особою — малолітнім.

Якщо шкода була заподіяна як через вину батьків (опікунів), так і через вину навчальних, виховних або лікувальних закладів або особи, що зобов'язана здійснювати нагляд за малолітнім, то відшкодування здійснюється за принципом дольової відповідальності залежно від ступеня вини кожного (ч. 4 ст. 1178 ЦК).

Закон спеціально регулює питання *відповідальності батьків, позбавлених батьківських прав*. Так, батьки, позбавлені батьківських прав, зобов'язані відшкодувати шкоду, завдану їх дитиною, протягом трьох років після позбавлення їх батьківських прав з дати вступу судового рішення про позбавлення батьківських прав в законну силу (ст. 1183 ЦК України).

Таке правило є новелою цивільного законодавства України і свідчить про намір додаткового впливу на несправну категорію батьків за допомогою, у тому числі, цивільно-правових санкцій.

Підстави, порядок і наслідки позбавлення батьківських прав передбачені ст. ст. 164–166 СК України. Особи, позбавлені батьківських прав, втрачають не лише право на особисте виховання своїх дітей, а також всі інші права, що випливають із факту спорідненості з дитиною. Проте за ними зберігаються

деякі обов'язки як покарання за скоєне та додаткове обтяження. Зокрема, обов'язок утримувати свою дитину (ч. 2 ст. 166 СК), а також відшкодувати шкоду, завдану їх дітьми. Таким чином, на батьків покладається додатковий тягар за неналежне виховання дитини, відсутність будь-якого нагляду за дитиною, турботи про її життєво необхідні потреби.

Для покладення відповідальності на батьків, позбавлених батьківських прав, необхідно встановити причинний зв'язок між неналежним виконанням батьками своїх обов'язків та поведінкою дитини, що спричинило завдання шкоди. Так, неналежним виконанням батьківських обов'язків є безвідповідальне ставлення до виховання своїх дітей у формі ухилення батьків від обов'язку піклуватися про здоров'я дитини, її фізичний, духовний, розумовий та моральний стан та розвиток, застосування фізичних та інших видів покарань, що принижують людську гідність дитини, а також аморальної, антигромадської поведінки батьків, що здійснює негативний вплив на дітей.

Правила ст. 1183 ЦК застосовуються до всіх випадків завдання шкоди малолітніми, незалежно від місця їх перебування після винесення рішення судом про позбавлення батьківських прав (під опікою, у сім'ї усиновлювачів або в виховному закладі).

Батьки, позбавлені батьківських прав, несуть відповідальність за шкоду, завдану їх дітьми, якщо не доведуть, що ця шкода не є наслідком невиконання ними своїх батьківських обов'язків. Тобто Цивільним кодексом встановлена *презумпція причинного зв'язку* між протиправною поведінкою несправних батьків (невиконанням ними своїх батьківських обов'язків) і шкодою, завданою малолітнім.

Суб'єктивною підставою відповідальності батьків, позбавлених батьківських прав, є *вина*, яка також презюмується.

Оскільки малолітній не може бути винним у заподіянні шкоди, а відповідальність батьків (опікунів) та інших осіб, зазначених в ст. 1178 ЦК, — це відповідальність за власну вину, то, за загальним правилом, *малолітній не несе відповідальності щодо відшкодування шкоди і після досягнення повноліття* (18 років).

Виключення з цього правила передбачені ч. 5 ст. 1178 ЦК. З метою захисту прав та інтересів потерпілого на безпосереднього делінквента, після досягнення ним повноліття, може бути покладений обов'язок частково або у повному обсязі відшкодувати шкоду, заподіяну ним у віці до 14 років, за наявності таких обставин:

- 1) шкода була завдана життю або здоров'ю потерпілого;
- 2) відповідальними за завдану шкоду є не юридична особа — установа або заклад, вказані в ч. 2, 3 ст. 1178 ЦК України, а батьки (усиновлювачі), опікуни чи інша фізична особа, яка на правових підставах здійснювала виховання малолітньої особи;
- 3) останні є неплатоспроможними або померли;
- 4) делінквент має достатні для цього кошти (наявність іншого майна до уваги не береться).

Для вирішення питання про відповідальність колишнього неповнолітнього необхідна наявність сукупності всіх вказаних вище обставин.

Шкода може бути завдана сумісними діями двох та більше малолітніх осіб. Такі особи називають *співзаподіювачами шкоди*.

Сумісне завдання шкоди має місце у тому випадку, якщо її виникнення причинно пов'язано з протиправними діями кожного із співзаподіювачів шкоди. При цьому зовсім не потрібно, щоб співзаподіювачі шкоди діяли одночасно. Важливо лише, що виникла шкода — неподільний результат дій цих осіб.

За загальним правилом, відповідно до ст. 1190 ЦК, особи, спільними діями або бездіяльністю яких було завдано шкоди, несуть солідарну відповідальність перед потерпілим. Але існують спеціальні правила відшкодування шкоди, якщо вона завдана кількома малолітніми особами, закріплені в ст. 1181 ЦК.

Оскільки особи віком до 14 років невідліктосдатні, то відповідальність за їх дії у будь-якому разі несуть інші особи — перелічені в ст. 1181 ЦК: батьки (усиновлювачі), опікуни, заклади, які за законом здійснюють щодо малолітньої особи функції опікуна. Перелік цих осіб не включає виховні, лікувальні та інші установи і заклади та інших осіб, вказаних в ст. 1178 ЦК, тобто є значно вужчим.

Але оскільки батьки (усиновлювачі), опікуни та заклади, що здійснюють функції опікуна, не є особами, які безпосередньо завдали шкоди, незважаючи на створення своєю поведінкою (неналежне виховання, відсутність нагляду за дітьми тощо) необхідних умов для завдання шкоди, то у даному випадку застосовується *принцип дольової відповідальності*. Тобто кожний з них відповідає у певній частці, розмір якої може бути встановлений за домовленістю між цими особами або за рішенням суду (якщо відшкодування шкоди покладається на батьків (усиновлювачів), опікуна) або тільки за рішенням суду (якщо відповідає заклад, який здійснює функції опікуна). Відсутній принцип диспозитивності сторін при встановленні такого розміру).

При цьому діє *презумпція рівності часток* у зобов'язанні із множинністю осіб, закріплена в ст. 540 ЦК. Тобто частки відповідальності батьків (усиновлювачів), опікунів, закладу, що виконує функції опікуна, за дії різних малолітніх осіб передбачаються рівними, крім випадку, коли один із них не доведе, що його вина в несумлінному здійсненні або ухиленні від здійснення виховання та нагляду за малолітньою особою є меншою.

Через психічну незрілість ступінь вини самих малолітніх осіб, які завдали шкоди, на розмір відповідальності їх батьків (усиновлювачів), опікунів не впливає.

Правила щодо відшкодування шкоди, заподіяної фізичними особами у віці до 14 років, закріплені в ст. ст. 1178, 1181 ЦК, застосовуються при завданні шкоди як майну, життю і здоров'ю потерпілого, так і моральної шкоди.

Як вказувалось, батьки (усиновлювачі), опікуни, а також установи та заклади, перелічені у ст. ст. 1178, 1181 ЦК, відповідають за власну вину, в правовому розумінні. Тому, відшкодував шкоду, заподіяну малолітньою особою, вони не отримують права зворотної вимоги (*регресу*) до особи, яка безпосередньо завдала шкоду.

Література

1. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. — М., 1950.
2. Васильев В. В. Дифференциация гражданской правосубъектности / В. В. Васильев, Е. О. Харитонов // Правовое положение несовершеннолетних : сб. науч. тр. — Краснодар, 1985. — С. 14–15.
3. Германское право. Ч. I. Гражданское уложение : пер. с нем. — М. : Междунар. центр филол.-соц.-экон. развития, 1996. — (Серия «Современное зарубежное и международное частное право»).
4. Гражданское право : учебник. В 2 т. Т. 1 / под ред. Е. А. Суханова. — М. : БЕК, 1993.
5. Гражданское и торговое право капиталистических государств : учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Междунар. отношения, 1993.
6. Иоффе О. С. Советское гражданское право / О. С. Иоффе. — М., 1967.
7. Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочином, і стягнення безпідставно нажитого майна : постанова Пленуму Верховного суду УРСР від 31 берез. 1989 р. № 3 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України — 2004. — № 12.
8. Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди : постанова Пленуму Верховного суду України від 27 берез. 1992 р. № 6 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2008. — № 5.
9. Цивільне право України : підручник. В 2 т. Т. 1 / за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубської. — Х. : Одиссей, 2008.
10. Цивільне право України. Академічний курс : підручник. У 2 т. Т. 2. Особлива частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2004.
11. Цивільне та сімейне право України : навч.-практ. посіб. / за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дришлюка. — Вид. 2-ге, переробл. та допов. — Х. : Одиссей, 2003.
12. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. — Вид. 3-тє, переробл. та допов. — Х. : Одиссей, 2006.

Анотація

Єсіпова Л. О. Цивільно-правові аспекти відповідальності за шкоду, заподіяну малолітніми фізичними особами. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу зобов'язань відповідальності за шкоду, заподіяну малолітніми фізичними особами. Досліджуються питання визначення малолітніх осіб, можливості їх участі у вказаних зобов'язаннях, категорія «деліктоздатність» щодо малолітніх. Визначаються суб'єкти, які відповідають за шкоду, заподіяну малолітніми, підстави виникнення зобов'язань за їх участю. Аналізуються принципи відповідальності декількох зобов'язаних осіб за шкоду, заподіяну малолітніми. Розкривається питання відповідальності батьків, позбавлених батьківських прав; порядок відшкодування шкоди, заподіяної сумісними діями двох та більше малолітніх осіб.

Ключові слова: малолітня особа, деліктоздатність, відповідальність, вина батьків та інших зобов'язаних осіб, співзаподіювачі шкоди.

Summary

Iesipova L. O. Civil Aspects of Liability, Arising of Minor Persons Activity. — Article.

The article is devoted to the analysis of responsibility obligations for harm, caused by children. The questions of definition of children, possibility of their participation in the indicated obligations, the category of «delictual liability» in relation to children are examined. Subjects, which are responsible for harm caused by children, reasons of obligations accrual with their participation are determined. Principles of responsibility of a few obliged persons for harm caused by children are analysed. The question of responsibility of parents, deprived of parental rights; the order of compensation of harm, caused by consistent actions of two and more children is out.

Keywords: a child, delictual liability, responsibility, guilt of parents and other obliged persons, co-injurer.

СПЕЦИФІКА ДОГОВОРУ ЗАСТАВИ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Сутність іпотечних відносин в аграрному секторі економіки така ж сама, як і в інших секторах. Разом з тим іпотечні відносини в сільському господарстві мають свої, властиві тільки їм особливості. До них насамперед слід віднести іпотеку земельних ділянок сільськогосподарського призначення [1].

Згідно із Законом «Про іпотеку» від 5 червня 2003 р. [2, 313] іпотека — вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, відповідно до якого іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника. Предметом іпотеки завжди є нерухоме майно. Спеціальний порядок передбачається для іпотеки земельних ділянок (ст. 15 Закону України «Про іпотеку»), становлення та розвиток такої іпотеки потребує чіткого врегулювання земельних відносин.

Відповідно до ч. 2 ст. 345 Господарського кодексу України [3, 144], кредитні відносини здійснюються на підставі кредитного договору, що укладається між кредитором та позичальником у письмовій формі. У кредитному договорі передбачається мета, сума і строк кредиту, умови та порядок його видачі та погашення, види забезпечення зобов'язань позичальника, відсоткові ставки, порядок плати за кредит, обов'язки, права та відповідальність сторін щодо видачі та погашення кредиту.

Безпосередньому наданню іпотечного кредиту передуює оцінка банком кредитоспроможності потенційного позичальника, яка включає в себе грошову оцінку земельної ділянки сільськогосподарського призначення, що пропонується як предмет застави.

Оцінка земель сільськогосподарського призначення має свої суттєві особливості. Оцінка нерухомого майна як предмета застави не повинна суперечити Міжнародним стандартам оцінки, зокрема Стандарту 4 Міжнародного комітету із стандартів оцінки (МКСО) (24.03.1994). Стандарт 4 МКСО встановлює особливості оцінки нерухомості з метою забезпечення позики, застави і боргових зобов'язань.

Певні значення в становленні іпотеки може мати Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність» від 12 липня 2001 р. [4].

Оцінка земельної власності є обов'язковим елементом іпотечного кредитування. Оцінка нерухомого майна як предмета застави, що вказана у договорі іпотеки, насамперед, цікавить заставодержателя, бо продажна ціна цього майна є гарантією безпеки майнових прав банку-кредитора у разі невиконання іпотекодавцем основного зобов'язання. Тому банк-кредитор має бути обов'язковим

учасником визначення заставної ціни. Треба мати на увазі, що при оцінці нерухомості визначають її сподівану ціну продажу, яка може відрізнятись від фактичної ринкової ціни [5]. Визначаючи вартість предмета застави, потрібно врахувати лише його довгострокові властивості та дохід, який може принести предмет застави при нормальному господарюванні будь-якому власнику, тобто при визначенні можливої ціни продажу мають значення лише довгострокові властивості оцінюваного об'єкта і стабільний дохід.

Закон України «Про оцінку землі», який регулює проведення грошової оцінки земельної ділянки за умови розробки національних стандартів оцінки, які б повністю відповідали світовим, дозволить піднести іпотечно-оціночну діяльність до рівня офіційно визначеної. Доречним є зауваження про те, що якщо розглядати заставну ціну — як сподівану ціну продажу предмета застави за мінусом кредитних ризиків, тоді узгодження суми кредиту з вартістю застави — при відомій сподіваній ціні продажу — означає: оцінку заставних ризиків; визначення заставної ціни.

Дані бонітування ґрунтів є складовою частиною державного кадастру та є основою проведення економічної оцінки сільськогосподарських угідь і враховуються при визначенні екологічної придатності ґрунтів для вирощування сільськогосподарських культур, а також втрат сільськогосподарського виробництва.

Грошова оцінка земельних ділянок може бути нормативною та експертною. **Нормативна оцінка** земельних ділянок використовується для розміру земельного податку, державного мита при міні, успадкуванні та даруванні земельних ділянок, орендної плати за землю державної та комунальної власності, втрат сільськогосподарського та лісового виробництва, а також при розробці показників і механізмів економічного стимулювання раціонального використання та охорони земель. **Експертна грошова оцінка** земельних ділянок та прав на них проводиться з метою визначення вартості об'єкта оцінки, при здійсненні цивільно-правових угод щодо земельних ділянок та прав на них, крім випадків, визначених Законом України «Про оцінку землі». До грошової експертної оцінки земель сільськогосподарського призначення (ріллі) включаються ще й такі показники, як родючість, умови зрошення, інтенсивність ерозії, зручність для обробітку, екологічний стан та розміщення.

Нормативне встановлення нижньої межі ринкових цін на землю має принципове значення. З одного боку, воно дає змогу скасувати законодавчі заборони та обмеження, що перешкоджають формуванню земельного ринку, і з другого боку, цей захід не дасть можливості для форсування продажу земель у значних масштабах, доки країна не вийде з аграрної кризи і купівля земель за цінами світового рівня не стане вигідною.

Але навіть наявність кредитного договору не гарантує виконання зобов'язань позичальника перед кредитором. Усі кредити пов'язані з господарськими збитками. Поняття *збитку* тісно пов'язане з поняттям *ризик*. Хоча і збитки, тобто ризики мають об'єктивне і негативне поняття. Збиток (ризик) через безгосподарність чи збиток (ризик) як наслідок стихійного лиха, погодних умов

(засуха, заморозки, суховії, підтоплення і т.д.). Тому жоден кредит не видається кредитором без страхування ризику.

Істотними умовами договору є: відомості про заставодавця і заставодержателя; зміст та розмір основного зобов'язання; опис земельної ділянки, достатній для її ідентифікації, та реєстраційні дані з обов'язковим зазначенням того, що земельна ділянка має сільськогосподарське призначення; посилення на випуск заставної або її відсутність. До договору застави земельної ділянки сільськогосподарського призначення обов'язково повинна додаватися копія плану цієї ділянки.

Сторонами договору застави земельної ділянки сільськогосподарського призначення виступають заставодавець і заставодержатель. Заставодавець — це фізична або юридична особа, власник земельної ділянки, яка є у нього на праві приватної власності, постійного користування або довгострокової оренди. Заставодавець може виступати в одній особі або представляти декілька осіб, або цілий колектив власників, які уповноважили його бути керівником цього колективу і на основі рішення цього колективу: статуту підприємства, договорів оренди, рішення зборів засновників підприємства доручили йому юридично виступати заставодавцем і нотаріально засвідчили його повноваження. Заставодавець передає свою ділянку або землі людей, які уповноважили його на це, для забезпечення виконання власного зобов'язання, або цілого колективу, який він очолює перед заставодержателем.

Заставодержатель — це юридична особа, яка приймає земельну ділянку сільськогосподарського призначення для забезпечення своїх вимог при наданні і поверненні кредиту, який наданий заставодавцю. Заставодержатель і кредитор виступає в одній особі. Ця особа може бути також уповноваженою при здійсненні правочину від банку, інвестиційної компанії, кредитної спілки чи установи тощо. Відповідно до ч. 4 ст. 133 ЗК України заставодержателем земельної ділянки сільськогосподарського призначення можуть бути лише банки.

До інститутів ринку застави землі В. І. Кравченко [6] відносить:

- 1) інститут іпотечного кредитування (універсальні, земельні, іпотечні банки);
- 2) інвесторів (фонди підтримки підприємницької діяльності, пенсійні фонди, страхові компанії);
- 3) заклади фінансування ліквідності (центральный банк, іпотечні корпорації, фонди трастового характеру);
- 4) інститути ринків нерухомості (оціночні агентства, ріелторські контори);
- 5) інститути інформаційно-аналітичного забезпечення ринку (бюро кредитної інформації, рейтингові агентства);
- 6) організації, що забезпечують впровадження правил діяльності суб'єктів земельного ринку (асоціації банків, страхових компаній);
- 7) інститути, які забезпечують обіг та збирання іпотечних цінних паперів (біржі, депозитарії);
- 8) інститути державного регулювання іпотечного ринку (спеціальні органи виконавчої влади, органи нотаріату, органи судової влади}.

Державу у правовідносинах заставодавець (позичальник) — заставодержатель (кредитор) представляють законодавчі і виконавчі органи. Вони створюють законодавчу і нормативну базу (правове поле) і стають на сторожі прав і обов'язків суб'єктів заставодавця і заставодержателя, виконання ними двостороннього правочину. Тут доречно не упустити третю сторону правочину, скажімо договору застави, коли на стороні позичальника виступає майновий поручитель.

Умови іпотечного договору, предметом якого є земельні ділянки, повинні містити права та обов'язки сторін, передбачені ЦК України [7, 175; 8, 25], ЗК України [9], Законом України «Про іпотеку». Одною з обов'язкових умов повинна бути обговорена відповідальність іпотекодавця по підтримці земельної ділянки у стані, придатному для її цільового використання (ст. 18 Закону «Про іпотеку»). Право на земельну ділянку сільськогосподарського призначення може бути обмежено законом або договором шляхом встановлення заборони на продаж або інше відчуження певним способом протягом встановленого строку (ст. 111 ЗК України). Логічним продовженням цієї законодавчої норми є вимога ст. 15 Закону України «Про іпотеку» — заборона та обмеження щодо відчуження і цільового використання, встановлені ЗК України, є чинними при іпотеці цих земельних ділянок. Головним правом заставодержателя можна вважати право вимагати виконання основного зобов'язання заставодавцем [10]. А основне завдання заставодавця — це віддати кредит з відсотками по ньому, всі комісійні витрати по забезпеченню кредиту, страхові, штрафні санкції, неустойку, судові витрати (якщо виникають із неналежних умов виконання кредитного договору).

Традиційно у відношенні застави заставодержатель користується перевагами захисту права в абсолютному порядку із застосуванням тих же правових засобів, за допомогою яких захищається право власності [11, 64].

З точки зору системності прав і обов'язків сторін у договорі застави земельної ділянки сільськогосподарського призначення, можна виділити такі основні групи правомочностей заставодержателя і заставодавця.

Право заставодержателя:

- 1) на заставлену земельну ділянку, яке забезпечує йому звернення його виключних прав відносно третіх осіб;
- 2) на збереження вартості земельної ділянки за рахунок обов'язків заставодавця;
- 3) на отримання матеріального задоволення (треба заздалегідь установити підстави звернення стягнення на земельну ділянку, передбачити стягнення і на інше майно боржника, якщо основна застав цього не забезпечує);
- 4) на захист своїх інтересів у будь-яких інститутах державної влади.

Право заставодавця:

- 1) на довгострокове виконання основного зобов'язання;
- 2) на проведення процедури звернення стягнення відповідно до закону і умов договору;
- 3) на отримання різниці, що перевищує суму, виручену від продажу його застави, над сумою боргу;

4) на отримання захисту своїх інтересів законом в органах державної влади.

Заставодавець має право згідно зі ст. 586 ЦК України користуватися предметом застави відповідно до його призначення, в тому числі здобувати з нього плоди та доходи, якщо інше не передбачено договором і не впливає із суті застави. Заставодавець має право відчужувати заставлену земельну ділянку, передавати її в користування іншій особі, але за згодою заставодержателя, якщо інше не встановлено договором. Але треба зазначити, що в чинному законодавстві існує велика прогалина, яка не дозволяє з точністю і однозначністю говорити про закріплення способів захисту суб'єктивного права заставодержателя. За згодою заставодержателя заставодавець має право: зводити, знищувати чи проводити капітальний ремонт будівлі (споруди), розташовані на земельній ділянці; здійснювати істотне поліпшення самої земельної ділянки; передавати заставлену земельну ділянку сільськогосподарського призначення в наступну заставу; відчужувати земельну ділянку; передавати заставлену ділянку у спільну діяльність, лізинг, оренду, користування.

При переході права власності на заставлену земельну ділянку до іншої особи у порядку спадкування до неї переходять права і обов'язки заставодавця. А коли заставлена земельна ділянка переходить у власність декількох осіб, до них переходять права та обов'язки заставодавця пропорційно їх частці в загальній власності на предмет застави.

Заставодавець або спадкоємець залишається власником земельної ділянки до моменту сплати боргу, оскільки її відчуження до погашення боргу забороняється — це теж існуюча суперечність у законодавстві.

Література

1. Кручок С. І. Іпотечне кредитування: Європейська практика та перспективи розвитку в Україні / С. І. Кручок. — К. : Урожай, 2003. — 208 с.
2. Про іпотеку : Закон України від 5 черв. 2003 р. № 898-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 38.
3. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19, 20, 21, 22.
4. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність : Закон України від 12 лип. 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001.
5. Фоллак К.-П. Основні положення оцінки нерухомого майна // Програма та матеріали семінару «Перспективи вдосконалення законодавства України та європейська практика в питаннях: державної реєстрації прав на нерухоме майно, іпотеки, рієлторської діяльності», 22–24 лютого 1999 р. / М-во юстиції України, Нім. фонд міжпар. правового співробітництва. — К., 1999.
6. Кравченко В. І. Інститути та інструменти іпотечного ринку // ПДФІ. — 2002. — № 4.
7. Сидор В. Д. Права та обов'язки сторін за договором застави земельних ділянок сільськогосподарського призначення // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 2004. — № 4.
8. Литвищенко С. Права и обязанности сторон при залоге // Все о бухгалтерском учете. — 1996. — № 11.
9. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. — Х. : Одіссей, 2004.
10. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3–4.
11. Черных А. В. Залог недвижимости в российском праве / А. В. Черных. — М. : ЛЕГАТ, 1995.

Анотація

Кізлова О. С. Специфіка договору застави земельних ділянок сільськогосподарського призначення. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань встановлення особливостей застави земель сільськогосподарського призначення, визначення правової природи, визначення особливостей земель сільськогосподарського призначення, як об'єкта застави. Предметом застави може бути як земельна ділянка сільськогосподарського призначення, так і її плоди.

Ключові слова: застава, застава земель сільськогосподарського призначення, об'єкт застави, іпотека.

Summary

Kizlova O. S. Specifics of Pledge of Agricultural Lands. — Article.

This article is devoted to a research into the legal nature of the pledge agricultural lands, an analysis of conceptual provisions especially agricultural lands how object of the pledge.

Keywords: pledge, pledge agricultural lands, object of the pledge, mortgage.

УДК 347.416

П. А. Меденцев

ОДНОСТОРОННЯ ВІДМОВА ВІД ДОГОВОРУ В КОНТЕКСТІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВИХ НАСЛІДКІВ ПОРУШЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Однією з умов ефективного функціонування економіки будь-якої країни є дотримання учасниками економічного обороту прийнятих на себе зобов'язань. Проте в умовах економічної кризи, в якій перебувають сучасні держави, багато договорів не виконується, що, у свою чергу, сприяє подальшому поглибленню негативних процесів в економіці.

За таких умов особливого значення набувають проблеми невиконання договірних зобов'язань і, відповідно, аналіз питань, пов'язаних з правовими наслідками їх порушення.

Стаття 611 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) визначає, що у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди. Правова природа зазначених наслідків (заходів) є різною. Так, наприклад, відшкодування збитків та моральної шкоди є заходами цивільно-правової відповідальності, одностороння відмова від договору — заходом оперативного впливу тощо. Крім того, сторони договору можуть застосовувати й інші способи захисту цивільних прав та інтересів, передбачені законом або договором.

Стаття 611 ЦК України визначає як один із наслідків порушення зобов'язання його припинення, яке, в свою чергу, може відбутися внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання.

Відмова від договору (договірного зобов'язання) може бути взаємоузгодженою та односторонньою.

Взаємоузгоджена відмова від договору є правоприпинювальним правочином, який призводить до припинення первісного договірного зобов'язання.

Одностороння відмова від договору допустима лише у випадках, передбачених договором або законом. При цьому правом на односторонню відмову особа може скористатися як у разі порушення умов договору, визначених законом, другою стороною (наприклад, ст. ст. 665, 666, 672, 678, 684, 690, 692, 695, 766, 782 ЦК України), так і незалежно від порушення умов договору (наприклад, ч. 2 ст. 408, ст. 724, ст. 739, ст. 763, ст. 790 ЦК України).

Дослідженню інституту відмови від договору в цілому та односторонньої відмови зокрема приділяли увагу такі вчені, як В. Ансон, Т. В. Боднар, В. Д. Примак та ін. Проте однозначної відповіді на питання щодо правової природи односторонньої відмови від договору та місця зазначеного способу захисту цивільних прав та інтересів серед правових наслідків порушення зобов'язань наразі не існує.

Вивчення зазначених питань і є метою даної статті.

Чинний ЦК України передбачає такі основні види односторонньої відмови від договору: 1) як санкцію за порушення умов договору другою стороною; 2) як право на вчинення односторонньої відмови без застосування заходів цивільно-правової відповідальності; 3) як безпідставну відмову від договору за відсутності порушень умов договору другою стороною з покладенням на сторону, що відмовилася, негативних правових наслідків, передбачених договором або законом [2, 299].

Видова належність односторонньої відмови від договору впливає на визначення правової природи останньої.

На думку Т. В. Боднар, оскільки не будь-яка одностороння відмова від договору є способом самозахисту цивільних прав та інтересів, для визнання за односторонньою відмовою способу самозахисту цивільних прав необхідні такі передумови: *по-перше*, наявність порушення, невизнання або оспорювання цивільного права особи; *по-друге*, одностороння відмова має виходити від особи, чиє право порушене, не визнається або оспорюється; *по-третє*, наслідком застосування односторонньої відмови є захист порушеного, невизнаного або оспорюваного права особи способом, встановленим договором або законом [1, 39–40].

Зазначений автор звертає увагу на те, що ЦК України (ч. 3 ст. 651) передбачає різні правові наслідки односторонньої відмови від договору у разі його порушення: у разі відмови від договору частково — зміну умов договору; у разі відмови від договору у повному обсязі — розірвання договору. Отже, в обох випадках односторонньої відмови маємо справу зі способами захисту порушених цивільних прав, передбаченими відповідно п. 6 і 7 ч. 2 ст. 16 ЦК України, — зміною правовідношення і припиненням правовідношення, які у разі застосування їх стороною договору набувають характеру способів самозахисту. Проте лише цими двома способами самозахист цивільних прав та інте-

ресів у випадку односторонньої відмови від договору не обмежується. Способами самозахисту у зазначеному випадку можуть бути: а) припинення дії, яка порушує право (п. 3 ч. 2 ст. 16 ЦК України); б) відновлення становища, яке існувало до порушення (п. 4 ч. 2 ст. 16 ЦК України); примусове виконання обов'язку в натурі (п. 5 ч. 2 ст. 16 ЦК України) [1, 40].

Як бачимо, Т. В. Боднар розглядає односторонню відмову від договору як спосіб захисту цивільних прав та інтересів. Поряд із цим, вона зазначає, що правовими наслідками односторонньої відмови від договору в одних випадках є зміна договору і припинення договору (у контексті ст. 16 ЦК України — зміна правовідношення і припинення правовідношення). На перший погляд, може скластися враження, що тут існує певна помилка, адже правовими наслідками одних способів захисту є інші способи захисту. Проте, на нашу думку, жодної помилки тут немає, оскільки: по-перше, захист цивільних прав може здійснюватись шляхом вчинення не лише однієї, а й кількох юридично значущих дій; по-друге, цивільне право дозволяє використовувати кілька способів для захисту одного порушеного права. Крім того, тут необхідно звернути увагу на таке.

Власне відмова від договору, за своєю правовою природою, в одних випадках може розглядатись як захід оперативного впливу, який суб'єкт договірних правовідношення може застосувати без звернення до компетентних органів, тобто як захід самозахисту, в інших випадках (коли відбувається взаємна відмова сторін від договору шляхом укладення правозмінювального або правоприпинювального правочину) відмова від договору буде одним із засобів зміни або припинення договірних зобов'язань.

Коли управнений контрагент договірних зобов'язань реалізує передбачене законом або договором право на односторонню відмову від договору, зазначене право існує вже в рамках охоронного цивільного правовідношення, тому виникає необхідність розподілу суб'єктивних прав (правовідносин) на регулятивні та охоронні.

Правовідносини, що виникають із правомірних дій чи подій з метою забезпечення нормальної організації суспільного життя, йменуються регулятивними. Правовідносини, що виникають із передбачених законом конфліктних ситуацій, які перешкоджають здійсненню регулятивних правовідносин (факти порушення регулятивного права), називаються охоронними.

Специфічний юридичний факт — порушення права — тягне виникнення нового самостійного охоронного суб'єктивного права, яке виражається не лише в можливості державного примусу, але й у праві управненої особи на здійснення односторонніх дій, (переведення несправного платника на акредитивну форму розрахунків, відмова від договору внаслідок його невиконання чи неналежного виконання іншою стороною), якому не кореспондує обов'язок іншої сторони.

Охоронне суб'єктивне право в нових відносинах посідає місце, яке займав обов'язок у регулятивному. Тепер за правом стоїть чи здатність примусу, чи можливість односторонніх дій, тобто сила, котра в змозі привести правовідносини

до мети. Таким чином, внаслідок порушення регулятивного права, відбувається взаємоперетворення протилежностей, які складають правовідносини [3].

В юридичній літературі зазначені питання, як правило, розглядаються в рамках проблеми так званих секундарних прав. Секундарна правомочність функціонує в рамках специфічного правового зв'язку, де праву кореспондує правовий стан, що виражає пов'язаність, залежність суб'єкта, оскільки дії управненої особи неминуче зачіпають його інтереси.

Право на відмову від договору може виникнути з додаткових юридичних фактів, а саме: з факту порушення регулятивного права вимоги. Регулятивне право вимоги, яке в регулятивних правовідносинах відігравало роль пасивної протилежності, змінюється охоронним правом на односторонні дії (домаганням). Йому вже не протистоїть обов'язок, оскільки обов'язок втратив характер активної протилежності. Порушення права призводить до того, що суб'єктивне право набуває «бойових» властивостей й у правовідносинах йому кореспондує стан зобов'язаної особи, оскільки здійснення домагання автоматично породжує обов'язкові юридичні наслідки [3, 54–56].

Заперечуючи проти того, що у випадку виникнення права на односторонні дії виникає правовий зв'язок (правові відносини), Ю. Г. Ткаченко наводить такий аргумент: «...наведену ситуацію не можна вважати двосторонніми правовідносинами, оскільки такі передбачають індивідуалізацію прав та обов'язків для обох сторін. Прагнення ж пояснити ситуацію, за якої права та обов'язки індивідуалізовані лише у однієї сторони як двосторонні правовідносини, в яких інша сторона не індивідуалізована, суперечить прийнятому у науці уявленню про співвідношення норм та правовідносин» [4].

Проте, як вірно зазначає М. Є. Мотовиловкер, подібний аргумент й не є зовсім аргументом, оскільки зовсім не торкається суті справи й носить чисто формальний, догматичний характер. Загальноприйняте не означає обов'язково вірне, істинне. Й якщо загальноприйнята точка зору суперечить логіці, то необхідно внести корективи в інтересах істини [3].

Питання щодо односторонньої відмови від договору не обмежується лише визначенням правової природи цього заходу. Для практики велике значення має чітке визначення підстав та правових наслідків односторонньої відмови від договору. Ретельне вивчення окреслених питань може стати предметом подальших досліджень у зазначеній сфері.

Література

1. Боднар Т. В. Одностороння відмова від договору як спосіб захисту цивільних прав та інтересів // Міжнародна науково-практична конференція «Право та економіка: генезис, сучасний стан та перспективи розвитку» (м. Одеса, 30 трав. 2008 р.) / ОНУ ім. І. І. Мечникова. — О. : Астропринт, 2008. — С. 38–42.
2. 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. — 896 с.
3. Мотовиловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права / Е. Я. Мотовиловкер. — Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1990.
4. Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений / Ю. Г. Ткаченко. — М. : Юрид. лит., 1980. — 176 с.

Анотація

Меденцев П. А. Одностороння відмова від договору в контексті проблеми правових наслідків порушення зобов'язання. — Стаття.

Метою даної статті є вивчення інституту односторонньої відмови від договору, дослідження його правової природи та визначення місця зазначеного способу захисту цивільних прав та інтересів серед правових наслідків порушення зобов'язань.

Ключові слова: відмова від договору, одностороння відмова від договору, заходи оперативного впливу, самозахист цивільних прав та інтересів, секундарні права.

Summary

Medentsev P. A. Unilateral Renunciation of a Contract in the Context of Obligation Breaking Consequences. — Article.

The purpose of this article is the study of institute of unilateral renunciation of a treaty, examination of its legal nature and determination of the mentioned method of civil rights and individual interests protection among the legal consequences of breach of obligations.

Keywords: repudiation of a contract, unilateral renunciation of a treaty, measures of operative influence, self-defence of civil rights and interests, secondary rights.

УДК 347.795.3

Т. Р. Чухрай

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ ТА НАЦІОНАЛЬНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ МОРСЬКИМ ТРАНСПОРТОМ

Держави, зацікавлені в торговельному мореплаванні, за всіх часів надавали пильну увагу розвитку національного морського законодавства. Але розвиток відносин у сфері торговельного мореплавання, надання їм міжнародного характеру зажадали розробки нових методів правового регулювання. Це привело до появи правових норм, що спеціально регулюють цей вид міжнародних відносин.

Саме через пріоритет міжнародних норм перед національними вважаємо за доцільне зробити спочатку огляд міжнародно-правових актів у галузі регулювання міжнародних морських перевезень, а потім вже перейти безпосередньо до цивільно-правового регулювання перевезень на рівні національного законодавства.

Зараз можна виділити три правові режими, що регламентують перевезення вантажів, закріплені різними міжнародними договорами:

1. Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил, що стосуються коносаментів, підписана 25 серпня 1924 р. в Брюсселі, відома як Гаазькі правила.

2. Протокол про зміну Міжнародної конвенції про уніфікацію деяких правил, що стосуються коносаментів, підписаної в Брюсселі 25 серпня 1924 р., відомий у світі як Правила Вісбі.

3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про морське перевезення вантажів, прийнята в Гамбурзі в 1978 р., зі вступом в силу 1 січня 1992 р., оформила третій правовий режим у сфері морського перевезення вантажів.

© Т. Р. Чухрай, 2009

Розглянемо коротко названі правові акти.

25 серпня 1924 р. в Брюсселі була укладена *Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил, що стосуються коносаментів*, яка набула чинності 2 червня 1931 р. [1]. Конвенція майже дослівно відтворила Гаазькі правила і мала в подальшому вплив на законодавство багатьох країн. У даний час в конвенції бере участь значна кількість держав, причому деякі з них видали спеціальні закони, відтворюючи в тій або іншій формі положення конвенції.

Конвенція застосовується до коносаментів або будь-яких подібних документів і до всіх вантажів, за винятком живих тварин і вантажу, що перевозиться на палубі судна.

До недавнього часу 4/5 всіх морських перевезень вантажів здійснювалося на судах, плаваючих під прапорами країн — учасниць Конвенції або країн, що включили її основні правила в національне законодавство. Основне значення Гаазьких правил полягає у тому, що, встановивши мінімальну відповідальність перевізника, вони тим самим достатньо чітко розподілили ризики між перевізником і вантажовласником, і це створило відповідну базу для страхування вантажу і страхування відповідальності.

Правила Вісбі

У 1968 р. був прийнятий Протокол змін і доповнень до Конвенції 1924 року (що одержав найменування *Правил Вісбі*), який набув чинності 23 червня 1977 р. [2].

Основні положення Протоколу зводяться до такого: встановлено, що перевізник не може спростовувати дані коносаменту, якщо коносамент переданий третьому добросовісному утримувачу; передбачена можливість продовження терміну позовної давності; встановлений термін для пред'явлення регресних позовів. Змінене правило про обмеження відповідальності перевізника: введена так звана «дуалістична система» — 10 тис. франків Пуанкаре за місце або одиницю або 30 франків за 1 кг ваги бруто втраченого або пошкодженого вантажу, залежно від того, яка сума вища. Вирішене питання і про порядок обмеження відповідальності при перевезенні вантажів у контейнері: коли використовується контейнер, піддон або подібне транспортне пристосування, кількість місць, перерахована в коносаменті як упаковане в такому пристосуванні, вважається кількістю місць для цілей обмеження відповідальності. У решті випадків таке транспортне пристосування разом із завантаженим в нього вантажем повинне розглядатися як одне місце. У Протоколі уточнено, що перевізник не має права скористатися обмеженням відповідальності, якщо збиток явився результатом дії або упущення перевізника, вчинених з наміром заподіяти збиток або по самовпевненості і з усвідомленням можливості спричинення збитку.

Гамбурзькі правила

30 березня 1978 р. в Гамбурзі була схвалена нова конвенція — Конвенція Організації Об'єднаних Націй про морське перевезення вантажів 1978 р. (Гамбурзькі правила), яка покликана замінити як Гаазькі правила, так і Правила Вісбі. Дана Конвенція набула чинності в листопаді 1992 р. [3].

Згідно з Конвенцією, перевізник несе відповідальність за збиток, що є результатом втрати або пошкодження вантажу, а також затримки в його доставці, якщо не доведе, що він, його службовці або агенти вжили всіх заходів, щоб уникнути обставин, що викликали втрату, пошкодження або затримку і їх наслідки. На відміну від Гаазьких правил основне правило про відповідальність сформульоване в позитивній формі і включає орієнтовний перелік обставин, що звільняють перевізника від відповідальності. Додатково встановлено, що перевізник несе відповідальність і за затримку в доставці. Разом з тим перевізник більше не звільнятиметься від відповідальності при «навігаційній помилці». З принципу відповідальності за вину зроблене лише одне виключення: перевізник не несе відповідальності в тих випадках, коли втрата, пошкодження або затримка в доставці виникли в результаті заходів по рятуванню життя і розумних заходів по рятуванню майна на морі. Одне виключення зроблене також з презумпції вини перевізника, а саме, якщо втрата або пошкодження вантажу відбулися в результаті пожежі, перевізник несе відповідальність лише в тому випадку, якщо особа, яка заявляє вимогу, доведе, що пожежа виникла з вини перевізника, його службовців або агентів.

Норми про обмеження відповідальності в основному слідують рішенням, схваленим Протоколом 1968 р. Обмеження відповідальності за затримку в доставці, встановлене Гамбурзькими правилами, становить 250% фрахту, що підлягає сплаті за затриману кількість вантажу. Різко підвищена межа відповідальності за місце або одиницю: він становить близько 1000 дол. США.

Конвенція містить статті про юрисдикцію та арбітраж, які сформульовані таким чином, що практично зводять до мінімуму можливість розгляду суперечки за місцем знаходження перевізника. Нова Конвенція в два рази порівняно з Гаазькими правилами збільшила термін позовної давності: тепер він становить два роки.

Таким чином, зникає єдиний підхід щодо правового регулювання морських перевезень.

На даний час вказані перевезення регламентуються Гаазькими правилами або Гаазькими правилами із змінами, внесеними Правилами Вісбі. Зі вступом у силу Гамбурзьких правил з'явилася третя група країн, що дотримується іншого правового режиму.

Міжнародні комерційні терміни (ІНКОТЕРМС)

Поширення Інкотермс пояснюється рядом причин. По-перше, даний документ розроблений авторитетною міжнародною неурядовою організацією — Міжнародною торговою палатою. По-друге, Інкотермс у ході його історичного розвитку не тільки зазнав значних змін, які настають вслід за технічним прогресом, перш за все процесів транспортування і обробки товару, але і одержав визнання з боку ділових кіл багатьох країн.

Метою Інкотермс є забезпечення комплексу міжнародних правил по тлумаченню найбільш широко використовуваних торговельних термінів у галузі зовнішньої торгівлі. Таким чином, можна уникнути або, принаймні, в значній мірі скоротити невизначеність різної інтерпретації таких термінів у різних країнах.

Часто сторони, які укладають контракт, не знайомі з різною практикою ведення торгівлі у відповідних країнах. Це може послужити причиною непорозумінь, розбіжностей і судових розглядів з виникаючою марною тратою часу і грошей. Для вирішення всіх цих проблем Міжнародна торговельна палата опублікувала вперше в 1936 р. зведення міжнародних правил для точного визначення торгових термінів. Ці правила відомі як «Incoterms 1936» [4]. Поправки і доповнення були пізніше зроблені в 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 рр. і в даний час в 2000 р. для приведення цих правил у відповідність з сучасною практикою міжнародної торгівлі.

Слід підкреслити, що сфера дії Інкотермс обмежена питаннями, пов'язаними з правами і обов'язками сторін договору купівлі-продажу відносно поставки проданих товарів (під словом товари тут маються на увазі «матеріальні товари», виключаючи «нематеріальні товари», такі як комп'ютерне програмне забезпечення).

Найчастіше в практиці зустрічаються два варіанти неправильного розуміння Інкотермс. Першим є неправильне розуміння Інкотермс як таких, що мають більше відношення до договору перевезення, а не до договору купівлі-продажу. Другим є іноді неправильне уявлення про те, що вони повинні охоплювати всі обов'язки, які сторони хотіли б включити в договір. Як завжди підкреслювалося Міжнародною торговою палатою, Інкотермс мають справу тільки з відносинами між продавцями і покупцями в рамках договорів купівлі-продажу, більш того, тільки в певних аспектах. Тоді як експортерам і імпортерам важливо враховувати фактичні відносини між різними договорами, необхідними для здійснення міжнародної операції, в якій необхідний не тільки договір купівлі-продажу, але і договори перевезення, страхування і фінансування — Інкотермс відносяться тільки до договору купівлі-продажу.

Проте домовленість сторін використовувати певний термін має значення і для всіх інших договорів.

Міжнародна торгова палата, що є розробником різних рекомендацій для забезпечення стандартизації і одноманітного застосування тих або інших правил, пов'язаних із зовнішньоекономічним оборотом, не тільки послідовно публікує Інкотермс в різних редакціях (Інкотермс 1936, 1953, 1967, 1976 1980, 1990 рр.), але і забезпечує потреби підприємців шляхом публікації коментарів до вказаних правил (перший коментар — до Інкотермс 1990, другий — до Інкотермс 2000), які мають важливе практичне значення в договірній практиці [5].

Інкотермс 2000 призначений для врегулювання юридичних і комерційних питань, які не знайшли відображення у Конвенції Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. і не завжди однаково розуміються в різних країнах і в різних портах.

Йорк-Антверпенські правила

Йорк-Антверпенські правила про загальну аварію були розроблені в Йорку (Англія, 1864 р.) і переглянуті в Антверпені (1877 р.), звідки і походить їх назва. Згодом Правила ще кілька разів переглядалися. У 1990 р. Міжнарод-

ний морський комітет на конференції в Парижі прийняв новий текст ст. 6 Правил «Порятунок» і рекомендував посилалися на їх змінену редакцію, як на Йорк-Антверпенські правила 1974 р., змінені в 1990 р. [6].

Йорк-Антверпенські правила є докладним зведенням ухвал щодо того, які збитки можуть вважатися загальною аварією і як повинен визначатися їх розмір. Своєрідність Йорк-Антверпенських правил полягає у тому, що вони є не законом і не міжнародним договором, а лише кодифікованими одноманітними звичаями міжнародного мореплавства.

Йорк-Антверпенські правила самі по собі не мають ніякої обов'язкової сили. Їх застосування залежить у кожному конкретному випадку від включення умов про це у коносамент, чартер або аварійну підписку. В деяких випадках необхідність застосування Йорк-Антверпенських правил впливає з національного законодавства. Широке визнання і застосування учасниками договорів морського перевезення вантажів у своїх відносинах Йорк-Антверпенських правил дуже істотно обмежило випадки, коли виникає необхідність застосування до цих відносин національного законодавства тієї або іншої країни про загальну аварію.

По-друге, Йорк-Антверпенські правила взагалі не регламентують порядок складання, виконання і заперечування розрахунку по розподілу загальної аварії (діспаши). Ця процедурна сторона розподілу загальної аварії цілком визначається нормами закону і практикою, існуючими в тій країні, де складається діспаша.

Розглянувши основні міжнародні джерела правового регулювання перевезення вантажу морським транспортом, перейдемо до розгляду національних джерел.

У процесі розгляду нормативних актів стосовно даного питання не можна обійти ЦК України, який встановлює загальні норми щодо регулювання перевезень вантажів.

Стаття 908 Цивільного кодексу України (далі за текстом — ЦК України) встановлює, що перевезення вантажу здійснюється за договором перевезення. Загальні умови перевезення визначаються поряд з ЦК України іншими законами, транспортними кодексами (визначальним для морських перевезень є саме Кодекс торговельного мореплавства України), іншими нормативно-правовими актами та правилами, що видаються відповідно до них (ч. 2 ст. 908 ЦК України). Тобто загальні умови перевезення визначаються ЦК України, а також транспортним законодавством, яке включає різні нормативні акти, які можуть існувати у таких формах: 1) акти законодавства України; 2) договори суб'єктів транспортних відносин; 3) звичаї; 4) міжнародні договори; 5) інші акти законодавства (прецеденти, корпоративні норми тощо). При дослідженні інституту морського перевезення в національному праві України виділяються такі галузі, як морське, цивільне та господарське право, які мають пряме відношення до даного предмета правового регулювання. Відповідно при врегулюванні правовідносин у сфері морського перевезення застосовуються норми КТМ України, ЦК України та Господарського кодексу України.

Розглядаючи аспекти правового регулювання правовідносин у сфері морського перевезення вантажів, слід зазначити, що вони виникають, як правило, між суб'єктами господарювання, тобто виникають господарські зобов'язання. Основним нормативним актом, що регулює правовідносин суб'єктів господарської діяльності, є ГК України.

Застосування КТМ України, ЦК України та ГК України при укладанні договору морського перевезення може виявитися підставою виникнення колізій та суперечностей. Так, на думку В. Мусієнко, «і хоча наявність суб'єкта господарювання та майново-господарських відносин може бути підставою віднесення договору морського перевезення до господарського договору, проте договір морського перевезення вантажів слід укладати згідно з ЦК України» [7, 123–124].

Але ми вважаємо, що з цією точкою зору, безумовно, можна погодитися, лише коли йдеться про внутрішні морські перевезення, а щодо міжнародних морських перевезень, то ці відносини регулюються перш за все міжнародно-правовими актами та фіксуються у стандартних проформах чартерів та коносаментів.

Література

1. Международная конвенция об унификации некоторых правил о коносаментах, подписанная 25 августа 1924 года в Брюсселе / Информационно-правовая система «Консультант Плюс».
2. Протокол об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаментах 1968 г. (Правила Висби). — Режим доступа : <http://www.elshipping.ru>.
3. Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов (Гамбургские правила) от 31.03.1978 г. — Режим доступа : <http://prof.consultant.ru>.
4. Международные правила толкования торговых терминов ИНКОТЕРМС 1936. — Режим доступа : <http://www.asvacargo.com>.
5. Международные правила толкования торговых терминов ИНКОТЕРМС 2000. — Режим доступа : <http://logistika.spb.ru>.
6. Йорк-Антверпенские правила 1877 г. — Режим доступа : <http://www.elshipping.ru>.
7. Мусієнко В. Регулювання правовідносин у сфері морських перевезень // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 12. — С. 120–126.

Анотація

Чухрай Т. Р. Міжнародно-правове та національне регулювання перевезення вантажу морським транспортом. — Стаття.

Дана стаття присвячена правовому регулюванню перевезень вантажу морським транспортом на міжнародному та національному рівні. Авторка здійснює огляд міжнародно-правових актів у галузі регулювання міжнародних морських перевезень шляхом дослідження трьох основних правових режимів, що регулюють перевезення вантажів. Щодо регулювання на рівні національного законодавства, то при дослідженні інституту морського перевезення в національному праві України виділяються такі галузі, як морське, цивільне та господарське право, які мають пряме відношення до даного предмета правового регулювання.

Ключові слова: морські перевезення вантажу, міжнародно-правовий акт, національне законодавство, Гаазькі правила, Правила Вісбі, Гамбурзькі правила, Інкотермс, Кодекс торговельного мореплавства України, Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України.

Summary

Chukhrai T. R. International-Legal and National Regulation of Marine Transport Cargo Transportation. — Article.

The given article is devoted to the legal adjusting of cargo transportations by a marine transport on international and national levels. An author carries out the review of International Law acts in

industry of adjusting of international marine transportations by research of three basic legal modes, that regulate cargo transportation. In relation to adjusting at the level of national legislation, at research of institute of marine transportation in a national Law for Ukraine such industries are selected, as a marine law, civil and arbitral, which have the direct relation to the given article of the legal adjusting.

Keywords: marine cargo transportations, International Law act, national legislation, Hague Agreement, Visby Agreement, Hamburg rules, Incoterms, Code of auction seaworthiness of Ukraine, Civil Code of Ukraine, Arbitrary code of Ukraine.

УДК 347.764:368.19:7

В. О. Токарева

СТРАХУВАННЯ ПРЕДМЕТІВ МИСТЕЦТВА

Економічно розвинуте суспільство не може існувати без страхування, яке є невід'ємною частиною суспільних відносин, гарантом добробуту та сталого розвитку. Можна із визначеною долею впевненості припустити, що однією з передумов формування людського суспільства послужила потреба в забезпеченні безпеки, яка була заснована на інстинкті самозахисту [1].

Традиційно визначають три види страхування залежно від майнових інтересів, що підлягають страховому захисту: майнове, особисте та страхування відповідальності. Зазначені види страхування у свою чергу мають свої підвиди.

До останнього часу страхування художніх цінностей в окремий вид послуг не виділялося страховиками, вважається за краще страхувати їх як майно. Проте розвиток художнього ринку поштовхнув деякі з компаній розробити системний продукт, що включає експертизу, оцінку, страхування і зберігання творів мистецтва, а також їх заставу. При цьому предмети мистецтва є зараз одним з самих високоприбуткових засобів розміщення капіталу. Новий продукт страхування призначений перш за все для колекціонерів і приватних власників творів мистецтва [2, 35].

Тому на сучасному етапі розвитку правовідносин страхування можна виділити страхування предметів мистецтва як окремий підвид майнового страхування.

Хоча для багатьох страхування предметів мистецтва досі є екзотикою, але найбільші музейні та виставкові центри Росії, такі як ДМІІ ім. О. С. Пушкіна або Ермітаж, вже страхують свої експонати, тому що ризику піддаються ексклюзивні цінності на сотні мільйонів доларів.

Страховий захист предметів мистецтва різного характеру, включаючи антикваріат, як правило, здійснюється на умовах «від всіх ризиків» та передбачає складання переліку застрахованих предметів з вказівкою точно встановленої суми.

Що стосується держави, яка традиційно є найбільшим власником художніх цінностей в Україні та Росії, то перспективи страхування колекцій держави, з точки зору страховиків, на даний час виглядають досить примарними. Предме-

ти мистецтва, що знаходяться в державних музейних колекціях, до цих пір не застраховані, та, судячи по нинішньому стану державного фінансування музейного господарства, сподіватися на які-небудь зміни найближчим часом не доводиться. У зв'язку з чим складається ситуація, коли найбільший власник творів мистецтва обходиться без поліса та страхового захисту.

Інша ситуація складається під час експонування предмета мистецтва з державної колекції на тимчасовій (виїзній) виставці. Тут держава не оплачує страховку: це обов'язок приймаючої сторони. У відношенні тимчасових та «виїзних» виставок діє формула страхування «wall to wall» — «від стінки до стінки» або, як її називають по-іншому «від цвяха до цвяха». Вказані умови були розроблені у сіндікатах Lloyd's у Лондоні та застосовуються у всьому світі у сфері мистецтва [3, 122–125]. Її суть в тому, що період страхування експоната починає діяти в той момент, коли картина знімається з цвяха, на якому вона висіла, тобто з моменту вилучення експонатів з місця їх постійного зберігання, і закінчується тоді, як твір мистецтва знов повернувся на своє місце. Таким чином, він залишається застрахованим навіть у той час, коли його упаковують, виносять з музею в машину і вмонтовують на експозиції. Страховим покриттям захищаються абсолютно всі пересування експонатів, попереднє і проміжне складування і складування після закінчення виставки.

Формування тарифу в кожному випадку розраховуються індивідуально та до уваги беруться абсолютно усі фактори по такому полісу, цінність експонату, спосіб його транспортування, якість упаковки, тривалість експонування, наявність протипожежної та охоронної систем, стан приміщення, в якому проходить експозиція виставки, озброєної охорони. Тарифи становлять від 0,5 до 1% від вартості предмета.

Сьогодні вітчизняні компанії, вставши на ноги, самі укладають договори страхування колекцій. Хоча при цьому жодна вітчизняна компанія не ризикує брати на себе всю відповідальність за експонат, тому ризики перестраховуються найчастіше в британській компанії Lloyd's.

Експонати, які вивозяться на зарубіжні виставки, підлягають страхуванню в обов'язковому порядку. Укладення договору за однією із стандартних схем страхування майна в такому випадку виключається, тому що страхування предметів мистецтва має свою специфіку та потребує покриття особливих ризиків, які не можуть бути передбачені звичайним договором страхування та полісом.

Ці обставини визначають специфіку ризиків, яка представляється для покриття. Страховики представляють для страхування будь-які збитки і пошкодження, що виникли в результаті дорожнього випадку з транспортним засобом, пожежі, удару блискавки, вибуху, природних катастроф, бурі, дії вологості, крадіжки, втрати, пограбування і пошкодження (у тому числі і в результаті навмисних і злісних дій третіх осіб), викрадення літака. Покриваються і специфічні ризики, наприклад, збиток, викликаний погодними умовами, наприклад, розшарування фарби або виникнення кракелюрів (тріщин, які утворюються на живописному шарі картини) [4, 17].

Ще один важливий ризик, характерний для страхування культурних цінностей, — знецінення унаслідок дії чинника ризику, що покривається страхуванням. У випадку якщо стався розрив полотна. «Після цього можна провести високоякісну реставрацію картини, але вивозити її на виставки будуть рідше, оскільки кожне переміщення — завжди додатковий ризик для вже пошкодженої картини. Таким чином, участь даного твору в міжнародному виставковому обміні буде обмежено і, таким чином, зменшить комерційну вартість предмета мистецтва» [4, 18].

У пакет ризиків входять також типові для будь-якого майна — загибель твору в результаті пожежі, повені, затоплення, крадіжка. Причому винуватцем збитку можуть виявитися як представники сторони, що приймає виставку, так і співробітники музею-господаря. Разом з цим далеко не кожний страховик страхує збиток музею, заподіяний його ж співробітниками. Такий ризик передбачається лише в деяких договорах страхування, укладених між окремими державними музеями та компаніями.

Потреба в страхуванні культурних цінностей добре демонструє випадок, який трапився в 1994 році під час експозиції колекції Третьяковської галереї в Казахстані. За збереження виставки в Казахській Республіці поручився особисто міністр внутрішніх справ, та задля додержання свого слова приставив до кожної з картин по охоронцеві з автоматом. Тому організатори виставки були досить занепокоєні та зайняті лише думками, як би хто не пошкодив безцінні полотна.

Найвідоміший в Росії випадок страхової виплати стався у 2006 році, коли ДМІІ ім. Пушкіна відправив на виставку до Х'юстона «Портрет літньої жінки» Рембрандта, а той постраждав при транспортуванні. Картина була застрахована «Інгосстрахом» і перестрахована в Lloyd's, якому довелося виплатити близько 90 % з 1,2 млн дол. компенсації реставраційних витрат і зниження ринкової вартості полотна [5].

Схема страхування предметів з державної колекції музичних інструментів, які тимчасово передаються в користування провідним музикантам, побудована іншим чином. Тут як страхувальник виступає знову ж таки не держава, а артист, одержуючий на деякий час, наприклад, скрипку Амати, Гварнері або Страдіварі.

Наскільки б не був привабливий бізнес, що стосується страхування предметів мистецтва, що вирушають на виставки, коло гравців на цьому полі вже визначилося, і ланцюжок страхова компанія — страховий брокер — перестраховальник збудовано міцно. Тому у зв'язку із відсутністю інтересу з боку держави страхувати свої музейні цінності погляди страховиків спрямовується до страхування предметів мистецтва, що знаходяться у приватних колекціях.

Інтерес страховиків до цього сегмента ринку обумовлюється трьома обставинами. По-перше, в Росії та Україні відбувається поступова легалізація як артринку, так і приватних колекцій. По-друге, витвори мистецтва, чия вартість постійно зростає, стають добрим інструментом для накопичення грошей. По-третє, покупка предметів мистецтва використовується з іміджевих міркувань.

Звичайно значення цих чинників не варто перебільшувати, особливо якщо враховувати психологічний настрій приватних колекціонерів [6, 35].

На даний період ринок страхування предметів мистецтва, що знаходяться в приватній власності, не розвинений також і тому, що серед власників недорогих речей більшість не вважають потрібним взагалі що-небудь страхувати, оцінюючи можливий збиток як незначний. В той час як власники художніх цінностей не хочуть афішування своїх придбань, багато хто з них не мають довіри і до угоди про конфіденційність, яка їм пропонується страховиками. На укладення договору страхування та придбання полісу, як правило, ідуть ті клієнти, які вже мають довготривалий досвід співпраці з компанією. Крім того, багато хто з власників творів мистецтва не хоче віддавати їх на обов'язкову для укладення договору страхування експертизу для того, щоб уникнути розчарування відносно достовірності і якості предмета, що є у них.

Однак у випадку якщо страхувальник бачить економічний сенс в покупці поліса, то розрахунок все ж перемагає психологію. Існує декілька схем одержання економічної користі від володіння твором мистецтва. Одна з них — застава. Банк може надати кредит колекціонерові під заставу твору мистецтва за умови, що він буде адекватно оцінен експертами і застрахован. Інша схема — оренда. Багато мешканців приватних кабінетів з іміджевих міркувань беруть на деякий час для прикраси кабінетів предмети мистецтва, які мають бути обов'язково захищені полісом. Та, нарешті, постійне зростання вартості художніх цінностей, спонукаюче до їх придбання в цілях накопичення капіталу. Хоча предмет мистецтва на вітчизняному ринку поки не дуже ліквідний, та надає мало можливостей для подальшої реалізації художніх цінностей, також витвір мистецтва не можна вивезти за межі країни. Колекціонер може, звичайно, зробити пропозицію державі придбати його власність у державне надбання, проте термін чекання відповіді може виявитися неприйнятним. Тому багато творів мистецтва, що придбані на західних аукціонах, зберігаються власниками за межами країни, де їм забезпечена свобода пересування, а також існує можливість швидкого перетворення власності в гроші.

У ситуації, що склалася, страховики розцінюють як найцікавіші об'єкти корпоративні колекції та зібрання приватних художніх галерей. По-перше, ці страхувальники позбавлені від переживань з приводу небажаного розголосу імені власника: власність юридичної особи уявляється в цьому сенсі більш знеособленою. По-друге, вони мають досвід страхування основного бізнесу і тому більш схильні до послуг страховиків. По-третє, відносно корпорацій або художніх галерей у страховиків не виникає питання про довіру. Для цих клієнтів чистота їх імені дорожча, ніж отримана вигода. Проте останній пункт висвічує ще одну проблему вітчизняного художнього ринку — досить велика кількість підрбок.

Також за оцінкою брокерського агентства MARSH Moscow, близько 80 % предметів, що обертаються на російському артринку, є підробками. Їх вартість, як правило, висока, страхові виплати, відповідно, великі. Вітчизняні старховики, продаючи поліси страхування власникам творів мистецтва, зазвичай звер-

таються до послуг зарубіжних перестраховальників, щоб уникнути здійснення непосильних страхових виплат у разі настання страхового випадку. А ті у свою чергу вимагають якісної експертизи творів. Поліси вітчизняних компаній по страхуванню творів мистецтва до останнього часу обережно приймалися західними партнерами до укладення договорів перестрахування із-за недовіри до російських та українських експертних оцінок. Разом з цим іноземних перестраховальників подекуди не завжди влаштовували експертні висновки, надані навіть фахівцями Ермітажу або Третьяковської галереї. У 2003 році, наприклад, з російських торгів на Sotheby's була скандально знята картина Івана Шишкіна «Пейзаж із струмком», хоча експертний висновок був наданий двома експертами Третьяковської галереї. Полотно, заздалегідь оцінене більш ніж в мільйон доларів, виявилось свіжо виготовленою підробкою [6, 35].

Так, щоб створити в Росії експертизу художніх цінностей, чий оцінки бралися б до уваги західними партнерами російських страховиків, було створено компанію «Арт Консалтинг», її лабораторія була визнана базисною експертами лондонського перестраховальника Lloyd's. Фахівці цієї компанії підтверджують страхову суму колекції або предмета і складають експертний висновок.

«Арт Консалтинг» перш за все проводить техніко-технологічне дослідження твору мистецтва, що включає аналіз основи, ґрунту, барвистого шару, єднального, що дозволяє визначити дату створення конкретного предмета. Потім настає черга мистецтвознавчої експертизи, коли запрошений фахівець оцінює, наскільки характерний твір для даного художника, чи є його аналоги в музеях, яке його збереження. Як відзначається представниками страхових компаній, «Інгосстрах» при страхуванні на незначні суми довіряє оцінкам музейних експертів, але якщо йдеться про предмети мистецтва високої вартості, то страхові компанії виходять з оцінки наданої «Арт Консалтингом».

У 2006 році в Росії було створено альянс експертів, оцінювачів, страхових компаній та банків. Він пропонує комплексні послуги з проведення експертизи, оцінки, страхування предметів мистецтва, а також зберіганню і звороту предметів мистецтва і кредитуванню під заставу творів мистецтва. Страховики, які увійшли до альянсу, готові запропонувати нову для ринку послугу — кредитування під заставу предметів мистецтва. Завдання альянсу — створити зацікавлений в розвитку даного сегмента ринку ланцюжок, який запрацює, як тільки з'являться люди, готові «показати» свої колекції.

Отже можна відзначити такі проблемні питання страхування творів мистецтва. Набуття відповідних страхових полісів у більшій мірі має місце лише державними музеями та виставковими комплексами, які експонують предмети мистецтва, що належать їм, або які орендуються ними для виставляння. Ця частина, що потенційно підлягає страхуванню, є досить невеликою, оцінити реальні масштаби прихованого в запасниках підпільних цінителів мистецтва, а саме це і є потенційний обсяг ринку страхування предметів мистецтва, не уявляється можливим.

Визначення страхової суми при страхуванні предметів мистецтва завжди здійснюється на підставі експертного висновку професійних оцінювачів, які зі

свого боку прагнуть врахувати всі чинники, здатні вплинути на ціну твору: міра збереження роботи, період її створення, умови зберігання, приналежність до певних періодів творчості автора, участь у престижних виставках, публікації в авторитетних каталогах, наявність оригінального підпису — всього не перерахувати. Разом з цим проведена експертиза предмета мистецтва може поставити під сумнів справжність твору.

Враховуючи викладене, можна відзначити, що незважаючи на велику привабливість для вітчизняних страховиків такого сегмента ринку страхування, як страхування предметів мистецтва, він ставить перед ним низку проблемних аспектів, вирішення яких потребує вивчення зарубіжного досвіду страхування і залучення кваліфікованих іноземних фахівців у роботу в цій сфері та врахування особливостей вітчизняного регулювання страхування предметів мистецтва.

Література

1. Тарабарип Б. С. Регулирование договора страхования в рамках права Европейского Союза / Б. С. Тарабарип, Ч. Клиффорд // *Страховое право*. — 2001. — № 21.
2. Гордиенко Ю. Полис для искусства // *Финанс*. — 2004. — 29 сент.
3. Пемченко С. Б. Особенности страхования артпепинга / С. Б. Пемченко, М. В. Рыбкина // *Международный художественный бизнес в контексте глобализации : материалы Всерос. науч.-практ. конф.*, 25 янв. 2007 г. — СПб. : Изд-во СПбГУП, 2007.
4. Копрашова О. Полис для искусства // *Личные деньги*. — 2005. — № 5.
5. Гайдаш П. Искусство страхования // *Ваши деньги*. — 2004. — № 7.
6. Гордиенко Ю. Рынок страхования произведений искусства и коллекций // *Финансы*. — 2004. — 29 сент.

Анотація

Токарева В. О. Страхування предметів мистецтва. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню страхування предметів мистецтва як окремого підвиду майнового страхування. Автором аналізується специфіка ризиків, характерних для страхування культурних цінностей, визначаються схеми одержання економічної користі від володіння твором мистецтва. В статті виділяються проблемні питання страхування творів мистецтва, з урахуванням чого робиться висновок, що тільки детальний аналіз зарубіжного досвіду страхування та врахування особливостей вітчизняного регулювання страхування предметів мистецтва дає змогу уникнути виникнення проблем на практиці.

Ключові слова: страхування, мистецтво, страховий поліс, мистецтвознавча експертиза, страхові виплати.

Summary

Tokareva V. O. Insurance of the Art Objects. — Article.

The article is devoted to the research of insurance of the subjects of art as a specific subspecies of property insurance. The specific character of risks, which are typical for the cultural values insurance are analysed by the author, the plans for drawing out from economic benefit of possession of art products are determined. The problem issues of insurance of art products are picked out in the article, taking it into account the conclusion is drawn, that only detailed analysis of insurance foreign experience and consideration of peculiarities of the domestic adjusting of the subjects of art insurance enables to avoid the arisal of problems in practice.

Keywords: insurance, art, insurance policy, art history examination, insurance payments.

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ КОНТРАКТУ ПРО СПОРТИВНУ ДІЯЛЬНІСТЬ

З початку 90-х років XX ст. вітчизняний спорт почав набувати якісно нових властивостей, характерних для розвиненого суспільства з ринковою економікою. Комерціалізація спортивної діяльності та зміни у всій системі організації спорту в Україні зумовили домінування приватно-правових форм забезпечення діяльності вітчизняного спорту. Зазначені зміни не могли не торкнутися й тих відносин, що складаються між спортивним клубом та спортсменом внаслідок укладення контракту (договору) про спортивну діяльність.

Зважаючи на той факт, що у доктрині цивільного права проблематиці спортивних контрактів присвячено вкрай мало уваги, а вітчизняне законодавство досі відносить спортивний контракт до різновиду трудового договору, дослідження правової природи та особливостей укладення контракту про спортивну діяльність є надзвичайно актуальним.

Перед тим, як безпосередньо перейти до розгляду питань, що є предметом цього дослідження, наведемо ключові поняття, якими тут є: «договір», «спортивний контракт», «контрактування», «професійна спортивна діяльність», «спортивний клуб».

Слід наголосити, що система укладення контрактів із спортсменами як така зародилася в США ще у 80-ті роки XIX століття. Її поява була спричинена намаганням власників професійних команд та їх менеджерів закріпити спортсменів на певний час за тим або іншим клубом та обмежити зростання їхньої заробітної плати, що пов'язана з конкурентною боротьбою команд за кращих професіоналів. Контрактування незабаром перетворилося на базовий елемент професійного спорту США, а дещо пізніше й інших країн [1, 20].

Від самого початку свого існування відносини спортивного контрактування в країнах Заходу були засновані на принципі саморегулювання, тобто спортивні клуби та спортсмени виступали рівноправними учасниками цих відносин, які самостійно визначали взаємні права та обов'язки на підставі письмової домовленості, тобто спортивного контракту.

В Україні словосполучення «спортивний контракт» вперше з'явилося з прийняттям Постанови Ради Міністрів СРСР від 8 січня 1991 р. «Про додаткові заходи з економічної діяльності в галузі спорту», що спричинила справжню революцію в радянському спорті.

Аналіз системи умов спортивного контракту, закріпленої у Постанові, дозволяє зробити висновок, що наведений акт був першим кроком до визнання спортивного контракту цивільно-правовим договором.

Так, вказаний нормативний акт встановлював, що під час укладення спортивного контракту у ньому було рекомендовано відображати такі умови: строк чинності; досягнення спортивних результатів; права, обов'язки та відпові-

дальність сторін; умови організації та оплати праці; соціально-побутові й інші умови, необхідні спортсменові, тренеру або спеціалісту збірної команди для виконання взятих обов'язків; підстави розірвання контракту.

Крім того, спортивний контракт повинен був набувати чинності з моменту його підписання сторонами і міг бути змінений тільки з їхньої згоди. Це, безперечно, свідчить про його цивільно-правову природу, оскільки відповідно до ст. 24 КЗпП України трудовий договір набуває чинності з моменту видання наказу чи розпорядження власника або уповноваженого ним органу про зарахування працівника на роботу або тоді, коли наказ чи розпорядження не були видані, але працівника фактично було допущено до роботи. Натомість, відповідно до ст. 638 ЦК України, цивільно-правовий договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору, тобто з моменту підписання. Крім того, трудове законодавство передбачає декілька підстав для зміни умов трудового договору і далеко не всі з них передбачають згоду працівника. Тим часом цивільне законодавство, дійсно, дозволяє змінювати умови договору тільки за згодою всіх сторін такого договору. Такий підхід слугує інтересам як спортивного клубу, так і самого спортсмена, який має більше можливостей для вибору найбільш прийнятної для нього команди.

Розірвання контракту повинно було здійснюватися на підставах, встановлених чинним законодавством, а також передбаченою домовленістю сторін у контракті. При цьому, якщо розірвання контракту здійснювалося на підставах, що передбачені в контракті, але не встановлені у законодавстві, звільнення повинно було бути здійснено чомусь у відповідності до трудового законодавства.

Таким чином, законодавець, фактично, запровадив цивільно-правове регулювання відносин контракування у спорті із субсидіарним застосуванням трудового законодавства.

Беручи до уваги той факт, що застаріле цивільне законодавство тих часів дійсно не давало змоги регулювати весь комплекс відносин, що склалися між спортивним клубом та спортсменом у професійному спорті, на наш погляд, субсидіарне використання правових інструментів трудового права було виправданим та достатньо ефективним.

Після розпаду Радянського Союзу проблемам контракування у спорті майже не приділялося уваги, відтак відносини у цій сфері розвивалися достатньо хаотично.

Значне поширення в той час отримало використання іноземних конструкцій спортивних контрактів, перш за все тих, що використовувалися в країнах Західної Європи та США. Власне, у договірній практиці спортивні клуби йшли шляхом запозичення досвіду зарубіжних колег.

Проте застосування як еталону зарубіжних систем контракування, що діяли в країнах з іншими правовими та соціально-економічними умовами, відбувалося часто поза межами вітчизняного цивільного та трудового законодавства.

Зокрема, юридико-функціональний аналіз контрактів спортсменів того часу свідчить, що клуби та федерації робили акцент не на регулюванні відносин,

пов'язаних із винагородою та іншими заохоченнями, що є основним для подібних документів на Заході, а на обов'язках спортсменів. Як правило, в контрактах були відсутні пункти про покращення соціально-побутових умов життя, про сприяння в навчанні, не були розкриті належним чином питання страхування, пенсійного забезпечення, відшкодування матеріальної та моральної шкоди у випадку розірвання контракту з боку спортивного клубу.

Намагання використати деякі моделі контрактів, що регулювали спортивні відносини в іноземних країнах часто призводили до порушення прав спортсменів у зазначеній сфері. Так, інколи передбачалося, що у випадку, якщо спортсмен вперше порушить зобов'язання за контрактом, йому в письмовій формі виносилося попередження. При повторних порушеннях спортивні клуби могли знизити спортсмену надбавку за високу професійну майстерність, встановити йому систему різноманітних штрафів в залежності від серйозності порушення [3, 14].

Так, наприклад, розділ IV контракту № 23 від 1 жовтня 1997 р., укладеного з однією із гандболісток ГК «Мотор» (Запоріжжя) передбачав, що до гандболіста, який грубо і систематично порушує спортивний режим, несумлінно ставиться до навчально-тренувального процесу, без поважних причин виступає нижче своїх можливостей, застосовуються наступні санкції: позбавлення доплат; умовна дискваліфікація строком до 2-х років; дострокове розірвання контракту.

Часто власники та менеджери вітчизняних спортивних клубів використовували систему покарань, що діє в американському професійному спорті: за запізнення на тренування або збори команди — у розмірі тижневої заробітної плати; за видалення з поля — до 500 доларів США; за зайву масу тіла гравця — 50 доларів за 1 кг на день; за несвоєчасне повідомлення лікаря або тренера про отриману травму — до 100 доларів США; за втрату форми або інвентарю клубу — до 100 доларів США та відшкодування їх вартості; за запізнення на літак на гру в інше місто — 500 доларів США плюс проїзд за свої кошти; за недотримання розкладу дня — до 100 доларів США і т.д. [3, 210]. Специфікою спортивних відносин інколи пояснювалося внесення до контрактів таких умов, що прямо суперечили чинному законодавству. Так, траплялися випадки, коли контракти містили заборону для спортсмена змінювати протягом встановленого періоду місце проживання, заборону народжувати дитину в період чинності контракту і т. ін.

Треба зазначити, що тенденція обмеження особистих немайнових прав договором стала очевидною не тільки для професійного спорту, а й для інших галузей суспільної діяльності, наприклад, для шоу-бізнесу. З іншого боку, виникає питання про те, чи можуть взагалі особисті немайнові права бути предметом договору. Адже інколи це є необхідним. Так, спортсмен, який має зайву масу тіла, не зможе забезпечити необхідний спортивний результат, а, отже, — не принесе очікуваної користі клубу. Доктрина цивільного права виходить з того, що особисті немайнові права є невідчужуваними і не можуть бути предметом договору. Зокрема, ознаками особистих немайнових прав визнаються такі: при-

належність цих прав кожній фізичній особі; приналежність цих прав фізичній особі від народження або за законом; відсутність у цих прав економічного змісту; тісний зв'язок особистих немайнових прав з фізичною особою; приналежність особистих немайнових прав особі довічно.

В той же час очевидно, що ці відносини є предметом спортивних контрактів, контрактів з продюсером у шоу-бізнесі тощо, і ми не можемо ігнорувати цього. Те, що відносини з приводу особистих немайнових прав стали де-факто предметом договірної регуляції, не викликає сумніву, тому настав час їх формалізувати де-юре. Але слід вирішити, наскільки та в якому напрямку.

Крім того, через невизначеність правового статусу спортивних клубів, інколи стороною в контрактах виступав не сам спортивний клуб, а його власник. Так, у спортивному контракті, укладеному з однією із гандболісток ГК «Мотор» (Запоріжжя), було відкрите акціонерне товариство «Мотор Січ», що виробляє двигуни для літаків. Отже, йдеться про неналежну сторону такого контракту.

В деяких контрактах встановлювалися й особливі підстави розірвання контракту зі спортсменом. Зокрема, контракт міг бути розірваний у випадку дискваліфікації спортсмена, отримання позитивного допінг-тесту, недостиження спортсменом спортивних результатів, обумовлених контрактом, зниження спортивної майстерності, укладення інших контрактів в період дії контракту про спортивну діяльність, розголошення відомостей, що складають конфіденційну інформацію і т. ін.

Отже, спортивні контракти, що укладалися у 90-х роках ХХ ст. часто суперечили чинному законодавству, їхня галузева належність не могла бути чітко визначена, виходячи зі змісту, незрозумілою і нечіткою була і сутність відносин, що регулювалися ними. Таке становище ускладнювало правову регламентацію правового становища спортивних клубів і спортсменів, призводило до розпорошення норм права та неоднозначності в регулюванні відповідних відносин.

Період цілковитої правової невизначеності у регулюванні відносин між спортивними клубами й іншими спортивними організаціями та професійними спортсменами в Україні продовжувався до 2001 р., коли було внесено зміни до Закону України «Про фізкультуру і спорт».

Так, 21 червня 2001 р. до Закону України «Про фізичну культуру і спорт» було внесено ст. 23-3, яка встановила, що особи, які здійснюють діяльність у професійному спорті, працюють за трудовими договорами (контрактами), що укладаються в письмовій формі відповідно до порядку, що затверджується Кабінетом Міністрів України з врахуванням вимог відповідних українських і міжнародних спортивних організацій.

Проте, спроба врегулювати відносини між спортивними клубами та спортсменами за допомогою лише норм трудового права також не принесла необхідного результату. Так, аналізуючи «трудовий контракт» № 40 одного з гравців ТОВ «Спортивний клуб «Галичанка», в додатку № 1 до нього виявляємо систему штрафів, що застосовуються до спортсменів: запізнення на тренування —

100 грн, неявка на тренування без поважної причини — 300 грн, відмова від тренування та гри без поважної причини — 1000 грн, неадекватна реакція на вказівки тренера — 100 грн, словесні заперечення тренеру — 100 грн, порушення спортивного режиму (вживання алкоголю, тютюну) — 3000 грн, розголошення конфіденційної інформації про спортивний клуб — 10 000 грн тощо. Зазначені норми жодним чином не вкладаються у систему трудового права України. Єдиною умовою, за якою вони можуть бути застосовані, є визнання пріоритету цивільного права при регулюванні відносин контракування.

Тож, вважаємо, що рішення регулювати відносини контракування у спорті за допомогою трудо-правових норм було помилковим. Більше того, фактично ігноруючи проблеми практики, український законодавець планує ухвалити цілу низку норм, що регулюють питання укладення спортивних контрактів у новому Трудовому кодексі України, проект якого перебуває на розгляді у Верховній Раді України. Зокрема, ст. 143 проекту ТК України передбачає, що порядок роботи у нічний час професійних спортсменів може встановлюватися колективним або трудовим договором; ст. 163 проекту ТК України допускає можливість залучення професійного спортсмена до роботи у вихідний день; ст. 166 проекту ТК України містить можливість залучення професійного спортсмена до роботи у святковий день. Це й логічно, що коли споживач спортивного шоу відпочиває, професійний спортсмен-шоумен повинен його розважати. Інакше й бути не може. Проте виникає запитання, а чи відповідні відносини повинні бути врегульовані нормами саме трудового права?

З одного боку, не можемо не відзначити, що у 1990-ті роки за відсутності якісного цивільного законодавства за допомогою норм трудового права дійсно була можливість забезпечити більш стабільне становище професійних спортсменів. Проте сьогодні ми маємо повне право поставити запитання: чи є відносини, що складаються між спортивними клубами та професійними спортсменами, частиною предмета регулювання трудового права?

Цілком очевидно, що продуктом професійного спорту є спортивне видовище (послуга), що має форму товару. Професійні спортивні відносини — це, у першу чергу, товарно-грошові відносини [4, 11].

Важко погодитися з позицією О. А. Шевченко, яка переконана, що незважаючи на багатоманіття здійснюваних функцій, діяльність професійного спортсмена можна все ж розглядати у вигляді роботи на певній посаді. Спортсмен, таким чином, виконує певну трудову функцію, а не передає результат своєї праці» [5, 45].

Як контраргумент наводимо слова А. Ф. Антипова, який стверджує: «Очевидно, що законодавець цілком невинувато ускладнює контрактні правовідносини. Адже сьогоденне цивільне законодавство дозволяє регулювати їх достатньо чітко, треба лише визнати цивільно-правову природу цих відносин, а віднесення правовідносин сторін у ході професійної спортивної діяльності до трудових відносин породжує низку питань, що неможливо розв'язати» [6, 20]. Ми можемо лише приєднатися до такої твердої позиції і навести додаткові аргументи: яку посаду у штатному розкладі займає спортсмен-професіонал? Чи

є професійний спорт професією у безпосередньому сенсі цього слова? Які записи повинен вносити роботодавець у трудову книжку спортсмена? Чи бере насправді спортсмен участь своєю працею у діяльності організації, як того вимагає законодавство про працю? Чому спортсмен не повинен виконувати правила внутрішнього трудового розпорядку в організації? Хто може підрахувати відпрацьований ним час, який, до речі, має становити не менше 40 годин на тиждень. Здоровий глузд свідчить, що за такого ставлення до спортивного режиму професіонал просто-напросто не відбудеться. Згідно з якими нормативними актами має бути складена посадова інструкція? Неможливим є і визначення розрядів оплати праці спортсменів. Навіть з тривалістю робочого часу, норма якого встановлена законодавством, виникають проблеми (адже як розподілити час на тренування, переїзди, змагання тощо). А як бути з охороною праці? Тож, при регулюванні цих відносин цивільне право є більш гнучким і може забезпечити їх більш адекватним механізмом регулювання. Крім того, спортивні клуби не влаштовує гіпотетична можливість для спортсмена просто піти з клубу, попередивши про це останній за два тижні, як це передбачає трудове законодавство. Відсутність істотних інструментів впливу на спортсмена також не влаштовує спортивні клуби. Адже будь-яке застосування санкцій, не передбачених кодексом законів про працю, легко може бути оскаржене спортсменом у суді.

Запроваджуючи трудо-правовий підхід до регулювання відносин контракування у спорті, вітчизняний законодавець провокує постійні колізії при регулюванні відповідної сфери відносин. Так, чинна ст. 23-3 Закону України «Про фізичну культуру і спорт» передбачає, що спортсмен-професіонал має право на перехід до іншого спортивного клубу, що знаходиться на території України або за її межами, у разі офіційного оформлення взаємної угоди між клубами та спортсменом-професіоналом до закінчення строку дії контракту або невиконанні зазначених у такому контракті зобов'язань щодо спортсмена-професіонала.

Якщо відносини контракування є трудовими, то виникає питання, а що ж в дійсності заховане за необхідністю взаємної домовленості спортивних клубів у питанні переходу спортсменів до закінчення строку контракту? Не що інше, як спроба вирішення ніби трудового за визначенням спору цивільно-правовими засобами.

Насправді ж визнання досліджуваних відносин цивільно-правовими вирішило б цю проблему. Так, у випадку одностороннього переходу спортсмена виникає одностороннє порушення зобов'язань за цивільно-правовим договором, що породжує додаткові зобов'язання з відшкодування шкоди, спричинених неналежним або неповним виконанням основних зобов'язань за договором.

Отже, ст. 23-3 Закону України «Про фізичну культуру і спорт», як і все українське законодавство у відповідній сфері, містить недоліки загального концептуального осмислення проблеми професійної спортивної діяльності в нашій країні, пов'язані з небажанням визнавати за такою діяльністю цивільно-правовий характер.

Зважаючи на той факт, що відносини у професійному спорті є, фактично, підприємницькими (господарськими) відносинами, що повинні регулюватися

нормами цивільного права, пропонуємо передбачити у Законі України «Про фізичну культуру і спорт» (або в окремому Законі «Про професійний спорт») чітку легальну дефініцію професійної спортивної діяльності через категорію підприємництва, відповідно до ст. 42 ГК України.

Так, професійною спортивною діяльністю пропонуємо називати самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик діяльність у сфері спорту з організації спортивних заходів, наділених особливою видовищністю, спрямовану на задоволення інтересів спортивних організацій, спортсменів-професіоналів та глядачів і систематичне отримання прибутку від користування майном, продажу квитків, виконання робіт і надання послуг тощо.

Закріплення зазначеного визначення у позитивному праві дозволило б визнати, що в основі відносин між спортивним клубом та професійним спортсменом лежить не трудовий договір, а цивільно-правовий договір виконання робіт, у відповідності до якого одна сторона (виконавець) зобов'язується виконувати тренувальну діяльність з метою набуття навичок, що дозволяють досягати високих результатів у спортивних змаганнях, а інша сторона (замовник) бере на себе обов'язок оплатити ці роботи за отримання права користування досягнутими спортсменами результатами. Предметом договору виконання робіт у професійному спорті може бути спортивна майстерність як особливий об'єкт права власності. А право користування цим об'єктом буде передаватися власником іншим суб'єктам цивільно-правових відносин на умовах договору.

При цьому з'явиться також і можливість визначення критеріїв оцінки права користування спортивною майстерністю при здійсненні цивільно-правових правочинів. Одним з очевидних критеріїв уже зараз є спортивні досягнення і результати змагальної діяльності спортсмена.

Перевагою цивільно-правового договору є й те, що він зберігає для сторін свободу вибору форми, а в істотній мірі й змісту, встановлюючи гнучкий у застосуванні правовий зв'язок.

Таким чином, ми переконані, що відносини контрагування у спорті потребують регулювання інструментами цивільного права.

Враховуючи наведене вище, пропонуємо таке визначення спортивного контракту: домовленість двох сторін (спортсмена та спортивного клубу), відповідно до якої одна сторона (спортсмен) зобов'язується виконувати тренувальну діяльність з метою набуття навичок, що дозволяють досягати високих результатів у спортивних змаганнях, безпосередньо брати участь у змаганнях та передати право користування досягнутими результатами іншій стороні (спортивному клубу), а інша сторона (спортивний клуб) зобов'язується сплатити за це обумовлену у контракті грошову суму.

Література

1. Виноградов П. А. О современной концепции развития физической культуры и спорта // Современные проблемы и концепции развития физической культуры и спорта. — Челябинск : УрГАФК, 1997. — Ч. 1. — С. 15–35.
2. Коршудова Т. Ю. Развитие законодательства о труде профессиональных спортсменов // Трудовое право. — 2006. — № 5.

3. Василькевич В. П. Гражданско-правовое регулирование в области профессионального спорта : дис. ... канд. юрид. наук / В. П. Василькевич. — М., 2006.
4. Шевченко О. А. Особенности правового регулирования труда профессиональных спортсменов // Теория и практика физической культуры. — № 6.
5. Антипов А. Ф. Профессиональный спорт и закон / А. Ф. Антипов, Л. В. Улюстинова // Теория и практика физической культуры. — 2001. — № 11.

Анотація

Ткалич М. О. Правова природа та особливості укладення контракту про спортивну діяльність. — Стаття.

У статті проаналізовано правову сутність контракту про спортивну діяльність. Автор статті робить висновок, що відносини, що складаються між спортсменом та спортивним клубом, є цивільно-правовими за своїм характером, відповідно й контракт про спортивну діяльність є різновидом цивільно-правових договорів і повинен укладатися відповідно до ЦК України.

Ключові слова: договір, спортивний контракт, контракуюча, професійна спортивна діяльність, спортивний клуб.

Summary

Tkalych M. O. Legal Nature and Specific of Sport Contract. — Article.

The legal essence of sports contract is analysed in the article. The author makes a conclusion, that relations, existing among a sportsman and a sports club are civil by it's character, so a sports contract is a kind of civil legal agreements and must be concluded in accordance with the Civil Code of Ukraine.

Keywords: contract, sports contract, contractation, professional sports activity, sports club.

Розділ 5

**ЖИТТЯ І. В. ШЕРЕШЕВСЬКОГО
ЯК ДУХОВНА ЄДНІСТЬ
МІЖ ПОКОЛІННЯМИ ЮРИСТІВ**

I

I

**ПАМЯТЬ ОБ ИЛЬЕ ВЕНИАМИНОВИЧЕ ШЕРЕШЕВСКОМ
(120 ЛЕТ СО ДНЯ РОЖДЕНИЯ)**

С И. В. Шерешевским на факультете я общался редко, так как он вел занятия на дневном отделении, а я, будучи совместителем (постоянная работа была в госарбитраже), — на вечернем. Но, несмотря на это, с самого начала знакомства у меня сложилось твердое убеждение о нем как о серьезном, многостороннем ученом, отличном преподавателе и удивительном интеллигентном, скромном человеке высочайшей нравственной культуры.

Это был эрудит самого высокого класса, свободно разбиравшийся в области гражданского, римского, семейного, торгового права. Об этом свидетельствовали его многочисленные опубликованные работы, наглядно представленные на большой доске во время чествования его в связи с семидесятилетием. Ему было присвоено звание профессора одновременно по гражданскому и торговому праву еще в 1928 году.

Мне не приходилось слушать его лекции, но со слов студентов я знаю, что они всегда были содержательными и интересными. Он умел просто и ясно доносить до сознания студентов иногда непростые юридические понятия и категории. Студенты с удовольствием шли на его занятия.

Он был внимательным и доброжелательным к своим коллегам, никогда не отказывал им в консультациях по тому или иному вопросу. Когда в 1971 году на кафедре обсуждалась моя кандидатская диссертация на тему «Вина как субъективное основание имущественной ответственности хозяйственных организаций за нарушение договорных обязательств», он внимательно ознакомился с ней, высказал некоторые замечания, одобрил и пожелал мне удачной защиты. Его доброжелательное благословление ободрило меня, и я вскоре успешно защитился в Киевском университете.

Илья Вениаминович прожил большую, трудную и интересную жизнь.

Родившись, выучившись и начав работать еще в царское время, он с честью и достоинством прошел свой жизненный путь, преодолев все превратности судьбы в суровых условиях Советского Союза. При нем проходило непростое становление и развитие нового социалистического права. Он был современником П. И. Стучки, предложившего в двадцатых годах идею двухсекторного права (гражданского и хозяйственного). При нем Пашуканис и Гинзбург в тридцатых годах разработали курс хозяйственного права и проект Хозяйственного кодекса. Он внимательно изучал и использовал в своей деятельности работы академика А. В. Венедиктова «Правовая природа государственных предприятий», «Договорная дисциплина в промышленности», «Государственная социалистическая собственность», «Организация государственной промышленности в СССР» и др. И. В. Шерешевский пережил дикий разгул мракобеса А. Я. Вышинского, который в 1938 году на первом съезде ученых-юристов заявил, что

никакого хозяйственного права нет, и «закрыл» само словосочетание «хозяйственное право».

А сторонники его нарком юстиции Н. В. Крыленко и его заместитель Е. Б. Пашуканис были расстреляны. Хотя репрессии в связи с этим не коснулись Ильи Вениаминовича, но психологически ему трудно было это пережить.

Поэтому он с большим удовлетворением встретил в 1964 году постановление ЦК КПСС «О мерах по дальнейшему развитию юридической науки и улучшению юридического образования в стране», восстановившее в правах гражданства среди других правовых наук хозяйственное право и обязавшее преподавать его во всех юридических институтах и на правовых факультетах университетов.

Илья Вениаминович постоянно использовал постановление в своей практической деятельности.

И. В. Шерешевский остался в моей памяти настоящим большим ученым, отличным преподавателем и замечательным человеком.

УДК 347.96(477.7-25Од)“19”(092)

О. К. Вишняков

«ЧЕЛОВЕК С “РАНЬШЕГО” ВРЕМЕНИ...»

Коли згадую Іллю Веніаміновича, на думку приходять слова літературного персонажа «...Да-а, сразу видать — человек с раньшего времени...». Ні, він не був таким собі «старорежимним» професором, — завжди цікавився новими тенденціями у праві, хоча й дуже критично до них ставився. Так, одним з перших він почав читати у 1960-х роках університетський спецкурс тоді ще «топ-новинки» — господарського права. Усе життя буду пишатися тим, що саме він зголосився бути науковим керівником моєї дипломної роботи щодо співвідношення плану і договору у регулюванні соціалістичного господарства.

Він ніколи не проходив повз нас — у ті часи молодих студентів відродженого юрфаку ОДУ 1960-х років, що на перервах кучкувалися у факультетському коридорі чи на сходах, — не зупинившись і не вступивши у розмову. Одразу ж до нього потоком йшли самі різні запитання — і «за життя», і за науку — і, здавалося, він того тільки й чекав — починався «летучий» диспут, яким він блискуче, з іронією та жартами та з явним задоволенням, керував.

Те, що в Іллі Веніаміновича було, так би мовити, «старорежимного», так це енциклопедична обізнаність і фундаментальність, інтелігентність, порядність та почуття відповідальності. Коли роки зробили своє і йому прийшлося відійти від праці на факультеті, він, будучи вже у дуже й дуже поважному віці, писав наукові статті, не припиняв палкої полеміки зі своїми науковими опонентами. Навіть майже втративши зір і не маючи можливості вийти з дому, він зали-

шався в курсі світових подій, слухаючи радіо іноземними мовами, яке навіть за тих часів не покривалося радянськими «глушилками». Розкладав на підвіконні фоліанти зарубіжних видань з римського права та, озброївшись величезним збільшуваним склом, намагався використати денне світло навіть за коротких зимових днів. Повідомив з гордістю, що починає вивчати італійську. У це важко було повірити, але він «на полном серьезе» запевнив, що йому стало замало мовного запасу.

Ілля Веніамінович отримав добротну освіту в Новоросійському університеті, але як тільки дозволяли гроші їздив слухати університетські лекції за кордоном. За радянських часів став відомим вченим, писав труди з різних галузей права. Але не був кабінетним вченим ані за складом характеру, ані за вдачею. Доля, яка була з ним не завжди справедливою, випробовувала його і як одного з перших керівників одеської міліції, і на посаді банківського юрисконсульта, і в ролі безробітного професора. Але завжди він залишався оптимістом. Завжди з ним були глибока професійність, повага до юридичної професії та вміння прищеплювати цю велику справжню повагу іншим.

УДК 347.96(477.7-250д)“19”(092)

В. В. Самадурова

ШЕРЕШЕВСЬКИЙ ІЛЛЯ ВЕНІАМІНОВИЧ

У плеяді викладачів Одеського університету І.В. Шерешевський займає особливе місце. Найстаріший викладач юридичного факультету, він віддав юридичній освіті більшу частину життя. Він — вихованець університету, один з найстаріших юристів України. Коли у 1968 р. готувалося святкування 80-річного ювілею вченого, Ілля Веніамінович попросив провести його в аудиторію № 14 по вул. Преображенській, 24: «Я вперше увійшов у цю аудиторію студентом, прочитав тут свою першу лекцію».

Народився І. В. Шерешевський 27 листопада 1888 р. в Одесі у родині лікаря. Закінчив третю гімназію зі срібною медаллю у 1906 р. У тому ж році вступив до юридичного факультету Новоросійського університету. У звіті ІНУ за 1910 р. є запис про присудження медалей за твори з римського права на тему «Представництво за римським громадянським правом». Серед нагороджених був студент 4-го курсу Ілля Шерешевський, який отримав срібну медаль. Зі студентської пори саме римське право стало головним змістом наукових досліджень майбутнього вченого.

Ще до революції він друкував статті з питань представництва у журналах «Право», «Журнал Министерства юстиции», «Вестник права», суміщаючи адвокатську практику з науковою роботою.

Служіння суспільній справі стало кредо його життя. Пошуки справедливості

вості привели молодого юриста до активної політичної діяльності. У дореволюційний час він став членом ЦК партії соціалістів-революціонерів, але згодом прийняв радянську владу. Він брав участь у створенні та роботі радянських органів юстиції: працював консультантом комісара юстиції, в карному розшуку. З дня створення радянської адвокатури Ілля Веніамінович працював в Одеській колегії адвокатів, членом якої він залишався до похилого віку. Його виступи у судах були зразком глибокого правового аналізу, принциповості та відповідальності.

І. В. Шерешевський почав викладацьку роботу у 1920-ті рр. у совпартшколі та на військово-політичних курсах, пізніше почав викладати право в інституті гуманітарно-суспільних наук, який був перетворений в інститут народного господарства, де відкрився юридичний факультет. Тут він був обраний професором з курсу громадянського та торговельного права (1928).

З початком Великої Вітчизняної війни Ілля Веніамінович відправився в евакуацію, але ешелон під Миколаєвом був відрізаний німцями. Вчений був вимушений повернутися до Одеси, жити в окупованому місті. Він не працював весь час окупації, і хоча сам уцілів, та згубив у гетто мати та сестру.

Серед перших викладачів, що відновили роботу Одеського кредитно-економічного інституту у 1944 р., був І. В. Шерешевський разом з А. С. Бориневичем та І. Т. Славовим. У 1947 р. у складі Одеського університету було відновлено юридичний факультет. Його першим деканом став доцент М. О. Кравцов, а викладачами — І. В. Шерешевський, І. Ю. Фіни, І. О. Середа, В. Т. Олієвський, Ю. А. Баскін, В. П. Шахматов, Б. В. Лондонський та інші.

І. В. Шерешевський викладав українською мовою історію інститутів права, римське право. Він виховав тисячі кваліфікованих юристів. Багато його учнів стали докторами та кандидатами наук. Вони із захопленням та гордістю згадують блискучі лекції вчителя, його глибоку ерудицію, багатий юридичний досвід.

Наукова діяльність І. В. Шерешевського була дуже широкою за інтересами: це трудове та цивільне право, історія держави та права зарубіжних країн, римське право.

Вчений володів французькою, англійською, італійською мовами, латиною. До кінця життя Ілля Веніамінович був пов'язаний з адвокатською практикою.

У 1981 р., у віці 93 років, І. В. Шерешевський пішов із життя.

ВОСПОМИНАНИЯ О И. В. ШЕРЕШЕВСКОМ

За период обучения на юридическом факультете Одесского государственного университета судьба позволила мне прикоснуться к педагогическому и научному мастерству плеяды педагогов, работающих на этом факультете. Среди них М. А. Нудель, Ю. Я. Баскин, И. Е. Середа и другие, особое место занимает Илья Вениаминович Шерешевский.

Уже в те годы он был живой легендой, почитаемый студентами как настоящий интеллигент, интеллектуал и ученый. Однако особой его чертой была высочайшая требовательность к знаниям студентов. Придя на второй курс факультета, я, будучи наслышан о высочайшей требовательности Ильи Вениаминовича, был страшно рад, что не сдавал ему римское право, как потом оказалось, я не сдавал ему гражданское право, которое он читал. Но, готовясь к тому, что мне придется сдавать гражданское право, я даже записался в кружок, которым руководил Илья Вениаминович, и выступил на конференции, посвященной анализу книги А. В. Венедиктова «Государственная социалистическая собственность» 1948 г. Подводя итоги этой конференции, Илья Вениаминович, как мне казалось тогда, похвалил меня, сказав, что Е. В. Додин хорошо выучил свой доклад. И только сейчас я понимаю, какая ирония была скрыта в этих словах, ибо научная работа не требует заучивания отдельных положений, а предполагает системное усвоение проблемы.

Вторая наша встреча с Ильей Вениаминовичем произошла уже на пятом курсе во время защиты мной дипломной работы. По некоторым обстоятельствам я пропустил значительное количество учебных занятий во втором семестре, в тот период, когда закрепляли темы дипломных работ. Но мне повезло, что на факультет пришел работать молодой ученый Ю. С. Червонный, который согласился руководить моим дипломным проектом «Правовой статус треста». И нужно было видеть лицо Ильи Вениаминовича, когда он сидел в составе государственной экзаменационной комиссии и слушал мою защиту. Он беспрерывно тер глаза и смотрел на меня, как будто вопрошая: зачем ты залез в гражданское право?

После получения диплома и выпускного бала в ресторане «Лондонский» я был уверен, что наши пути с Ильей Вениаминовичем разошлись навсегда. Но представьте себе мой ужас, когда на следующий день после выпускного бала я был вызван в деканат и мне вручили кипу бегунков на сдачу тех предметов, которые я не изучал на первом курсе, т.к. в Харьковском юридическом институте они не входили в учебный план. Но самый большой ужас состоял в том, что среди направлений на сдачу какой-то там логики, судебной статистики вдруг оказалось направление на сдачу римского права доценту И. В. Шерешевскому. Учитывая, что это был пробел в работе деканата, т.к. они должны были об этом позаботиться раньше, мне был дан льготный срок на сдачу этих экзаменов — три дня.

Конечно, наибольшую сложность представлял для меня экзамен по римскому праву. И хотя я его не изучал, однако, прослушав курс гражданского права, который вел Илья Вениаминович, я многие основные положения этой учебной дисциплины уже знал, поскольку он читал этот курс, как сейчас принято говорить, пользуясь методом сравнительного правоведения. Он не только анализировал нормы действующего гражданского права, но и рассказывал историю возникновения многих норм этой отрасли права в период Римской империи. Поэтому многие его мысли о связи советского гражданского права и римского права были мне знакомы. Тем не менее для подстраховки я пошел на книжный рынок и купил книгу И. Б. Новицкого «Римское право». И с этой книжкой я появился перед Ильей Вениаминовичем Шерешевским. После того как он мне в бегунке поставил искомую оценку, я набрался нахальства и попросил его, чтобы он расписался в этой книге. Он выполнил мою просьбу. А теперь должен признаться, что я совершил после этого один из самых гнусных поступков в своей жизни — вырвал из книги страницу с подписью Ильи Вениаминовича, пошел на книжный рынок и продал книгу. И только сейчас я понимаю, какую ценность она бы сейчас представляла.

Впоследствии судьба меня свела с Ильей Вениаминовичем уже после моего прихода на работу в Одесский государственный университет на юридический факультет.

Илья Вениаминович всегда относился внимательно к своим ученикам, особенно это внимание коснулось меня — молодого преподавателя. Илья Вениаминович, вспоминая мое спортивное прошлое, старался направить наш разговор на спортивные темы, избегая проблемных научных тем. Конечно, его знание спортивной жизни были далеко не те, которыми обладал тогда Юрий Семенович Червоный, который мог рассказать о составе любой футбольной команды, о жизни баскетболистов и многие иные тонкости спортивной и околоспортивной жизни. У Ильи Вениаминовича был другой подход к оценке спортивной жизни — он был философ и поэтому рассматривал спорт с точки зрения психологии спортсмена, его оценки обществом.

Вероятно для того, чтобы повысить мое понимание спорта, он мне предложил почитать книгу немецкого автора Шлоссера «Философия тела и духа». И, действительно, эта книга явилась для меня открытием внутреннего мира спортсмена, и я сожалею, что после прочтения вернул Илье Вениаминовичу эту книгу, а не оставил её себе. Сейчас бы я сказал, что сделал это в память о нем.

Возможно, мои воспоминания не создадут настоящего и полного портрета Ильи Вениаминовича, ибо они касаются только отдельных, скорее всего, бытовых сторон жизни этого великолепного ученого, педагога, обладающего энциклопедическими знаниями, он был в полной мере интеллигентом старой «закваски». Последнего качества так не хватает многим современным профессорам и доцентам, и, возможно, чтения, которые проводятся в нашей академии, посвященные памяти Ильи Вениаминовича Шерешевского, в какой-то степени могут помочь нынешним ученым хотя бы немного приблизиться до тех высот, которых достиг Илья Вениаминович.

ШЕРЕШЕВСКИЙ ИЛЬЯ ВЕНИАМИНОВИЧ

И. В. Шерешевский родился в г. Одессе 27 ноября 1888 г. в семье известного в городе врача. В 1900 г. он закончил с серебряной медалью гимназию. В том же году он поступил на юридический факультет Новороссийского университета. Учился он очень хорошо. Так, в 1910 г. на 4-м курсе ему была присуждена медаль за подготовленную им работу по римскому праву на тему «Представительство по римскому гражданскому праву». Римское право он очень любил и многие годы читал его во всех учебных заведениях, где возникала такая возможность.

Он был активным человеком, и это проявлялось в общественной работе.

Еще до революции он стал заниматься общественной деятельностью. Он был избран членом ЦК партии социалистов-революционеров, что позднее откликнулось при советской власти.

После победы Октябрьской революции он положительно воспринял советскую власть и работал в органах юстиции, в милиции, в уголовном розыске.

Когда была создана адвокатура, весьма положительно воспринял это и начал работать адвокатом и оставался членом коллегии до своих последних дней. Шерешевский считался одним из лучших адвокатов Одессы и был весьма популярен. Он справедливо воспринимался как высококвалифицированный специалист.

Высокая квалификация и образованность Шерешевского послужили основанием для его привлечения к преподавательской деятельности. Он работал в качестве преподавателя в самых различных учебных заведениях и даже в специальных учебных заведениях. Он работал в совпартшколе, на различных курсах, в институтах. Когда открылся юридический факультет в институте народного хозяйства, Шерешевский стал штатным преподавателем и был избран профессором этого института. Читал он курсы гражданского и торгового права.

Начавшаяся Великая Отечественная война резко изменила положение Шерешевского. Когда немецкие войска уже приблизились к Одессе, он вынужден был эвакуироваться. Однако где-то под Николаевом их эшелон наткнулся на немцев и вынужден был вернуться в Одессу. Город был оккупирован немцами, и Шерешевский, еврей по национальности, оказался в ловушке.

Его спасло то обстоятельство, что его жена была по национальности русской, не занималась политикой и не опасалась немцев. Она спрятала мужа в подвале под их квартирой. Еду она передавала обычно днём, а ночью выпускала его в комнату, чтобы он мог подышать свежим воздухом. Поскольку жена не работала, ей пришлось продавать их вещи, чтобы прожить. Кое-какую помощь оказывали ей друзья. Как оказалось потом, в то же время в гетто погибли мать и сестра Шерешевского.

Когда немцев выбили из Одессы и постепенно вернулась нормальная жизнь,

Шерешевский начал работать. Он продолжил работу в Одесском кредитно-экономическом институте, а в 1947 г., когда в университете был создан юридический факультет, Шерешевский был приглашён в качестве преподавателя римского права и гражданского права.

Лекции профессора Шерешевского были весьма популярными у студентов, ибо были интересными, живыми и насыщенными примерами из юридической практики и литературы. Илья Вениаминович руководил студенческим научным кружком гражданского права. Студенты активно посещали заседания этого кружка. Когда я был на 4-м курсе, то подготовил доклад на кружке на тему «Обязательства из предотвращения вреда». Тема была оригинальной и понравилась руководителю И. В. Шерешевскому, который предложил сделать из доклада статью и направить её в Москву в журнал «Социалистическая законность», орган Прокуратуры СССР. Я опешил и спросил, могу ли я как студент отправить свою статью в журнал столь высокого государственного органа. Илья Вениаминович ответил, что решать будет редакция, и если статья им не подойдёт, то они её не опубликуют. Вы ничем не рискуете, а статья у вас хорошая. Я послушался профессора, подготовил статью и отправил её в редакцию и занялся своими студенческими делами. Я сдал экзамены за 4-й курс и перешёл на 5-й. Никаких известий из редакции я не получал и уже махнул рукой на это дело. Уже шёл 1952 год. Где-то в конце февраля я как обычно купил очередной второй номер журнала «Социалистическая законность». Открыл его и остолбенел, в журнале была опубликована моя статья. Я тут же помчался к проф. Шерешевскому. Он был очень доволен, поздравил меня и сказал, что он не зря настоял, чтобы я послал статью в редакцию этого журнала. Новость быстро облетела весь факультет, все отмечали, что это первая статья с нашего факультета, опубликованная в этом столь известном журнале. Более того, оказалось, что это была первая публикация студента во всесоюзном журнале специального характера. Как мне позднее рассказывали преподаватели юридических вузов из других городов, моя статья и сам факт её публикации вызвали большой интерес студентов и преподавателей.

Что же касается меня лично, то на моей жизни студента, а затем и юриста эта статья никак не отразилась. На заседании комиссии по распределению после окончания университета, когда наш декан проф. И. Е. Середа доложил комиссии весь материал обо мне и просил оставить меня на факультете в аспирантуре, председатель комиссии тогдашний прокурор Украины заявил, что это всё не имеет значения и меня отправили нотариусом в сельский район. Такое отношение было проявлено комиссией ко всем евреям, закончившим университет.

Илья Вениаминович Шерешевский успокаивал меня и говорил, что в жизни все бывает, что это дело временное. Я уехал в район на работу, а бывая в Одессе, иногда посещал Илью Вениаминовича, советовался с ним по разным юридическим вопросам. Он всегда ободрял меня и говорил, что общение с людьми — это вещь полезная и для юриста нужная. Когда позднее я перешёл на работу в адвокатуру, Илья Вениаминович был доволен и давал мне советы, он ведь имел

большой опыт адвокатской деятельности. К этому времени он уже оставил работу и перешёл на пенсию.

Прошло время, я продолжал работать в районе, но уже в качестве адвоката, как вдруг до меня дошло известие о смерти Ильи Вениаминовича. Я почувствовал себя осиротевшим. Когда в очередной раз приехал в Одессу, я поехал на кладбище, чтобы проститься с моим учителем.

В дальнейшем я никогда не забывал Илью Вениаминовича, особенно когда начал преподавать в Одесском государственном университете. Я всегда рассказывал своим студентам о нем.

Илья Вениаминович Шерешевский остался в памяти одесских юристов как профессионал высокого класса, незабываемый учитель, неповторимый ученый и человек.

Розділ 6

**УДОСКОНАЛЕННЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ
ТА ПРАВОСУДДЯ У СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ**

ВЗАЄМОДІЯ СУСПІЛЬСТВА І ПРАВА: АНТРОПОЛОГІЧНИЙ ВИМІР

Суспільство є продуктом взаємодії людей. Це — складна система зв'язків індивідів, об'єднаних економічними, сімейними, груповими, етнічними та іншими відносинами й інтересами, що саморозвивається. При всій складності структури суспільства і різноманітності його складових частин суспільство не може існувати без упорядкування і стабілізації. Таким регулюючим і організуючим суспільні відносини феноменом є право.

Проблема взаємовідносин суспільства і права є однією з найважливіших, від її вирішення залежить визначення функцій і змісту права, його місця в соціумі.

Л. І. Спірідонов, визначаючи сучасний стан суспільства як кризове, справедливо зазначає: «Грабіжницьке ставлення до природи (екологія); небажання зіставляти, розміряти реальні ресурси з темпами і змістом розвитку, зокрема, з демографією (межі зростання, визначені Римським клубом); розпад етичних основ на рівні держав (пограбування одних народів іншими, подвійний моральний стандарт, брехня, злочини урядів); однополярність, що призвела до відсутності вибору народами шляху розвитку, відмінного від того, який накреслений світовою державою; розповсюдження практики вирішувати долі народів військовою силою; розпад культурних основ та їх витіснення масовою «культурою»; технічна можливість оперувати за допомогою ЗМІ суспільною свідомістю і маніпулювання нею; зменшення ролі науки, особливо гуманітарної; розпад демократичних принципів політичного управління; ігнорування права (клятвопорушник може бути офіційно залишений президентом найбільшої держави) та інше — ось реальні прояви кризи світової цивілізації» [1, 20].

Сучасна юридична наука також знаходиться в кризовому стані, і це пов'язано не тільки з руйнуванням традиційно пануючої ідеології, що призвело до втрати світоглядних орієнтирів у соціально-гуманітарному пізнанні, але й з виникненням нової соціально-економічної і духовної ситуації в країні. Все це вимагає пошуку і затвердження нових засобів і способів її осмислення, виявлення ланок, що її опосередковують. Стосовно основних проблем сучасного вітчизняного права, що переорієнтовувалося до загальнолюдських цінностей, такою ланкою стає антропологічний вимір права.

Розвиток антропологічних знань, що спостерігається останнім часом у праводержавознавстві, свідчить про становлення системи науково-дослідницьких настанов, переконань, підходів і знань щодо з'ясування антропологічної природи права та правових явищ, світоглядну основу якої (системи) становлять висновки антропології й інших наукових систем про сутність людини, її природу та взаємозв'язки з суспільством і соціальними групами.

Не випадково питання сучасного права досліджуються у взаємозв'язку з такими поняттями, як свобода, справедливість, мораль, які у своїй взаємозв'я-

заній сукупності при їх історичному і теоретичному розгляді змістовно розкривають суть «прав людини», а отже, і його людську природу права взагалі.

За часів середньовіччя вважалося, що основи права вже закладені природою в самій людині. В новий період історії «природне» почало ототожнюватися з «розумним», «раціональним». Сьогодні поняття природного права все частіше починають розглядати в його соціокультурній обумовленості.

При цьому необхідно враховувати, що право, як і будь-яка інша форма соціального буття і наукового знання, може розглядатися в трьох аспектах: право як соціальний інститут, право як форма діяльності і право як система знання. Якщо по відношенню до двох перших видів функціонування права їх соціокультурна обумовленість простежується більш-менш чітко, то по відношенню до права як системи знань ця детермінованість виявляється найбільш проблематичною, але в той же час і найбільш істотною. Коли, наприклад, стверджується, що «право — це загальний масштаб і рівна міра свободи», то очевидно, що дане визначення виконує роль принципу, або цільової настанови дослідження, але ще не розкриває механізму взаємозв'язку права і таких понять, як свобода, справедливість, мораль, носіями яких виступають не тільки певні суспільні відносини, але і сама людина.

Права людини у такому контексті розглядаються як загальнотеоретична проблема поза межами конституційних або міжнародно-правових аспектів. В центрі уваги повинна знаходитися онтологія прав людини.

Тільки в рамках постмодерну з'явилася можливість зв'язати право і права людини, розглядаючи право як феномен людського буття, як психосоціокультурну систему. З погляду теорії, що розробляється, право — це і є права людини, але права, які існують не самі по собі, а пов'язані і з правовими обов'язками, і з правовими нормами, і з правовими текстами держави в рамках рекурсивної системи правових комунікацій. Такий підхід можна характеризувати як інтегральний, в його рамках реалізується принцип додаткової комплементарності наукового знання. Подібне інтегральне і антрополого-комунікативне праворозуміння співзвучне постмодерністській теорії прав людини, яка може розглядатися як наукова теорія, достатньою мірою адекватна сучасності.

Сучасне праворозуміння в будь-якому варіанті його осмислення потребує антропологічного ракурсу, тобто повинно відповідати на питання про те, як право пов'язане з людиною.

Для розв'язання поставленої проблеми уявляється необхідним показати роль суспільства відносно права як в онтологічному, так і гносеологічному сенсі, і тим самим прояснити історичну і соціокультурну обумовленість антропології права. При цьому основна увага повинна бути приділена специфіці постіндустріального суспільства (суспільства епохи постмодерну).

Вирішення даної проблеми посилюється тим, що сьогодні як ніколи уявлення про суспільство є надзвичайно дискусійним в соціології (соціальній філософії). У зв'язку з цим особливої актуальності набуває аналіз змін у суспільстві (і в уявленнях про суспільство), що обумовлюють новий зміст і бачення права.

Суттєво сприятимуть у вирішенні цієї проблеми ідеї, що сформувалися в рам-

ках когнітивних наук, філософії мови, феноменолого-герменевтичних і феноменолого-соціологічних напрямів сучасної гуманітаристики, синергетики, культурології й антропології. У даному контексті антропологічні константи, що визначають людську природу, виявляються нерозривно пов'язаними з його місцем у соціумі. Це означає, що процес становлення людини має системний характер і проходить у взаємозв'язку з навколишнім середовищем (як природним, так і антропогенним). Ключовим моментом, що характеризує становлення людини, є комунікація. Комунікація при цьому розуміється як центральне поняття всіх соціальних і гуманітарних наук, як принцип, що пояснює феномен людини. Комунікації можуть інтерпретуватися як явища й іманентні, та трансцендентні соціальному світу. Функціонування людини у суспільстві, тобто у соціальному вимірі, неможливо без права.

Суспільство відносно права виступає його метасистемою як в онтологічному, так і гносеологічному сенсі, визначаючи основні характеристики права. В онтологічному сенсі суспільство генетично передує праву і функціонально обумовлює його призначення, а отже його сутність. У гносеологічному плані специфіка пізнання суспільства визначає особливості знань про право. Розглянемо докладніше ці взаємозв'язані один з одним онтологічний і гносеологічний аспекти функціонування права.

Право — соціальне явище. Одночасне воно — явище культури, це великий психологічний феномен, оскільки культура і психіка — суть модуси соціального: будь-яка знакова система функціонує в соціальному просторі та існує саме завдяки соціальним взаємодіям. Те ж саме стосується пам'яті та інших аспектів психіки. Тому цілком можна стверджувати, що і культура, і психіка існують через їх включеність у соціальні процеси. У зв'язку з цим становлять значний інтерес психологічні експерименти Дж. Брунера про соціокультурну обумовленість сприйняття грошей: діти з різних за соціальним статусом сімей (з різним статком) очо оцінюють по-різному платоспроможність монет (менш забезпечені її явно переоцінюють) [2].

Право, як і економіка, політика, є елементом, підсистемою, стороною суспільства. Тому воно (право) характеризується тими ж ознаками, як і будь-який інший соціальний феномен. Якщо розглядати право як систему, то ознаки його «соціальності» виявляються в тій ролі, яку право відіграє по відношенню до соціального цілого, — в його «генеральній функції» (термін Л. І. Спиридонова), яка полягає в забезпеченні цілісності, нормального відтворення суспільства. Тому шукати суть права поза соціумом, як і намагання відгородити його від інших соціальних явищ, — заняття безглузде. Правова сфера має лише відносну самостійність по відношенню до соціального цілого, і ні за яких умов не може відрізнитися від відповідного типу суспільства. Можна стверджувати, що характеристика права відповідає характеристиці суспільства [3].

Право виступає як певний тип масової поведінки, головною відмінністю якої від інших видів поведінки (моральної, релігійної та ін.) є те, що саме така поведінка найбільш значуща з функціональної точки зору. При цьому в переважній більшості випадків вона (масова правова поведінка) здійснюється у фор-

мі реалізації настанов, стереотипів поведінки, а не усвідомлених дій. На цей момент звертали увагу наприкінці XIX — початку XX ст. Л. І. Петражіцький, Е. Ерліх та інші теоретики права [4; 5]. Можливо, що така «природна настанова» (за термінологією представників соціологічної феноменології) забезпечує економію мислення, оскільки раціонально оцінити кожен свій крок означає приречити себе на нераціональну життєву стратегію [6].

Право в більшості випадків виявляється саме в такій поведінці. Причому це стосується не тільки пересіченого громадянина, який, як відомо, погано обізнаний у законодавстві, але і професійного юриста або політичного діяча. Будь-яка елементарна взаємодія, наприклад, між продавцем і покупцем, включає декілька сторін, моментів: економічну (у якій реалізується закон попиту і пропонування), юридичну (у якій реалізується договір купівлі-продажу), психологічну (міжособове сприйняття) та ін. Таким чином, власне правова складова, — це один з пластів фактичної поведінки людини. При цьому вичленувати правовий аспект з нього і відмежувати від економічного, політичного, морального можливо лише аналітично. Виключно юридичні відносини, такі як, наприклад, між адвокатом і підзахисним, суддею і підсудним, у значній мірі обумовлені неюридичними моментами: упередженнями (расовими, релігійними, культурними), симпатіями і антипатіями, звичками, політичною кон'юнктурою, стереотипами культури, моральними переконаннями, економічною мотивацією та ін. Представники школи «політичної юриспруденції» США довели це на значному емпіричному матеріалі [7], а дослідження «школи критичних правових досліджень» і постмодерністської юриспруденції показали, що логіка або спеціальна юридична аргументація у висновках суддів займає незначне місце в порівнянні з «екстраюридичними» феноменами [8].

Вищевикладене свідчить не тільки про те, що суспільство обумовлює право, але і про те, що дія суспільства на право є не прямою, а опосередкованою. Ця дія здійснюється через інші соціальні підсистеми (економіку, політику та ін.), а також через культуру як специфічний зміст соціального. Таке розуміння може бути вироблене не аналітичною теорією права, а соціологічною юриспруденцією, що спирається на дані соціальної філософії про зміст соціальних явищ.

Проте доводиться констатувати, що на сьогоднішній день у рамках теоретичної соціології не існує єдності думок щодо природи соціальних явищ. Саме це — відмінність в уявленнях про суспільство і способи його пізнання, — як уявляється, і обумовлює різні трактування праворозуміння.

Так, в європейській традиції існують два основні трактування соціального: індивідуалістичне і органістичне. Відповідно до першого підходу суспільство — не більше ніж механічне об'єднання з метою задоволення власних потреб окремих індивідів, які на свій розсуд створюють всі соціальні інститути. Такий підхід, на думку Н. Еліаса, не витримує критики, оскільки припускає планомірність створення і раціональність функціонування всіх соціальних утворень, можливість довільної їх зміни, віру в необмежені можливості людського розуму, зокрема, його повне панування (контроль) над поведінкою, інстинктами та емоціями. Другий підхід віддає пріоритет суспільству як цілому, яке соціа-

лізує окремого індивіда і встановлює рамки можливої поведінки. Проте і цей підхід не позбавлений недоліків: він нівелює індивіда до рівня «гвинтика у механізмі» і не дає можливості показати, як відбувається зміна соціальних інститутів (а ці зміни, очевидно, проводять окремі люди). Н. Еліас відзначає, що в рамках першого підходу неможливо перейти від індивіда до суспільства, а в рамках іншого — від суспільства до окремих людей [9, 17].

Ця проблема, названа Л. І. Спиридоновим «основним питанням соціології», має безпосереднє відношення до розуміння права і його основних інститутів — норм права, правосвідомості та ін. [10, 122–124, 180].

У другій половині XX ст. у суспільстві відбуваються найважливіші зміни, які зумовили необхідність кардинального перегляду підстав соціальної філософії. Серед цих змін: межі зростання індустріального суспільства [11], соціально-економічна, політична і культурна поляризація регіонів світу [12], перетворення інформації в основну продуктивну силу, що формує віртуальну економіку; поява масової культури, що включає відчуження індивіда (у найширшому сенсі цього слова) і маніпуляцію суспільною свідомістю власниками «символічного капіталу» (термін П. Бурдьє). Ці зміни викликали необхідність нового осмислення природи соціального, яка сьогодні реалізується засобами постмодерністської соціальної філософії. Вона за визначенням не є цілісним вченням про постіндустріальне суспільство і умовно поділяється на дві нерівнозначні частини — критичну (домінуючу) і позитивну, і не може не викликати відповідних уявлень про антропологію права [13, 10].

З цього випливає ряд важливих наслідків. Права людини (як і право в цілому) — це не сфера виключно ідей, фантазій, побажань, висновків яких-небудь окремих індивідуумів, груп, політичних партій. Вони базуються на життєвому світі людини і суспільства і є частиною емпіричної дійсності. Права людини виникають й існують як результат інтерсуб'єктивних, комунікативних взаємодій і не існують за межами правових відносин.

Соціально орієнтовані дії людей завжди мають текстуальну форму, а в певних випадках вони спеціально спрямовані на створення текстуальної форми. Таким чином, немає прав людини без правових норм і немає правових норм без прав людини (суб'єктивних прав).

Викладений погляд на права людини, обумовлений її комунікативною природою, означає також, що права не можуть існувати поза комунікацією, а отже, і поза правовими обов'язками і морально-правовою відповідальністю. Права людини як міра її соціальної свободи виявляються нерозривно пов'язаними з відповідальністю.

З позицій антрополого-комунікативного підходу може бути розглянута і проблема власності як проблема прав людини. Власність як право людини може мати антропологічний сенс, тільки коли виступає вираженням і продовженням людини. Власність у такому сенсі розглядається не як вартісний об'єкт, а як технічний засіб. Як засоби техніки власність у своєму генезисі та за своєю природою є створюваними людиною «проекціями» різних органів її тіла; як і органи тіла виступають «органічними прообразами» технічних знарядь

(П. А. Флоренський). Власність у такому сенсі конститується у вигляді невід'ємного права суб'єкта і буде таким і надалі, оскільки сприяє «розширенню» людини, розвитку її комунікативних можливостей. Цим пояснюється соціально-комунікативна природа власності, яка не дозволяє трактувати її як виключно приватну і лише через це священну, самостійну субстанцію.

Антрополого-комунікативний підхід до проблеми прав людини дозволяє побачити обумовленість права саме людськими якостями: такі правові феномени, як свобода, відповідальність, суб'єктність, власність не виникають самі по собі, а у вигляді необхідних системних компонентів людського, соціального буття. Саме ця обставина визначає сутність правобуття людини і її розвиток у рамках антропологічної парадигми.

«Найприроднішим» серед прав людини є право на комунікацію, реалізація якого опосередковує всі інші права. Всі можливості людської поведінки, що сприяють розвитку і зміцненню комунікативних відносин, при їх артикуляції, легітимації і актуалізації трансформуються в суб'єктивні права людини. У цьому значенні право не дарується, а формується через сумісні дії людей. Основні ж права людини повинні охоплювати політичний простір, стати частиною державно-правових комунікацій.

Права людини являють собою єдність правових текстів, які легітимують, включають нормативну поведінку суб'єктів, що діють у власних інтересах, і ця поведінка забезпечується виконанням обов'язків іншими суб'єктами. Легітимація є процедурою, яка підтверджує справедливість відповідних вимог. Справедливість нерозривно пов'язана з уявленнями про належне в праві і разом із свободою і відповідальністю є найбільш яскравою аксіологічною характеристикою прав людини.

Але оскільки соціальні інтереси визначаються багатьма соціокультурними обставинами, конкретний перелік прав і обов'язків людини і громадянина історично мінливий і відповідає закономірностям розвитку правової культури в рамках конкретного життєвого світу. Тому сьогодні право на комунікацію відроджується на новому рівні і з новим збагаченням змістом, що відповідає потребам інформаційного суспільства, що формується.

Таким чином, нове тисячоліття пов'язане із значними змінами як в соціальному житті людства, так і в світогляді — уявленні про світ і людину в ньому. Все це не може не позначитися на юридичній науці і приводить до перегляду раніш незмінних постулатів про роль права у суспільстві, на можливості переосмислення основних категорій теорії права з позицій антропології права.

Література

1. Спиридонов Л. И. Избранные произведения: Философия и теория права ; Социология уголовного права ; Криминология / Л. И. Спиридонов ; науч. ред. И. Л. Честнов. — С.Пб. : Изд-во Санкт-Петербург. ин-та права им. прища П. Г. Ольденбургского, 2002. — 392 с.
2. Брупер Дж. Психология познания : пер. с англ. / Дж. Брупер. — М. : Прогресс, 1977. — 413 с.
3. Честнов И. Л. Диалог трансцендентного и имманентного в праве // Труды Санкт-Петербургского юридического института Генеральной прокуратуры РФ. — 2001. — № 3. — С. 8–11.

4. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. — СПб. : Лань, 2000. — 608 с.
5. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts / E. Ehrlich. — Munchen ; Leipzig, 1913.
6. Румянцев В. Г. Социологическая интерпретация права в учении Е. Эрлиха // История государства и права. — 2005. — № 1. — С. 12–14.
7. American court system : readings in judicial process and behavior / ed. by S. Goldman, A. Sarat. — San Francisco, 1978.
8. Posner R. The Problems of Jurisprudence / R. Posner. — Chicago, 1990.
9. Элиас Н. Общество индивидов : сборник / Н. Элиас ; пер. с нем.: А. Антоновский, А. Ивашченко, А. Круглов. — М. : Практика, 2001. — 336 с.
10. Спиридонов Л. И. Теория государства и права : курс лекций / Л. И. Спиридонов. — СПб., 1995. — 301 с.
11. Meadows D. N. The Limits to Growth / D. N. Meadows, J. Meadows, W. W. Behrens III. — New York, 1972.
12. Гражданское общество, правовое государство и право («Круглый стол» журнала «Государство и право» и «Вопросы философии») // Вопросы философии. — 2002. — № 1. — С. 3–32.
13. Бурдье П. За рационалистический историзм // Социо-логос постмодернизма : альманах / под ред. П. А. Шматко. — М., 1996. — С. 9–29.

Анотація

Завальнюк В. В. Взаємодія суспільства і права: антропологічний аспект. — Стаття.

Розглянута проблема взаємовідносин суспільства і права. Суспільство відносно права виступає його метасистемою як в онтологічному, так і гносеологічному сенсі, визначаючи основні характеристики права. В онтологічному сенсі суспільство передуює праву і функціонально обумовлює його призначення. У гносеологічному плані специфіка пізнання суспільства визначає особливості знань про право. Зміни в соціальному житті людства позначаються на юридичній науці і приводять до перегляду постулатів про роль права у суспільстві.

Ключові слова: антропологія права, соціологія права, філософія права, взаємодія права і суспільства, антропологічна парадигма, онтологічний підхід, гносеологічний підхід, антрополого-комунікаційний підхід, соціум, права людини.

Summary

Zavalniuk V. V. Cooperation Between Society and Law: Anthropological Aspect. — Article.

The problem of mutual relations of society and law is considered. Society relatively to law comes forward his meta-system both in ontological and epistemological sense, determining basic descriptions of law. In ontological sense society is preceded a law and functionally stipulates his setting. In a epistemological plan the specific of cognition of society determines the features of knowledges about law. Changes in social life of humanity affect legal science and results in the revision of postulates about a role of law in society.

Keywords: anthology of law, sociology of law, legal philosophy, cooperation of society and law, anthropological paradigm, ontological approach, epistemological approach, anthropological-communicative approach, society, human rights.

**ПРАВОСУДДЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ:
ОБРИСИ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВИХ ОСОБЛИВОСТЕЙ ЗДІЙСНЕННЯ
(МЕТА, ПРЕДМЕТ, ПРАВО, СУБ'ЄКТ, ПРИНЦИПИ)**

Постановка проблеми, аналіз окремих дослідницьких положень. У сучасній юридичній науці *судочинство* визначається як «процесуальна форма здійснення правосуддя, діяльність суду» [9, 718], а *правосуддя* — як «правозастосувальна діяльність суду з розгляду і вирішення у встановленому законом процесуальному порядку віднесених до його компетенції [різних, зокрема і цивільних...] справ із метою охорони прав та свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб та інтересів держави» [4, 50].

Конституційний Суд України, інтерпретуючи положення Конституції України щодо *правосуддя*, визначив, що «відповідно до статті 124 Конституції України правосуддя — це самостійна галузь державної діяльності, яку суди здійснюють шляхом розгляду і вирішення в судових засіданнях в особливій, встановленій законом процесуальній формі цивільних, кримінальних та інших справ» [17].

Розмежовуючи поняття правосуддя та судочинства [1], *правосуддя* можна визначити як «державну діяльність» судів із «розгляду і вирішення» справ, яка здійснюється в «особливій, встановленій законом процесуальній формі» — судочинстві, з метою захисту прав та свобод людини, юридичних осіб, держави.

Припускаємо, що форма і мета правосуддя — його істотні характеристики. Правосуддя — це певна цілеспрямована діяльність-мета, яка здійснюється і досягається за допомогою судочинства. Тому й виникає питання про те, чи можна вважати, що правосуддя здійснено, якщо мети не досягнуто. У цьому зв'язку також постає питання про умови, за яких правосуддя у цивільному судочинстві може вважатися здійсненим. Поглибимо його через з'ясування істотних рис здійснення правосуддя в цивільному судочинстві, що й зумовлює *мету дослідження*, окремі результати якого викладено в статті.

Виклад дослідження з новим обґрунтуванням. Здійснення правосуддя в цивільному судочинстві відповідає загальними та особливим положенням щодо здійснення правосуддя. Розглянемо проблему в обраних контекстах.

Мета. Мета у філософії (з позицій аналізу людської діяльності) визначається як «усвідомлене передбачення бажаного результату діяльності, яке зумовлює пошук засобів і шляхів його досягнення». З позицій судочинства, припускаємо, такою метою є судові рішення як «акт судового розгляду справи» або «рішення суду як акт правосуддя» у певному судочинстві [15].

Проте йдеться не про будь-яке судові рішення, а таке, яке відповідає певним вимогам, є актом правосуддя. Так, Конституційний Суд України, інтерпретуючи конституційні положення про *правосуддя*, уточнив, що «правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах» [18].

У цивільному судочинстві судові рішення розглядається як необхідний компонент цивільної процесуальної форми та як елемент правопорядку, основною якісною характеристикою якого є правосудність [11].

Якщо брати за основу зазначені розуміння, то правосуддя *загалом* може вважатися здійсненням за умов досягнення відповідної мети за допомогою судочинства. Але яка мета правосуддя саме в цивільному судочинстві? Для цього необхідно з'ясувати предмет цивільного судочинства та право, у відповідність до якого повинні приводитися цивільні правовідносини.

Предмет. Цивільне судочинство визначається як «одна з процесуальних форм реалізації судової влади шляхом здійснення правосуддя загальними судами загальної юрисдикції» [14]; встановлений процесуальним законом (України) та іншими нормами цивільного процесуального права порядок розгляду і вирішення справ по спорах, що виникають з цивільних, трудових, земельних, сімейних та інших правовідносин (ст. 1 ЦПК).

Традиційно підсудність — розмежування компетенції між окремими ланками судової системи і між судами однієї ланки щодо розгляду і вирішення підвідомчих їм справ [13], а також юрисдикція — реалізація судом повноважень за характером справи у відправленні правосуддя [5] — розглядаються як критерії розрізнення видів судочинства (зокрема, виокремлення цивільного судочинства).

Яка сутність цивільних правовідносин, що переважно формують предмет розгляду в цивільному судочинстві?

З позицій теорії права такими визнаються немайнові та майнові відносини, засновані на формально-юридичній рівності їхніх учасників [10]. Вони регламентуються цивільним правом, що належить до системи приватного права [12] чи ототожнюються із приватним правом (зокрема, й України). Відтак наступним потрібно з'ясувати питання про право, тобто на підставі якого права здійснюється правосуддя, зокрема, задовольняються позовні вимоги в цивільному судочинстві.

Право. Здійснення правосуддя у цивільному судочинстві передбачає вирішення цивільних справ на підставі відповідного права. Зокрема, судовий розгляд цивільної справи передбачає встановлення судом, чи підлягає задоволенню правова вимога і на підставі яких норм права [15, 708].

Цивілісти вважають, що, окрім загальних ознак, властивих усім нормам права (загальнообов'язковість, формальна визначеність, установленість або санкціонованість державою, гарантованість заходами державного примусу), є специфічні особливості, притаманні виключно нормам цивільного процесуального права. В цьому зв'язку сформульовано критерії співвідношення норм цивільного процесуального права та норм матеріальних галузей права, які містять норми, що стосуються особливостей здійснення правосуддя. З огляду на це доводиться необхідність законодавчого закріплення принципу верховенства процесуальних норм, розміщених у ЦПК України, над нормами матеріального права, які стосуються окремих питань цивільного процесу [16, 6–7].

Загалом же цивільні правовідносини регламентуються цивільним правом, яке належить, за однією з інтерпретацій, до приватного права України. Останнє ж, за однією з дефініцій, визначається як «галузь об'єктивного права, що складається з юридичних (державно-вольових) норм, що врегульовують на засадах формальної рівності суспільні відносини між юридично правоздатними особами» [10].

Водночас це положення, охарактеризоване як відображення нормативізму, традиційно піддається сумнівам, зокрема, критиками — прихильниками соціологічного праворозуміння (соціології права, соціологічної юриспруденції, правового реалізму). Зокрема, один із них, Євген Ерліх, вважав, що зазначені норми є нормами так званого «державного права», тоді як поруч співіснують і застосовуються норми так званого «соціального права», які відшукують і застосовують судді, вирішуючи певні справи [2].

Прояви того, що можна визначити як «соціальне право», виявляють і сучасні правознавці. Зокрема, досліджуючи значення саморегулювання договірних цивільних відносин (за сучасним цивільним правом України в розумінні ЦПК), цивілісти визнають договір, через який воно здійснюється, джерелом норм цивільного права. При цьому нормативність у праві розглядається так, що право містить у собі правила поведінки для суб'єктів суспільних відносин. Виходячи з цього, джерелом норм цивільного права слід вважати будь-який акт-документ, який таке правило поведінки закріплює і відображає. Тому договір, у тих випадках, коли в ньому сторони закріплюють створене ними правило поведінки, відмінне від того, що встановлене в цивільному законі (ст. 6), має розглядатися саме як джерело норм цивільного права [7, 26]. Відзначимо, що правознавець вважає, що «саморегулювання договірних цивільних відносин здійснюється у визначених межах (абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України), дотримання яких є обов'язковим для учасників вказаних відносин.

Спір про право та джерела права тісно пов'язаний із дискусією про джерела та принципи права й правозастосування. Аби відповісти на запитання, як саме застосовується право в судочинстві (у суді), потрібно з'ясувати принципи відповідного судочинства, для чого звернімося до доробку цивілістичної науки.

Принципи. Головним положенням сучасного цивільного процесуального права (України) вважається принцип диспозитивності [16, 2]. Останній зумовлює процес судочинства в цивільних справах; визначає основні інститути цивільного процесуального права; діє відносно всіх суб'єктів процесу, у тому числі й суду; виконує врівноважуючу функцію — при визначенні обсягу прав і обов'язків учасників процесу встановлюється своєрідний баланс у цивільних процесуальних правовідносинах [16, 1].

Під диспозитивністю загалом розуміють «можливість суб'єктів самостійно упорядковувати (регулювати) свої відносини, діяти на власний розсуд» [8]. Принципом диспозитивності в цивільному праві визначають, як «закріплене в нормах цивільного процесуального права основне положення, що розкриває природу цивільних процесуальних правовідносин, відображає можливість суб'єктів даних правовідносин, виходячи з наявності й характеру юридичної

заінтересованості розпоряджатися в процесі матеріальними і процесуальними правами, в тому числі й визначати межі судового захисту, впливати на виникнення, рух і закінчення процесу; необхідне для реалізації процесуальних цілей суб'єктів процесу; положення, що встановлює своєрідний баланс у цивільних процесуальних правовідносинах» [16, 3].

У приватних відносинах диспозитивність визначається принципом: «Дозволено все, що не заборонене законом». Мірилом диспозитивності у приватних же відносинах є насамперед закон [8]. Водночас диспозитивність правового регулювання договірних цивільних відносин також розуміється цивілістами так: «з урахуванням парадигми, закладеної до чинного ЦК України, диспозитивність — це здатність учасників договірних цивільних відносин відступити від положень цивільного законодавства, що регулює такі відносини, і врегулювати їх на власний розсуд відповідно до їх інтересів» [7].

Таким чином диспозитивність, з одного боку, є проявом та інструментом свободи в праві, правовідносинах, а з іншого — створює передумови для правових спорів, які повинні бути врегульовані, зокрема за допомогою судочинства.

Суб'єкт. Традиційно (для України) правосуддя в цивільному судочинстві здійснюється судом, зокрема професійними суддями. З огляду на принцип диспозитивності, роль судді в цивільному процесі можна вважати зведеною до ролі арбітра в розумінні професійного посередника, делегованого державою, для вирішення спору, в якому обидві сторони формально рівні. За аналогією образу зі спорту арбітр за спеціальними правилами розсуджує сторони, які виходять на спортивну площадку, аби з'ясувати між собою стосунки.

В цьому зв'язку варто порушити таке питання. Якщо вважати народ джерелом й судової влади (як частини влади), то яка специфіка здійснення правосуддя в цивільному судочинстві в частині народного представництва.

В Україні народне представництво в здійсненні цивільного судочинства обмежено; участь представників народу можлива виключно у «випадках, встановлених [ЦПК коли], цивільні справи у судах першої інстанції розглядаються колегією у складі одного судді і двох народних засідателів, які при здійсненні правосуддя користуються всіма правами судді» (ч. 2 ст. 18 ЦПК). А саме йдеться про такі випадки (справи): обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи; визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою; усиновлення; надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку; обов'язкова госпіталізація до протитуберкульозного закладу (ст. 234 ЦПК).

Для порівняння: наприклад, у США присяжні беруть найактивнішу участь у здійсненні правосуддя в цивільному судочинстві. Зокрема, саме присяжні як частина суду присяжних вправі визначити, чи доведено цивільно-правову відповідальність сторони. Відтак, не обмежуючи участь народу в здійсненні правосуддя в цивільному судочинстві, правозастосування наповнюється додатковим правовим змістом, який визначає не лише держава, але й народ — через своє представництво.

Підсумовуючи, відзначимо необхідність подальшого філософсько-правового герменевтичного дослідження правосуддя у визначених аспектах з метою формування відповідної частини філософсько-правової концепції правосуддя.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Окреслені в статті особливості здійснення правосуддя в цивільному судочинстві викладено в контекстах таких його характеристик, як мета (правосуддя як мета), предмет (цивільні правовідносини), право («державне» та «соціальне» право), суб'єкт (здійснюється виключно судами) та принципи (ключовий — диспозитивність) здійснення правосуддя в цивільному судочинстві. Перспективи подальших досліджень полягають у подальшому з'ясуванні зазначених, а також нових контекстів здійснення правосуддя в цивільному судочинстві.

Література

1. Бігун В. С. Філософсько-правове осмислення правосуддя (щодо розмежування понять «судочинство» і «правосуддя») // Вісник Львівського університету. Сер. юридична. — 2009. — Вип. 48. — С. 21–27.
2. Бігун В. С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис) // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — С. 105–126.
3. Бобко В. Г. Судочинство у справах про визнання фізичної особи безвісно відсутньою та оголошення її померлою : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Г. Бойко ; НДІ приват. права і підприємництва Акад. правових наук України. — К., 2006. — 20 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2006/06bvgvop.zip>.
4. Маляренко В. Т. Правосуддя // Юридична енциклопедія: в 6 т. / Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К. : Укр. енцикл. — Т. 5. — С. 50.
5. Педько Ю. С. Юрисдикція // Юридична енциклопедія. — К., 2004. — Т. 6. — С. 490.
6. Підлубна О. В. Норма цивільного процесуального права: поняття, межі дії та реалізація в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Підлубна ; НДІ приват. права і підприємництва Акад. правових наук України. — К., 2007. — 24 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2007/07povrcs.zip>.
7. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / С. О. Погрібний ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2009. — 36 с.
8. Ромовська З. В. Диспозитивність // Юридична енциклопедія: в 6 т. / Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К. : Укр. енцикл., 1999. — Т. 2. — С. 197–198.
9. Сірий М. І. Судочинство / М. І. Сірий, В. М. Тертишник // Юридична енциклопедія: в 6 т. / Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К. : Укр. енцикл. — Т. 5. — С. 718.
10. Сивий Р. Б. Приватне право в системі права України: поняття, критерії виокремлення, структура : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Р. Б. Сивий ; Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. — Л., 2006. — 16 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2006/06srbkvs.zip>.
11. Фазикош Г. В. Судове рішення в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. В. Фазикош ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2008. — 20 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2008/08fgvrcs.zip>.
12. Шевченко Я. М. Цивільне право // Юридична енциклопедія. — К., 2002. — Т. 6. — С. 365.
13. Штефан М. Й. Підсудність у цивільному судочинстві // Юридична енциклопедія. — К., 2004. — Т. 6. — С. 555.
14. Штефан М. Й. Цивільне судочинство // Юридична енциклопедія. — К., 2002. — Т. 6. — С. 366.
15. Штефан М. Й., Штефан О. О. Судове рішення // Юридична енциклопедія. — К., 2003. — Т. 5. — С. 707–709.
16. Шутенко О. В. Проблеми диспозитивності в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Шутенко ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2003. — 19 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/ard/2003/03sovdcs.zip>.

17. Ухвала Конституційного Суду України № 44-з від 14 жовтня 1997 року про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням державного зовнішньо-економічного підприємства «Славутич-Сталь» щодо тлумачення статті 124 Конституції України і Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».
18. Рішення Конституційного Суду України № 3-рп/2003 від 30 січня 2003 року (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора).

Анотація

Бігун В. С. Правосуддя в цивільному судочинстві: обриси філософсько-правових особливостей здійснення (мета, предмет, право, суб'єкт, принципи). — Стаття.

У статті окреслено особливості здійснення правосуддя в цивільному судочинстві в контекстах таких його характеристик, як мета (правосуддя як мета), предмет (цивільні правовідносини), право («державне» та «соціальне» право), суб'єкт (здійснюється виключно судами) та принципи (ключовий — диспозитивність) здійснення правосуддя в цивільному судочинстві.

Ключові слова: філософія права, філософія правосуддя, цивільне судочинство

Summary

Bihun V. S. Justice as Judicial Process in Civil Law Proceedings: an Outline of Legal Philosophy Features of Its Realization (Purpose, Object, Law, Subject, Principles). — Article.

Article features the issues of the realization of justice in judicial process such as the civil legal proceeding in the contexts of such his characteristics as purpose (justice as purpose), object (civil legal relationships), law ("state-created" and "social" law), subject (administered exceptionally by courts) and principles (the key one is despositivity) of the realization of justice in the civil legal proceeding.

Keywords: philosophy of law, philosophy of justice as judicial process, civil legal proceeding.

УДК 35.08(470)“17/19”

Л. Р. Біла-Тіунова

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК НАУКОВОЇ ДУМКИ ЩОДО СЛУЖБОВОЇ КАР'ЄРИ В РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ НАПРИКІНЦІ ХVІІІ — НА ПОЧАТКУ ХХ СТ.

Визначення поняття, сутності, особливостей, структури та правового регулювання службової кар'єри є неможливим без звернення до теоретичних напрацювань як вітчизняних, так і зарубіжних науковців до проблематики як публічної служби, її окремих видів та правових інститутів в цілому, так і службової кар'єри зокрема. З огляду на те, що поняття «службова кар'єра» введено в науковий обіг аж наприкінці ХХ ст., історіографічний аналіз стосуватиметься загальнотеоретичних питань інституту публічної служби та її видів, які у сукупності й визначаються, власне правової природи службової кар'єри. Окрім цього, враховуючи, що правовий інститут публічної служби почав формуватися наприкінці минулого століття, більшою мірою мова йтиме про державну службу та службу в органах місцевого самоврядування, оскільки на той час термін «публічна служба» практично не використовувався.

Аналіз історичного аспекту науково-теоретичної думки щодо інституту державної служби та її структурних елементів дає підстави виокремити такі періоди її становлення та розвитку:

1. Дореволюційний період (кінець XVIII — початок XX ст.). Загалом цей період характеризується наявністю значної кількості нормативних актів щодо регулювання державної служби в Російській імперії, які, безперечно, поклали початок науковим дослідженням зазначеної проблеми (за твердженнями деяких науковців узаконення з питань державної служби становили близько 10 % від загального обсягу законодавства Російської імперії) [1, 150].

2. Радянський період. Цей період характеризується тим, що протягом майже століття інститут публічної служби пройшов досить складний, розмаїтий та суперечливий шлях становлення наукової думки щодо названого інституту: від повного заперечення до визнання, від знищення законодавства про державну службу до його створення, від законодавчого ігнорування самого терміна «державна служба» до його нормативного визначення.

3. Період незалежності України.

Завданням цієї статті є дослідження наукової думки щодо становлення та розвитку такої правової категорії, як «службова кар'єра» протягом першого періоду — кінця XVIII — до початку XX ст. Дослідження наукових публікацій видатних учених-правознавців цього періоду дає підстави поділити зазначений період на два етапи.

1. Наукові дослідження інституту державної служби та його чинників у рамках державного права. Наукову думку з питань державної служби цього етапу представляють такі видатні правознавці, як: М. М. Сперанський [2], М. К. Нелідов [3]; О. Д. Градовський [4]; І. Ю. Андреевський [5], В. П. Безобразов [6–7], В. В. Іванівський [8], М. О. Куплеваський [9–10] та ін.

Одним із перших дослідників державної служби вважається видатний державний діяч, правознавець-поліцейст першої третини XIX ст. М. М. Сперанський, який поряд із дослідженням проблем державного управління займався також і розробкою питань державної служби, яка розглядалася ним як невід'ємна частина загального вчення про державне управління [1, 21]. На його думку, інститут державної служби був складовою науки про внутрішнє державне управління. Створюючи науку про внутрішнє державне управління, М. М. Сперанський вперше: 1) доповнив її Загальну частину розділом «Державна служба»; 2) визначив, що державна служба у самому широкому розумінні — це служба у державі взагалі; 3) зазначив, що державна служба — це сама виконавча влада у структурі внутрішнього державного управління; 4) визначив структуру теорії державної служби як вчення про: а) принципи державної служби; б) види державної служби; в) посадових осіб; г) статус посадових осіб; д) службову кар'єру; 5) розробив ряд нормативних актів із питань державної служби: План загального державного утворення 1809 р. [11], який стосувався деяких питань щодо видів державної служби по відомствах управління; Загальне заснування міністерств 1811 р., [12]; Статут про службу за визначенням від Уряду 1832 р. [13] та ін. Щодо останнього акта, важливо зазначити, що до цих пір у жодній країні не створено подібного законодавчого кодифікованого акта щодо публічної або ж державної служби. Саме М. М. Сперанський вперше викорис-

тав термін «службова кар'єра», що характеризував вступ на державну службу і проходження державної служби.

Перші послідовники М. М. Сперанського в Російській імперії з'явилися на початку 60-х рр. Мова, перш за все, йде про відомого правознавця-поліцейста І. Ю. Андреевського, який у своїй докторській дисертації «Про намісників, воєвод і губернаторів», присвяченій державній службі, досліджував посаду як елемент державної служби, на відміну від М. М. Сперанського, який акцентував увагу не на посаді, а на посадовій особі. У дисертації І. Ю. Андреевський звертав увагу на особливу природу й однорідність посад намісників, воєвод і губернаторів через: по-перше, їх особливе ставлення до верховної влади і порядку вступу на посаду; по-друге, неможливість поділу для цих посад статусу і функцій, обов'язків і діяльності, виконання і розпорядження. Саме тому вчений пише не про права й обов'язки, або функції, губернатора, а про справи, які доручаються губернатору: урядові, поліцейські, фінансові, судові. Категорію посад учений розглядає на чотирьох рівнях і визначає через поняття «установи», «інстанції», «функції», «введення», «обов'язки», «виконання», «діяльність» [5, 109, 127–128, 150].

Питання державної служби вчений досліджує у своїй фундаментальній праці «Російське державне право» шляхом включення ним до змісту вчення про адміністрацію (яке, у свою чергу, складалося з п'яти частин: про умови управління; про форми адміністрації; про форми та прийоми управління; про види управління загальними державними справами; про поліцію) у розділі «Про засади державної служби» [5, 189–191]. Таким чином, державну службу було представлено вченим як: а) особливе ставлення громадян (як посадових осіб) до уряду і держави; особлива державна діяльність громадян як посадових осіб (службова діяльність); б) особливий правовий статус громадян — посадових осіб. При цьому вчений особливо наголошував на політичному характері відносин службовця до верховної влади та прямому зв'язку державної служби з державною владою [5, 412].

Інститут державної служби І. Ю. Андреевський розглядав у трьох аспектах, як: 1) адміністрацію, сукупність посад і установок (тобто на структурно-інституційному рівні); 2) діяльність посадових осіб щодо управління державною (тобто на функціонально-атрибутивному рівні); 3) сукупність прав, обов'язків і відповідальності посадових осіб щодо уряду, народу і держави (на регулятивно-правовому рівні) [5, 198–199].

Особливу увагу І. Ю. Андреевський приділив питанню службової кар'єри, визначаючи її етапи: 1) вступ на державну службу; 2) статус державних службовців; 3) припинення державної служби. Він визначив систему умов, які повинні бути встановлені державою для осіб, які бажають вступити на державну службу, здійснив класифікацію обов'язків і прав державних службовців. Окрім розробок окремих теоретичних питань загальної частини державного права, І. Ю. Андреевський приділив достатньо уваги прикладній державній службі, правовому регулюванню державної служби по окремих відомствах державного управління. У курсі «Поліцейське право» ряд параграфів він присвятив

державній медичній службі, державній службі по навчальному і науковому відомствах, а також питанням управління цими видами державної служби [15, 405–414, 110, 318].

М.К. Нелідов першим у Російській імперії в 1874 р. захистив докторську дисертацію з проблем державної служби. Аналіз його праці «Юридичні і політичні підстави державної служби» свідчить, що державна служба розглядалася автором не як окремий інститут, а лише в контексті його вчення про державні засади, як ідея державності у суспільстві.

Державну службу Н. К. Нелідов розглядав як закриту корпорацію, чиновницьку ієрархію осіб, які самі для себе встановлюють рамки законної влади і самі притягують один одного до відповідальності [3, 126]. Водночас вчений досліджував державну службу у широкому і вузькому розумінні, що мало важливе теоретичне і нормативне значення для розвитку інституту державної служби. Широке розуміння державної служби, на думку вченого, полягало в тому, що «будь-яка діяльність на користь суспільства і є державною службою, оскільки «будь-яке суспільство, яке має свій самостійний державний «початок», є держава» [3, 137]. У вузькому розумінні державна служба — це діяльність як постійних або тимчасових агентів головного органу державного уряду на державних посадах з винагородою із загальних державних доходів. Якщо проаналізувати визначення державної служби, запропоноване вченим, та визначення, передбачене у ст. 1 Закону «Про державну службу», то слід зазначити, що із трьох ознак державної служби є відсутньою одна — функціональна: виконання завдань і функцій держави.

Серед теоретичних послідовників Н. К. Нелідова насамперед слід назвати професора Казанського університету, визначного російського адміністративіста кінця XIX ст. В. В. Іванівського. Основною науковою роботою вченого є «Російське державне право», сім випусків якого вийшли в Казані в 1895–1898 рр. Структуру цієї роботи становили такі відносно самостійні інститути, як: право місцевого самоврядування і право державної служби [8, 137]. Особливістю наукових доробок В. В. Іванівського щодо державної служби є те, що, розглядаючи державну службу як явище державного життя, яке не може бути з'ясовано тільки з юридичної точки зору, він використовував різні підходи щодо її дослідження: соціально-психологічний; соціологічний, історичний, політичний і, власне, юридичний [8, 21–26].

Вчення про державну службу за В. В. Іванівським має цілком конкретну структуру і налічує дві частини: 1) теорія та історія державної служби: а) природа державної служби; загальний характер історичного розвитку державної служби в Росії; 2) сучасна (на той час — автор) організація державної служби в Росії: а) сутність державної служби в Росії, її види й умови; б) вступ на державну службу; в) обов'язки службовців; г) права службовців; д) припинення службових обов'язків; ж) акти службового стану.

В. В. Іванівський одним із перших серед дослідників інституту державної служби звернувся до з'ясування сутності та особливостей змісту державної служби, який, на його думку, характеризується як: 1) особлива публічна діяльність

державних службовців; 2) обов'язки посадових осіб; 3) виконання функцій посади [8, 580]. Особливе місце в наукових доробках В. В. Іванівського посідають питання щодо ознак службової особи, поняття та видів державної служби, посад [16, 469], правового регулювання державної служби [17, 198–199].

Наукова цінність робіт В. В. Іванівського полягає у тому, що він вперше у правовій науці виокремив інститут державної служби у відносно самостійну частину адміністративної організації і державного управління Російської імперії і став розглядати цей інститут як самостійну, достатньо відокремлену частину системи російського публічного права. Саме ним визначено предмет права державної служби.

Прихильником більшості зазначених вище поглядів щодо сутності та призначення державної служби був М. М. Коркунов, який не виокремлював державну службу як самостійний правовий інститут і вважав його допоміжним для побудови динамічної конструкції державного права. У зв'язку з цим державна служба розглядалася вченим у межах розділу про органи державної влади, поряд із дослідженням державних установ та органів представництва [18]. На його думку, державна служба є особливим публічно-правовим відношенням службовця до держави, яке засноване на підпорядкуванні і має своїм змістом обов'язкову діяльність, що здійснюється від імені держави і спрямовується на виконання певного завдання державної діяльності. Заслугою М. М. Коркунова у розвитку теорії інституту державної служби є те, що він вперше сформулював основні риси державної служби, які дозволили відмежувати останню від інших видів служби в державі: зміст державної служби завжди є юридичним обов'язком службовця; державна служба має публічно-правовий характер; державна служба передбачає підпорядкування службовця монарху; державно-службова діяльність має представницький характер, оскільки здійснюється від імені держави; спрямована на реалізацію завдань держави [18, 281].

Значний внесок у розвиток державної служби зробив професор державного права Імператорського Харківського університету М. О. Куплеваський, який займався вивченням інституту державної служби в рамках порівняльного правознавства. Його монографія «Державна служба в теорії і в чинному праві Англії, Франції, Німеччини і Ціслейтанської Австрії» [10, 281], яка вийшла в 1888 р., є суттєвим вкладом у розвиток теорії та історії державної служби. Зміст цієї наукової роботи становлять три окремі книги: 1) про дисциплінарну відповідальність посадових осіб; 2) про державні іспити; 3) про межі підпорядкування приватних осіб розпорядженням посадових осіб. Запропонована структура, насамперед, свідчить про своєрідний підхід автора до питання щодо місця державної служби в системі державного права: становлення державної служби як відносно самостійної складової частини державного права.

Особлива увага акцентується на загальних питаннях вступу на державну службу, якісного відбору на посади, а також на питаннях управління державною службою. При цьому пріоритетними є процедурні аспекти вступу на державну службу. Слід зазначити, що ці питання упродовж всіх наступних років

не втратили свого значення і на теперішній час залишаються одними з актуальних, важливих і недостатньо законодавчо урегульованих.

Суттєвим доробком до теорії державної служби слід назвати розгляд М. О. Куплеваським інституту державної служби з позицій моральності людини і держави та виходячи з тези, що між громадянином і державою існує моральний зв'язок, на підставі якого держава має владу над громадянином. Державна влада є сильною настільки, наскільки громадяни поважають її і наскільки вона заслуговує на повагу, поки є моральною. Отже, вчений використовує морально-етичні категорії для визначення відносин між державною владою й посадовими особами, які її представляють і яким ставиться в обов'язок не принижувати гідність державної влади [9–10]. Отже, якість державної влади залежить від моральних якостей осіб, які управляють державою, тобто публічних службовців. А це означає, що особливого значення набувають критерії якісного відбору осіб на публічну службу.

Таким чином, науковий аналіз інституту державної служби на цьому етапі досліджувався включно представниками науки державного права як невід'ємний елемент її предмета. Зазначене обумовлено рядом об'єктивних факторів: а) законодавство про державну службу входило до змісту єдиного блоку нормативних актів, які визначали діяльність органів держави, досліджувалося воно однією наукою, яка при цьому ототожнювала державного службовця і орган держави, розглядала їх як нерозривне ціле; б) загальною нерозвиненістю науки поліцейського права, яка в зазначені часи фокусувала свою увагу лише на питаннях забезпечення державної безпеки та державного добробуту, у зв'язку з чим у її змісті для державної служби взагалі не було місця; в) тим, що протягом досить тривалого часу в юридичній літературі не розрізнялися функції державного правління та державного управління, що перешкоджало виділенню адміністративного права у самостійну галузь законодавства та науки, а відтак і не дозволяло ввести інститут державної служби до предмета адміністративного права [19, 136].

2. Наукові дослідження інституту державної служби та його чинників у рамках адміністративного права. Особливістю цього етапу є те, що він, по-перше, починається із формування ідеї віднесення інституту державної служби до адміністративного права; по-друге, є досить короткочасним. Зазначений етап починається з наукових доробок видатного правознавця М. І. Лазаревського, який вперше на відміну від своїх попередників дійшов висновку про необхідність дослідження питань державної служби у межах адміністративного права, однак продовжував розглядати державну службу ще як складову конституційного права, оскільки, як і багато інших правників того часу, не відмежовував державне правління від державного управління. У зв'язку з цим автор стверджував, що аналіз юридичних норм, які стосуються інституту державної служби, природно входить до кола предметів, які досліджуються наукою державного права [20, 416]. Ця позиція вченого стала своєрідним перехідним теоретичним положенням щодо зміни галузевої приналежності інституту державної служби: від державного права — через конституційне право — до адміністративного права.

М. І. Лазаревський досліджував також питання про посадову особу і про посаду і запропонував своє власне бачення їхнього вирішення [21, 124]. Розуміючи під посадовою особою фізичну особу, яка виконує посадові функції, він цілком заперечував уявлення про орган влади як про юридичну особу. Поняття посади він не відокремлював від поняття фізичної особи, яка її обіймає. Відповідаючи на заперечення з приводу того, що закон покладає усі права й обов'язки не на фізичну особу, а на конкретну посаду і що зі смертю цієї фізичної особи посада не скасовується, він стверджував, що введення абстрактних понять, таких як «спадкоємець», «кредитор» та ін., знайоме не лише адміністративному, але й іншим галузям права, однак у таких випадках йдеться про конкретних фізичних осіб.

Важливо зазначити, що наука адміністративного права на цей період почала концентрувати свою увагу на питаннях співвідношення поліцейського права й адміністративного права, визначення предмета адміністративного права.

Саме у період між двома революціями інститут державної служби став предметом дослідження лише незначної кількості вчених-адміністративістів, одним із яких був А. І. Єлістратов. Особливістю наукової діяльності А. І. Єлістратова було те, що вона здійснювалася вже з позицій адміністративно-правової теорії, базуючись, однак, на законодавстві XIX ст., тобто законодавстві, яке мало державно-правовий характер. Проте це не завадило вченому дійти цікавих висновків щодо правової природи інституту державної служби, місця державних службовців у системі суб'єктів адміністративного права. Науковий інтерес А. І. Єлістратова торкався, насамперед, питань поняття та особливостей посадової особи [22, 84–90]. На думку вченого, термін «посадова особа» є елементом правової держави, оскільки, на його переконання, посадові особи були наступниками чиновників, які існували в епоху абсолютизму. У зв'язку з таким висновком А. І. Єлістратов запропонував і оновлені ознаки посадової особи, які доводили, крім іншого, необхідність визнання державних службовців самостійними та повноцінними суб'єктами адміністративного права. Отже, основними рисами посадової особи, на думку А. І. Єлістратова, є: а) службовець, діяльність якого, на відміну від діяльності чиновника, регулюється виключно правовими нормами, які передбачають соціальне служіння громадянам, а не державі в особі абсолютного монарха; б) це службовець, який виконував суспільно-необхідні та обов'язкові види робіт, видаючи при цьому адміністративні акти та здійснюючи матеріальні операції; в) відсутність залежності визнання службовця посадовою особою від строку виконання покладених на нього публічно-правових обов'язків: навіть тимчасове або періодичне виконання таких обов'язків призводить до наділення особи зазначеним статусом; г) до категорії посадових осіб включалися не тільки ті особи, які проходили службу в державних установах, але й ті, що виконували службові функції у складі органів місцевого самоврядування; д) наділення службовця статусом посадової особи здійснювалося шляхом видання окремого адміністративного акта про призначення на посаду [23, 108–125].

Досліджуваний період відіграв основоположну роль у: а) становленні та розвитку інституту як державної, так і публічної служби; б) зародженні такої правової категорії, як «службова кар'єра»; в) виокремленні інституту державної служби з державно-правової науки та її органічне включення до адміністративно-правової науки.

Література

1. Черепанова И. В. Государственная служба Российской империи XIX века (теоретическое исследование) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И. В. Черепанова. — Омск, 2001. — 21 с.
2. Шильдер П. К. Император Александр Первый. Его жизнь и царствование. Т. 2. Приложение. План государственного образования, представленный Сперанским императору Александру в 1809 г. / Н. К. Шильдер. — С.Пб., 1897.
3. Нелидов Н. К. Юридические и политические основания государственной службы / Н. К. Нелидов. — Ярославль, 1874. — 181 с.
4. Градовский А. Д. Собрание сочинений. Т. 1 / А. Д. Градовский. — С.Пб., 1899.
5. Андреевский И. Е. Русское государственное право : учебник. Т. 1. О правительстве / И. Е. Андреевский. — С.Пб. ; М., 1866. — 496 с.
6. Безобразов В. П. Об условиях поступления на государственную службу в европейских государствах / В. П. Безобразов. — М., 1875.
7. Безобразов В. П. О значении науки для образования должностных лиц в государственном управлении // Сб. гос. знаний / под ред. В. П. Безобразова. — С.Пб., 1879. — Т. 7.
8. Ивовский В. В. Бюрократия как самостоятельный общественный класс // Русская мысль. — 1903. — № 8.
9. Куплеваский П. О. Государственные экзамены // Юридический вестник. — 1885. — № 2-3.
10. Куплеваский П. О. Государственная служба в теории и в действующем праве Англии, Франции, Германии и Цислейтанской Австрии / П. О. Куплеваский. — Х., 1888.
11. Манифест 25 июля 1810 г. О разделении государственных дел на особые управления, с означением предметов каждому управлению принадлежащих // ПСЗ Российской империи. Первос. — Т. 31. — № 24307.
12. Общее Учреждение Министерств 25 июля 1811 г. // ПСЗ. Первос. — Т. 31. — № 24686. — § 205-278.
13. Устав о службе по определению от Правительства // Свод Законов Российской империи. — С.Пб., 1896. — Т. 3, кн. 1. — Ст. 517-756.
14. Андреевский И. Е. О поместниках, воеводах и губернаторах / И. Е. Андреевский. — С.Пб., 1864. — 150 с.
15. Андреевский И. Е. Полицейское право / И. Е. Андреевский. — С.Пб., 1874. — Т. 1; 1876. — Т. 2.
16. Ивовский В. В. Русское государственное право. Т. 1. Вып. 7. Государственная служба / В. В. Ивовский. — Казань, 1898.
17. Ивовский В. В. Русское государственное право. Т. 1. Вып. 1. Введение, учение об организации верховной власти и высших государственных установлениях / В. В. Ивовский. — Казань, 1895.
18. Коркунов Н. М. Русское государственное право. Т. 1. Введение и общая часть / Н. М. Коркунов. — С.Пб., 1893. — 403 с.
19. Гриценко І. С. Становлення і розвиток наукових поглядів на основні інститути вітчизняного адміністративного права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / І. С. Гриценко. — Х., 2008. — 33 с.
20. Апология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. V. Россия в конце XIX-XX в. / Нац. обществ.-науч. фонд ; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. — М. : Мысль, 1999. — 829 с.
21. Лазаревский П. И. Ответственность за убытки / П. И. Лазаревский. — М., 1905.
22. Елистратов А. И. Должностное лицо и гражданин // Вопросы административного права. — М., 1916. — С. 76-89; Правоведение. — 1994. — № 4.
23. Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. — М., 1914. — 333 с.

Анотація

Біла-Тигнова Л. Р. Ставлення та розвиток наукової думки щодо службової кар'єри в Російській імперії наприкінці XVIII — на початку XX ст. — Стаття.

У статті розглядається проблема ставлення та розвитку наукової думки видатних вчених-правознавців Російської імперії щодо державної служби та її правових інститутів і, перш за все, службової кар'єри. Виділено два етапи зазначеного періоду: 1) наукові дослідження інституту державної служби та його чинників у рамках державного права; 2) наукові дослідження інституту державної служби та його чинників у рамках адміністративного права.

Ключові слова: службова кар'єра, державна посада, чиновник, службовець, публічно-правові зв'язки, поліцейське право.

Summary

Bila-Tynova L. R. Development of Scientific Ideas on Public Career in Russian Empire from XVIII to XX centuries. — Article.

In the article the problem of becoming and development of scientific ideas of prominent scientists-legists of the Russian Empire is examined in relation to government service and its legal institutes and, above all things, public career. Two stages of the noted period are selected: 1) scientific researches of institute of government service and its factors are within the framework of state law; 2) scientific researches of institute of government service and its factors are within the framework of administrative law.

Keywords: public career, public place, official, public-legal relations, police law.

УДК 347.98:347.918

О. П. Подцерковний, В. Т. Пироговський

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ВИКЛЮЧНОЇ КОМПЕТЕНЦІЇ ГОСПОДАРСЬКИХ СУДІВ

Обговорюючи питання вдосконалення господарського процесуального законодавства, що гостро стоїть на часі, необхідно визначитися із перспективами закріплення в ГПК України додаткових категорій спорів, що становлять виняткову компетенцію господарських судів. Адже вдосконалення системи судустрою може відбуватися не лише шляхом уведення нових ланок судів, а шляхом віднесення тих чи інших справ до виключної компетенції окремих судових органів та утворенням у цих органах відповідних колегій, що спеціалізуватимуться на їх розгляді.

На жаль, у вітчизняній господарсько-процесуальній та цивільно-процесуальній літературі питанням виключної компетенції судів присвячено небагато матеріалу. Окремі висновки щодо цих питань зроблені в межах досліджень С. В. Васильєва, С. М. Пелевіна, І. В. Полянчукова, Д. М. Притики, П. М. Тимченка, М. Й. Стефана, Ю. С. Червоного, Г. С. Волосатого, М. І. Черленяка та деяких інших. Підхід до складу виключної компетенції судових органів зазвичай протистоїть обґрунтуванню категорії судової підвідомчості у порівнянні з предметом відання інших юрисдикційних органів та не виходить на рівень розмежування компетенції між судовими органами. Але саме останнє є сьогодні особ-

ливо актуальним, враховуючи незавершеність так званої «малої» судової реформи та поточної правової дискусії щодо розмежування підвідомчості справ. Спробуємо визначити проблеми у цій сфері та запропонувати можливі шляхи їх вирішення.

С. М. Коссаєв визначає поняття виключної підвідомчості справ стосовно спорів, що виникають з трудових правовідносин так: «Суть виключної підвідомчості трудових справ визначається у тому, що ст. 232 КЗпП відносить вирішення певних трудових спорів виключно до компетенції суду. Це трудові спори про поновлення на роботі ... оплату за час вимушеного прогулу ... про відмову у прийнятті на роботу тощо» [1, 5].

У російській літературі зазначається, що справи про скасування нормативних правових актів належать до виключної судової підвідомчості і не можуть вирішуватися в третейських судах та інших позасудових юрисдикційних органах [2].

Поняттям, протилежним винятковій компетенції, є поняття альтернативної підвідомчості. С. М. Коссаєв зазначає, що альтернативна підвідомчість трудових справ має місце в тих випадках, коли один і той же трудовий спір може бути вирішено як судом, так і КТС. При альтернативній підвідомчості позивач вирішує на свій розсуд, до якого органу звертатися [1, 6].

Аналогічним чином Г. С. Волосатий визначає поняття виключної підвідомчості справ у цивільному процесі України: «Виключна юрисдикційність (підвідомчість) означає, що абсолютна більшість спорів, що виникають з цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових та інших матеріальних правовідносин, розглядаються виключно загальними судами та не можуть розглядатися іншими юрисдикційними органами» [3, 179].

Подібні підходи, як видно, акцентують увагу на розмежуванні справ за загальними критеріями між судовими та іншими юрисдикційними органами та не дозволяють встановити виключну категорію справ, прямо віднесених законодавцем до компетенції певного органу судової гілки влади в межах судової системи.

Для внесення ясності із цього питання доречно розмежувати поняття «виключна компетенція судових органів», з одного боку, та «виключна компетенція господарського, загального чи адміністративного суду» — з іншого.

Це має неабияке практичне значення. Наприклад, в Російській Федерації лунають пропозиції уніфікувати порядок розгляду спорів із приводу державної реєстрації та пов'язаних із ними процедур у судах та арбітражних судах. [4, 23]. Натомість проблема зовсім не полягає в необхідності уніфікації процедур розгляду справ у загальних та арбітражних (господарських) судах. Проблема більш ефективно могла би бути вирішена шляхом віднесення відповідних спорів до виняткової компетенції господарських (арбітражних) судів за аналогією із віднесенням до компетенції господарських судів в Україні корпоративних спорів.

Адже, як відомо, саме життя змусило законодавця зосередити у виключній компетенції господарських судів корпоративні спори, і відразу проблематика

рейдерства, яка переважним чином впливає з недосконалості судових процедур захисту порушеного права, пішла на спад.

Фахівцям в Україні також добре відомі проблеми встановлення підвідомчості у земельних спорах. І практика застосування положень Господарського процесуального кодексу (далі — ГПК), Цивільного процесуального кодексу (далі — ЦПК) та Кодексу адміністративного судочинства (далі — КАС) переважним чином стоїть на позиції вирішення земельних спорів у господарських судах та загальних судах відповідно за правилами ГПК та ЦПК, а не КАС, враховуючи те, що земельні правовідносини є відносинами власності, виникають із приводу захисту майнових прав та спору про право [5].

Натомість спори із приводу підвідомчості на цьому не припинилися, враховуючи ту обставину, що сучасні публічні спори теж виявляють певні ознаки спорів про право. А отже єдиним ефективним рішенням у цьому разі залишається запровадження виключної підвідомчості земельних спорів господарським та загальним (цивільним) судам залежно від суб'єктного складу сторін.

Аналогічним чином варто підтримати положення законопроекту 4078 від 18 лютого 2009 р. «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України» щодо викладення ст. 12 чинного ГПК у такій редакції: «Предметна підсудність справ господарським судам 1. Предметна підсудність господарських судів поширюється на справи зі спорів, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарської діяльності, між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання, а також на інші справи, пов'язані із здійсненням господарської та іншої економічної діяльності, в тому числі справи зі спорів, що виникають: 1) при створенні, державній реєстрації та припиненні суб'єктів господарської діяльності».

Тотожні положення передбачаються у проекті нового Господарського процесуального кодексу (реєстр № 2178 від 6 березня 2008 р.), автором якого є народний депутат Д. М. Притика (далі — ГПК Притики), а також у проекті Кодексу господарського судочинства (реєстр № 2777 від 16 липня 2008 р.), авторами якого є народні депутати В. А. Бондик, Б. В. Колесніков, Ю. А. Кармазин (далі — КГС).

Фактично це є розширенням виключної компетенції господарських судів України стосовно спорів у сфері державної реєстрації суб'єктів господарювання, у сфері ліцензування господарської (підприємницької) діяльності; при укладанні, зміні, розірванні та виконанні державних контрактів та інших угод про поставки продукції, виконання робіт та надання послуг для державних потреб; у сфері використання природних ресурсів суб'єктом господарювання; щодо захисту ділової репутації у сфері господарювання; щодо захисту економічної конкуренції; здійснення державного контролю та нагляду за господарською (підприємницькою) діяльністю; у процесі обігу цінних паперів; при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності та іноземного інвестування; при застосуванні адміністративно-господарських санкцій; у спорах про визнання недійсними актів щодо правил здійснення господарської (підприємницької) діяльності.

Натомість, у цьому разі мають бути зроблені певні зауваження.

По-перше, в абзаці першому ч. 1 пропонуваної ст. 12 ГПК йдеться про «інші справи, пов'язані із здійсненням господарської та іншої економічної діяльності» понад спори, «що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності». Це є занадто широким складом відносин, що ускладнить розмежування компетенції судів. Виходячи з предмета правового регулювання господарської діяльності, визначені в ст. 1 Господарського кодексу такі «інші справи» не мають господарського характеру. Отже слова «інші справи, пов'язані із здійсненням господарської діяльності» доречно виключити.

По-друге, в п. 1 ч. 1 ст. 24 поняття «при створенні... суб'єктів господарської діяльності» є також занадто широким. Наприклад, утворення тимчасового рахунку в банківській установі для формування статутного капіталу теж є відносинами, що виникають при утворенні суб'єкта господарювання. Натомість відповідні правовідносини цілком можуть бути витлумачені як такі, що впливають з договору банківського рахунку, а отже, є звичайними майновими відносинами, де цілком ймовірно можуть відбуватися відносини між громадянином та банківською установою, які є підвідомчими загальним судам.

Формулювання зазначеного положення законопроекту, на жаль, не дає можливості віднести до компетенції господарських судів внесення змін (підтвердження) до реєстраційних даних щодо цих осіб, реєстрації змін до установчих документів.

Отже, п. 1 ч. 1 пропонуваної редакції ст. 12 ГПК варто викласти у такій редакції: «При державній реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців, внесенні змін до реєстраційних даних, підтвердженні реєстраційних даних, реєстрації змін до установчих документів, припиненні юридичних осіб та припиненні діяльності фізичних осіб — підприємців незалежно від суб'єктного складу сторін спору».

Можна зробити й інші зауваження, які зумовлені необхідністю більш чіткого формулювання норм процесуального закону задля уникнення непорозумінь при подальшому їх застосуванні. Натомість подібні зауваження є, так би мовити, технічними та не можуть спотворити загальну ідею про розширення виключної компетенції господарських судів. Причому йдеться саме про виключну, а не загальну компетенцію господарських судів, адже звичайними критеріями суб'єктного складу чи характеру спору (публічний чи приватний) у цьому разі неможливо встановити централізований та одноманітний порядок розгляду відповідних спорів.

Ці висновки збігаються з думками російських процесуалістів, коли вони, наприклад І. І. Стрелкова, пропонують передбачити в Арбітражному процесуальному кодексі Російської Федерації положення про те, що окремі прямо вказані в законі категорії справ належать до виключної компетенції арбітражного суду і до переліку таких справ, поряд зі справами про неплатоспроможність (банкрутство), вказати справи про оскарження відмови у державній реєстрації чи ухилення від такої реєстрації у встановлений строк юридичної особи чи приватного підприємця; спори, що виникають з участі в господар-

ських товариствах, з членства у виробничих кооперативах (крім трудових спорів); спори, що виникають з вексельного обігу [6, 6–7].

Відповідно до ст. 368 проекту ГПК Притики запроваджується також виключна компетенція господарських судів України з розгляду справ за участю іноземних осіб. До таких справ належать справи:

1) у спорах щодо майна, що є державною власністю України, у тому числі у спорах, пов'язаних з приватизацією державного майна і примусовим відчуженням майна для державних потреб;

2) у спорах, предметом яких є нерухоме майно, якщо таке майно чи права на нього знаходяться на території України;

3) у спорах, пов'язаних з реєстрацією прав на результати інтелектуальної діяльності та видачею відповідних документів на них, якщо така реєстрація повинна бути на території України або на території України повинен бути виданий даний документ;

4) у спорах, пов'язаних із створенням чи припиненням в Україні юридичних осіб або фізичних осіб — підприємців, а також у спорах, пов'язаних з оспоруванням рішень органів цих юридичних осіб.

Ці положення також необхідно підтримати з огляду на те, що розгляд справ у господарських судах відбувається найбільш оперативно, що визначає зацікавленість іноземних інвесторів у чіткому встановленні стану правовідносин, поза довготривалих та неефективних судових розглядів.

Хоча сьогодні у нас є лише два спеціалізовані суди — господарський та адміністративний, необхідною є подальша спеціалізація, яка може відбуватися не лише шляхом утворення нових судових органів, але й, передусім, уточненням у межах усієї судової системи загальної юрисдикції виключної компетенції окремих судів із розгляду певних спорів.

До того ж у разі реалізації ідеї, закладеної в законопроекті «Про судоустрій» в частині утворення чотирьох спеціалізованих судів, цей підхід до спеціалізації набуде значення для всіх судів.

Зокрема, житлові спори мають становити виключну компетенцію загальних судів. Не випадково в ст. 12 чинного ГПК встановлюється, що господарським судам підвідомчі справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів, у тому числі щодо приватизації майна, крім спорів про приватизацію державного житлового фонду.

Дійсно, як показує сьогоднішня практика реалізації законодавства про приватизацію, вирішення питань про законність приватизації об'єктів житлового призначення неможливо без врахування низки чинників, що обумовлюють право особи на житло та виникаючі у такому ракурсі складності із виселенням особи, врахуванням прав неповнолітніх осіб, неможливості застосування в цих відносинах комерційних підходів щодо визнання особи банкрутом тощо.

За подібного підходу інвестиційні спори, в тому числі щодо реалізації гарантій іноземних інвесторів та пільг підприємств з іноземними інвестиціями, мають бути віднесені до відання господарських судів. Те саме стосується сьогодні спорів щодо порушень антимонопольно-конкурентного законодавства.

В цьому контексті варто згадати думку В. В. Джуни щодо утворення спеціалізованих судів для розгляду справ про неспроможність, які пропонується утворити як окремі установи, але залишити в системі судів «розширеної господарської юрисдикції». За такої побудови апеляційною інстанцією для судів з розгляду справ про банкрутство запропоновано встановити апеляційний господарський суд, а касаційною інстанцією — відповідно [7, 239] Вищий господарський суд України.

Отже, на сучасному етапі розбудови судової системи України встановлення виключної компетенції тих чи інших судових органів з розгляду окремих категорій спорів є найпростішим, економічно найменш витратним, найбільш процедурно та процесуально забезпеченим способом спеціалізації судових органів. За умови розширення застосування категорії виключної компетенції багато в чому усувається необхідність в утворенні спеціалізованих судів. Шляхом встановлення виключної компетенції щодо розгляду земельних спорів, справ про банкрутство, корпоративних спорів, спорів у сфері використання промислової власності тощо фактично відбувається спеціалізація судових органів.

При цьому критерії для віднесення тих чи інших справ до відання адміністративних, господарських чи цивільних судів мають бути такими:

А. Передумова: необхідність утворення спеціалізованого судового органу з розгляду певної категорії спорів задля уодноманітнення їх розгляду, усунення зловживань, пов'язаних із незбіганням територіальної підсудності судів різних юрисдикцій, поділом єдиних за спрямованістю на захист порушеного права спорів на кілька позовних проваджень та виникаюче у такий спосіб затягування розгляду справ.

Б. Умови:

1) процесуальна відповідність спеціалізованого процесу потребам реальних учасників спору;

2) наявність організаційної структури суду, що збігається із виникаючою за таким віднесенням справ територіальною підсудністю, яка відповідає реальним потребам учасників спорів;

3) необхідність централізації та комплексного вирішення публічно-правових та приватно-правових вимог щодо певної категорії справ;

4) факт розгляду більшості відповідних спорів у певній системі спеціалізованих судів.

Література

1. Коссаєв С. М. Підвідомчість суду трудових спорів / С. М. Коссаєв. — Л. : Світ, 1998. — 24 с.
2. Темнов Н. Некоторые проблемы определения института подведомственности юридических дел [Электронный ресурс] / Н. Темнов. — Режим доступа: http://www.law-n-life.ru/arch/108_Temnov.doc.
3. Гражданский процесс Украины : учебник / под ред. Ю.С. Червоного. — К. : Истина, 2006. — 400 с.
4. Бутнев В. В. Некоторые процессуальные проблемы защиты субъективных прав и интересов коммерческих организаций // Регламентация защиты субъективных прав в Основах гражданского законодательства : сб. науч. тр. — Ярославль, 1992. — С. 14–40.
5. Ореда влади не стосується. При здійсненні повноважень власника ділянки сільська рада с

- рівноправним суб'єктом відносин, відповідно спір має розглядатися в порядку господарського судочинства // Закон & Бізнес. — 2009. — № 8. — С. 14.
6. Стрелкова И. И. Подведомственность арбитражному суду дел по экономическим спорам и иных дел : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / И. И. Стрелкова. — Екатеринбург, 2002. — 214 с.
7. Джузь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні : монографія / В. В. Джузь. — 2-ге вид., випр. і допов. — К. : Юрид. практика, 2006. — 384 с.

Анотація

Подцерковний О. П., Пироговський В. І. Перспективи розвитку виключної компетенції господарських судів. — Стаття.

У статті досліджуються напрями розвитку господарсько-процесуального законодавства з точки зору розширення виїмкової компетенції господарських судів. Визначаються різновиди господарських спорів, які містять публічно-правові і приватно-правові вимоги, а тому для забезпечення єдності їх розгляду необхідним є віднесення таких спорів до компетенції окремих судових органів. До спорів, які можуть у перспективі скласти виключну компетенцію господарських судів, віднесені земельні спори між суб'єктами господарювання, спори про легалізацію господарської діяльності, у сфері захисту іноземних інвестицій і деякі інші. Названі умови і передумови подібних законодавчих повел.

Ключові слова: виключна компетенція господарських судів, публічно-правові і приватно-правові вимоги, спори.

Summary

Podtserkovnyi O. P., Pyrogovskiy V. I. Prospects of the Exclusive Jurisdiction of Commercial Courts. — Article.

This article investigates the direction of economic procedural legislation in terms of expanding the exclusive jurisdiction of commercial courts. Specifying the kind of commercial litigation, which include public's law and private's legal claims, and therefore to ensure the unity of their consideration is necessary to assignment of such litigation to the jurisdiction of certain courts. For spores that have the potential to make the exclusive jurisdiction of commercial courts, charged land spores between economic entities, the spores about the legalization of economic activity, in the field of protection of foreign investments and some others. The conditions and prerequisites for such statutory novels are mentioned.

Keywords: exclusive jurisdiction of commercial courts, public law and private law claims, commercial litigation.

УДК 347.736

В. А. Бондик

СИСТЕМА ЗАХИСТУ ГАЛУЗЕЙ ЕКОНОМІКИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ПРО БАНКРУТСТВО

Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» в його останній редакції від 30 червня 1999 р. [1] діє понад десять років. Його основним завданням у порівнянні з першою редакцією Закону України «Про банкрутство» від 14 травня 1992 р. було встановити механізм відновлення платоспроможності боржників, а не лише забезпечувати негативний вплив на їх діяльність шляхом застосування адміністративно-господарської санкції у формі розпродажу майна та ліквідації.

Цей відновний (санаційний) механізм має три складові: загальні процедури, розраховані на відновлення майнового стану неплатоспроможних суб'єктів підприємництва, в тому числі відсутніх боржників та божників, що ліквідуються власником, санацію боржника його керівником; спеціальні процедури, присвячені особливості банкрутства фізичних осіб — підприємців; та спеціальні процедури, присвячені захисту окремих галузей економіки, у розвитку та стабільній роботі яких зацікавлено суспільство.

Питанням банкрутств сьогодні присвячено достатньо багато робіт, серед яких виділяються роботи юристів-господарників, таких як Б. М. Поляков, В. В. Джунь, Р. Г. Афанасьєв, М. І. Тітов, Г. Джумагельдієва, О. М. Бірюков та інші. Натомість залишаються невирішеними питання про те, наскільки повно та системно здійснено захист окремих галузей економіки та якими мають бути напрями вдосконалення законодавства в цій сфері? Спробуємо відповісти на ці питання.

Найперше необхідно визначити, що у Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі — Закон про банкрутство) задля вирішення питань захисту окремих галузей економіки було:

1) встановлено обмеження на банкрутство казенних підприємств, підприємств, що є об'єктами права державної власності, які не підлягають приватизації; гірничих підприємств (гірничодобувні підприємства, шахти, рудники, копальні, кар'єри, розрізи, збагачувальні фабрики, шахтовуглебудівні підприємства), створених у процесі приватизації та корпоратизації, у статутних фондах яких частка держави становить не менше 25 відсотків; юридичних осіб — підприємств, що є об'єктами права комунальної власності (комунальні унітарні підприємства), якщо стосовно них виключно на пленарному засіданні відповідної ради органів місцевого самоврядування прийняті рішення щодо цього;

2) встановлено обмеження на застосування процедур санації та ліквідації стосовно державних підприємств (наприклад, ст. 18 Закону про банкрутство обмежує застосування продажу майна боржника як цілісного майнового комплексу лише колом недержавних підприємств, ст. 30 Закону передбачає, що продаж майна підприємств-банкрутів, заснованих на державній власності, здійснюється з урахуванням вимог Закону України «Про приватизацію державного майна» та інших нормативно-правових актів з питань приватизації);

3) визначено особливі процедури банкрутства містоутворюючих та особливо небезпечних підприємств, сільськогосподарських підприємств, фермерських господарств, банків, страхових компаній, професійних учасників ринку цінних паперів, емітента чи управителя іпотечних сертифікатів, управителя фонду фінансування будівництва чи управителя фонду операцій з нерухомістю.

В частині утворення обмежень на застосування права банкрутств до окремих підприємств публічних форм власності необхідно визначити юридичні та економічні підстави застосування подібних інструментів. Наприклад, В. В. Джунь заперечує обґрунтованість застосування таких обмежень щодо підприємств державної та комунальної форми власності, посилаючись на ст. 116 Конституції України, яка декларує про забезпечення рівних умов розвитку для всіх форм власності [2, 245].

Стосовно останнього можуть бути висловлені різні думки. Юридичні підстави такого встановлення можуть бути визнані цілком конституційними, хоча б у силу правової позиції Конституційного Суду України 20 червня 2007 року у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Кіровоградобленерго» про офіційне тлумачення положень ч. 8 ст. 5 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (справа щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності). З цього рішення випливає, що справедливий судовий розгляд кредиторів у справі про банкрутство може бути обмежено у зв'язку із суттєвою необхідністю для задоволення нагальних потреб жителів відповідної територіальної громади, а значить — за аналогією — і суспільства.

Економічне ж підґрунтя для подібних виключень менш очевидне. Адже виходить, що позбавляючи ці підприємства права бути суб'єктом провадження у справах про банкрутство, держава залишає їх наодинці із кредиторами, які отримують змогу задовольнити свої вимоги за рахунок майна цих підприємств в процесі примусового провадження, а не у конкурсному процесі. Останнє означає безсистемний, наближений до тіншової приватизації розпродаж публічної власності, руйнівне позбавлення цих підприємств найліквідніших засобів замість кропіткої роботи щодо відновлення платоспроможної роботи цих підприємств та справедливого задоволення вимог кредиторів.

У цьому сенсі не можна повністю погодитися з В. В. Джуном, який визначає такі основні критерії віднесення суб'єкта господарювання до кола боржників, для врегулювання заборгованості яких використовується інструментарій законодавства про неспроможність, як-от: здійснення «безлічі господарських операцій з грошовим вимірником», що має «логічним наслідком ризик виникнення особливо значного обсягу заборгованості», «ризик нездатності погашення цієї заборгованості», «наявність великого кола кредиторів» [2, 244].

Серед цих критеріїв немає одного, як уявляється найважливішого, — наявність об'єктивної потреби ув'язати процес погашення заборгованості із виробничо-господарською діяльністю юридичної особи та можливою ліквідацією цієї особи у спосіб, що сприяє погашенню боргів та одночасно забезпечує м'яку передачу засобів виробництва від менш ефективних власників до більш ефективних. З цього випливає й інший критерій, що визначає природу провадження про банкрутство — це конкурсне провадження, яке передбачає конкурс, тобто конкуренцію кредиторів за право визначати фактичну та юридичну долю підприємства. Звичайно у разі банкрутства не некомерційного суб'єкта господарювання таку конкуренцію не можна уявити, особливо у випадку, коли виникає неплатоспроможність казенного підприємства, що не може бути приватизовано чи взагалі належить до об'єктів, що не можуть знаходитися у приватній власності.

Не випадково, у ФРН провадження у справах про неспроможність не допускається лише щодо майна Федерації або землі та юридичної особи публічного права, нагляд за якою здійснюється землею.

Тобто виключення того чи іншого суб'єкта господарювання з кола боржників, стосовно яких може бути порушена справа про банкрутство, має спиратися,

передусім, на порівняння провадження про банкрутство із тими механізмами, які забезпечуватимуть погашення боргів у порядку примусового провадження. Звичайно, якщо таке виключення, враховуючи функціонування виконавчої служби в системі органів виконавчої влади, зокрема Міністерства юстиції, має на меті завадити стягненню боргів, то це зовсім інша справа. Маємо фактично дискримінацію кредиторів, що належать до приватного сектора економіки, які взагалі таким чином позбавляються власності. Адже у випадку дієвості процедур примусового стягнення боргів відповідно до Закону України «Про виконавче провадження» діяльність боржника при наявності стягнення у великому розмірі може бути заблокована будь-якого моменту, адекватно діям державного виконавця на арешт активів боржника, реалізації ліквідного майна боржника, або основних фондів, що і не є коштовними, але без яких унеможлиблюється виробничо-господарська діяльність підприємства. Наприклад, примусовий продаж єдиного висотного крану здатний зупинити роботу будівельної компанії.

Тобто основним критерієм віднесення окремих видів суб'єктів до тих, що можуть бути боржниками у провадженні про банкрутство, є функціональна здатність провадження про банкрутство сумістити, погодити не збіжні за обсягом та спрямованістю інтереси боржника та кредитора, наблизити виробничі та фінансово-грошові інтереси.

Найбільш оптимальним є не виключення, наприклад, комунальних підприємств з-під правового поля банкрутства, а встановлення особливостей щодо банкрутства цих підприємств. Зокрема, територіальна громада, вирішивши через свої представницькі органи про санацію відповідних підприємств, має визнати місцевим боргом вимоги кредиторів до такого підприємства, що слугуватиме підставою для задоволення плану санації підприємства. Альтернативним планом санації може бути рішення держави щодо націоналізації відповідних підприємств із одночасним визнанням вимог кредиторів державним боргом України.

Але для вирішення цих питань, окрім розширення сфери застосування Закону України про банкрутство, необхідно вирішити проблеми погашення державного боргу у різноманітних господарських відносинах.

І. Б. Заверуха вказує, що зміст державного боргу утворюють публічні відносини щодо випуску, обслуговування, погашення та визнання боргових зобов'язань уряду у формі державних цінних паперів, у інших формах урядових бюджетних запозичень; боргових зобов'язань, що виникають у результаті порушень бюджетного регулювання, а також інших зобов'язань, взятих на себе державою відповідно до чинного законодавства та міжнародних договорів [3, 222–227].

Як зазначає О. П. Подцерковний, для вирішення цих проблем необхідно обґрунтувати справедливі та водночас прийнятні для ринкових умов господарювання напрями пристосування відносин за участю некомерційних суб'єктів господарювання державного сектора економіки до загальногосподарських механізмів виконання грошових зобов'язань: вирішити загальну проблему примусового стягнення боргів з органів державної влади та управління, державних установ, які пов'язані бюджетом та іншими фінансовими процедурами;

співвіднести процедуру примусового стягнення з бюджетним процесом; розробити механізм трансформації виконавчого провадження та банкрутства державних підприємств та організацій у механізм державного субсидування заходів щодо їх санації [4, 36–375].

Повертаючись до проблеми банкрутства державних підприємств, що не підлягають приватизації, казенних підприємств, а також комунальних підприємств, стосовно яких прийнято рішення місцевої ради про незастосування положень Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», необхідно з юридичної практики виключити це уникнення юридичних осіб публічного права від майнової відповідальності, як несправедливе та нерозумне [5, 16].

Публічний закон не може унеможливлювати виконання зобов'язань перед приватними особами, адже це дійсно несправедливо. Але він, без сумніву, може встановлювати особливу процедуру такого погашення, яка унеможливує зловживання з об'єктами публічної власності. В цьому сенсі проблематика банкрутства та примусового стягнення з юридичних осіб публічного права повинна мати вихід на рівень бюджетних процедур. Віднесення відповідних боргів до категорії внутрішнього державного чи місцевого боргу сповна відповідає цим процесам та за умови розробленості процедур погашення державного та місцевого боргу здатне забезпечити повноцінну реалізацію прав кредиторів.

Але не можна погодитися з думкою, що відповідні рішення повноважних органів мають застосовуватися лише на стадії санації чи мирової угоди [5, 16], адже у такому випадку стосовно підприємства публічних форм власності діятимуть обмежувальні важелі, які призводять до тіньового накопичення боргів, зокрема, як свідчить практика, під час зловживань арбітражних розпорядників стосовно майна підприємств. Отже, можливість визнання боргів державних (комунальних) підприємств державним (місцевим) боргом має бути збережено для будь-якої стадії примусового провадження чи банкрутства, що відповідатиме погодженням приватним та публічним інтересам.

Вельми сумнівним також у цьому сенсі є встановлення ст. 31 Закону про банкрутство в частині того, що у разі винесення господарським судом ухвали про ліквідацію державного підприємства, майно, що залишилося після задоволення вимог кредиторів, передається відповідному органу приватизації для наступного продажу.

В останньому випадку явно простежується дискримінація державної форми власності — власник має сам вирішити, як йому розпорядитися майном, що залишилося після задоволення вимог кредиторів. Продаж не може вважатися обов'язковим елементом такого розпорядження, адже не знаходиться у безпосередньому зв'язку із завданнями провадження про банкрутство та може ускладнювати функціонування держави як економічного суб'єкта.

Наведені проблеми щодо виключень у законодавстві про банкрутство стосовно юридичних осіб публічного права мають, таким чином, отримати цілком справедливе співвідношення із правовим становищем кредиторів та боржників у національному законодавстві про банкрутство.

З метою реалізації вказаних пропозицій необхідно, зокрема:

1. У Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»

а) Частину сьому статті 5 доповнити реченням другим такого змісту:

«Положення цього Закону не застосовуються до державних комерційних підприємств, стосовно яких прийнято рішення Уряду України про визнання безспірних вимог кредиторів до цих підприємств внутрішнім державним боргом України, а також до комунальних підприємств, стосовно яких прийнято рішення органів місцевого самоврядування про визнання безспірних вимог кредиторів до цих підприємств місцевим боргом, погоджене з Міністерством фінансів України».

б) Частину другу статті 18 доповнити абзацом другим такого змісту:

«націоналізація підприємства за рішенням Уряду із визнанням вимог кредиторів державним боргом»; відповідно абзаци другий — чотирнадцятий вважати відповідно абзацами третім — п'ятнадцятим;

в) у частині 7 ст. 31 слова «а майно державних підприємств — відповідному органу приватизації для наступного продажу. Кошти, одержані від продажу цього майна, спрямовуються до Державного бюджету України» виключити.

2. У Законі України «Про державний внутрішній борг»:

1) частину першу ст. 2 доповнити словами «а також зобов'язання Уряду, що виникли на підставі визнання державного боргу та з інших підстав, передбачених законами України та судовими рішеннями, які набрали законної сили».

Література

1. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом : Закон України в редакції Закону № 784-XIV від 30 черв. 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 42–43. — Ст. 378.
2. Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні // Юридическая практика. — 2006.
3. Заверуха І. Проблеми розуміння категорії державний борг: правові аспекти // Вісник Львівського університету. Сер. юридична. — 2004. — Вип. 40. — Режим доступу: [//www.lawysr.org.ua](http://www.lawysr.org.ua).
4. Подцерковний О. П. Грошові зобов'язання господарського характеру / О. П. Подцерковний. — К. : Юстипіап, 2007.
5. Пригуза П. Коммунальное банкротство... в жизнь // Юридическая практика. — 2006. — 3 жовт.

Анотація

Бондик В. А. Система захисту галузей економіки за законодавством про банкрутство. — Стаття.

У статті досліджується генезис становлення і розвитку сукупості норм законодавства про банкрутство, покликаною здійснити захист галузей економіки, в стабільній і ефективній роботі яких найбільш зацікавлено суспільство і держава. Визначаються три різновиди законодавчих обмежень і особливостей в цій сфері щодо процедур банкрутства окремих категорій юридичних осіб публічного права, окремих організаційно-правових форм суб'єктів господарювання і винятків із загального поля права банкрутств. Зроблений висновок, що підходи до захисту галузей економіки в процесі банкрутства вимагають не винятків із загальних процедур банкрутства, а впровадження спеціальних норм, що відповідають потребам збереження і примноження виробничих потужностей підприємств.

Ключові слова: банкрутство, неплатоспроможність, юридичні особи публічного права, підприємства, галузі економіки.

Summary

Bondyk V. A. Defense System of Branches of Economy According to Bankruptcy Legislation. — Article.

Genesis of becoming and development of aggregate of norms of bankruptcy legislation, called to carry out the defense of industries of economy, society and state is most interested in stable and effective work of which, is probed in the article. Three varieties of legislative limitations and features are determined in this sphere: procedure of bankruptcy of separate categories of legal entities of public law, separate legal forms of subjects of management and exceptions from the common field of right for bankruptcies. A conclusion is done, that going near defense of industries of economy in the process of bankruptcy require not to exception from general procedures of bankruptcy, but introduction of the special norms, answering the necessities of maintenance and augmenting of production capacities of enterprises.

Keywords: bankruptcy, insolvency, legal entities of public law, enterprise, branches of economy.

УДК 343.22

Г. Серeda

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ СУБ'ЄКТІВ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ТА РОЛЬ ПРОКУРОРА В ЙОГО ЗДІЙСНЕННІ

Становлення України як правової держави супроводжується зміною характеру взаємовідносин між державою та особистістю. Все частіше не лише людина несе відповідальність перед державою за свої вчинки, а й держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Зазначене обумовило потребу створення системи надійного захисту суб'єктів протидії злочинності взагалі і кримінального судочинства зокрема від тиску, погроз та посягань на їхнє життя, здоров'я, житло чи майно, яка відповідала б міжнародно-правовим стандартам у галузі забезпечення прав людини. Цю систему утворює сукупність відповідних нормативних актів, державних органів, уповноважених на їх виконання, а також діяльність зазначених органів. Складовою такої системи є також прокурорська діяльність із забезпечення безпеки суб'єктів кримінального судочинства.

Проблема забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, та законності в цій сфері в останні роки набула особливого значення ще й у зв'язку із загостренням криміногенної ситуації в державі та збереженням високого рівня латентності злочинів. Не підлягає сумніву, що однією із суттєвих причин латентності злочинності, передусім організованої, є те, що інформація про вчинені злочини не надходить до правоохоронних органів, оскільки її носії, побоюючись розправи з боку злочинців, не вірять у спроможність захисту від протиправних посягань у разі надання такої інформації державним органам [1, 75].

У зв'язку з цим постала нагальна потреба створення таких умов для участі в кримінальному судочинстві його суб'єктів, які б забезпечували надійний захист цих суб'єктів від тиску, погроз та посягань на їхнє життя, здоров'я, житло

чи майно і відповідали б міжнародно-правовим стандартам у галузі прав людини. Зазначене потребує й відповідного рівня прокурорського нагляду за виконанням вимог законодавства щодо забезпечення безпеки суб'єктів кримінального судочинства.

З огляду на складність феномена захисту суб'єктів кримінального судочинства, міжгалузевий характер регулювання правовідносин, які виникають у цій сфері, та безліч інших факторів соціально-економічного та організаційно-правового характеру, актуальність проблематики, пов'язаної з цим явищем, не викликає сумніву.

Незважаючи на актуальність та складність зазначеної теми, науковий інтерес до її дослідження навряд чи можна вважати адекватним потребам практики. У вітчизняній юриспруденції мали місце поодинокі намагання комплексного її дослідження на монографічному рівні, зокрема В. С. Зеленецьким та М. В. Куркінім. Ця проблематика відображена в положеннях декількох кандидатських дисертацій, а також у статтях і тезах наукових повідомлень, зокрема в публікаціях О. М. Гогуса, П. В. Діхтієвського, М. І. Костіна та деяких інших авторів.

Метою статті є загальна характеристика забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, а також ролі прокурора в його здійсненні.

Як відомо, 23 грудня 1993 року для належного правового врегулювання забезпечення безпеки учасників кримінального процесу було прийнято низку законодавчих рішень, зокрема закони України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», відповідне положення законів України «Про статус суддів», «Про прокуратуру», «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про оперативно-розшукову діяльність».

Застосування зазначених законів під час розслідування та судового розгляду кримінальних справ мало стати умовою успішного розкриття та розслідування злочинів, насамперед, тяжких, вчинених організованими групами тощо. Але цього в повній мірі не сталося, а випадки застосування Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» на практиці поодинокі через відсутність відповідного організаційно-фінансового забезпечення. З прийняттям вказаних нормативно-правових актів та змін до законодавства проблеми забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства не вирішилися. Натомість, з'явилися нові проблемні ситуації, пов'язані із застосуванням законодавства у цій сфері, організацією взаємодії відповідних правоохоронних органів та здійсненням відповідного прокурорського нагляду.

Як зазначалося вище, до системи забезпечення безпеки учасників кримінального процесу включається не лише сукупність відповідних нормативних актів, але й низка державних органів, які забезпечують безпеку цих осіб. До останніх належать ті, що приймають рішення про застосування заходів безпеки, і ті, що здійснюють ці заходи.

Рішення про застосування заходів безпеки приймається органом дізнання, слідчим, прокурором, судом, у провадженні яких знаходяться кримінальні справи

про злочини, у розслідуванні чи судовому розгляді яких брали або беруть участь особи, а також органом (підрозділом), що здійснює оперативно-розшукову діяльність щодо осіб, які брали участь у виявленні, попередженні, припиненні і розкритті злочинів або сприяли цьому.

Здійснення заходів безпеки покладається на органи служби безпеки або внутрішніх справ, у складі яких з цією метою створюються спеціальні підрозділи. Заходи безпеки щодо військовослужбовців здійснюються також командами військових частин.

Ще однією складовою системи забезпечення безпеки суб'єктів кримінального процесу є, як зазначалося, діяльність низки державних органів. Сутність цієї діяльності визначається змістом самих заходів забезпечення такої безпеки.

В цілому заходи забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства можна поділити на два види: 1) процесуальні і 2) спеціальні (непроцесуальні). У свою чергу, процесуальні можна розділити на: профілактичні заходи з попередження можливого посягання на учасників кримінального судочинства та заходи з припинення та подальшого унеможливлення здійснення дій, спрямованих на заподіяння шкоди учаснику кримінального судочинства.

Процесуальною основою заходів з попередження можливого посягання є норми КПК, що встановлюють процесуальні гарантії забезпечення безпеки.

Заходи, спрямовані на подальше унеможливлення здійснення дій, спрямованих на заподіяння шкоди учаснику кримінального судочинства, стосуються використання спеціального порядку проведення окремих слідчих чи судових дій з метою збереження анонімності учасників кримінального процесу, щодо яких здійснюється захист. Заходи забезпечення безпеки цієї групи мають яскраво виражений активний, захисний характер, оскільки застосовуються лише за наявності загрози особі, щодо якої здійснюється захист [2, 98].

Ефективність забезпечення безпеки залежить від правильності застосування відповідних заходів. На вибір заходів забезпечення безпеки впливає низка факторів, головними серед яких, на нашу думку, є: ситуація, що склалася навколо певної особи (криміногенна ситуація за місцем проживання, характер погроз, склад сім'ї, характер роботи та ін.), вимоги та побажання особи, стосовно якої виникла загроза.

Вибір заходів забезпечення безпеки повинен ґрунтуватись на їх переліку, визначеному Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», та на практиці застосування таких заходів. Важко не погодитися із думкою В. С. Зеленецького та Н. В. Куркіна, які вказують, що такий підхід не обмежує функціональну самостійність особи, яка вирішує питання про застосування заходів безпеки, а орієнтує лише на недопустимість ігнорування того, що визнано законодавцем, як допустимий і ефективний спосіб захисту. Більше того, ст. 7 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», визначено, що з урахуванням характеру і ступеня небезпеки для життя, здоров'я, житла та майна осіб, взятих під захист, можуть здійснюватися й інші заходи безпеки. Тобто якщо ситуація, що склалася, виходить за рамки практики чи законодав-

чого регулювання, особі, яка вирішує питання про забезпечення безпеки, надається не тільки право, але й обов'язок самостійно чи за участю спеціалістів розробити інші заходи захисту учасників кримінального судочинства, які б забезпечили досягнення поставленої цілі [3, 404].

Також необхідно врахувати, що криміногенна ситуація у світі постійно змінюється, тому і способи впливу на учасників кримінального судочинства мають адекватно змінюватися [4, 160]. Враховуючи ці обставини, заходи захисту учасників кримінального судочинства не можуть бути раз і на завжди визначеними. Навіть ті заходи, які є визначеними законодавцем, не можуть шаблонно застосовуватись до всіх ситуацій, оскільки необхідно враховувати специфічність кожної з них, а також характер потенційних і реальних загроз.

Загрози безпеці учасників кримінального судочинства умовно можна поділити на внутрішні та зовнішні. Усі вони, як правило, в кінцевому рахунку, спрямовані на фальсифікацію доказів у справі, але відрізняються за суб'єктами, від яких можуть виходити: від суб'єктів, які ведуть кримінальний процес або від інших осіб. Здебільшого вони реалізуються відносно певного учасника кримінального судочинства, чий показання є необхідними для доказування певних обставин, встановлення об'єктивної істини у справі. Тому, для того, щоб учасник кримінального судочинства дав правдиві показання чи пояснення ще на стадії дослідчої перевірки, уповноваженій особі правоохоронного органу необхідно переконати цього суб'єкта в реальній можливості застосування щодо нього заходів безпеки [5, 97].

Залежно від ситуації, що склалася, потрібно розглядати питання про необхідність комплексного застосування передбачених законом заходів безпеки. В цьому випадку в постанові про забезпечення заходів безпеки необхідно вказувати їх перелік та розмежовувати компетенцію виконавців конкретних заходів.

Заходи забезпечення безпеки розподіляються на:

- 1) правові, що включають кримінально-правові — встановлення відповідальності за посягання на життя, здоров'я та майно осіб, яких захищають, та процесуальні — додержання процедури отримання інформації від поінформованих осіб;
- 2) соціально-економічні — надання можливості змінити біографічні дані, місце проживання та місце роботи;
- 3) фізичні — надання охорони, технічний захист житлових та службових приміщень тощо [6, 152].

Стаття 7 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» визначає перелік заходів забезпечення безпеки. Зокрема, це: 1) особиста охорона, охорона житла і майна; 2) видача спеціальних засобів індивідуального захисту і сповіщення про небезпеку; 3) використання технічних засобів контролю і прослуховування телефонних та інших переговорів, візуальне спостереження; 4) зміна документів та зміна зовнішності; 5) зміна місця роботи або навчання; 6) переселення в інше місце проживання; 7) поміщення до дошкільної виховної установи або установи органів соціального захисту населення; 8) забезпечення конфіденційності відомостей про особу; 9) закритий судовий розгляд кримінальної справи.

Крім того, законодавством передбачені інші заходи забезпечення безпеки, які застосовуються до особливих категорій громадян. Наприклад, наказом Державного департаменту України з питань виконання покарань від 4 квітня 2005 року № 61 «Про затвердження Інструкції про порядок здійснення заходів щодо забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві в установах виконання покарань та слідчих ізоляторах Державної кримінально-виконавчої служби» визначається, що коли стосовно засудженого прийнято рішення про застосування заходів забезпечення безпеки, адміністрація установи виконання покарань з урахуванням вимог режиму тримання негайно переводить такого засудженого у безпечне місце та вживає інших заходів щодо усунення небезпеки, зокрема: а) визначає персональне спальне місце, відділення чи структурну дільницю для відбування покарання; б) проводить зміну його робочого місця; в) переводить на ізольоване тримання; г) вирішує питання про переведення до іншої установи [7].

У будь-якому випадку застосування додаткових заходів безпеки не повинно порушувати законних прав учасників кримінального судочинства, інших громадян, мусить бути безпечним для оточуючих.

Відповідно до ч. 2 ст. 52³ КПК, відомості про заходи безпеки та осіб, взятих під захист, є інформацією з обмеженим доступом. На документи, що містять таку інформацію, не поширюються правила, передбачені ч. 2 і 3 ст. 48, ст. ст. 217–219 і 255 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК). Оригінали та направлені до виконання копії постанов слідчого про вжиття заходів щодо забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, зберігаються за правилами таємного діловодства. При цьому за правилами таємного діловодства здійснюється підготовка, облік, зберігання, використання і знищення таких документів. За невжиття слідчим заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист, а також розголошення відомостей про заходи безпеки щодо осіб, взятих під захист, якщо ці дії спричинили тяжкі наслідки, передбачена кримінальна відповідальність за ст. ст. 380 і 381 Кримінального кодексу України (далі — КК).

Постанова органу дізнання або слідчого про застосування або відмову в застосуванні додаткових заходів безпеки, або про їх скасування може бути оскаржена до прокурора або місцевого суду за місцем розслідування справи. Суддя негайно розглядає скаргу і матеріали справи, при необхідності вислуховує особу, яка провадить дізнання, слідчого, думку прокурора. На підставі матеріалів, досліджених суддею, виноситься постанова про застосування додаткових заходів безпеки, або про їх скасування, або про відмову в них. На постанову судді про відмову в задоволенні скарги протягом трьох діб з дня її винесення може бути подана апеляція до апеляційного суду.

Прокурорський нагляд за правильністю винесеного рішення про застосування заходів безпеки чи про відмову в їх застосуванні здійснюється на підставі ст. 227 КПК. Але процесуальна регламентація дій прокурора при цьому в законі відсутня.

Питання прокурорського нагляду при забезпеченні безпеки учасників кри-

мінального судочинства декларується також ч. 2 ст. 28 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві». При цьому порядок здійснення прокурорського нагляду та повноваження прокурора також залишилися не визначеними.

На наш погляд, при перевірці законності слідчих дій прокурор повинен звертати увагу на те, чи в повному обсязі дізнавач або слідчий роз'яснили учасникам кримінального судочинства право на забезпечення безпеки, тим більше, якщо із матеріалів кримінальної справи чи дослідчої перевірки вбачаються підстави для їх застосування, та чи здійснили їх.

У разі, якщо під час досудового слідства прокурором встановлена необхідність застосування заходів забезпечення безпеки до учасника кримінального судочинства, але вони застосовані не були, прокурор зобов'язаний дати вказівку про винесення постанови про забезпечення безпеки відповідної особи. Якщо ж застосувати заходи безпеки необхідно терміново, прокурор повинен особисто винести постанову про це та адресувати її відповідним органам влади для виконання. Також у даному випадку слід ставити питання про усунення особи, яка проводить дізнання, або слідчого від подальшого ведення дізнання або досудового слідства, якщо вони не вжили передбачених законом заходів забезпечення безпеки особи, яка їх потребує. Крім того, прокурор зобов'язаний вирішити питання про відповідальність цих осіб за ст. 380 КК.

Якщо шляхи здійснення прокурорського нагляду за додержанням законів щодо забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства при проведенні дізнання та досудового слідства навіть попри неналежну їх кримінально-процесуальну регламентацію зрозумілі, стосовно нагляду за органами оперативно-розшукової діяльності (далі — ОРД) в зазначеній сфері цього не скажеш. Забезпечення безпеки при проведенні ОРД здійснюється в рамках оперативно-розшукової справи «Злочин», яка зберігається під грифом «Таємно», і прокурор району не має права звертатися до матеріалів, що в ній знаходяться. Отже, щоб забезпечити дотримання законів органом, який здійснює захист у рамках оперативно-розшукової діяльності, чи реальність виконання його вказівок, прокурору необхідно звертатись до відповідного відділу прокуратури області. У зв'язку з цим постає питання доцільності наділення прокурора міськрайонної ланки повноваженнями з нагляду за вказаними органами при здійсненні заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства. На нашу думку, надання таких повноважень зазначеним прокурорам є доцільним, оскільки ефективність такого нагляду в цьому випадку зростає. Також буде усунуто елемент недовіри до прокурорів зазначеної ланки, закладений в існуючий нині порядок здійснення прокурорського нагляду в означеній сфері.

Ще однією проблемою застосування заходів безпеки щодо суб'єктів кримінального судочинства є те, що вони покладаються за підслідністю на органи служби безпеки або внутрішніх справ обласного рівня, у складі структур яких з цією метою створюються спеціальні підрозділи. Відповідно до кримінально-процесуального законодавства орган дізнання, слідчий, прокурор або суд не пізніше ніж за три доби, а в невідкладних випадках — негайно приймає вмоти-

вовану постанову чи ухвалу і передає її для виконання органу, на який покладено здійснення заходів безпеки. Але постає питання, як орган дізнання, слідчий, прокурор чи суд може негайно забезпечити безпеку особи, знаходячись у віддаленому районі області. На наш погляд, доцільно створити спеціальні підрозділи по забезпеченню безпеки учасників кримінального судочинства у службі безпеки або внутрішніх справ міськрайонної ланки.

Вдосконалення правового забезпечення безпеки учасників кримінального процесу буде ефективним лише за умови врахування позитивного зарубіжного досвіду в цій сфері. Зокрема, у відповідності до Закону Республіки Казахстан «Про державний захист осіб, які беруть участь у кримінальному процесі» та Закону Республіки Білорусь «Про державний захист суддів, посадових осіб правоохоронних та контролюючих органів», захист вказаних осіб включає не лише заходи безпеки, але й заходи правового та соціального характеру. Відповідно до Закону Російської Федерації «Про державний захист потерпілих, свідків та інших учасників кримінального судочинства» захист передбачає заходи безпеки та соціальної підтримки. Згідно із Законом Республіки Молдова «Про державний захист потерпілих, свідків та інших осіб, які сприяють кримінальному процесу» до заходів державного захисту також належить соціальний захист (обов'язкове державне страхування за рахунок коштів державного бюджету, одноразова допомога, пенсія, відшкодування матеріальних збитків) [8, 44]. У той же час українське законодавство обмежує засоби захисту осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, зокрема свідків і потерпілих, оскільки поняття «безпека», «забезпечення безпеки» вужчі, ніж поняття «захист», який включає і заходи соціального захисту.

На нашу думку, необхідно доповнити вітчизняне законодавство відповідними положеннями, що гарантують соціальний захист осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, з подальшим внесенням змін і доповнень до КПК України та інших нормативно-правових актів. Як зазначають дослідники цієї проблематики, метою забезпечення безпеки суб'єктів кримінального процесу є не лише захист їх фізичної недоторканності, але і створення умов для активної участі в процесі [8, 45]. Однією з таких умов є соціальний захист таких осіб.

Суттєвою прогалиною вітчизняної практики забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства є відсутність програм захисту свідків. На цей предмет великий і унікальний досвід мають США. Починаючи з 1971 року там діє спеціальна Федеральна програма захисту свідків, які виступають в судах з показаннями проти небезпечних злочинців. Зазначена програма надає правоохоронним органам широкі повноваження зі створення свідкові особливих умов для забезпечення його безпеки. Програма захисту здійснюється, якщо свідок надає всю наявну інформацію органам правосуддя, або свідок і члени його родини, які беруть участь у кримінальному судочинстві, ризикують життям.

Для прийняття рішення про організацію захисту на ім'я помічника прокурора штату чи округу адресується конфіденційний запит щодо застосування заходів захисту, в якому детально обґрунтовується необхідність їх застосуван-

ня, а також надається характеристика свідка. При отриманні дозволу на застосування заходів, вони здійснюються федеральною Службою судового виконання США. Спочатку вказана програма поширювалася лише на свідків чи на справи стосовно організованої злочинності. В 1982 році був прийнятий «Закон про захист жертв і свідків злочину», яким розширено перелік підзахисних суб'єктів. Окрім іншого, в ньому визначено, що умовою застосування захисних заходів є дача пояснень великому журі. Враховуючи, що організація охорони та переселення свідка і його родини вимагає великих фінансових затрат, прокурор, який подає заявку на включення свідка до програми, повинен детально пояснити всі обставини і довести, що показання свідка заслуговують довіри, є важливими для справи і будуть обов'язково надані [8, 46].

На жаль, у нашій країні відсутні приклади успішного захисту свідків із застосуванням комплексу заходів, визначених законом. Відсутні і дані про витрачені на вказані цілі кошти. Нам необхідно глибоко вивчити успішний досвід зарубіжних країн у галузі захисту учасників кримінального судочинства, інплементувати його до національного законодавства і вирішити головну проблему, яка полягає у відсутності національної програми захисту свідків та фінансування затратного механізму цієї програми. Зазначене має стати предметом подальших наукових розвідок цієї тематики.

Література

1. Бобраков И. А. Уголовно-правовая характеристика преступлений, посягающих на лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве, и проблемы их законодательной регламентации: монография / И. А. Бобраков; Брян. филиал Моск. ун-та МВД России. — Брянск, 2004. — 175 с.
2. Костіп М. І. Кримінально-процесуальні заходи забезпечення безпеки особи // Юридичний радник. — 2007. — № 6. — С. 98–103.
3. Зеленецкий В. С. Обеспечение безопасности субъектов уголовного процесса / В. С. Зеленецкий, П. В. Куркин. — Х.: Крым АРТ, 2000. — 404 с.
4. Жариков Р. А. Некоторые аспекты совершенствования борьбы с организованной преступностью и терроризмом / Р. А. Жариков. — Уфа: УЮИ МВД РФ, 2005. — Ч. 1. — С. 160–168.
5. Гаврилова Н. И. О психологических механизмах формирования свидетельских показаний // Вопросы борьбы с преступностью. — М., 1984. — Вып. 40. — С. 84–98.
6. Смірський В. В. Забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства // Вісник Запорізького юридичного інституту. — Запоріжжя, 2000. — № 2. — С. 152–155.
7. Наказ Державного департаменту України з питань виконання покарань від 4 квітня 2005 р. № 61 «Про затвердження Інструкції про порядок здійснення заходів щодо забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, в установах виконання покарань та слідчих ізоляторах Державної кримінально-виконавчої служби».
8. Ромадановский К. О. Сравнительный анализ законодательств различных стран в области государственной защиты потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства // Российский следователь. — 2006. — С. 41–48.

Анотація

Серета Г. Загальна характеристика забезпечення безпеки суб'єктів кримінального судочинства та роль прокурора в його здійсненні. — Стаття.

Розглядається визначена законодавством України система заходів забезпечення безпеки учасників судочинства у кримінальних справах та роль прокурора у здійсненні цих заходів.

Ключові слова: безпека, кримінальне судочинство, заходи забезпечення, роль прокурора.

Summary

Sereda G. General characteristics of security assurance of criminal proceedings subjects and the role of a prosecutor in its implementation. — Article.

The article focuses on a system of measures to ensure security of criminal proceedings subjects according to Ukrainian legislation, as well as the role of a prosecutor in their implementation.

Keywords: security, criminal justice, systems of insure measures, role of prosecutor.

УДК 347.919:347.626.6

Ю. Ю. Цал-Цалко

СУДОВЕ РІШЕННЯ ПРО ПОДІЛ СПІЛЬНОГО МАЙНА ПОДРУЖЖЯ ЯК РЕЗУЛЬТАТ РОЗГЛЯДУ СПРАВИ

Судовий розгляд і вирішення цивільної справи є головною стадією цивільного процесу, в якій суд розглядає справу по суті, досліджує докази, встановлює фактичні обставини, з'ясовує права та обов'язки сторін і ухвалює судові рішення. Загальним завданням і метою стадії судового розгляду в суді першої інстанції є справедливий, неупереджений, а також правильний та своєчасний розгляд і вирішення справи про поділ спільного майна подружжя по суті для захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб та винесення законного і обґрунтованого рішення.

Дослідженням інституту судового рішення в теорії цивільного процесуального права займалися такі вчені, як С. Н. Абрамов, М. Г. Авдюков, І. В. Андронов, С. В. Васильєв, М. А. Гурвіч, М. Б. Зейдер, С. О. Іванова, А. Ф. Клейнман, В. В. Комаров, К. І. Комісаров, Д. Д. Луспенник, Н. І. Масленнікова, О. О. Мельников, В. І. Тertiшніков, М. К. Треушніков, Н. А. Чечіна, Д. М. Чечот, М. Й. Штефан та інші автори. Дослідженням судового рішення у справах щодо поділу спільного майна подружжя займалися такі вчені, як І. В. Жилінкова, Ю. С. Червоний, І. К. Піскарьов.

На сьогоднішній день існує багато думок стосовно визначення поняття судового рішення. Так, М. Б. Зейдер вважає, що судові рішення — це процесуальний акт, що є результатом діяльності суду. Судові рішення відображає з'ясування фактичних обставин справи, вирішення спору, захист порушеного чи оспорюваного права та охорону правопорядку [1, 46]. На думку Д. М. Чечота, судові рішення — це постанова суду, якою вирішується по суті матеріально-правовий спір, що є об'єктом процесу, з метою захисту прав та законних інтересів суб'єктів цього спору, у повній відповідності до дійсних обставин справи та закону [2, 6]. Дуже змістовно розкриває суть судового рішення М. Й. Штефан, який зазначає, що судові рішення є основним і найважливішим актом правосуддя, ухваленим у передбаченому законом порядку ім'ям України і спрямованим на захист гарантованих Конституцією України прав, свобод та законних інтересів громадян і організацій, державних і суспільних інтересів, зміцнення законності і правопорядку, на запобігання правопорушенням, вихо-

вання громадян і посадових осіб на засадах поваги до Конституції, законів України, честі, гідності і рівності людини перед законом і судом [3, 407]. Не менш значуще і змістовне визначення поняття рішення суду дає І. В. Андронов зазначаючи, що рішення суду — це вольовий акт правосуддя в цивільному процесі, ухвалений судом іменем України у встановленому законом порядку в результаті здійснення правозастосовчої діяльності, який містить в собі наказ і підтвердження наявності або відсутності правовідносин, спрямований на охорону та захист прав, свобод і законних інтересів суб'єктів права і який має наслідком виникнення, зміну або припинення процесуальних, а в деяких встановлених законом випадках і матеріальних правовідносин [4, 3].

Рішення суду як найважливіший акт правосуддя покликане забезпечити захист гарантованих Конституцією України прав і свобод людини та здійснення проголошеного Основним Законом України принципу верховенства права відповідно до п. 2 Постанови №14 Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення у цивільній справі» від 18 грудня 2009 року [5].

Кожне рішення суду має відповідати певним, чітко визначеним вимогам. Наявність таких вимог є невід'ємним атрибутом процесуальної форми, в якій відбувається вся діяльність суду з розгляду і вирішення цивільних справ у рамках цивільного процесу [6, 16].

У першу чергу до таких вимог належать вимоги про законність і обґрунтованість судового рішення. Так, відповідно до ст. 213 ЦПК України та п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення у цивільній справі» рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства, вирішив справу згідно з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин відповідно до ст. 8 ЦПК, а також правильно витлумачив ці норми. Якщо спірні правовідносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого — виходить із загальних засад законодавства (аналогія права). Обґрунтованим визнається рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених доказами, які були досліджені в судовому засіданні і які відповідають вимогам закону про їх належність та допустимість, або обставин, що не підлягають доказуванню, а також якщо рішення містить вичерпні висновки суду, що відповідають встановленим на підставі достовірних доказів обставинам, які мають значення для вирішення справи.

Отже, в силу принципу безпосередності судового розгляду рішення може бути обґрунтоване лише тими доказами, які були отримані у визначеному законом порядку і перевірені в судовому засіданні, в якому постановлюється рішення. У справах щодо поділу спільного майна подружжя для всіх обставин даної категорії справ існує необхідність їх підтвердження конкретними засобами доказування. Неприпустимим є витребування і приєднання до справи матеріалів на підтвердження висновків і мотивів рішення після його винесення.

Постановлене у справі рішення має бути повним, ясним, чітким, обов'язково

мати вступну, описову, мотивувальну і резолютивну частини і викладеним у послідовності, встановленій ст. 215 ЦПК України.

Так, вступна частина рішення суду у справах щодо поділу спільного майна подружжя повинна містити: загальні відомості про час і місце ухвалення рішення суду; найменування суду, що ухвалив рішення; прізвище, ініціали судді; прізвище та ініціали секретаря судового засідання; прізвище прокурора, який брав участь у справі; прізвище, ім'я, по батькові сторін та інших осіб, що беруть участь у справі; предмет позовних вимог.

Важливим є чітке формулювання в рішенні суду предмета спору як по основному, так і по зустрічному позову, а також по позовних заявах третіх осіб із самостійними вимогами. В описовій частині рішення суду у справах щодо поділу спільного майна подружжя необхідно вказати зміст і підстави позовних вимог відповідно до позовної заяви; внесені зміни підстав, предмета, розміру позовних вимог, якщо вони мали місце; чи визнає відповідач позов; якщо визнає — повністю або частково; в разі заперечень — у чому суть заперечень проти позову. Отже, дана частина судового рішення містить узагальнений виклад позицій сторін і осіб, що брали участь у справі, зміст пояснень сторін і третіх осіб, пояснення прокурора та інших доказів, досліджених судом. У цій частині рішення відображаються всі зміни позовних вимог. Це необхідно для того, щоб чітко визначити предмет вимоги, що підлягає задоволенню. Суд повинен ухвалити рішення по змінених вимогах. Відмова від частини позовних вимог повинна бути оформлена в окремому процесуальному документі — ухвалі. Так, наприклад, при розгляді справи за позовом особи 1 до особи 2 про поділ спільного майна подружжя суд у вступній та описовій частині судового рішення зазначив про вимоги особи 1, від якої вона відмовилась, і вони були прийняті судом, тому вони не повинні зазначатися [7].

Певні особливості і велике значення має мотивувальна частина судового рішення у справах щодо поділу спільного майна подружжя. Вона повинна містити встановлені судом обставини, які мають значення для справи, їх юридичну оцінку; мотиви, з яких суд вважав встановленою наявність або відсутність фактів, якими обґрунтовував вимоги чи заперечення; оцінку всіх доказів, на яких ґрунтуються висновки суду. При цьому, визнаючи одні докази і відхиляючи інші, суд має це аргументувати.

У мотивувальній частині рішення суду обов'язково зазначається назва, стаття, її частина, абзац, пункт, підпункт закону, на підставі якого вирішено справу, а також процесуального закону, яким суд керувався при ухваленні рішення. Так, мотивувальна частина судового рішення про поділ спільного майна подружжя повинна містити висновки суду про склад майна, яке підлягає поділу, його вартість в цілому і по кожній складовій у розмірі належних подружжю часток у конкретних речах, що передаються у власність кожній із сторін, з вказівкою суду на обставини та докази, на яких засновані ці висновки. При цьому суд не повинен обмежуватися перерахуванням у рішенні доказів, якими підтверджуються ті чи інші значимі для справи обставини, а повинен викласти зміст цих обставин. У разі, якщо суд, оцінюючи докази, кожен окремо, а також

у сукупності, вирішить, що ті чи інші пред'явлені матеріали, показання свідків, інші фактичні дані не підтверджують обставини, на котрі сторони посилалися як на зміст своїх вимог та заперечень, він повинен у рішенні досконало мотивувати свій висновок про це [8, 360].

Певні особливості характерні і для резолютивної частини судового рішення у справах щодо поділу спільного майна подружжя, яка повинна містити висновки, безумовні і такі, що випливають з встановлених фактичних обставин, висновки по суті розглянутих вимог. Перш за все резолютивна частина судового рішення повинна містити опис відмінних ознак присуджених кожній із сторін речей (найменування, розмір, колір, форма, реєстраційний номер, якщо він зазначений, місце знаходження нерухомого майна). Недотримання цієї вимоги при виконанні приводить до спорів, відносно якої речі йде мова у рішенні суду. Тому сторони у даному випадку можуть ставити питання про роз'яснення рішення суду відповідно до положень ст. 221 ЦПК України.

В резолютивній частині судового рішення безпосередньо повинно бути зазначено: повністю або частково задоволені позовні вимоги чи в позові відмовлено; які саме права позивача визнані; розмір грошових коштів чи перелік майна, присуджений стороні; вартість майна, яка вимагається з відповідача, якщо при виконанні рішення присудженого майна не буде у наявності; які конкретно дії і на чию користь відповідач повинен здійснити чи яким іншим передбаченим законом способом може бути здійснений захист порушеного права. В резолютивній частині рішення суду відносно поділу спільного майна подружжя зазначається розподіл судових витрат між сторонами, а також строк і порядок набрання рішенням суду законної сили та його оскарження.

Чіткість судових рішень у справах щодо поділу спільного майна подружжя відіграє найважливішу роль для правильного їх виконання. Необхідно визнати, що інколи списки речей, які підлягають поділу, мають дуже велику кількість сторінок і ступінь деталізації такого майна з ініціативи сторін є безкрайнім. Незважаючи на це, в судовому рішенні повинно бути чітко відображено, яке саме майно і кому конкретно з подружжя переходить у власність [9, 128]. Як вже було відмічено, порушення цієї вимоги може призвести до труднощів виконання судового рішення, а у ряді випадків до необхідності повторного звернення до суду за роз'ясненням прийнятого у справі рішення.

Як зазначає В. В. Комаров, законна сила рішення є важливою ланкою в процесі реального застосування норми права, впливаючи на остаточність і форму здійснення права і виконання обов'язків суб'єктами встановлених судом правовідносин у межах правових наслідків, передбачених застосованою нормою права [10, 212].

Правильне визначення моменту набрання рішенням суду законної сили має важливе значення для реалізації сторонами цивільного процесу у справах про поділ спільного майна подружжя своїх прав і законних інтересів, і тому відповідно є законодавчо встановленою вимогою стосовно зазначення порядку набрання рішенням суду законної сили у його резолютивній частині.

Отже, рішення суду щодо поділу спільного майна подружжя набирає чин-

ності після закінчення строку подання заяви про апеляційне оскарження, якщо заяву про апеляційне оскарження не було подано. Якщо заява була подана, але апеляційна скарга не була подана у строк, встановлений ст. 294 ЦПК України (протягом двадцяти днів після подання заяви про апеляційне оскарження), то рішення суду набирає законної сили після закінчення такого строку. У разі подання апеляційної скарги рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після розгляду справи апеляційним судом відповідно до ч. 1 ст. 223 ЦПК України.

Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 року «Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина» у п. 11 вказує на особливе значення своєчасного і повного виконання судових рішень, оскільки це має важливе значення для реального поновлення прав і свобод громадян [11]. Так, відповідно до ч. 1 ст. 14 ЦПК України судові рішення, що набрали законної сили, обов'язкові для всіх органів державної влади і органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових або службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, — і за її межами.

Отже, судові рішення у справах щодо поділу спільного майна подружжя повинні бути ухвалені у чіткій відповідності до норм чинного цивільного процесуального законодавства, відповідати вимогам щодо законності і обґрунтованості судового рішення, а також повинні бути викладеним у послідовності, яка передбачена ст. 215 ЦПК України, з урахуванням специфіки мотивувальної та резолютивної частини судового рішення стосовно розглядаємої категорії справ.

Література

1. Зейдер П. Б. Судебное заседание и судебное решение в советском гражданском процессе : учеб. пособие / П. Б. Зейдер. — Саратов : Коммунист, 1959. — 99 с.
2. Чечот Д. М. Постановления суда первой инстанции по гражданским делам / Д. М. Чечот. — М. : Госюриздат, 1958. — 166 с.
3. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / М. Й. Штефан. — К. : Ін Юре, 2005. — 624 с.
4. Андронов І. В. Рішення суду першої інстанції в цивільному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 — Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / І. В. Андронов. — О., 2008. — 20 с.
5. Про судові рішення у цивільній справі : постанова Пленуму Верховного Суду України № 14 від 18 груд. 2009 р. — Режим доступу : [//www.scourt.gov.ua](http://www.scourt.gov.ua).
6. Загайнова С. Об унификации требований, предъявляемых к судебным актам в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. — 2006. — № 5. — С. 16.
7. Справа №2-436/06/07. Київського районного суду м. Харкова за 2006 рік. — Режим доступу : Офіційний сайт судових рішень України [// www.reyestr.court.gov.ua](http://www.reyestr.court.gov.ua).
8. Особенности рассмотрения и разрешения отдельных категорий гражданских дел (Исковое производство) / под ред. И. К. Пискарева. — М. : Городец, 2005. — 512 с.
9. Жилишкова И. В. Право собственности супругов / И. В. Жилишкова. — Х. : Ксилоп, 1997. — 236 с.
10. Проблемы науки гражданского процессуального права / В. В. Комаров, В. А. Бигун, В. В. Баранкова ; под ред. В. В. Комарова. — Х. : Право, 2002. — 440 с.
11. Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина : постанова Пленуму Верховного Суду України № 7 від 30 трав. 1997 р. [// Право України](http://www.prauo.gov.ua). — 1997. — № 8.

Анотація

Цал-Цалко Ю. Ю. Судове рішення про поділ спільного майна подружжя як результат розгляду справи. — Стаття.

У статті розглянуті особливості рішення суду у справах щодо поділу спільного майна подружжя, а саме, перелічені вимоги, яким має відповідати рішення суду, послідовно досліджується зміст рішення суду як акта правосуддя та процесуального документа, висвітлюються особливості основних частин судового рішення, а також містяться положення відносно законної сили рішення суду у справах даної категорії.

Ключові слова: судове рішення, подружжя, спільне майно, поділ майна, зміст судового рішення, законна сила рішення суду.

Summary

Tsal-Tsalko Y. Y. Judgement on common property division of a couple as the result of case study. — Article.

The article considers the peculiarities of the judgement in cases concerning common property division of a couple, and exactly the enumerated requirements, to which the judgement must correspond; the content of the investigation of the court as the administered justice and the procedural document sequentially; the peculiarities of the main parts of the judgement are dedicated; also the regulations on the legacy of the judgement in cases of this criteria.

Keywords: judgement, couple, common property, division of the property, content of the investigation of the court, legacy of the judgement.

УДК 342.726-053.2

О. В. Темченко

СОЦІАЛЬНА ФУНКЦІЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ПРАВ ДИТИНИ

Функціональний апарат сучасної держави є одним з актуальних питань державознавства, зважаючи на те, що саме через нього виявляється сутність та соціальне призначення держави. Серед інших функцій держави особливо пильна увага сьогодні приділяється соціальній її функції, тісно пов'язаній з такими поняттями, як «соціальна держава», «соціальна політика», «соціальні права людини», «соціальне право».

Проблематика соціальної держави, започаткована Лоренцем фон Штайном у середині XIX ст., сьогодні активно розробляється вітчизняними та зарубіжними вченими, серед яких О. В. Скрипнюк, І. Я. Яковлюк, О. З. Панкевич, А. О. Сіленко, Л. О. Четверікова, С. В. Калашников, В. П. Мілецький, В. О. Торлопов, О. В. Шкітін та ін. З'явилися також перші монографічні дослідження соціальної функції держави [1, 2].

За допомогою соціальної функції здійснюється зняття або пом'якшення соціальних суперечностей шляхом використання цивілізованих засобів їх вирішення; забезпечення людині належних умов життя за допомогою гарантування певного обсягу благ за рахунок держави [1, 3].

Відмітною рисою указаних досліджень є акцент в адресації соціальної функції держави переважно категоріям працюючого та непрацездатного за

віком або станом здоров'я населення. Більшістю дослідників соціальна функція держави зводиться до забезпечення соціальних прав працівників та надання матеріальної допомоги особам, які з об'єктивних причин не можуть заробити собі на прожиток. Число категорій осіб, які претендують на особливу увагу з боку держави, невпинно зростає, тоді як економічно-фінансові можливості будь-якої держави не безмежні. Тому необхідно виявити чинники, передусім, напрями подальшого розвитку, соціальної функції сучасної держави.

На сьогодні за межами досліджень соціальної функції держави досі залишається важлива суспільна категорія її адресатів — діти. Практично цей сегмент соціальної функції держави знайшов лише побіжне висвітлення в окремих працях з політології та загальнотеоретичної юриспруденції [3, 4]. Проте від того, як реалізується соціальна функція держави щодо підростаючого покоління, залежить майбутнє кожної країни, що й обумовлює актуальність дослідження соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини та звернення до неї у цій статті.

Загальнобов'язковий міжнародний стандарт — Конвенція ООН про права дитини — встановлює основоположний принцип державної та суспільної політики у сфері захисту прав дітей: «В усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними або приватними установами, які займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними або законодавчими органами, першочергова увага приділяється найкращому забезпеченню інтересів дитини» [5, ч. 1 ст. 3]. На національному рівні цей принцип знаходить свій прояв у тому, що охорона дитинства в Україні законодавчо визначена як стратегічний загальнонаціональний пріоритет [6, преамбула закону].

Правові принципи реалізації соціальної функції Української держави щодо дітей закладені Конституцією України (ст. 51), Конвенцією ООН про права дитини (набула чинності для України з 27 вересня 1991 р.), Європейською соціальною хартією 1961 р. (переглянута у 1996 р., ратифікована Україною 14 вересня 2006 р.), Законом України «Про охорону дитинства» (26 квітня 2001 р.). Зокрема, останній з названих законодавчих актів встановлює основні засади державної політики у сфері охорони дитинства.

Система заходів щодо охорони дитинства в Україні включає:

- визначення основних правових, економічних, організаційних, культурних та соціальних засад щодо охорони дитинства, удосконалення законодавства про правовий і соціальний захист дітей, приведення його у відповідність з міжнародними правовими нормами у цій сфері;

- забезпечення належних умов для охорони здоров'я, навчання, виховання, фізичного, психічного, соціального, духовного та інтелектуального розвитку дітей, їх соціально-психологічної адаптації та активної життєдіяльності, зростання в сімейному оточенні в атмосфері миру, гідності, взаємоповаги, свободи та рівності;

- проведення державної політики, спрямованої на реалізацію цільових програм з охорони дитинства, надання дітям пільг, переваг та соціальних гарантій у процесі виховання, навчання, підготовки до трудової діяльності, заохочення наукових досліджень з актуальних проблем дитинства;

— встановлення відповідальності юридичних і фізичних осіб (посадових осіб і громадян) за порушення прав і законних інтересів дитини, заподіяння їй шкоди [6, ст. 4].

Згідно з указаним Законом основні засади охорони дитинства та державну політику у цій сфері визначає Верховна Рада України шляхом затвердження відповідних загальнодержавних програм.

На сьогодні такою загальнодержавною програмою є «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2016 року, затверджений Верховною Радою України 5 березня 2009 р. [7]. Вона вироблена на основі Підсумкового документа Спеціальної сесії в інтересах дітей Генеральної Асамблеї ООН «Світ, сприятливий для дітей» (підписаний Україною 10 травня 2002 р.).

Програмою визначено такі основні напрями реалізації Конвенції ООН про права дитини: 1) охорона здоров'я та формування здорового способу життя дітей; 2) освіта; 3) культурний і духовний розвиток дитини; 4) захист прав дітей різних категорій; 5) підвищення ролі територіальної громади у вирішенні питань захисту прав та розвитку дітей; 6) участь дітей у житті суспільства; 7) міжнародне співробітництво.

На нашу думку, «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2016 року є нормативно-програмною основою реалізації соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини. Визначені ним напрями реалізації Конвенції ООН про права дитини за своєю природою є заломленням у категоріях національної системи права основоположних принципів Конвенції та підрозділами (підфункціями) і способами реалізації соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини.

Так, охорона здоров'я та формування здорового способу, забезпечення доступу дітей до освіти, культурного та духовного розвитку дитини, захисту прав дітей різних категорій та участі дітей у житті суспільства являють собою підфункції соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини, тоді як підвищення ролі територіальної громади та міжнародне співробітництво являють собою засоби реалізації соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини.

Виходячи з норм законів України «Про охорону дитинства» та «Про Загальнодержавну програму «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2016 року» зміст соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини є таким: забезпечення належних умов для виживання, навчання, виховання, фізичного, психічного, соціального, духовного та інтелектуального розвитку, соціалізації дітей.

Для повної характеристики соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини необхідно виявити її форми — однорідну за своїми зовнішніми ознаками діяльність органів держави у реалізації її функцій [2, 66]. Їх доцільно, у відповідності з усталеними теоретичними положеннями, систематизувати за основними зовнішніми ознаками на правові та організаційні, а правові, у свою чергу, — на правотворчу, виконавчу, судову, контрольно-наглядову [3, 60].

На сьогодні правотворчий сегмент реалізації соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини представлений низкою законодавчих актів, серед яких виокремлюються закони та підзаконні акти. По-перше, це закони України «Про охорону дитинства», «Про соціальну роботу з дітьми та молоддю», «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей», «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», «Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам», «Про державну допомогу сім'ям з дітьми». Значною мірою вони відповідають принципам Конвенції про права дитини, факультативним протоколам до неї та Європейській соціальній хартії. По-друге, це низка указів президента України, постанов Кабінету Міністрів України, відомчих актів Міністерства у справах сім'ї, молоді та спорту.

Особливим різновидом правотворчої форми реалізації соціальної функції держави у сфері захисту прав дитини є програмне регулювання, хоча навряд чи можна погодитись з російською дослідницею О. В. Бутько, на думку якої саме через програми найбільш послідовно проявляється організаційна роль держави у цій сфері [8, 32]. На наш погляд, програмне регулювання є важливим засобом нормотворчої та управлінської діяльності сучасної держави, але лише в тому випадку, коли програма неухильно виконується усіма, і передусім державними, суб'єктами, за неї відповідальними. В іншому випадку, а невиконання державних програм стало уже недоброю традицією, програма перетворюється лише на політичну декларацію і втрачає свої нормативні властивості.

Виконавча форма реалізації функції захисту прав дитини полягає, перш за все, у створенні та ефективному функціонуванні системи органів та установ, які реально мають здійснювати заходи, започатковані законодавством. Різні аспекти здійснення соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини покладаються на Кабінет Міністрів України (зокрема, координуюча та розпорядча діяльність), Міністерство охорони здоров'я, Міністерство освіти і науки, Міністерство праці та соціальної політики, держадміністрації та ін. Адміністрування щодо питань соціальної політики держави у сфері захисту прав дітей здійснюється Міністерством у справах сім'ї, молоді та спорту, на місцевому — службами у справах дітей. Разом із тим системі державних органів, що працюють у цій сфері, бракує завершеності та збалансованості. Очевидним є переважання адміністративно-управлінських засад в організаційному забезпеченні політики держави щодо дітей, певне дублювання органів і служб у справах дітей на місцевому рівні (районних, міських рад та обласних та районних держадміністрацій), на що уже вказували дослідники проблеми [4, 70, 122, 126]. Соціальна функція поки що слабо представлена в діяльності правоохоронних органів, які зберігають свій переважно каральний характер.

Судова система України поки що не має спеціалізованих ювенальних судів для розгляду справ неповнолітніх-правопорушників та неповнолітніх-жертв правопорушень, що ускладнює соціальний та правовий захист цих категорій дітей. Відсутня також посада Уповноваженого з прав дитини, який в усіх краї-

нах Європи виконує важливу контрольну функцію у сфері захисту прав дитини. На необхідність запровадження такої посади в Україні не раз звертали увагу міжнародні організації, що працюють у сфері захисту прав дитини.

Правові форми реалізації соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини тісно переплітаються з організаційними формами. Під організаційними формами реалізації функцій держави розуміють однорідну за своїми зовнішніми ознаками діяльність держави, яка не спричиняє правових (юридичних) наслідків. Серед них слід відмітити діяльність держави по підготовці кадрів, що забезпечують виконання соціальної функції у сфері захисту прав дитини, збирання та аналіз інформації щодо стану захисту прав дитини, виховну та інформативну роботу, спрямовану на утвердження в суспільстві ідей цінності прав дитини та необхідності соціального захисту дітей.

Чи не найбільшою проблемою реалізації соціальної функції держави у сфері захисту прав дитини є відсутність чіткої позиції щодо її фінансування. Зазначимо, що Європейський кодекс соціального забезпечення (поки що Україною не ратифікований) містить чіткі настанови щодо, принаймні, обсягів державної допомоги дітям. Види соціальної допомоги покладаються на розгляд держави: або періодичні виплати, або комбінація періодичних виплат, податкових та інших пільг, а також соціальних послуг сім'ям з дітьми [10, ст. 47]. Загалом витрати на допомогу дітям мають бути не менше ніж 1,5% ВВП або 3% мінімального або середнього заробітку робітника, помноженого на загальну кількість захищених осіб [10, ст. 49]. Натомість в Україні протягом декількох років поспіль фінансування «дитячих» програм та законів було недостатнім, аж до виключення ряду видаткових позицій з Державного бюджету.

Отже, серед форм реалізації соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини правотворча форма поки що переважає (але при цьому багато положень «дитячого» законодавства залишаються декларативними), тоді як виконавча, судова та контрольна форми реалізації функцій держави у цій сфері потребують суттєвої активізації. Соціальна функція держави у сфері захисту прав дитини вимагає не тільки визнання її пріоритетом державної політики, але й реального змістовного наповнення, передусім, відповідними державними коштами.

Література

1. Родионова О. В. Социальная функция современного государства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 — «Теория и история государства и права ; История учений о праве и государстве» / О. В. Родиопова. — М., 2007. — 42 с.
2. Бермічева О. В. Соціальна функція держави в Україні: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Бермічева ; Нац. уп-т внутр. справ. — Х., 2002. — 191 с.
3. Крестовська П. М. Охорона дитинства як функція правової соціальної держави // Вісник Луганської академії внутрішніх справ. — 2004. — Спец. вип., присвяч. 10-й річниці ЛАВС : у 5 ч. — Ч. 4. — С. 58–64.
4. Цибуліца І. В. Державна політика у сфері забезпечення захисту прав дитини в Україні : дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.02 / І. В. Цибуліца. — Х., 2006. — 224 арк.
5. Конвенція про права дитини : ухвалена Генеральною Асамблеєю ООН 20 листоп. 1989 р. ; набула чинності для України 27 вересня 1991 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_021.

6. Про охорону дитинства : Закон України від 26 квіт. 2001 р. № 2402-III [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2402-14>.
7. Про Загальнодержавну програму «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2016 року : Закон України від 5 берез. 2009 року № 1065-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2009. — № 29. — Ст. 395.
8. Бутко О. В. Правовий статус ребенка: теоретико-правовий аналіз : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Бутко. — Краснодар, 2004. — 241 с.
9. Про затвердження плану заходів з виконання у 2010 році Загальнодержавної програми «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2016 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 21 жовт. 2009 р. № 1263-р // Урядовий кур'єр. — 2009. — 4 листоп.
10. Європейський кодекс соціального забезпечення (переглянутий) від 06.11.1990 (ETS N 139) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_651.

Анотація

Темченко О. В. Соціальна функція Української держави у сфері захисту прав дитини. — Стаття.

У статті проаналізовані значення, принципи, різновиди, способи та форми реалізації соціальної функції Української держави у сфері захисту прав дитини. Зроблений висновок про достаток законодавче забезпечення цієї функції. Натомість виконавча, судова та контрольна форми реалізації соціальної функції держави у сфері захисту прав дитини потребують удосконалення, як і їх фінансове забезпечення.

Ключові слова: соціальна функція держави, загальнодержавна програма, форми реалізації функцій держави, дитина.

Summary

Temchenko O. V. The Social Function of the Ukrainian State in the Field of Defence of Children's Rights. — Article.

Values, principles, varieties, methods and forms of realization of social function of the Ukrainian state in the field of defence of children's rights is analyzed in the article. The conclusion about the sufficient legislative providing of this function is done. But executive, judicial and control forms of realization of social function of the state in the field of defence of children's rights need improvement, as well as their financial providing.

Keywords: social function of the state, national program, forms of realization of functions of the state, child.

УДК 342.721:347.174

О. В. Ткаля

ОСОБИСТА ТА КОЛЕКТИВНА НЕДОТОРКАНИСТЬ ЯК ОСОБЛИВА ФОРМА ПРАВОВОГО ІМУНІТЕТУ

Дослідження внутрішніх форм правових імунітетів повинно здійснюватися на підставі визнання того, що правові імунітети виступають особливою формою правових виключень, а тому визначення їх загальних і спеціальних характеристик, встановлення особливостей реалізації в процесі регулювання суспільних відносин є значимим для юридичної науки.

Однією з найбільш поширених форм правового імунітету виступає недоторканність, яка може поширюватися як на індивідуальних суб'єктів, так і колек-

тивних (юридичних осіб). Складність аналізу недоторканності полягає в тому, що цей термін однаково може використовуватися як щодо осіб, так і щодо предметів матеріального світу. Так, в Конституції України проголошується і гарантується, по-перше, принцип забезпечення права на свободу та *особисту недоторканність* (виділено мною. — О. Т.) — правове положення, згідно з яким при провадженні у кримінальній справі ніхто не може бути взятий під варту інакше, як за вмотивованою постановою судді і тільки на підставі і у порядку, передбаченому законом. Крім того, проголошується принцип *недоторканності житла та іншого приватного володіння* (виділено мною. — О. Т.) — правове положення, згідно з яким ніхто не має права вторгатися до житла або іншого приватного володіння всупереч волі проживаючих у ньому осіб, інакше як у випадках, встановлених законом або на підставі судового рішення. Таким чином, на конституційному рівні термін «недоторканність» використовується у двох значеннях — недоторканність особи і недоторканність об'єктів матеріального світу, до яких належать житлове приміщення, власність та інше. Однак до правових імунітетів нами відноситься тільки особиста форма недоторканності, яка в деяких випадках поширюється і на предмети матеріального світу, але тільки на підставі поширення спеціальних ознак суб'єктів на їх майно або інші речі матеріального світу, які забезпечують діяльність суб'єкта в процесі здійснення ним міжнародних, державних або громадських публічних функцій. Вважаємо, що вказаний підхід використовується і законодавцем при визначенні окремих видів правових імунітетів. Так, наприклад, в ч. 1 ст. 13 Закону України «Про статус суддів» від 15 грудня 1992 року зазначається, що «недоторканність судді *поширюється* на його житло, службове приміщення, транспорт і засоби зв'язку, кореспонденцію, належне йому майно і документи», що свідчить про похідний характер недоторканності майнового характеру від особистої недоторканності [3].

Значення терміна «недоторканність» полягає в тому, що це «гарантія від усіх посягань з боку будь-кого, закріплена в законі» або «те, що не можна псувати, знищувати, паплюжити через значимість та важливість» [7].

Законодавством визначення недоторканності не дається, цю прогалину намагався подолати Конституційний Суд України, який зазначив, що «недоторканність — це конституційна гарантія, що не є особистим привілеєм, а має публічно-правовий характер та цільове призначення — забезпечення безперешкодного та ефективного здійснення народним депутатом, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, суддею та Президентом своїх функцій». Сформульоване Конституційним Судом України визначення недоторканності не можна визнати вдалим за таких підстав. По-перше, досить складною щодо встановлення вкладеного змісту слід визнати негативну форму опису правової природи недоторканності, яка використовується Конституційним Судом України, вказуючи на те, що «недоторканність не є особистим привілеєм». У зв'язку з цим залишається невстановленим, чи недоторканність не є *привілеєм* взагалі, чи недоторканність тільки не є *особистим привілеєм*.

Не відрізняється послідовністю і узгодженістю позиція науковців не тільки

щодо визначення недоторканності, але й співвідношення правової недоторканності з правовим імунітетом, що в кінцевому вигляді впливає на зміст дефініції недоторканності. Так, деякі дослідники використовують терміни «імунітет» і «недоторканність», зокрема, що стосується правового становища народних депутатів, як понять тотожних, тобто збіжних за змістом, що дає їм можливість використовувати їх як терміни-синоніми [11, 109–110]. З таким підходом погодитися неможливо, інакше треба обґрунтовувати широке використання законодавцем двох самостійних категорій (правовий імунітет і правова недоторканність), які характеризуються однаковим змістом, що з позиції базових положень юридичної техніки в принципі недопустимо. В. Марків, досліджуючи імунітет у кримінальному процесі, яким наділений Президент України зазначає, що «недоторканність (у тому числі імунітет) Президента України є однією з правових гарантій його діяльності на посту глави держави...» [12, 79]. Аналогічну позицію зайняли і російські процесуалісти, зазначивши, що «депутатська недоторканність, у власному смислі слова, охоплює лише частину імунітетів» [13, 25].

Термін «недоторканність» за своїм змістом охоплює не тільки процесуальний характер нормативних виключень, які пов'язані з обмеженням юрисдикції судів при вирішенні окремих правових питань, особливим порядком проведення слідчих та судових дій, застосуванням або заборобою на застосування окремих заходів процесуального примусу, але й матеріальний характер, пов'язаний із встановленням підстав для звільнення від кримінальної або адміністративної відповідальності.

Певну критику викликає таке визначення правової недоторканності, яке вказує виключно на особливий порядок порушення кримінальної справи, застосування запобіжних заходів та інших заходів процесуального примусу для носія правового імунітету [14, 10]. З таким підходом до визначення недоторканності важко погодитися, оскільки, як вже зазначалось, в такому випадку ігнорується недоторканність від юридичної відповідальності, зокрема не лише кримінальної, але й адміністративної, а правова недоторканність зводиться фактично тільки до процесуального моменту. Однак і останнє положення в наведеній дефініції правової недоторканності визначене не достатньо повно, оскільки автор зводить недоторканність виключно до особливого порядку порушення кримінальної справи і застосування примусових заходів саме кримінально-процесуального примусу, ігноруючи тим самим провадження по факту вчинення адміністративного правопорушення. Вказані ознаки лише частково визначають зміст недоторканності, тому що фактично ігнорується наявний імунітет від порушення справ про адміністративні правопорушення та застосування примусових заходів адміністративного впливу.

Враховуючи, що правова недоторканність є комплексним правовим явищем, яке містить в собі як матеріально-правову, так і процесуально-правову складові і виступає окремою формою правового імунітету — особливого правового виключення із загальних правил, видається можливим запропонувати таке визначення правової недоторканності. *Під недоторканністю слід розу-*

міти особливу форму правового імунітету, якою встановлюється спеціальний правовий порядок, яким регулюється вирішення питань: незастосування до особи юридичних санкцій; про порушення кримінальної справи і справи про адміністративне правопорушення; про застосування заходів кримінально-процесуального (запобіжних та інших заходів кримінально-процесуального примусу) та адміністративного (запобіжні, заходи попередження та інші) характеру; про пред'явлення обвинувачення, проведення окремих слідчих дій в особливому порядку.

Деякі науковці пропонують ввести таке поняття, як «обмеження недоторканності», відносно осіб, які наділені імунітетом. Ця пропозиція обґрунтовується тим, що існування принципу презумпції невинуватості, відповідно до якого особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ч. 1 ст. 62 Конституції України), в деяких випадках суперечить правовому імунітету [15, 77].

З такою пропозицією не можна погодитися за таких підстав. Правова недоторканність є формою правового імунітету, який у свою чергу виступає правовим виключенням, тому не доцільно встановлювати виключення на існуюче правове виключення. Такий підхід створить складності у застосуванні відповідних правових встановлень імунітетного характеру, а саме необхідність чіткого визначення підстав для їх використання є передумовою подальшого існування цього інституту в праві.

На підставі викладених аргументів можна зробити висновок про доцільність виключення з депутатської недоторканності імунітету на проведення окремих слідчих дій, тим більше, що гарантією їх законного і обґрунтованого проведення є прийняття рішення в судовому порядку.

У свою чергу, в межах правової недоторканності виділяються самостійні види, які, згідно з функціональним характером правових імунітетів, залежать від ознак суб'єктів, які знаходяться в каузальному зв'язку з виконуваними ними публічними функціями. При цьому треба підкреслити, що правова недоторканність як форма правового імунітету не може ототожнюватися з поняттям недоторканності окремих осіб. Правова недоторканність знаходиться не у сфері особистих права і свобод людини, а безпосередньо пов'язана з виконанням публічних функцій представника держави, «забезпечуючи підвищену охорону законом окремих осіб через здійснення ними державних функцій, захищаючи їх від необґрунтованого переслідування, сприяє їх безперешкодній діяльності, самостійності і незалежності» [14, 11].

Звернемо увагу на *недоторканність дипломатичних агентів, дипломатичних представництв і співробітників консульських установ*. Відповідно до чинного законодавства щодо дипломатичних агентів не можуть застосовуватися юридичні санкції країни перебування за вчинення діянь на її території. Так, у ч. 4 ст. 6 КК України встановлюється, що «питання про кримінальну відповідальність дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'яз-

ковість яких надана Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, в разі вчинення ними злочину на території України вирішується дипломатичним шляхом». Аналогічне за змістом положення міститься і в ст. 16 КпАП України. Таким чином, елементом недоторканності дипломатичних агентів слід визначити незастосування до таких осіб юридичних санкцій за вчинення будь-якого злочину чи адміністративного правопорушення в країні перебування. Загальні юридичні санкції замінюються на заходи дипломатичного характеру, встановлені Віденською конвенцією про дипломатичні зносини 1961 року (далі — Віденська конвенція 1961 року), серед яких можна виділити: звернення уваги акредитуваної держави на діяльність її дипломатичного представника; складання офіційного протесту; вимога про відкликання такої особи; оголошення особи *persona non grata* або небажаною і визначення терміну, впродовж якого ця особа має покинути територію приймаючої держави [8, 218].

До дипломатичного агента не можуть бути застосовані ніякі запобіжні заходи, в тому числі затримання або арешту, яка б процедура їх отримання (санкція прокурора, рішення суду) не супроводжувала. Згідно з п. 1 ст. 41 Віденської конвенції про консульські зносини 1963 року, консульські посадові особи не підлягають ні арешту, ні попередньому ув'язненню інакше як на підставі постанов компетентних судових органів у випадку вчинення тяжких злочинів [8, 220]. Враховуючи те, що рішення про попереднє ув'язнення в Україні приймається виключно в судовому порядку, що повністю відповідає прийнятим зобов'язанням про забезпечення недоторканності консульських установ, затримання як короткочасний запобіжний захід, який пов'язаний з обмеженням волі, може обиратися трьома категоріями осіб: органом дізнання (ст. 106 КПК України), слідчим (ст. 115 КПК України), суддею (ст. 165-2 КПК України), що по відношенню до консульської посадової особи не відповідає вимогам обмеження особистої свободи інакше як за умови винесення рішень компетентними судовими органами.

Посадові особи міжнародних організацій, за традицією, тенденції якої проглядаються під час аналізу змісту міжнародних конвенцій, користуються меншим обсягом правового імунітету порівняно з дипломатичними агентами, за виключенням Генерального секретаря ООН та його заступників, членів Міжнародного суду ООН, яким надані дипломатичні імунітети. Зроблений висновок підтверджується такими особливостями недоторканності посадових осіб міжнародних організацій і представників держав, що беруть участь у діяльності міжнародних організацій і в роботі конференцій. Вказані суб'єкти не можуть бути звільнені від юридичної відповідальності та застосування інших юридичних санкцій у разі вчинення правопорушення. Вирішення питання про початок провадження у справі, де посадова особа міжнародної організації або представник держави виступає як правопорушник або відповідач, здійснюється на загальних підставах і за загальними правилами, передбаченими законодавством держави перебування. Недоторканність вказаних осіб характеризується заборонаю на застосування особистого затримання або арешту, незалежно від того, яка проце-

дура прийняття рішення про обрання вказаних запобіжних заходів передбачається процесуальним законодавством країни перебування, відповідно, вказані особи притягуються до юридичної відповідальності на загальних засадах.

Недоторканність посадових осіб, які проходять державну службу, залежить від посадового становища особи, яке визначається вагомістю здійснюваних публічних функцій для розвитку держави і суспільства. *Президент України* може бути притягнутим до кримінальної відповідальності лише після усунення з поста Президента України в порядку особливої процедури — імпідменту. Недоторканність Президента України, «як органічна складова його конституційного статусу, що має на меті забезпечення умов для реалізації покладених на нього повноважень», характеризується неможливістю скасування, обмеження або призупинення повноважень Президента України через порушення проти нього кримінальних справ і переслідування у порядку кримінального судочинства [10]. Вважаємо, що правова недоторканність Президента України виглядає значно обмежено порівняно із застосуванням аналогічного інституту до глав держав інших країн [9] і вимагає уточнення переліку злочинів, до яких слід віднести тільки три категорії злочинів — діяння проти основ національної безпеки України (розділ I КК України), умисні злочини проти життя особи (розділ II, ст. ст. 115–118, 120 КК України) і діяння проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (розділ XX КК України). Крім того, недоторканність Президента України виключає можливість проведення відносно нього таких дій кримінально-процесуального характеру, як обшук, виїмка, освідування, накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку, якими користується глава держави, та поширюється на його службові та житлові приміщення, службовий та особистий транспорт, засоби зв'язку, документи, кореспонденцію, багаж та інші речі.

Недоторканність народного депутата не передбачає абсолютного звільнення від будь-якого виду юридичної відповідальності, а законодавством встановлюється особливий порядок притягнення до відповідальності, який діє протягом всього строку здійснення повноважень народного депутата [4]. Особливість порядку притягнення до юридичної відповідальності народного депутата полягає в отриманні для цього обов'язкової згоди Верховної Ради України як передумови законності переслідування за вчинення протиправного діяння.

Що стосується пред'явлення обвинувачення, то відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 року, яким визначено, що «притягнення до кримінальної відповідальності, як стадія кримінального переслідування, починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину» і ч. 1 ст. 27 Закону України «Про статус народного депутата України», відповідно до якої депутат не може без згоди Верховної Ради України бути притягнутим до кримінальної відповідальності, можна зробити висновок, що пред'явлення обвинувачення народному депутату України допускається виключно за умови отримання офіційної згоди на це парламенту України, яка автоматично припиняє дію недоторканності щодо такої особи [4]. При цьому треба зазначити, що особа, відносно якої надана згода на притягнення до кримі-

нальної відповідальності, не втрачає статусу народного депутата, тобто продовжує користуватися пільгами й імунітетами, передбаченими чинним законодавством, за винятком недоторканності.

Недоторканність народного депутата пов'язана також з особливим порядком проведення слідчих дій. Так, відповідно до ч. 2 ст. 27 Закону України «Про статус народного депутата України», встановлюється, що обшук, огляд особистих речей і багажу, транспорту, житлового чи службового приміщення народного депутата, а також порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції допускається лише в разі надання згоди Верховної Ради України на притягнення народного депутата України до кримінальної відповідальності. Вказане положення вимагає уточнення з врахуванням такого [4]. По-перше, чинним кримінально-процесуальним законодавством встановлюється виключний перелік слідчих дій з чіткою вказівкою їх назв, проведення яких допускається при розслідуванні та розгляді кримінальної справи. Законодавець при конструюванні змісту досліджуваної норми це ігнорує і наводить перелік об'єктів дій, а не назви самих дій. Вважаємо за доцільне диспозицію правової норми викласти шляхом перерахування таких слідчих дій: обшук, виїмка, огляд, накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку, що повністю відповідає змісту депутатської недоторканності, передбаченої чинною редакцією закону, і кримінально-процесуальному законодавству. По-друге, погоджуємося з тими авторами, які вказують на недопустимість використання формулювання «інші заходи», що дає можливість віднести до таких заходів навіть допит народного депутата в ролі свідка, оскільки, як вже зазначалося, кожна слідча дія супроводжується обмеженням прав і свобод у тому чи іншому обсязі [16, 52]. Враховуючи виключний характер правових імунітетів в будь-якій формі, в тому числі і правової недоторканності, пропонуємо в ч. 2 ст. 27 Закону України «Про статус народного депутата України» навести вичерпний перелік слідчих дій, вчинення яких допускається тільки після отримання згоди Верховної Ради України на притягнення народного депутата до кримінальної відповідальності.

Недоторканність депутатів місцевих рад, на відміну від народних депутатів, має досить обмежений характер і стосується тільки двох елементів недоторканності: особливого порядку порушення кримінальної справи і обрання запобіжного заходу. Так, відповідно до ч. 1 ст. 31 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад» від 11 липня 2002 року, кримінальна справа стосовно депутата місцевої ради може бути порушена виключно Генеральним прокурором України, його заступниками, прокурором Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя, незалежно від кваліфікації вчиненого злочину.

Недоторканність судді відрізняється від недоторканності інших осіб, які здійснюють публічні державні функції, і характеризується такими особливостями. Недоторканність судді відносно вирішення питання про його юридичну відповідальність характеризується встановленням особливого порядку притягнення до відповідальності, що ні в якому разі не виключає її настання. Відповідно, чинним законодавством допускається порушення кримінальної

справи як по факту, так і відносно особи в разі вчинення правопорушення на загальних засадах [17, 492–493], хоча більшість науковців висловлюють аргументи на користь встановлення ускладненого порядку порушення кримінальних справ відносно судді, наприклад, обмеживши коло суб'єктів, які мають право порушувати кримінальну справу, виключно Генеральним прокурором України [18, 12]. Що стосується обрання запобіжних заходів відносно судді, то воно здійснюється на підставі загальних положень, за винятком затримання або арешту, які відповідно до ч. 2 ст. 13 Закону України «Про статус суддів» застосовуються як запобіжний захід відповідно до однієї з підстав: наявність офіційної згоди Верховної Ради України на затримання або арешт; винесення обвинувального вироку суду.

Положення про *недоторканність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини* (далі — Уповноважений) застосовуються протягом всього виконання посадових обов'язків і включають такі особливості. У відповідності з положенням ч. 3 ст. 20 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» від 23 грудня 1997 року Уповноважений підлягає кримінальній або адміністративній відповідальності тільки за згодою Верховної Ради України [5]. Таким чином, недоторканність Уповноваженого поширюється тільки на два види юридичної відповідальності: адміністративну (в разі накладення стягнення в судовому порядку) і кримінальну, що стосується інших видів відповідальності, то Уповноважений притягується за загальними правилами. Недоторканність в частині порушення кримінальної справи характеризується тим, що єдиним органом в Україні, який має компетенцію по встановленню приводів та підстав для порушення кримінальної справи відносно Уповноваженого, є Генеральний прокурор України.

Правова *недоторканність передбачена і для посадових осіб Рахункової палати*, але в обмеженому вигляді, якщо порівнювати з іншими суб'єктами правового імунітету, які здійснюють державні функції і стосується виключно питання про порушення кримінальної справи. Так, відповідно до ч. 1 ст. 37 Закону України «Про Рахункову палату» від 11 липня 1996 року кримінальну справу щодо голови Рахункової палати, першого заступника і заступника голови, головних контролерів та секретаря Рахункової палати може бути порушено лише Генеральним прокурором України [6]. Таким чином, у разі порушення кримінальної справи Генеральним прокурором України провадження по ній, а саме порядок обрання запобіжних та інших кримінально-процесуальних заходів, пред'явлення обвинувачення і проведення слідчих дій, здійснюється в загальному порядку, недоторканність на який ні в якій формі не впливає.

Література

1. Конституція України. Основний Закон. — К., 2002. — 53 с.
2. Кримінально-процесуальний кодекс України. — К., 2002. — 215 с.
3. Про статус суддів : Закон України від 15 листоп. 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 8.
4. Про статус народного депутата України : Закон України від 17 листоп. 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 3.

5. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Закон України від 23 груд. 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 20.
6. Про Рахункову палату : Закон України від 11 лип. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 24.
7. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К. : Ірпінь : Перун, 2002. — 600 с.
8. Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г. // Международное право в документах. — 5-е изд., перераб. и доп. — М., 2004.
9. Конституция Российской Федерации. — М. : Юрид. лит., 1993. — 64 с.
10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 105, частини першої статті 111 Конституції України (справа щодо недоторканності та імпідменту Президента України) від 10 грудня 2003 року // Офіційний вісник України. — 2003. — № 51. — Т. 1.
11. Полешко А. Депутатська недоторканність: український і європейський досвід // Право України. — 1999. — № 4. — С. 109–110.
12. Марків В. Дещо про імунітет у кримінальному процесі // Підприємство, господарство і право. — 2001. — № 3. — С. 79–82.
13. Агаев Ф. А. Иммунитеты в российском уголовном процессе / Ф. А. Агаев, В. П. Галузо. — М. : ТЕИС, 1998. — 135 с.
14. Юшкова Ю. А. Иммунитет как правовая категория : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ю. А. Юшкова. — М., 2008.
15. Удалова Л. Імунітет у кримінальному процесі України // Право України. — 2003. — № 7. — С. 77–80.
16. Волкотруб С. Г. Імунітет у кримінальному процесі України / С. Г. Волкотруб. — Х. : Кодекс, 2003. — 144 с.
17. Ткаля О. В. Проблеми правового імунітету в кримінальному процесі // Визначальні тенденції генезису державності і права : зб. наук. пр. / за ред. В. І. Терентьева, О. В. Козаченко. — Миколаїв : Іліон, 2007. — С. 491–495.
18. Ківалов С. В. Судова реформа в Україні: проблема правової регламентації // Актуальні проблеми держави і права. — 2007. — Вип. 32. — С. 5–14.

Анотація

Ткаля О. В. Особиста та колективна недоторканність як особлива форма правового імунітету. — Стаття.

У статті досліджуються актуальні проблеми внутрішніх форм правового імунітету. Особливу увагу приділено розгляду поняття та природи недоторканності як особливої форми правового імунітету, її змісту, елементів щодо суб'єктів, які наділені правовим імунітетом. Розглянуто недоторканність дипломатичних агентів, співробітників дипломатичних консулств. Проаналізовано особливості недоторканності посадових осіб, які проходять державну службу, а саме, Президента України, народних депутатів, суддів та інших посадових осіб. Сформульовані деякі пропозиції щодо вдосконалення інституту правового імунітету і статусу суб'єктів правової недоторканності.

Ключові слова: правовий імунітет, недоторканність, імунітет вищих посадових осіб, недоторканність Президента, недоторканність народних депутатів, недоторканність суддів, дипломатичний імунітет.

Summary

Thalya O. V. Personal and Collective Immunity as a Particular Form of Legal Privilege. — Article.

Some actual problems of underlying forms of legal privilege are observed in this research paper. Special attention is paid to the investigation of conception and nature of immunity as a particular form of legal privilege. The content of inviolability and the parties to legal privilege are also researched. Immunity of diplomatic agents, diplomatic servants and agencies is observed. Peculiarities of immunity of the officials doing government service such as President, deputies, judges etc. are analyzed. Some propositions as for the improvement for the institute of legal privilege and status of agents of legal privilege are worded.

Keywords: legal privilege, inviolability, immunity of officials, privilege of President, immunity of deputies, inviolability of judges, diplomatic immunity.

МОЖЛИВОСТІ УЧАСТІ УКРАЇНИ В ПРОЦЕСІ МІЖНАРОДНОЇ СПІВПРАЦІ У СФЕРІ РОЗВИТКУ РИНКУ ОРГАНІЧНОГО СІЛЬСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА

Розвиток органічного сільського господарства у світі обіцяє великі можливості для вітчизняних виробників й експортерів.

У даному аспекті мова йде про активну участь нашої держави у глобальному процесі налагодження міжнародної торгівлі органічною продукцією.

Адже розрізнення державної політики щодо сертифікаційних та акредитаційних вимог становлять значну перешкоду ефективному розвитку зазначеного ринку. Говорячи про міжнародний простір торгівлі органічним, слід зауважити, що бажаним взяти в ньому участь прийдеться зіткнутися із сотнями стандартів приватних сертифікаційних установ та урядових вимог.

Актуальність даного дослідження зумовлюється тим, що, здійснюючи активну діяльність на міжнародному рівні, наша держава буде здатна забезпечити доступ вітчизняних виробників на глобальний ринок продукції органічного сільського господарства, що в перспективі дасть можливість не лише наростити експортні поставки української екологічної продукції, але і в перспективі змінити структурний склад такого експорту (від сировини до готових товарів).

Відтак, *метою* даної роботи є обґрунтування необхідності та аналіз шляхів щодо налагодження на державному рівні активнішої участі України у міжнародному регулюванні процесу торгівлі продукцією органічного сільського господарства.

Розглядаючи *наукові дослідження* в цьому напрямі, варто наголосити на працях таких вітчизняних вчених, як В. І. Артиш, В. Вовк, М. І. Кобець, А. Статівка, в яких містяться положення щодо необхідності міжнародної співпраці для розвитку органічного сільського господарства в Україні. Проте, на жаль, не обґрунтовується перелік шляхів для досягнення поставленої мети.

Для українських виробників і потенційних експортерів органічної продукції додаткова складність полягає в тому, що навіть у випадку проведення сертифікації їм доведеться нести додаткові витрати на запрошення іноземних інспекторів. Крім того, запрошення інспекторів ще не гарантує успішного проведення процедури.

Враховуючи такі обставини, багато аграріїв, які зацікавилися органічним виробництвом в Україні, не будуть в змозі оплатити проведення таких складних і дорогих процедур.

Проводячи аналіз можливих напрямів вдосконалення міжнародного співробітництва нашої держави у даній сфері, необхідним є врахування керівних принципів зарубіжного законодавства у даній сфері.

Адже надання значущої ролі основним засадам, вихідним ідеям, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю

і відображають суттєві положення міжнародного права, дасть можливість Україні перейняти позитивний досвід адміністративно-правового, законодавчого забезпечення становлення та розвитку органічного сільського господарства та водночас зберегти наявність характерних особливостей розвитку, притаманних лише нашій державі. До зазначених принципів, зокрема, належать:

1. Комплексний підхід до формування системи законодавства у цій сфері.
2. Відповідальність за безпеку харчових продуктів покладається на операторів ринку на усіх стадіях виробництва, переробки та реалізації.
3. Обов'язковою є процедура сертифікації.
4. Система маркування органічного продовольства.
5. Прозорість всього виробничого процесу для перевірок та контролю.
6. Використання нормативно-правових актів міжнародного характеру як джерела вдосконалення наявних стандартів, норм, регламентів.
7. Неупереджений та регулярний контроль безпеки харчових продуктів [1].

Крім того, до основних напрямів вдосконалення системи органічного виробництва, що досконалішим чином врегульовані на міжнародному рівні, належать: здійснення маркетингових досліджень, підтримка регіональних програм розвитку органічного виробництва, державна підтримка консультаційних центрів, спеціальної освіти та навчання, досліджень.

Виходячи з цього, глобальний характер розвитку органічного сільського господарства зумовлює необхідність врахування міжнародного досвіду у процесі побудови національної системи державного регулювання та нормативно-правового забезпечення досліджуваної нами сфери. Адже в зарубіжних країнах значно раніше почалися процеси становлення та розвитку ринку органічного сільського господарства. Що сприяло появі досконалішого досвіду державного його регулювання та нормативно-правового забезпечення.

Початок становленню та розвитку міждержавного регулювання органічного сільського господарства поклала Організація Об'єднаних Націй в особі Організації з сільського господарства та продовольства (FAO), а також Всесвітня організація охорони здоров'я (WHO), створивши в 1963 році Комісію під назвою Codex Alimentarius (з лат. — звід законів щодо продуктів харчування), яка розробляла вимоги до конкретних видів харчової продукції згідно з установчими та програмними документами названих вище міжнародних організацій. В 1999 році Комісія затвердила Керівництво щодо виробництва, переробки, маркування та реалізації органічної сільськогосподарської продукції.

В даному нормативному акті міститься таке визначення: органічне сільське господарство — це цілісна система управління виробництвом, яка підтримує та покращує «здоров'я» агроєкосистем, включаючи біорізноманіття, біологічні цикли й біологічні властивості ґрунтів. При цьому особливе значення та переваги надають використанню місцевих (локальних) ресурсів замість застосування витратних матеріалів неприродного походження. Це досягається шляхом застосування агрономічних, біологічних та механічних методів замість використання синтетичних матеріалів для забезпечення сталого функціонування агроєкосистеми [2].

Провідну роль у формуванні міжнародної нормативної бази щодо організації ведення органічного сільського господарства у світі на сьогодні відіграє Міжнародна федерація органічного сільськогосподарського руху (IFOAM) — міжнародна неурядова організація, що поєднує понад 700 активних організацій-учасників в 100 країнах світу. Саме нормативні акти даної міжнародної організації на сьогодні претендують стати глобальними сертифікаційними вимогами щодо ведення органічного сільського господарства.

Ще в 1980 році федерація сформулювала перші «Базові стандарти IFOAM щодо органічного виробництва й переробки», а згодом почала здійснювати оцінку сертифікаційних установ на дотримання ними зазначених базових стандартів, використовуючи для цього розроблений нею в 2002 році «Акредитаційний критерій IFOAM» [3].

Розглядаючи Директиву ЄС № 834/2007 «Про органічне виробництво та маркування органічної продукції», прийняту 28 червня 2007 року, що є основним документом ЄС у сфері органічного виробництва, зауважимо, що законодавець у даному випадку залишив можливість країнам — нечленам ЄС здійснити процедуру визнання еквівалентності національних стандартів із загальноєвропейськими для уникнення складностей у подальшому процесі здійснення міжнародної торгівлі у цій сфері [4].

Аналізуючи можливості активної діяльності нашої держави на міжнародному рівні у сфері сприяння розвитку торгівлі органічним продовольством, розглянемо діяльність провідних світових організацій у даній сфері, які, будучи досить авторитетними у світі, можуть узгодити більшість виникаючих складностей у цій сфері.

Конференція по торгівлі й розвитку (United Nations Conference on Trade and Development — UNCTAD) є невід’ємним структурним елементом у процесі діяльності ООН, спрямованої на сприяння та полегшення процесу здійснення торгівлі у всьому світі.

Починаючи з заснування Генеральною Асамблеєю ООН в грудні 1964 року, дана конференція засвідчила свою ефективність — в первинному заході брали участь представники 120 націй, які протягом 3 місяців обговорювали різноманітні проблеми, що стосуються міжнародних товарних ринків і торгівлі як первинного інструменту для економічного зростання і розвитку. Зважаючи на велику кількість результативних домовленостей, досягнутих у ході цієї конференції, Генеральна Асамблея ООН прийняла рішення, щодо її проведення на постійній основі.

До компетенції Конференції по торгівлі й розвитку ООН входить регламентування процесу світової торгівлі; сприяння у даному процесі країнам, ринки яких розвиваються; ведення переговорів і укладання багатосторонніх торговельних угод; здійснення міжнародного трансферу технологій; несення статусу центрального суб’єкта щодо узгодження торгівлі й стратегій розвитку урядів різних країн та міжнародних інтеграційних утворень (COT, ЄЕС, IFOAM і т.д.)

Участь у конференції, яка проводиться щопівроку, беруть всі члени ООН. Виходячи з цього, на нашу думку, представникам України в даному заході

варто більш активно виносити на розгляд питання щодо міжнародного врегулювання процесу здійснення експорту органічної продукції в умовах функціонування глобального ринку [5].

У структурі ООН також діє Організація з сільського господарства та продовольства (Food and Agriculture Organisation — FAO), головними функціями якої є збирання, аналіз і розподіл інформації про їжу, стан сільського господарства у країнах світу, сприяння збереженню природних ресурсів; просування міжнародних стандартів в аграрному виробництві.

Останніми роками організація працювала в двох напрямках: для країн, що розвиваються та потребують гуманітарної допомоги (Мозамбик, Чад, Лесото, Нігерія), здійснюється розвиток високоінтенсивного аграрного виробництва; у країнах, які вже цілком забезпечені продовольством (європейські держави, більшість країн Азії, США), проводиться політика зворотного характеру — стимулюється трансформація аграрного виробництва до еколого-орієнтованого (грунтозахисні технології, стимулювання створення державних програм щодо розвитку органічного виробництва і т.д.).

Поділяючи велике занепокоєння щодо проблем, змальованих вище, представники IFOAM, FAO й UNCTAD вирішили в 2001 році об'єднати зусилля щодо пошуку ефективного рішення.

Три наведені вище організації мають значний обсяг функцій, які стосуються проблем, що виникають при розвитку міжнародного ринку органічного сільського господарства та торгівлі його продукцією:

IFOAM — у сфері сертифікації органічного виробництва та його акредитаційного забезпечення;

FAO — в сільському господарстві загалом та забезпеченні безпечності продуктів харчування зокрема;

UNCTAD — у сприянні розвитку торгівлі у міжнародному масштабі.

Зазначені установи у своєму співробітництві виходять з того, що забезпечення правової гармонізації, взаємного визнання й еквівалентності в органічному секторі аграрного виробництва спроможні забезпечити вирішення проблем, що виникають у світових масштабах.

На практичне виконання спільної мети згадані міжнародні організації у 2002 році організовували Конференцію з міжнародної гармонізації стандартів та еквівалентності вимог в органічному сільському господарстві.

В роботі даного заходу взяли участь 210 учасників з 52 країн світу, включаючи представників урядових делегацій, виробників, сертифікуючих органів, акредитаційних установ, крупних торговельних організацій, роздрібних продавців й споживачів.

Результатом проведення первинної конференції стала підписана FAO, UNCTAD й IFOAM угода щодо створення Міжнародної цільової групи щодо гармонізації й еквівалентності стандартів в органічному сільському господарстві, яка є відкритим простором для діалогу щодо вдосконалення міжурядового регулювання розвитку органічного сектора АПК.

Діяльність даного утворення полягає в тому, щоб полегшити міжнародну

торгівлю органічними продуктами, а також сприяти полегшенню доступу країн, що розвиваються, на міжнародні ринки.

Крім того, цільова група зосереджує свої зусилля на можливостях щодо гармонізації, визнання еквівалентності й інших формах співробітництва всередині окремих країн, а також між урядами та регіональними політико-територіальними утвореннями.

Виходячи із призначення цього органу, зауважимо, що у ході його роботи було досягнуто певних висновків.

Основні сертифікаційні нормативні акти глобального характеру — «Базові стандарти щодо органічного виробництва й переробки», затверджені IFOAM, а також «Керівництво щодо виробництва, переробки, маркування і продажу органічно виробленої продукції», затверджене Комісією Codex Alimentarius, значним чином схожі за своєю метою та колом суспільних відносин, що ними регулюються, проте значним чином відмінні за методами проведення сертифікаційних перевірок, а тому взаємне визнання еквівалентними є досить складним завданням.

Крім того, як уже зазначалося, у світі існує безліч приватних стандартів, які діють у межах однієї країни чи навіть одного її регіону, а тому задля спрощення, пришвидшення та здешевлення процедури визнання еквівалентності доцільним є створення спеціального керівного положення під назвою «Equitool», яке б допомогло вирішити наявні складності.

Ще одним напрямом діяльності Цільової групи є розробка Міжнародних вимог для органічних сертифікаційних установ (International Requirements for Organic Certification Bodies — IROCB), які б спрощували майбутню процедуру визнання еквівалентності вже на етапі утворення сертифікаційного органу, скеровуючи їх діяльність в єдиному напрямі.

Щоб врахувати побажання усіх можливих зацікавлених сторін у згаданому процесі, Цільова група декларує відкритість та готовність співпрацювати з усіма країнами та громадськими організаціями у сфері органічного сільського господарства.

Для належного врахування усіх змін у мінливих умовах ринку Міжнародна цільова група щодо гармонізації й еквівалентності стандартів в органічному сільському господарстві проводить свої засідання щороку.

Ще одним ефективним органом сприяння розвитку торгівлі в органічній сфері є Центр міжнародної торгівлі (International Trade Center — ITC), що є взаємним утворенням Конференції ООН по торгівлі й розвитку (UNCTAD) і Світової організації торгівлі (WTO).

Центр міжнародної торгівлі працює з органічним сектором у країнах, що розвиваються, через його структурні підрозділи у даній сфері і реалізовує власну програму розвитку торгівлі органічним продовольством (Organic Trade Development Program — OTDP).

Центр міжнародної торгівлі здійснює свою діяльність з усвідомленням того, що країни, які розвиваються, стоять перед серйозними перешкодами щодо нарощування експорту органічних продуктів:

- низька якість відповідно до вимог покупців;
- брак інформації про міжнародні стандарти;
- значні складності щодо проведення сертифікації;
- досить тривалий час реакції на мінливу кон'юнктуру ринку органічних продуктів і т.д.

Центр міжнародної торгівлі працює переважно з торговельними мережами й невеликими компаніями з метою подолання зазначених складностей і збільшення світового ринку органічних продуктів харчування.

В рамках Програми розвитку торгівлі органічним продовольством здійснюється підтримка розвитку органічного сектора багатьма способами, включаючи поширення необхідної інформації, налагодження взаємодії між урядами країн та громадськими організаціями у досліджуваній сфері, навчання в закладах підготовки спеціалістів у галузях сертифікації та акредитації [6].

Таким чином, проаналізувавши сучасний стан та можливості здійснення міжнародної співпраці нашої держави у сфері розвитку органічного сільськогосподарства, можемо підсумувати, що серед можливих шляхів його здійснення слід виділити міжнародні організації, що були створені спеціально для сприяння розвитку екологічного виробництва (IFOAM), а також ті установи, діяльність яких хоча безпосередньо не пов'язана з даною сферою АПК, але становить значну її частину (UNCTAD, FAO, WTO, ITC).

Та незважаючи на подальший вибір України, можемо дійти висновку, що в будь-якому випадку процес міжнародної співпраці дасть можливість нашій державі максимально швидко привести власну систему адміністративно-правового та нормативного забезпечення екологічного виробництва до вимог, поставлених сучасними умовами функціонування міжнародного ринку органічної продукції.

Література

1. Безгін К. М. Європейські вимоги до якості та безпеки продуктів харчування, їх міжнародне регулювання та можливість застосування в умовах України / К. М. Безгін [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://acc.org.ua/pdf/conf3/bezginua.pdf>.
2. Керівництво комісії Codex Alimentarius: «Щодо виробництва, переробки, маркування і продажу органічно виробленої продукції» // www.codexalimentarius.net/download/standards/360/CXG_032e.pdf.
3. Базові стандарти IFOAM щодо органічного виробництва й переробки. — Режим доступу: <http://www.ifoam.org>.
4. Директива ЄС № 834/2007. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/>
5. Офіційний сайт Конференції по торгівлі й розвитку ООН — Режим доступу: <http://www.untad.org>.
6. Willer H. The world of organic agriculture: statistics & emerging trends 2008 / Helga Willer, Minou Youssefi-Menzler, Neil Sorensen ; International Federation of Organic Agriculture Movements (IFOAM) Bonn, Germany and Research Institute of Organic Agriculture (FiBL), Frick, Switzerland. — 2008.
7. Артіш В. І. Організаційно-економічні передумови формування ринку екологічно чистої продукції в Україні // Економіка АПК : міжнар. наук.-вироб. журн. / М-во аграр. політики України, Ін-т аграр. економіки УААН. — К., 2009. — № 2 (172). — С. 117–121.

Анотація

Берlach Н. Можливості участі України в процесі міжнародної співпраці у сфері розвитку ринку органічного сільського господарства. — Стаття.

У статті проаналізовано шляхи набуття Україною статусу повноправного суб'єкта міжнародного ринку продукції органічного сільського господарства. Розглянуто систему міжнародних організацій, членство та активна діяльність в межах яких надасть нашій державі додаткових можливостей в даній сфері. Наведено перелік адміністративно-правових заходів, необхідних для реалізації поставлених завдань.

Ключові слова: органічне сільське господарство, міжнародна співпраця, глобалізований ринок, адміністративно-правове регулювання

Summary

Berlach N. Ukraine's Possibilities of Participation in International Collaboration in the Sphere of Organic Agricultural Market. — Article.

The article discusses ways to granting Ukraine the status of a subject of international market of organic agriculture. Considered the system of international organizations, membership and active work within our country which will provide additional opportunities in this field. A list of administrative and legal measures necessary to implement the tasks is provided.

Keywords: organic agriculture, international cooperation, globalized market, administrative regulation.

УДК 342.56(477).001.73

Н. В. Томчак

РОЛЬ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРОГРАМ У СФЕРІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Аналізуючи правові засади реформування у сфері правосуддя та діяльності суду, слід визнати, що відповідні проблеми знайшли своє відображення майже в усіх загальнонаціональних програмах, розроблених в останні роки в Україні. До таких програмних актів слід віднести парламентські програми; програми діяльності уряду; програми європейської інтеграції; програми євроатлантичного співробітництва; проекти програм соціально-економічного розвитку України та ін. Слід вказати, що відповідна проблематика розглядалася у роботах іноземних авторів М. К. Бандмана, В. Н. Кириченка, І. І. Комарова, Ю. О. Сімачева, А. Г. Раппапорта, В. І. Хижняка, Г. П. Щедровицького та ін. Водночас серед вітчизняних праць у цій сфері можна говорити про концепцію програмно-управлінської діяльності, розроблену Б. В. Бабіним та В. О. Кроленко, та про роботи А. Ю. Іваницького, Е. В. Третьяка та К. В. Удовенко.

В той же час поки що відсутні праці, присвячені як програмам у сфері судової реформи — спеціальним програмним актам, так і підрозділам зазначених вище національних програм. Отже, метою нашої статті є дослідження значення вказаних вище загальнонаціональних програмних актів стосовно сфери управління судовою системою та судовою реформою. Для цього нам потрібно проаналізувати відповідні думки науковців, відповідні політико-правові та

нормативні акти; розглянути відповідні аспекти зазначених програмних актів, проаналізувати їх зв'язок між собою та з різними видами інших програм, що є завданнями нашої роботи.

У Програмі інтеграції України до Європейського Союзу, схваленій Указом Президента № 1072/2000 від 14 вересня 2000 р., питанням реформування системи правосуддя приділялася значна увага. Так, відповідним аспектам був присвячений розділ 3 («Судова система») та частково розділ 15 програми («Правосуддя та внутрішні справи»). У розділі 3 виокремлювалися такі напрямки реформування:

- підвищення рівня інституційної та адміністративної спроможності;
- поліпшення діяльності судових органів;
- підготовка фахівців;
- поліпшення доступу до інформації стосовно рішень судів.

Особливістю цієї програми є детальний аналіз поточної ситуації в Україні по кожному зазначеному напрямку діяльності та встановлення короткострокових (на 2000–2001 рр.) та середньострокових (2002–2003 рр.) пріоритетів, у зазначеній Програмі від 14 вересня 2000 р. містяться численні посилання на міжнародні та національні програмні акти [7]. Але, як зазначає Е. В. Третяк, ця Програма не містила у собі вказівок на конкретних виконавців та чітко встановлених строків виконання, на сьогодні її термін дії слід вважати вичерпаним [10].

Особливе значення для розвитку правоохоронних органів України мають програмні документи, ухвалені в рамках взаємодії України та Організації Північноатлантичної угоди (НАТО). Б. В. Бабін зазначає, що в НАТО існує декілька форм використання програмно-управлінського підходу; це стратегії НАТО, галузеві програми розвитку НАТО (наприклад, Наукова програма, Інвестиційна програма); програми партнерства НАТО («Партнерство заради миру», «Середземноморський діалог»); плани дій альянсу. Крім того, існує практика укладення двосторонніх програм співробітництва між альянсом та державами-членами програм партнерства, не є виключенням й Україна [11, 21]. Основною метою відповідних програмних актів сучасні експерти бачать «намагання підвищити дієвість служб невійськового сектора безпеки та заходи зі встановлення ефективного демократичного контролю» [1, 2].

Серед двосторонніх програмних угод у форматі Україна—НАТО особливе значення має План дій Україна—НАТО, ухвалений у Празі 22 листопада 2002 р. На розвиток приписів відповідних актів в Україні щорічно з 2003 р. указами або розпорядженнями Президента України ухвалюються цільові плани Україна—НАТО у рамках Плану дій Україна—НАТО [11, 24]. Проаналізуємо зміст цільових планів Україна—НАТО на 2005, 2006 та 2007 рр. у рамках Плану дій Україна—НАТО. Серед відповідних напрямків Цільового плану 2005 р. вдосконалення судової влади присвячено дев'ять заходів, з них вісім — задля реалізації цілі І.1.А.2 («Зміцнення повноважень та незалежності судової влади»):

- сприяння прийняттю з метою продовження реформування законодавства з питань судочинства відповідно до євроатлантичних стандартів;

- забезпечення функціонування системи адміністративних судів, у тому числі формування кадрового резерву суддів, укомплектування апаратів працівниками, організація навчання тощо;

- аналіз статистичних даних про навантаження суддів і підготовка пропозицій щодо оптимізації кількісного складу суддів та раціоналізації структури місцевих судів з метою скорочення видатків на їх утримання;

- вдосконалення процедури розв'язання окремих категорій спорів, зокрема, стосовно їх досудового врегулювання, опрацювання питання щодо створення школи посередників, залучення з цією метою міжнародної технічної допомоги;

- розроблення проекту Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій України» щодо вдосконалення організаційного забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції;

- систематизація законодавства, що регулює діяльність судів загальної юрисдикції, ініціювання залучення міжнародної допомоги у приведенні зазначеного законодавства у відповідність із вимогами Європейського Союзу;

- утворення автоматизованої системи електронного документообігу в судах загальної юрисдикції; розміщення на веб-сайтах судів загальної юрисдикції інформації про стан розгляду справ, залучення з цією метою міжнародної технічної допомоги;

- опрацювання питання про ліквідацію військових судів.

Крім того, в рамках цілі IV.1 («Перегляд законів і підзаконних актів та міжнародних договорів для спрощення надання Україні допомоги з боку НАТО або держав-членів у всіх видах співробітництва України з НАТО як на урядовому, так і на неурядовому рівнях») одним із заходів було передбачено продовження роботи з опрацювання питання про запровадження судів присяжних. Відповідальними за виконання цих заходів призначалися міністерства юстиції, оборони України, Державна судова адміністрація за участю Верховного Суду України, Вищого адміністративного суду України, Академії суддів та Академії правових наук України [8]. Водночас жодних механізмів реалізації, контролю за виконанням зазначених заходів зазначений Цільовий план не містив.

Цільові плани Україна—НАТО на 2006, 2007 рр. мають дещо іншу організаційну структуру. Так, у плані на 2006 р. також вказувалися відповідні цілі Плану дій Україна—НАТО 2002 р., але при цьому встановлюється перелік відповідних завдань, кожне з яких містить заходи на виконання із зазначенням строків виконання та відповідальних за виконання. Також важливим фактором слід вважати встановлення у цільових планах Україна—НАТО на 2006, 2007 рр. джерел фінансування відповідних заходів. Зокрема, завдання «с» («Посилення незалежності судової системи шляхом забезпечення її необхідними ресурсами») цілі I.1.A.2 передбачало такі заходи:

- забезпечення судів належними приміщеннями, їх технічне оснащення за рахунок асигнувань, затверджених у Державному бюджеті України на 2006 р. за програмою 0501820;

- створення належних умов діяльності суддів, посилення їх гарантій, вдосконалення механізму оплати праці суддів, працівників апаратів судів за раху-

нок асигнувань, передбачених Державним бюджетом України на 2006 р. за програмою 0501010;

– забезпечення житлом суддів за рахунок асигнувань, передбачених Державним бюджетом України на 2006 р. за програмою 0501180 [8].

У Цільовому плані Україна—НАТО на 2007 р. було виокремлено спеціальний підрозділ 1.2.2 («Судова реформа»), який містив велику описову частину, у який, зокрема, зазначалося, що «Україна продовжує здійснювати заходи, спрямовані на проведення в державі судової реформи» та «докладає зусиль для завершення формування системи адміністративних судів», «прагне подолати негативні тенденції у функціонуванні суду». В той же час підрозділ містив лише два конкретних приписи, але у них вперше у відповідних програмних актах було згадано про право особи на досудове провадження, судовий розгляд та виконання рішень суду протягом розумного строку [8].

Діяльність судової влади та судова реформа мали бути важливим об'єктом регулювання Державних програм економічного та соціального розвитку України, які повинні щорічно розроблятися Кабінетом Міністрів України та ухвалюватися Верховною Радою України, відповідно до Закону України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України» від 23 березня 2000 р. № 1602 і постанови Кабінету Міністрів України «Про розроблення прогнозних і програмних документів економічного і соціального розвитку та складання проекту державного бюджету» від 26 квітня 2003 р. № 621 [4]. На жаль, внаслідок політичних причин відповідні програмні акти не були ухвалені Верховною Радою України з 1995 р. ні разу.

Водночас Кабінет Міністрів України веде певну роботу у зазначеному напрямку та щорічно розробляє відповідний проект програми. Слід констатувати, що у проекті Державної програми економічного і соціального розвитку України на 2008 р., затвердженому розпорядженням Кабінету Міністрів України від 19 вересня 2007 р. № 759-р, питанням правосуддя був присвячений п. 1.1.3 «Реформування судової системи», при цьому головною ціллю на 2008 р. передбачалося удосконалення судової системи шляхом її законодавчого забезпечення та громадського контролю.

До основних завдань державної політики на 2008 р. проект відносив:

- завершення створення Єдиного державного реєстру судових рішень та забезпечення можливості широкого доступу до нього;
- продовження реформування процесуального законодавства та законодавства про адвокатуру та про безоплатну правову допомогу;
- сприяння розвитку альтернативних позасудових інституцій урегулювання спорів;
- сприяння запровадженню прозорої процедури відбору на конкурсних засадах кандидатур на посаду судді та призначення посадових осіб судової системи відповідно до стандартів Ради Європи, забезпечення професійної підготовки та перепідготовки суддів;
- забезпечення судів належними приміщеннями та створення єдиної комп'ютерної мережі судів загальної юрисдикції;

– сприяння удосконаленню системи судів загальної юрисдикції [5].

Певне програмно-управлінське значення для судової сфери мають і послання глави держави парламенту. Так, у Посланні Президента України до Верховної Ради України від 30 квітня 2002 р. «Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002–2011 роки» у розділі V «Інституційні перетворення» йшлося про судову реформу, зокрема, зазначалося, що вона «повинна не лише зводитися до вдосконалення діяльності судів та суддів, а в широкому розумінні сприяти створенню умов дня посилення захисту прав та свобод людини і громадянина», але відповідні положення у Посланні не конкретизувалися [2].

Втім, схвалені постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2002 р. № 1394 Заходи щодо виконання завдань, які випливають з послань Президента України до Верховної Ради України «Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002–2011 роки», «Про внутрішнє і зовнішнє становище України у 2001 році» у ч. 4 містять більш конкретизовані, але все одно недостатньо чіткі приписи з реформування судової системи, зокрема «реалізацію положень Закону України «Про судоустрій України»; запровадження належних гарантій захисту прав і законних інтересів людини і громадянина справедливим, незалежним, неупередженим і доступним судом, формування суддівського корпусу, здатного кваліфіковано та на професійній основі здійснювати правосуддя, створення сприятливих умов для забезпечення діяльності суддів».

Розглянемо відносно новий для вітчизняного права вид нормативних актів — програм, які містяться у коаліційних угодах Верховної Ради України. Статус цих документів регламентується у ч. 3, 5, 7 ст. 61 гл. 12 Регламенту Верховної Ради України від 16 березня 2006 р. Цікаво, що ці норми Регламенту не передбачають необхідність програми дій в рамках коаліційної угоди, але на практиці саме програми становлять зміст коаліційних угод. Зокрема, Угода про створення Антикризової коаліції у Верховній Раді України V скликання від 7 липня 2006 р. містила програму дій відповідних політичних сил. При цьому в рамках напрямку «У сфері побудови сучасної європейської держави» програма передбачала «реформування системи виконання судових рішень» та «забезпечення доступного, якісного і справедливого судочинства», але без подальшого тлумачення цих вказівок [6].

У той же час Угода про створення коаліції демократичних сил у Верховній Раді України V скликання ухвалена 22 червня 2006 р. та Угода про створення коаліції демократичних сил у Верховній Раді України VI скликання від 29 листопада 2007 р. приділили значно більше уваги аспектам правосуддя та судової реформи, при цьому відповідні програмні положення є дуже подібними, що уявляється доволі логічним. Відповідна частина 2.3 зазначених програм діяльності («Справедливе, неупереджене та доступне судочинство») передбачає:

- удосконалення системи судів, подолання їх багатоланковості;
- завершення формування системи адміністративного судочинства;
- запровадження інститутів суду присяжних та виборних мирових суддів;

– оптимізацію процедур апеляційного перегляду та касаційного оскарження;
– зменшення навантаження на суддів, раціоналізація кількості судів та чисельності суддів, підвищення ролі органів суддівського самоврядування [6].

Також велику низку завдань програма містить у сферах вдосконалення процедури формування корпусу професійних суддів та дисциплінарної відповідальності суддів, належного бюджетного фінансування судової влади та забезпечення виконання рішень судів. При цьому парламентарії, які укладали відповідні угоди, визнали, що виконання вищезазначених завдань вимагає внесення відповідних змін до законів України, які регламентують діяльність судів та суддів, ухвалення нових редакцій законів «Про статус суддів», «Про судоустрій», «Про адвокатуру» та «Про нотаріат», «Про Вищу раду юстиції», «Про судову експертизу», «Про державну судову адміністрацію» тощо [6].

Важливим програмним документом у контексті правосуддя та судової реформи є програми діяльності уряду. Програма діяльності Кабінету Міністрів України від 5 червня 2002 р. у підрозділі 1.7 «Захист прав і свобод людини і громадянина, зміцнення законності та правопорядку» містить відповідні ключові завдання уряду, головні дії уряду, спрямовані на виконання ключових завдань, та очікувані результати. Програма діяльності Кабінету Міністрів України «Відкритість, дієвість, результативність» від 17 березня 2003 р. також розкривала відповідні питання у частині 2.3 «Захист прав і свобод людини, зміцнення законності та правопорядку». Майже аналогічні, але більш широко розвинуті приписи містила й Програма діяльності Кабінету Міністрів України «Послідовність. Ефективність. Відповідальність» від 12 березня 2004 р. [9].

Програма діяльності Кабінету Міністрів «Назустріч людям» у ч. II «Справедливість» в розділах «Правова політика» та «Судова реформа», «Подолання корупції» також містила ряд приписів щодо вдосконалення системи судової влади. В той же час Програма діяльності Кабінету Міністрів України «Український прорив: для людей, а не політиків», ухвалена в грудні 2007 р., стала першим відповідним актом, ухваленим у відповідності з розглянутою вище парламентською коаліційною угодою від 29 листопада 2007 р., її приписи дублюють відповідні положення розділу 2.3 «Справедливе, неупереджене та доступне судочинство» програми дій коаліції [9].

Втім, на жаль, урядові програми не містять конкретних термінів та відповідальних виконавців щодо відповідних приписів у сфері судової реформи та судової влади. Д. Ковриженко, аналізуючи програми діяльності уряду, визнає, що «за гучними деклараціями не видно реальних заходів, вжиттям яких уряд забезпечить принаймні часткове виконання програми», та що більшість положень програм діяльності уряду «носить суто декларативний характер і не забезпечується реальною політичною і фінансовою підтримкою» [3].

Взагалі слід визнати, що в останні роки аспектам судової діяльності та судової реформи у щорічних проектах державних програм економічного і соціального розвитку приділяється незначна увага. Так, у п. 3. «Справедливе, неупереджене та доступне судочинство» ст. 3.2.1 «Запровадження в Україні інститутів сучасної європейської держави» ч. 3.2 проекту Державної програ-

ми економічного і соціального розвитку України на 2009 рік, попередньо схваленому розпорядженням Кабінету Міністрів України від 13 вересня 2008 р. № 1217-р [12,] фактично не були визначені основні завдання та заходи державної політики на 2009 р. щодо доступності забезпечення правосуддя. У цій статті фактично йшлося про удосконалення системи правової допомоги, реформування кримінальної юстиції та удосконалення нотаріальної діяльності; виконавцем відповідних заходів було визначено Міністерство юстиції України.

У проекті Державної програми економічного і соціального розвитку України на 2010 рік, попередньо схваленому розпорядженням Кабінету Міністрів України від 12 вересня 2009 р. № 1088-р [13], до аспектів судочинства та судової діяльності мала відношення лише згадка про сприяння Міністерством юстиції прийняттю нових Кодексу господарського судочинства та Кримінального процесуального кодексу України.

Е. В. Третяк визнає, що загальною проблемою програм діяльності уряду є їх невідповідність приписам Державного бюджету України на поточний рік та неповне запровадження програмного підходу в бюджетний процес. Цей автор влучно зазначає, що «негативні риси вітчизняної програмно-управлінської діяльності значно знижують ефективність відповідних програм європейської інтеграції та євроатлантичного співробітництва, парламентських програм, програм діяльності уряду, бюджетних програм». До цих рис зазначений дослідник відносить відсутність узгодженості між євроінтеграційними актами та бюджетними програмами, неухвалення протягом декількох років Державних програм економічного і соціального розвитку України, декларативність програм дій уряду та програм парламентських коаліцій [10].

Підсумовуючи, слід визнати, що загальнонаціональні програмні акти, а саме: парламентські програми, програми діяльності уряду, програми європейської інтеграції, програми євроатлантичного співробітництва, проекти програм соціально-економічного розвитку України визнають необхідність реформування судової системи та містять відповідні приписи. В той же час застосування програмно управлінського підходу в цій сфері ускладнюється декларативністю зазначених актів, відсутністю механізмів їх реалізації та недостатнім рівнем їх взаємопов'язаності. Вирішення цих проблемних аспектів має стати підґрунтям для нових наукових досліджень.

Література

1. Гріп Дж. Розширення НАТО і ЄС: наслідки для реформи повійськового сектора безпеки в Україні // Дзеркало тижня. — 2004 — № 23, 12–18 черв. — С. 2–3.
2. Європейський вибір. Концептуальні засади стратегії економічного та соціального розвитку України на 2002–2011 роки: послання Президента України до Верховної Ради України від 30 квіт. 2002 р. // Урядовий кур'єр. — 2002. — 4 черв. — С. 1–4.
3. Ковриженко Д. Про перспективи затвердження та виконання Програми діяльності уряду // Критика. — Режим доступу: <http://krytyka.kiev.ua>.
4. Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України: Закон України від 23 берез. 2000 р. № 1602-III // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 25. — Ст. 195.
5. Про Державну програму економічного і соціального розвитку України на 2008 рік: проект

- Закону України, розроблений Кабінетом Міністрів України. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi.
6. Про створення Аптикризової коаліції у Верховній Раді України V скликання : угода від 7 лип. 2006 р.; Про створення Коаліції демократичних сил у Верховній Раді України V скликання : угода від 22 черв. 2006 р.; Про створення Коаліції демократичних сил у Верховній Раді України VI скликання : угода та повідомлення від 29 листоп. 2007 р. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
 7. Про схвалення Програми інтеграції України до Європейського Союзу : указ Президента України від 14 верес. 2000 р. № 1072/2000 — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi.
 8. Про Цільовий план України — НАТО на 2005 рік у рамках Плану дій України — НАТО : розпорядження Президента України від 21 квіт. 2005 р. № 990/2005-рп; Про Цільовий план України — НАТО на 2006 рік у рамках Плану дій України — НАТО : указ Президента України від 7 квіт. 2006 р. № 295/2006; Про Цільовий план України — НАТО на 2007 рік у рамках Плану дій України — НАТО : указ Президента України від 18 черв. 2007 р. № 535/2007 — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi.
 9. Програма діяльності Кабінету Міністрів України «Відкритість, дієвість, результативність» : затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 17 берез. 2003 р.; Програма діяльності Кабінету Міністрів України : затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 5 черв. 2002 р.; Програма діяльності Кабінету Міністрів України «Назустріч людям» : затв. Постановою Кабінету Міністрів України № 115 від 4 лют. 2005 р.; Програма діяльності Кабінету Міністрів України «Послідовність. Ефективність. Відповідальність» : затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 12 берез. 2004 р. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi.
 10. Третяк Е. В. Значення загальнонаціональних програмних актів для управління правоохоронними органами та правоохоронною реформою — Режим доступу : www.pgrc.ua/library.
 11. Україна і НАТО: органи державної влади, судової та правоохоронної системи як провідні учасники процесу європейської та євроатлантичної інтеграції : монографія / В. М. Бесчастний, І. Я. Тодоров, В. В. Бабін [та ін.]. — К. : Третя хвиля, 2007. — 176 с.
 12. Про схвалення проекту Державної програми економічного і соціального розвитку України на 2009 рік : розпорядження Кабінету Міністрів України від 13 верес. 2008 р. № 1217-р // Офіційний сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi.
 13. Про схвалення проекту Державної програми економічного і соціального розвитку України на 2010 рік : розпорядження Кабінету Міністрів України від 12 верес. 2009 р. № 1088-р // Урядовий кур'єр. — 2009. — 18 верес., № 171. — С. 6.

Анотація

Томчак П. В. Роль національних програм у сфері судової реформи в Україні. — Стаття.

У статті проаналізовані національні програмні акти у сфері реформування судової системи, а саме: парламентські програми, програми діяльності уряду, програми європейської інтеграції, програми євроатлантичного співробітництва, проекти програм соціально-економічного розвитку України. Зроблено висновок, що застосування програмно-управлінського підходу в цій сфері ускладнюється відсутністю механізмів їх реалізації.

Ключові слова: парламентські програми, програми діяльності Кабінету Міністрів України, програми європейської інтеграції та євроатлантичного співробітництва України, проекти програм соціально-економічного розвитку України.

Summary

Tomchak N. V. A Role of the National Programmes in the Area of Judicial Reform in Ukraine. — Article.

National programme acts in the area of judicial system reform are analysed in the article, namely: parliamentary programmes; programmes of governmental activity; programmes of European integration; programmes of Euro-Atlantic cooperation; projects of the socio-economic development programmes of Ukraine. Concluded, that application of programme and administrative approach in this sphere becomes complicated by the absence of mechanisms of their realization.

Keywords: parliamentary programmes, programmes of activity of Cabinet of Ministers of Ukraine, programmes of European integration and Euro-Atlantic cooperation of Ukraine, projects of the socio-economic development programmes of Ukraine.

ПІЛЬГИ В ОПОДАТКУВАННІ ПРОЕКТІВ ТЕХНОПАРКІВ ЯК ВІДОБРАЖЕННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО РЕЖИМУ ЇХ ФУНКЦІОНУВАННЯ

Проблема пільг завжди була визначальною для інноваційної діяльності, бо включає в себе різні складові, які або в повному обсязі сприяють, або заважають розвитку і впровадженню інновацій. Як вказує О. Тоффлер у передмові до книги І. Пригожина та І. Стенгерс (у різні роки лауреати Нобелівської премії) «Порядок із хаосу. Новий діалог людини з природою», «якщо із співтовариства мурашок, які, як відомо, підрозділяються на «трудівників» і неактивних мурашок, або «ледарів», цілком прибрати ледарів, то в групі, що залишилася, із трудівників знову відбувається розшарування на «трудівників» і «ледарів» [1, 5]. Приклад повчальний тим, що якщо зовнішнє втручання не когерентне, не властиве внутрішнім параметрам «мурашкового» соціуму, то воно принципово не може порушити необхідні внутрішні соціальні зв'язки, що підпорядковуються принципу зберігання гомеостазису. У такому разі завжди і неминуче значна частина старанних трудівників буде раптово перетворюватися в страшенних ледарів. Тоді благі наміри «завзятих натуралістів» спочатку виправдуються цікавим науковим фактом, але повторення цих спроб далі на практиці веде к руйнуванню системи в цілому. Розглядаючи державу як відповідну соціально-економічну систему з врахуванням синергетичної парадигми управління в контексті єдиного можливого шляху вирвати країну з системної кризи через створення і діяльність технологічних та наукових парків, формується розуміння принципової необхідності своєчасного правового регулювання інноваційної діяльності. При цьому виникає питання про те, яким чином це робити.

У науковій літературі існують роботи щодо регулювання інноваційної та інвестиційної діяльності (див. [2–6]). А. Д. Кобильнік досліджував правове регулювання територіальних податкових пільг в роботі [2], де були виокремлені території спеціальних зон, які характеризуються специфічним податковим режимом. Г. Гендлер у роботі [3], не відділяючи інвестиційну діяльність від інноваційної діяльності, вважає, що пільги мають другорядне значення. На наш погляд, для дійсно інноваційних проектів таке бачення є помилковим. Воно відображає відношення, яке немає нічого спільного з розумінням інноваційної діяльності. Існують і інші підходи для вирішення проблеми. Так, О. А. Мазур [5] всебічно розглянув стан проблеми і зробив реальні обґрунтовані практичні висновки. Однак з часу публікації цієї статті технопаркова діяльність зазнала великих незворотних змін. Ці зміни суттєво погіршили стан технопаркової діяльності в Україні. Роботи інших авторів у цілому обґрунтовують (доводять) необхідність пільгових режимів для інноваційної діяльності [4; 6].

Метою статті є виокремлення і обговорення пільг в оподаткуванні технопарків (їх проектів) в світлі спеціального режиму їх діяльності.

Як відомо, без надання податкових пільг цивілізована держава (досвід країн — членів ЄС) не може здійснювати регулювання інноваційною діяльністю, особливо в її перехідний період [7]. Світовий досвід доводить, що здійснення політики ліквідації податкових пільг означає не що інше, як позбавлення податкової системи регулюючої функції — можливості впливати і стимулювати пріоритетні наукоємні напрями розвитку вітчизняного виробництва [8; 9]. Якщо звернутися до міжнародного досвіду проведення податкових реформ, то можна побачити, що практично всі розвинені країни свого часу пройшли через переосмислення політики надання податкових пільг [9–11]. Однак при встановленні податкової пільги, з метою уникнення лобізму та протекціонізму, існуючим законом повинна визначатися не конкретна особа, яка має право на пільгу, а сукупність особливостей (умов), при наявності яких пільгою може скористатися конкретний учасник інноваційного процесу. Взаємодія між суб'єктами пільгово-правових відносин регулюється нормативно-правовими актами, що встановлюють ті або інші нормативні вилучення і додаткові переваги. Інноваційні структури отримують державну підтримку у вигляді заходів, які прописані спеціальним режимом інноваційної діяльності технологічних парків, тобто тим, що виписано в нормативно-правових актах щодо їх спеціального режиму господарювання [8; 9]. Автор даної статті вважає, що в господарському і адміністративному праві треба перш за все відокремити інноваційну діяльність від інвестиційної в сенсі розуміння суті інноваційної діяльності. Зрозуміло, що без відповідних пільг інноваційні структури не будуть виробляти інноваційної продукції, вони будуть займатися виробництвом, але неінноваційним, бо інноваційна продукція потребує додаткових матеріальних і інтелектуальних вкладень для доведення інноваційних розробок до масового виробництва і збуту. Сьогодні технологічні парки в Україні фактично залишилися єдиною структурою, яка на практиці підтримує інноваційний шлях розвитку держави. При цьому зауважимо, що майже усі зони спеціального режиму, за винятком зон науково-технологічного розвитку, є зонами інвестиційної діяльності. Указані зони не ставили і не ставлять за головну мету впровадження інновацій у сфері високих технологій: вони спрямовані на залучення інвестицій в різні галузі господарства країни і швидкого отримання прибутку. Більш того, в багатьох з них існують обмеження на мінімальні суми інвестицій як умова застосування спеціального режиму. Ці мінімальні суми можуть бути досить значними.

Виходячи з позицій технологічного розвитку в цілому, для України мова вже йде не про утримання на якомусь рівні інноваційного розвитку, а про те аби знову увійти у перелік країн, які є технологічно спроможними. Більш реальною стає перспектива того, що Україна через кілька років зіштовхнеться з проблемою неспроможності розвитку власного науково-технічного та інноваційного потенціалу у забезпеченні потреб країни. Тому для подальшого розвитку пільги (преференції) в системі оподаткування інноваційних структур мають принципове значення. Це перш за все пов'язано з тим, що держава неспроможна в повному обсязі їх реально фінансувати. Практика надання пільг є випробуваною світовою практикою. Саме такі пільги надаються через введен-

ня спеціального режиму на конкретній території, про що було прописано в ГК України.

Досвід роботи українських технологічних парків показав, що для їх діяльності більше підходить варіант, коли будується віртуальний технопарк — технопарк «без стін» [8]. Тому всі шістнадцять українських технопарків, які створені на основі договору про спільну діяльність і зазначені у профільному законі [12], є віртуальними. З іншого боку, це додатково зумовлювалося тим, що в Україні пільги поширюються не на весь технопарк, а тільки на конкретний інноваційний проект, який пройшов державну реєстрацію. Тоді набирає значення у діяльності технопарку керівний орган технологічного парку.

Підкреслимо, що правове регулювання оподаткування в країні має бути обов'язковим, і не тільки в галузі інноваційної діяльності. Підставами для одержання податкових пільг є визначені законодавством про податки та збори особливості правового статусу платника податків, його діяльності (предмета оподаткування) чи території, на якій він здійснює свою діяльність (знаходиться предмет оподаткування), які надають право платнику податків, при їх наявності, скористатись податковою пільгою. Однак правові дії в надмірно стабілізованому суспільстві з різноманітними формами боротьби з корупцією і насильством навряд чи сприяють інноваційному розвитку суспільства.

Виділення окремих територій, на яких використовується пільговий податковий режим, може здійснюватися прямим чи непрямим способом. При використанні першого способу законодавець закріплює певні території, на яких вводиться менш напружений податковий режим. При використанні непрямого способу окремі території як такі не виділяються, але можливість місцевих органів самоврядування встановлювати чи ні на свій розсуд певну кількість місцевих податків та зборів і закладають підстави диференціації сукупності податків та зборів, що діють на різних територіях.

Чинне податкове законодавство України дозволяє ставити питання і щодо існування місцевих податкових територіальних пільг. Так, ст. 15 Закону України «Про систему оподаткування», закріплюючи вичерпний перелік місцевих податків та зборів, виділяє ті з них, що повинні вводитися Положенням місцевих органів самоврядування на певних територіях обов'язково, та інші, які можуть вводитися на розсуд цих органів. Дійсно, не всі податки та збори можна вводити, без винятку, на всіх територіях (навіть чи у всіх регіонах України можуть бути курортний збір чи збір за проїзд автотранспортом прикордонних територій), але, на погляд автора, через систему тих податків та зборів, що можуть вводитися місцевими органами самоврядування, закладаються підстави місцевих пільгових режимів [13]. Система спеціальних економічних зон в Україні була значною. Думки про результати діяльності спеціальних економічних зон (СЕЗ) і територій пріоритетного розвитку (ТПР) сильно різняться як в сторону позитивної, так і в сторону негативної оцінки, але це не торкалося позитивної ролі технологічних парків як двигуна інноваційного процесу. Безумовно, за часи діяльності СЕЗ і ТПР були вирішені питання створення десятків тисяч робочих місць і підвищеної заробітної плати.

Однак незначні надходження в бюджет і масові правопорушення, які виявила вибіркова перевірка податковою адміністрацією СЕЗ і ТПР, привели до того, що в 2005 році Верховна Рада України ліквідувала усі пільги, що були встановлені раніше на законодавчому рівні [14]. ГК України (гл. 39, ст. 403) [15] поширює спеціальний режим господарювання в СЕЗ на спеціальний режим діяльності технологічних парків як на технологічні зони, які передбачали існування в таких зонах як технологічних парків, так і інших інноваційних структур: агропромислових парків, технополісів, зон розвитку нових і високих технологій. Однак спеціальний режим господарювання визначається іншим законодавчим актом, який є чинним Законом «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» (в редакції від 12 січня 2006 року) [12]. Вказана редакція суттєво відрізняється від попередніх, яких було достатньо, але зміни в них так принципово не змінювали цей Закон. В роботі [16] О. Р. Зельдіна виділила пільги, що надавав Закон в попередній редакції (до 2005 року). До 2005 року спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків передбачав надання суттєвих податкових пільг. Про ці податкові пільги в старій редакції Закону говорилося те, що суми податку на додану вартість, нараховані в порядку, установленому Законом України «Про податок на додану вартість», по операціях із продажу товарів (виконання робіт, надання послуг), пов'язані з виконанням інвестиційних й інноваційних проектів по пріоритетних напрямках діяльності технологічних парків, і суми податку на прибуток, отриману в ході виконання вищезгаданих проектів, нараховані в порядку, установленому Законом України «Про оподаткування прибутку підприємств», технологічні парки, їхні учасники, дочірні й спільні підприємства не перераховують у бюджет, а зараховують на спеціальні рахунки й використовують дані суми винятково на наукову й науково-технічну діяльність, розвиток власних науково-технологічних і дослідно-експериментальних баз [17].

Існує Порядок зарахування сум податків на спеціальний рахунок і їхнє використання, який встановлюється Кабінетом Міністрів України. З огляду на норми чинного законодавства з питань оподаткування, а також спеціальне законодавство про технопарки, їхні учасники, дочірні й спільні підприємства зобов'язані вести окремий податковий облік операцій, пов'язаних з виконанням інвестиційних й інноваційних проектів, а також операцій, пов'язаних зі здійсненням іншої діяльності на підставі даних окремого бухгалтерського обліку таких операцій. Ведення окремого податкового, бухгалтерського обліку повинне бути забезпечене по кожному інноваційному проекту.

Таким чином, технопарки, їхні учасники, дочірні й спільні підприємства зобов'язані вести:

- окремий бухгалтерський і податковий облік операцій, пов'язаний з виконанням інноваційних проектів по пріоритетних напрямках діяльності технопарків, їхніх учасників, дочірніх і спільних підприємств (по кожному проекту окремо), по яких податок на прибуток перераховується на спеціальні рахунки;
- окремо облік інших операцій, не пов'язаних з виконанням інвестиційних й інноваційних проектів по пріоритетних напрямках діяльності технопарків,

їхніх учасників, дочірніх і спільних підприємств, по яких податок на прибуток розраховується й сплачується в бюджет у загальновстановленому порядку.

Законодавство України встановлює, що не використані протягом певного законом терміну дії спеціального режиму інноваційної діяльності кошти, накопичені на спеціальних рахунках, підлягають зарахуванню в Державний бюджет України. Дана правова норма покликана стимулювати суб'єктів підприємництва витратити кошти, накопичені на спеціальних рахунках у строки, установлені для реалізації інвестиційних й інноваційних проектів.

З метою запобігання використання спеціального режиму інноваційної діяльності, не відповідної до вимог законодавства України, передбачається, що у випадку невиконання учасниками технологічних парків своїх зобов'язань за договорами про спільну діяльність на виконання інвестиційних й інноваційних проектів по пріоритетних напрямках діяльності технологічних парків, вони зобов'язані за результатами податкового періоду, на який доводиться припинення виконання договорів, збільшити свої податкові зобов'язання на суму вивільнених від оподаткування коштів за весь період дії таких договорів, а також оплатити пеню, нараховану на дану суму, виходячи з 120 відсотків дисконтної ставки Національного банку України, що діяла на день збільшення податкового зобов'язання й за період від дати вивільнення таких коштів до дати їхньої сплати в бюджет. Там же були деталізовані митні пільги. А саме, сировина, матеріали, устаткування, оснащення, що комплектують й інші товари (крім підакцизних товарів, за винятком товарів з кодами ТН ЗЕД 852110310, 852110390, 852810), які не виробляються в Україні або виробляються, але не відповідають технічним характеристикам і міжнародним стандартам, при ввезенні в Україну для використання технологічними парками, їхніми учасниками, дочірніми й спільними підприємствами при виконанні у встановленому законодавством порядку інноваційних проектів звільняються від сплати ввізного мита й податку на додану вартість [17].

Законом [12] визначено, що і спільне підприємство технопарку має спеціальний (пільговий) режим. Спільним визначається підприємство, що створене для виконання проектів технопарку, одним з засновників є він сам або його учасник, а іншим є резиденти або нерезиденти, внесок яких до статутного фонду становить суму не менше 50 тис. доларів США. Таким чином, спільне підприємство є самостійною юридичною особою, яка не входить до складу технопарку. При цьому на нього в повному обсязі поширюється спеціальний режим діяльності технопарку. Однак співвиконавцям технопарку такий режим не передбачено.

Для забезпечення контролю з боку держави і недопущення незаконного використання пільгового митного режиму законодавство України встановлює, що у випадку використання сировини, матеріалів, устаткування, оснащення та інших товарів для нецільового використання при виконанні інноваційних проектів ввізне мито й податок на додану вартість перераховуються в бюджет у повному обсязі. При цьому платник податку зобов'язаний збільшити податкові зобов'язання за результатами податкового періоду, у якому відбулося таке порушення, на суму ввізного мита, податку на додану вартість, які повинні

були бути сплачені при ввезенні на митну територію України таких товарів, а також оплатити пеню, нараховану на таку суму податків, виходячи з 120 відсотків дисконтної ставки Національного банку України, що діяла на день збільшення податкового зобов'язання, за весь період їх не цільового використання.

Порівнюючи механізм дії податкового кредиту в деяких провідних країнах з механізмом реалізації пільгового оподаткування у спеціальному режимі в Україні, знаходимо деякі відмінності. Йдеться про те, що компанія може скористатися податковим кредитом після здійснення нею витрат на інноваційну діяльність. Однак термін в п'ять років (термін дії інноваційного проекту в Україні) може бути недостатнім для вироблення і реалізації інноваційного продукту.

В редакції Закону «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» від 12 січня 2006 року податкові пільги на додану вартість вже відсутні [12]. В ньому пільги визначені як субсидії. Так, ст. 7 «Цільові субсидії технологічних парків» цього Закону [12] викладена в такій редакції: «Для реалізації проектів технологічних парків технологічним паркам, їх учасникам та спільним підприємствам, що виконують проекти технологічних парків, державою надаються цільові субсидії у вигляді: звільнення від ввізного мита при ввезенні в Україну для реалізації проектів технологічних парків нового устаткування, обладнання та комплектуючих, а також матеріалів, які не виробляються в Україні; податкового векселя на суми податкового зобов'язання, що нараховуються згідно із Законом України «Про податок на додану вартість» при імпорті нових устаткування, обладнання та комплектуючих, зі строком погашення на 720 календарних днів, а при імпорті матеріалів, які не виробляються в Україні, зі строком погашення на 180 календарний день з дня надання векселя органу митного контролю; суми податку на прибуток, одержаного при реалізації проектів технологічних парків, нарахованого в порядку, встановленому Законом України «Про оподаткування прибутку підприємств». Зазначені суми податків, що нараховуються при виконанні проектів технологічних парків, технологічні парки, їх учасники та спільні підприємства не перераховують до бюджету, а зараховують на спеціальні рахунки технологічних парків, їх учасників та спільних підприємств у строки, встановлені Законом України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» та іншими законодавчими актами. При цьому на спеціальні рахунки учасників технологічних парків та спільних підприємств, які є виконавцями проектів технологічних парків, зараховуються 50 відсотків зазначених сум податків, а решта 50 відсотків зазначених сум зараховуються на спеціальний рахунок керівного органу відповідного технологічного парку. Порядок зарахування сум податків на спеціальні рахунки технологічних парків, їх учасників та спільних підприємств, порядок використання коштів цільових субсидій та порядок контролю за їх використанням встановлюються Кабінетом Міністрів України».

Таким чином, із Закону [12] вилучено основну важливу пільгу — пільгу на податок на додану вартість, завдяки якій здійснювався основний розвиток тех-

нологічних парків та виконувалися основні розробки проектів. Пільга на ввіз мито не є суттєвою, а пільга суми податку на прибуток, одержаного при реалізації проектів технологічних парків, передбачає вже випуск і реалізацію інноваційної продукції. Однак навіть у такому стані пільгового режиму у порушення чинного Закону «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» від 12 січня 2006 року митницею скасована вексельна форма оплати ПДВ при митному оформленні імпортованих поставок для виконання проектів технопарків. Будучи досить незначними в загальному обсязі вексельних операцій на митниці, для технопарків митні векселі ПДВ на сьогоднішній день є майже основною формою державної підтримки їхньої діяльності. Її ліквідація має для технопарків не лише економічний, але й психологічний ефект.

Далі ст. 8 «Використання коштів цільових субсидій» Закону «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» від 12 січня 2006 року, що обговорюється, розкриває механізм використання коштів цільових субсидій. Для порівняння наводимо її повністю. Вона викладена в такій редакції: «Зараховані на спеціальні рахунки технологічних парків, їх учасників та спільних підприємств кошти цільових субсидій використовуються технологічними парками, їх учасниками та спільними підприємствами при реалізації проектів технологічних парків на:

- проведення наукових, науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт за пріоритетними напрямками діяльності технологічних парків; створення, розвиток, модернізацію та реконструкцію науково-технологічних, експериментальних та дослідно-промислових дільниць, у тому числі на інструменти, обладнання та устаткування, що використовуються для цілей інноваційної діяльності; підготовку конструкторської та технологічної документації, технічних умов, технічних проектів та витрати на підготовку виробництва інноваційної продукції;

- патентування розробок, придбання прав на об'єкти права інтелектуальної власності (патентів, ліцензій на використання винаходів, корисних моделей, промислових зразків, ноу-хау тощо); накладні та поточні витрати (на матеріали, технічне забезпечення тощо), що виникають у ході інноваційної діяльності; придбання обладнання, устаткування та інших засобів виробництва, пов'язаних з впровадженням інновацій;

- науково-організаційну діяльність керівного органу технопарку, проведення та участь у роботі наукових, науково-технічних конференцій, семінарів та виставок, публікацію результатів наукових досліджень за пріоритетними напрямками діяльності технологічних парків. Кошти цільових субсидій, зараховані при реалізації проекту технологічного парку на спеціальні рахунки його учасників та спільних підприємств і не використані протягом наступних трьох місяців після закінчення строку виконання проекту технологічного парку, підлягають зарахуванню до Державного бюджету України. Кошти цільових субсидій, зараховані при реалізації проектів технологічного парку на спеціальний рахунок технологічного парку (або керівного органу технопарку) і не

використані протягом строку дії свідоцтва про державну реєстрацію технологічного парку, після закінчення строку дії свідоцтва про державну реєстрацію технологічного парку підлягають зарахуванню до Державного бюджету України. Реалізація проекту технологічного парку не може бути підставою для зниження податкових зобов'язань за основним видом діяльності виконавця цього проекту технологічного парку».

Таким чином, спеціальний режим надається не діяльності технопарків та їх працівникам, а певним інноваційним проектам, а реалізація проекту не може бути підставою для зниження податкових зобов'язань за основним видом діяльності виконавця технопарку. Пільгові умови оподаткування в рамках спеціального режиму мають особливе значення саме для українських технопарків, тому що у них практично відсутнє пряме державне фінансування. З цих пільг найвагомішою була пільга з ПДВ, яку саме в останній редакції базового Закону було скасовано. Певні пільги, які залишилися в Законі (митні, амортизаційні, податок на прибуток та інші), не сприяють в достатній мірі розвитку технопарку в умовах фактичного самофінансування. Одержання коштів цільових субсидій та їх використання за Законом (ст. 8) можливе, бо законодавчо воно було проголошеним. Однак на практиці це зробити дуже важко. Крім того, в законодавчому порядку ст. 8 слід доповнити положенням про створення та забезпечення функціонування інноваційної інфраструктури (інноваційні бізнес-інкубатори, центри трансферу технологій тощо), якщо законодавець хоче говорити про створення національної інноваційної системи, якої в Україні, на жаль, ще немає. Однак існують заяви відомих авторів, що вона в країні фактично вже є (див., наприклад, [18]). Фактично такої системи в Україні ще не створено, хоча створення такої системи за результатами діяльності технопарків до 2005 року, враховуючи на той час інтелектуально-технологічний потенціал українських вчених, не викликало сумнівів.

Як відомо, більша частина судових позивів та рішень щодо використання пільг при виконанні проектів учасниками технологічних парків пов'язана з оподаткуванням виконавців за конкретними проектами технопарків в часи максимальної їх активності, коли ними створювалися та реалізовувалися конкретні інноваційні продукти, тобто в 2002-04 роках. Це, в першу чергу, відомі касаційні скарги ДПІ і Управління Державного казначейства на рішення місцевих господарських судів за позовами виконавців проектів технопарків (див., наприклад, відомі судові справи [19, 20], які були подані до Вищого господарського суду України щодо застосування статей Закону України «Про податок на додану вартість і ст. 4 Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» в редакції до 2006 року [17]. Існує більше десятка судових постанов Вищого господарського суду України, коли касаційні скарги ДПІ на конкретні рішення місцевих господарських судів на користь учасників-виконавців проектів залишилися без задоволення і жодної задоволено не було. Здається, що ДПА свідомо йшли на порушення Закону [12], посилаючись на інструкції, які були затверджені наказами ДПА України. Так, в свій час ДПА України оприлюднила лист «Про правомірність використання

пільг учасниками технопарків» від 12.02.2003 р. № 2303/7/23-7017. Податкова служба вважає, що у випадку, якщо технопарк уклав договір про спільну діяльність, то пільгами, передбаченими законом, користуються не всі учасники такого договору, а тільки ті, хто уповноважений вести облік спільної діяльності.

На думку ж учасників технопарків, цей лист — спроба витлумачити законодавство таким чином, щоб максимально скоротити застосування пільг.

Зокрема, у законі про технопарки чітко визначено: його дія поширюється як на самі технопарки, так і на «їхніх учасників, дочірні й спільні підприємства». І у всіх нормах закону, в яких йдеться про пільги, слова «учасники технопарку» вживають виключно в множині. Отже, всі учасники технопарку, які працюють над реалізацією затвердженого проекту, мають право користуватися пільгами. Причому слід враховувати, що пільги даються як технологічним паркам, так і їхнім учасникам лише при реалізації затверджених проектів.

Мова йде про відмови судів у визнанні дійсними конкретних податкових повідомлень-рішень про стягнення певних грошових сум з конкретних учасників технопарків за оформленими і офіційно зареєстрованими діючими проектами технопарків, коли гроші були вже переведені на спецрахунки учасників технопарків або з самого технопарку. Судові постанови Вищого господарського суду України присікали правовий нігілізм з боку органів ДПА, про що свідчать відомі судові позови і рішення за ними.

З часу прийняття редакції Закону від 12 січня 2006 року пройшов значний час, тому можна говорити про ті «переваги», що інноваційна діяльність отримала завдяки їй. В результаті спеціальний режим діяльності технопарків практично зведено до нуля і мова може йти лише про відродження в Україні технопаркової діяльності. Фактично в країні перервано природний хід безперервної розробки й затвердження інноваційних проектів технологічних парків. В 2009 році, в тому числі в зв'язку з кризою, ситуація порівняно з 2008 роком покращилась ненабагато. Так, на середину 2008 року кількість діючих проектів технопарків зменшилося в 7 разів (з 108 до 14); вироблено майже весь ресурс раніше затверджених проектів; реалізація інноваційної продукції у рамках спеціального режиму в 2008 р. в порівнянні з I кварталом 2007 р. зменшилася в 3,6 раза (з 560 до 155 млн грн); поставки на експорт зменшилися в 2,6 раза (з 80 до 31 млн грн); платежі до бюджету і державних цільових фондів зменшилися в 11,1 раза (з 63,3 до 5,7 млн грн); відрахування на спецрахунки технопарків зменшилися в 36,7 раза (з 6,6 до 0,18 млн грн) тощо. Ці дані узяті з аналізу стану та проблем розвитку технологічних парків України, який було обговорено на засіданні громадської Ради керівників технопарків України в червні 2008 р. у м. Сімферополі. Існує чітко виражена динаміка зменшення обсягів реалізованої інноваційної продукції, що відображає припинення державної підтримки технологічних парків. Надії на покращення в питаннях оподаткування проектів технологічних парків вносить проект Податкового кодексу України, де передбачено надання ряду фіскальних преференцій суб'єктам інноваційної діяльності.

Таким чином, оподаткування інноваційних структур та пільги в його системі є принциповими для їх становлення і розвитку, особливо на ранніх стадіях процесу. Необхідність пільг підсилюється, коли держава не надає достатньої фінансової підтримки або не надає її зовсім. Відповідна законодавча політика і адміністративне супроводження в цьому питанні стають визначальними й обумовлюють отримані результати. Для активізації спеціального режиму діяльності технопарків у законодавчому порядку треба поновити для них пільги на ПДВ. У зв'язку з чим доцільно внести відповідні зміни до базового Закону, на що неодноразово наголошувала інноваційно-свідома громадськість країни.

Література

1. Пригожип И. Порядок из хаоса / И. Пригожип, И. Стенгерс. — М., 1987.
2. Кобилянський Д. А. Правове регулювання територіальних податкових пільг // Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство. — 2001. — Вип. 103. — С. 69–70.
3. Гендлер Г. Податковий механізм стимулювання інвестиційної та інноваційної діяльності // Вісник податкової служби України. — 2006. — № 32. — С. 25–28.
4. Федчук С. Видатки на інноваційну діяльність та проблеми їх правового регулювання // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 7. — С. 138–141.
5. Мазур О. А. Технопарки і державне регулювання інноваційної діяльності // Вісник Податкової служби України. — 2000. — № 1–2. — С. 35–38.
6. Бикопя С. Ф. Вдосконалення інституту податкового регулювання інвестиційної та інноваційної діяльності // Вісник економічної науки України. — 2005. — № 2. — С. 30–33.
7. Василенко М. Д. Господарсько-правовий досвід СС в інноваційному розвитку: створення технопарків (технополісів) // Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство. — 2008. — Вип. 461. — С. 57–62.
8. Василенко М. Д. Реалізація інноваційного законодавства: деякі українські реалії в контексті створення ефективної правової бази // Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство. — 2008. — Вип. 435. — С. 66–70.
9. Шляхи інноваційного розвитку України / А. В. Табачник, В. Г. Креміль, А. М. Гуржій [та ін.]. — К. : Людопринт Україна, 2004. — 544 с.
10. Василенко М. Д. Адміністративно-правовий аналіз розвитку інноваційних процесів в державі: технопарки та технополіси // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О. : Фенікс, 2007. — Вип. 31. — С. 167–174.
11. Зельдіна Е. Р. Специальный режим хозяйствования: теоретические вопросы и направления модернизации : монографія / Е. Р. Зельдіна ; НАН України, Ин-т экономико-правовых исследований. — Донецк : Юго-Восток Лтд., 2007. — 327 с.
12. Про внесення змін до Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» та інших законів України : Закон України від 12 січ. 2006 р. № 3333-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 22. — Ст. 182.
13. Зельдіна Е. Р. Льготные режимы в специальных экономических зонах (СЭЗ) и на территориях приоритетного развития (ТПР): проблемы и пути решения // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 7. — С. 6–10.
14. Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2005 рік» та деяких інших законодавчих актів України : Закон України від 25 берез. 2005 р. № 2505-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 17, 18–19. — Ст. 267.
15. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18. — Ст. 144.
16. Зельдіна О. Р. Правове регулювання інноваційної діяльності в умовах технопарків України: окремі проблеми // Право України. — 2004. — № 12. — С. 54–58.
17. Про внесення змін до деяких законів України щодо спеціального режиму інвестиційної та інноваційної діяльності технологічних парків : Закон України від 11 трав. 2004 р. № 1702-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 43–44. — Ст. 393.
18. Атаманова Ю. С. Господарсько-правове забезпечення інноваційного політики держави : монографія / Ю. С. Атаманова. — Х. : ФІПІ, 2008. — 424 с.

19. Рішення Вищого господарського суду України у справі від 16 січня № 2-5/7209-2002 господарського суду АРК за позовом ВАТ Електромашинобудінний завод «Фірма СЕЛМА» до ДПІ у м. Сімферополі АРК, УДК в АРК. — Режим доступу : www.arbitr.gov.ua/docs/28_678558.html.
20. Рішення Вищого господарського суду України у справі від 6 жовтня № А03/287-03 господарського суду Харківської області за позовом Інституту сцинтиляційних матеріалів НАН України до ДПІ у Дзержинському районі м. Харкова. — Режим доступу : www.arbitr.gov.ua/docs/28_657802.html.

Анотація

Василенко М. Д. Пільги в оподаткуванні проектів технопарків як відображення спеціального режиму їх функціонування. — Стаття.

Пільги для інноваційних проектів є важливими, бо вони є регулятором їх для розвитку і впровадження. Кошти цільових субсидій, як це передбачено Законом «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» (ст. 8), в останні роки практично не виділяються. Крім того, реально необхідним стає фінансування для завершення повного інноваційного циклу. Тому ст. 8 базового Закону слід доповнити положенням про створення та забезпечення функціонування інноваційної інфраструктури. Для активізації спеціального режиму діяльності технопарків у законодавчому порядку треба поновити для них пільги на ПДВ.

Ключові слова: пільги, оподаткування, право, закон, технологічні парки, проект, спеціальний режим, функціонування, субсидія, судові рішення.

Summary

Vasylenko M. D. Privileges in taxation of technological park projects as the deflection of their functioning to special regime. — Article.

Privileges for innovative projects are important points, because they became a regulator to them. Resources for special subsidies practically are not provided as it is statutory by Law «About the special regime of innovative activity for technological parks» (Article 8) at last years. In addition, really finances become a necessity for complete innovative cycle finishing. That is why Article 8 of basic Law should be supplemented by position about creation and guarantee functioning of innovative infrastructure. It is necessary to renew privileges on GST (PST) for the special regime of tekhnopark activity by legislative order.

Keywords: privileges, taxation, law, Act, technological parks, project, special regime, functioning, subsidy, court decision.

УДК 340.11:165.12-053.81(477)

О. Є. Проць

ПРАВОВА СВІДОМІСТЬ МОЛОДІ В УКРАЇНІ: ОСОБЛИВОСТІ ТА ВИДИ ДЕФОРМАЦІЇ

Особливою соціальною групою сучасного українського суспільства є молодь. Від її здатності бути активною та творчою силою залежать перспективи модернізації суспільства та розвиток демократичної держави в Україні. Зокрема, ідея формування громадянського суспільства та правової держави може стати в Україні реальністю лише за умови, що політичні, економічні, соціальні реформи у державі поєднуюватимуться із підвищенням рівня правової свідомості усіх соціальних груп українського суспільства, особливо молоді. Державна молодіжна політика як один із найважливіших та пріоритетних напрямів діяль-

© О. Є. Проць, 2009

ності держави, що здійснюється в інтересах як молодих громадян, так і суспільства в цілому, повинна створювати належні умови для самореалізації молоді, у тому числі у сфері формування її правової свідомості. Сучасна модель державної молодіжної політики не відповідає масштабу визначених завдань; її удосконаленню сприяють всебічні наукові пошуки розв'язання актуальних проблем молодого покоління, якими займаються сьогодні правники, філософи, соціологи, психологи та педагоги. Дослідження правосвідомості молоді в умовах радикальних перетворень в усіх сферах суспільного життя має важливе теоретичне і практичне значення: виявлення взаємозв'язку між особливостями соціально-правового статусу та особливостями правової свідомості молодих людей допоможе внести необхідні корективи у механізм їх правової соціалізації з метою підвищення його ефективності.

У недалекому минулому юридична наука під впливом комуністичної ідеології визначала правосвідомість як «форму суспільної свідомості, яка виражає уявлення і відчуття людей (класів, суспільства) про право і про врегульовану ним поведінку», при цьому «об'єктивні умови впливають на правосвідомість і право через політичну свідомість і політику. Від політичної свідомості безпосередньо залежить сутність і зміст правосвідомості. У свою чергу правосвідомість служить провідником державної політики в життя, перетворюючи певні політичні погляди на загальнообов'язкові правові вимоги, підкріплені авторитетом і силою державної влади» [1, 261, 263].

У сучасній теорії права правосвідомість (*англ.* legal awareness) тлумачиться як система ідей, уявлень, емоцій і почуттів, що виражають ставлення особи, групи, суспільства до чинного, минулого і бажаного права, а також до діяльності, пов'язаної з правом [2, 677]. Учені ближнього зарубіжжя справедливо вважають, що правосвідомість — це незалежне, цілісне і визначальне щодо права явище, яке потребує вивчення у ролі особливого об'єкта правової теорії, через який теорія права «виходить» на такі питання, як сутність права, його генезис, культурна специфіка правового регулювання у межах певної цивілізації, деформації правової поведінки, джерела і причини злочинності та інших соціальних патологій тощо [3, 611–612]. Висловлюються навіть пропозиції щодо створення окремої філософсько-юридичної галузі знань — філософії правосвідомості, яка дозволить повно і системно дослідити це явище [4].

Упродовж останнього десятиліття теоретичні і практичні аспекти правової культури та її невід'ємного компонента — правової свідомості — активно досліджують такі сучасні вітчизняні науковці, як Ю. Битяк, О. Ганзенко, В. Головченко, Ю. Калинюк, О. Менюк, В. Тацій, О. Тодика, Ю. Тодика, Є. Федик, І. Яковюк та ін. У монографіях, дисертаційних роботах, наукових публікаціях розглядаються сутність, поняття і місце правової культури у правовій системі суспільства, виявляється співвідношення правової культури особи з її правосвідомістю і загальним світоглядом, аналізуються чинники формування правової культури та правової свідомості, формулюються пропозиції з удосконалення форм та способів правовиховного впливу на особу.

Практично усі вчені відзначають, що поняття «правосвідомість» відображає

взаємозв'язок права зі свідомістю: якщо право є об'єктивною реальністю, то правосвідомість — це суб'єктивна реакція людей на право, тобто право у тому вигляді, у якому воно існує в свідомості суспільства. Ставлення до права може бути позитивним (розуміння цінності права) або негативним (заперечення соціальної значущості права), раціональним (інтелектуальне сприйняття права) та емоційним (сприйняття права на рівні почуттів, настрою) тощо, при цьому певне ставлення до права і правових явищ може бути як в однієї людини, так і у групи людей чи суспільства в цілому. У юридичній літературі за суб'єктами (носіями) правосвідомість поділяють на такі види: 1) індивідуальну правосвідомість — сукупність правових поглядів, почуттів, настроїв і переконань конкретного індивіда. Вона формується під впливом індивідуальних обставин життя, зовнішнього середовища і залежить від рівня правової освіти індивіда; 2) групову правосвідомість, яка відображає ставлення до права, його оцінку з боку соціальних груп (соціальних спільнот, професійних, територіальних, неформальних груп). На процес її формування впливає спільність інтересів, традицій, умов життя, а також авторитет лідера групи; 3) суспільну правосвідомість, яка виражає ставлення до права всього суспільства. Вона властива великим соціальним спільнотам (населенню країни, окремого регіону, певному етносу). Суспільна правосвідомість містить найбільш поширені й узагальнені оцінки права та правової реальності [5, 355].

З точки зору соціології молодь — це особлива велика соціально-демографічна група, яку виділяють на підставі сукупності вікових характеристик, особливостей соціального стану, соціально-психологічних особливостей [6, 126]. Досліджуючи особливості формування правової культури молоді, В. Головченко підкреслює: «Своєрідною рисою правової культури молоді є її перехідність. Вона зумовлюється: їх психо-віковими особливостями (грань юності і морально-психологічного змужніння, настання соціальної зрілості), властивими періоду досягнення юридичного повноліття, коли юність уже завершується, а соціально-психологічна «дорослість» повною мірою ще не настала; їхнім соціально-професійним статусом (коли вони ще не стали сформованими фахівцями); перебуванням у специфічному мікро- та мезосередовищі переважно у навчальних закладах» [7, 120].

Вважаємо, що правова свідомість молоді як елемент її правової культури характеризується не тільки вказаними рисами, але й рядом інших особливостей, які обумовлені віковим критерієм, соціально-економічним і суспільно-політичним становищем цієї групи населення. За законодавством України, молодь — це молоді громадяни України віком від 14 до 35 років [8], які становлять більше 22 відсотків населення України. Нижня межа віку молоді — 14 років — визначається моментом набуття часткової цивільної дієздатності, можливістю брати участь у трудових, сімейних та інших правовідносинах, що можна розглядати як початок систематичної правової соціалізації молоді. Зростання верхньої межі — з 28 до 35 років — пояснюється об'єктивними процесами в житті і розвитку людства: продовженням тривалості життя в цілому, розширенням меж середнього і старшого віку, продовженням терміну навчан-

ня і соціально-політичної адаптації, стабілізації сімейно-побутового статусу молодих людей тощо. У межах вказаних вікових рамок молоді люди відрізняються психофізіологічними характеристиками, рівнем освіти, ступенем громадянської зрілості, економічної самостійності тощо. Питання, пов'язані з обґрунтуванням і побудовою вікової періодизації молоді, у науці не мають однозначного вирішення. На думку автора, доцільним є виділення у внутрішній структурі молоді певних вікових груп. Першу групу (14–18 років) можна назвати учнівською молоддю, оскільки молоді люди цього віку переважно навчаються у загальноосвітніх навчальних закладах; другу групу (19–25 років) утворює студентська молодь, яка навчається у вищих навчальних закладах I–IV рівнів акредитації; третя група (26–35 років) — молоді люди, які активно включилися у соціально-правову практику. Зрозуміло, що такий поділ дещо умовний, але він допоможе виявити особливості правової свідомості, притаманні для кожної вікової групи.

Фахівці визначають правосвідомість як систему взаємопов'язаних компонентів, до яких належать:

- 1) знання про право як регулятор суспільних відносин;
- 2) уявлення про власні права і свободи, обов'язки, відповідальність, а також види діяльності, регульовані правом;
- 3) ставлення до правових явищ (до права в цілому, до вимог конкретних норм права, до юридичних установ і їхньої діяльності);
- 4) установки на здійснення юридично значущих дій [5, 355].

Співвідношення вказаних елементів неоднакове у різних вікових груп молоді. Для молодих людей віком від 14 до 18 років характерне отримання правових знань та формування уявлень про власні права, свободи і обов'язки під час вивчення шкільного курсу правознавства, практичного права та інших дисциплін. Певне ставлення до права формується і стабілізується у наступному віковому періоді. Настанови на здійснення юридично значущих дій остаточно закріплюються у межах останньої вікової групи молоді.

У лютому 2009 р. соціологічною лабораторією та кафедрою правознавства, соціології та політології Дрогобицького державного педагогічного університету імені Івана Франка було проведено соціологічне опитування студентів першого курсу. Його результати підтверджують, що молодь віком до 18 років не має чіткого розуміння поняття права та його соціальної значущості. На питання «Що Ви вкладаете у поняття «право»? із запропонованих варіантів 38,3 % студентів вибрали відповідь «Право — це перелік свобод, які держава гарантує своїм громадянам»; 28,4 % — «Право — це сукупність загальнообов'язкових, формально визначених правил поведінки»; 15,7 % ототожнюють право і закон, що виражає волю держави; 17,3 % студентів сприймають право як один із видів соціальних норм, що має таку ж силу, як мораль чи релігія; тільки 0,3 % опитаних вказали інший варіант відповіді.

У відповідях на питання «Оцініть свій рівень правової культури» виявляється певний суб'єктивізм. 53,1 % першокурсників відповіли, що не досконало знають закони, однак намагаються їх не порушувати; 11,2 % — законів

не знають, але ніколи не порушують ніяких моральних чи етичних правил поведінки. Тільки 15,8 % опитаних визнали, що знають закони, ніколи не порушують правових норм, водночас 17,4 % студентів відповіли, що знають закони, але інколи можуть їх порушувати, якщо впевнені, що це не стане відомо. Відрадно, що тільки 1,9 % студентів не знають законів, але їм байдуже, чи порушують їх, оскільки завжди діють у власних інтересах, та 0,6 % — не змогли оцінити свій рівень правової культури.

Питання «У яких правових знаннях Ви відчуваєте найбільшу потребу?» виявило, що 67,5 % студентів відчувають потребу у знаннях своїх прав, свобод та обов'язків; 22,1 % — у знаннях трудового, сімейного, цивільного законодавства; 9,8 % — у знаннях адміністративного та кримінального права; 0,6 % — не відчувають потреби у правових знаннях.

Відповідаючи на питання «Що для Вас є основним джерелом правової інформації», студенти вказали спеціальні друковані видання (6,3 %), спілкування з родичами, друзями, знайомими (26,0 %), засоби масової інформації (27,7 %), навчальну дисципліну «Основи правознавства» у школі та ВНЗ (38,0 %).

Наведені результати соціологічного опитування підтверджують, що основою правової свідомості молоді людини є системні правові знання про суспільство, його інститути та процеси, про державу та її органи, про норми, що регулюють відносини людей між собою та з владою, про взаємні права, свободи та обов'язки людини і держави. Правові знання формують раціональний елемент у структурі правової свідомості молоді. Тому молодь повинна здобувати ці знання систематично і безперервно, у процесі шкільного, вищого і професійного навчання, а також шляхом самоосвіти.

Психологічний елемент правової свідомості молоді людини формується на основі повсякденного сприйняття нею правових явищ та процесів і проявляється у вигляді почуттів, переживань, стереотипів тощо.

Поведінковий елемент — це вольова сторона правосвідомості, мотиви і настанови, від яких залежить, чи буде поведінка молоді людини правомірною, соціально корисною чи неправомірною, соціально шкідливою або небезпечною. Практика свідчить, що людина можна знати правові норми, але діяти всупереч цьому знанню, і навпаки, — можна не знати конкретної юридичної норми, але діяти в межах права, керуючись внутрішніми переконаннями. Позитивне ставлення до права, визнання верховенства права і правління законів зумовлює потребу влаштування повсякденного життя згідно з вимогами правових норм. Підтвердженням високого рівня правової свідомості особи є інтеріоризація, тобто глибоке засвоєння нормативних вимог права і перетворення його з жорсткої системи зовнішніх приписів на її усталені внутрішні якості.

Загальною особливістю правової свідомості української молоді є випередження правових знань порівняно з набутим життєвим досвідом. У сучасних умовах молоді люди отримали можливість досить активно включатися в соціально-правову практику. Наприклад, право на підприємницьку діяльність, закріплене ст. 42 Конституції України [9], зумовило утворення окремої групи — молодих підприємців — зі своєю правосвідомістю, якій властиві знання

цивільного, адміністративного, фінансового та інших галузей права. Молоді люди — наймані працівники — володіють знаннями трудового права та права соціального забезпечення тощо. Однак обсяг, змістовна сторона цих знань та їх систематизованість можуть бути різними.

Окрема група молоді характеризується наявністю спеціалізованих, деталізованих знань чинного законодавства, вмінь і навичок його застосування. Це стосується студентів вищих юридичних навчальних закладів та юристів, які виступають носіями професійної правосвідомості, що формується у ході спеціальної підготовки та у процесі здійснення юридичної діяльності. За спостереженнями соціологів, «особливість сучасної правосвідомості українського суспільства полягає в парадоксі між правовим нігілізмом, відторгненням від права як регулятора відносин, несприйняттям права й престижністю юридичних професій, про що свідчать високі конкурси в юридичних вузах. Право ще не стало однією з першорядних цінностей, потрібних для повсякденного життя, вплетених в тканину правосвідомості та поведінці груп, окремих особистостей, але воно набуло значення важливого чинника соціальної мобільності. Юридичну освіту, залученість до юридичної системи розглядають як досить високі статусні характеристики. Юридичні професії (хоча й різною мірою) в громадській думці пов'язуються з солідними доходами, з певними обсягами владних повноважень, які дозволяють впливати на поведінку людей, з особливого роду знаннями, які виділяють їх носіїв веред інших соціальних верств населення» [10, 150].

Разом з тим зростання престижу юридичних професій можна оцінити як позитивне явище. Потребу суспільства у правовому регулюванні всієї системи суспільних відносин можуть задовольнити лише спеціальні групи людей, які володіють ґрунтовними професійними юридичними знаннями.

Молодим вченим-правознавцям притаманна науково-теоретична правова свідомість, яка характеризується всебічним, повним усвідомленням сутності правових явищ та процесів і формується на основі глибоких досліджень соціально-правової дійсності. Сьогоднішні молоді вчені — це завтрашня наукова юридична еліта України. Займаючись науковою, викладацькою, дослідною діяльністю, вони працюють на майбутнє — їхні наукові пошуки сприяють розвитку національної системи права, впливають на формування правової системи суспільства в цілому.

Основна частина української молоді виступає носієм буденної правосвідомості, яка формується під впливом конкретних умов життя молодої людини, її емпіричних знань про право, законність, юридичну відповідальність тощо. На рівні буденної правосвідомості багато молодих людей ототожнюють поняття «право» і «закон», а сам закон сприймають як імператив: наказ діяти тим або іншим чином або заборону певної поведінки під загрозою застосування покарання. Одним із найважливіших факторів, що безпосередньо і досить активно впливає на правосвідомість молодої людини, вважається культура правотворчості. Підґрунтям смислової позиції в даному разі є ставлення до вже готового, закріпленого у нормі права варіанта поведінки за співвідношенням «пра-

вильно — неправильно», «врегульоване — не врегульоване» [7, 121]. Звичайно, право «в текстах» активно впливає на формування тих чи інших правових знань, уявлень та оцінок, а домінанта позитивних чи негативних оцінок права і закону детермінує тип правосвідомості. «Валовий» підхід до законотворчості, прийняття законів без надійних механізмів їх реалізації або взагалі непродуманих, розбіжності між законами і підзаконними нормативно-правовими актами, порушення законних прав і свобод людини і громадянина формують негативне ставлення до права і закону у суспільства в цілому та молоді зокрема.

Свідомість сучасної української молоді не випадково зараз характеризується як «розколота» [11, 100]. Кризові явища політичного, економічного та соціального характеру суттєво впливають на правосвідомість молоді, зумовлюючи різні види її деформації. Як справедливо вважає Ю. Калиновський, «деформації правосвідомості являють собою викривлення форми та змісту правових настанов, навичок та звичок на інституційному та неінституційному рівнях, що відображається перш за все у діяльності та дискурсивних практиках суб'єктів правовідносин, а також у засобах вирішення конфліктних ситуацій, стереотипізованих серед широких верств населення» [12, 218–219].

Розрізняють кілька видів деформацій правосвідомості: правовий нігілізм, правовий ідеалізм (романтизм), правовий інфантилізм, правовий дилетантизм, правова демагогія [5, 360–361]. Українській молоді певною мірою притаманний правовий інфантилізм, який характеризується слабкістю правових знань при твердій впевненості особи у їх належному рівні. Із ним межує правовий дилетантизм, тобто в цілому легковажне ставлення до права за наявності поверхневих, безсистемних правових знань. Найбільш небезпечним видом деформації правової свідомості молоді є правовий нігілізм, який проявляється у байдужому, зневажливому або негативно-заперечувальному ставленні до права, закону і правового порядку. Правовий нігілізм взагалі вважається характерною рисою правової свідомості українців, його коріння — у нешанобливому ставленні до права, яке століттями служило інтересам держави, а не суспільства та особи. У молодих людей правовий нігілізм обумовлений передовсім такими негативними соціально-психологічними рисами, як недосвідченість, соціальна апатія, конформізм, агресивність, відмова від традиційних моральних і культурних цінностей та ін. Правовий нігілізм у молоді може переростати у більш небезпечні форми: спочатку виробляються антиправові настанови і стереотипи, з'являється почуття всюдозволеності, яке у кінцевому результаті підштовхує до вчинення правопорушень. Такий різновид деформації правової свідомості, який характеризується наявністю у носіїв наміру на здійснення правопорушень, називається переродженням правосвідомості [13, 5]. Аналіз сучасних тенденцій злочинності молоді виявляє, що молоді люди все частіше скоюють злочини, які раніше вчиняли тільки дорослі, злочинність молоді набуває все більш організованого, групового характеру, останнім часом виникають тенденції до автономізації злочинності молоді як наслідок прагнення до незалежного способу життя (особливо в матеріальному плані) [14, 87].

Деякі фахівці спостерігають також негативну тенденцію криміналізації

правосвідомості, під якою розуміють поширення антисупільних поглядів, уявлень і настанов, які частково виправдовують ті чи інші злочинні дії, культивування цінностей і норм кримінального середовища, перенесення у масову культуру і повсякденний побут субкультури пенітенціарних установ [15, 78–79]. Розвитку таких поглядів та установок серед молоді сприяє романтизація злочинного світу в кінематографі, у художній літературі та інших сферах мистецької діяльності. Певною мірою впливають засоби масової інформації, які висвітлюють силу криміналітету, його зв'язки з представниками політичної еліти і силових структур, корумпованість органів влади тощо.

Важлива роль у протидії різним видам деформації правосвідомості молоді традиційно відводиться підвищенню рівня правової культури молодих людей, формуванню у них позитивного ставлення до права та довіри до закону. Варто врахувати позитивне значення таких правових засобів, як адаптація правових приписів до існуючих у молодіжному середовищі ціннісних орієнтацій, сприяння ініціативі та активності молоді в усіх сферах життєдіяльності суспільства, у тому числі правовій.

У цілому правосвідомість молоді відображає якісний стан правового розвитку цієї специфічної соціальної групи. Разом з тим рівень правової свідомості української молоді у недалекому майбутньому визначатиме рівень правового розвитку українського суспільства в цілому і впливатиме на наступні покоління. Для забезпечення прогресивної гуманістичної динаміки суспільних відносин необхідно підготувати молодь до самостійних творчих дій у сфері реалізації права, створити належні умови для засвоєння молодими громадянами України правових цінностей (правових норм, принципів, навичок правомірної поведінки) й практичного впровадження їх у правову діяльність. Метою подальших наукових досліджень повинна стати розробка й обґрунтування концепції формування високого рівня правової свідомості молодої людини із врахуванням її індивідуальних особливостей — віку, соціального досвіду, професійної підготовки, інтересів, звичок, схильностей тощо.

Література

1. Теория государства и права / под ред. С. С. Алексеева. — М. : Юрид. лит., 1985. — 480 с.
2. Скакуп О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник / О. Ф. Скакуп. — Х. : Еспада, 2006. — 776 с.
3. Теория государства и права: курс лекций / под ред. П. И. Матузова и А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрист, 2007. — 768 с.
4. Байпиззов Р. С. Философия правосознания: постановка проблемы // Правоведение. — 2001. — № 5. — С. 12–23.
5. Крестовська П. М. Теорія держави і права: Елементарний курс / П. М. Крестовська, Л. Г. Матвеева. — Х. : Одиссей, 2007. — 432 с.
6. Соціологія : курс лекцій : навч. посіб. / за ред. С. А. Щудло, Т. М. Романіва, І. Л. Мірчук. — Дрогобич : Вимір, 2004. — 240 с.
7. Головченко В. Особливості формування правової культури молоді // Право України. — 2004. — № 10. — С. 120–123.
8. Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні : Закон України від 5 лют. 1993 р. № 2998-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2998-12.

9. Конституція України: прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
10. Соціологія права: навч. посіб. / О. М. Джужа, В. М. Вовк [та ін.] ; за заг. ред. О. М. Джужа. — К. : Юрішком Інтер, 2004. — 288 с.
11. Головченко В. Правові механізми формування правосвідомості студентів / В. Головченко, А. Потьомкін // Право України. — 2006. — № 4. — С. 100–103.
12. Калиновський Ю. Ю. Правосвідомість українського суспільства: генеза та сучасність: монографія / Ю. Калиновський — Х. : Право, 2008. — 288 с.
13. Ромашов Р. А. Правовая культура и правовой нигилизм в молодежной среде / Р. А. Ромашов, Е. Г. Шукшина // История государства и права. — 2006. — № 2. — С. 2–8.
14. Япицька П. Сучасні тенденції злочинності серед молоді // Право України. — 1998. — № 12. — С. 86–88.
15. Ряшко В. І. Соціологія права у запитаннях і відповідях: (навч.-метод. посіб. для курсантів, студ. і слухачів) / В. І. Ряшко, Р. В. Сокол. — Л. : ЛІВС при НАВС України, 2002. — 196 с.

Анотація

Проць О. Є. Правова свідомість молоді в Україні: особливості і види деформації. — Стаття.

У статті досліджуються особливості правової свідомості молоді в Україні та її деформації. Молодь — це особлива соціальна група. Завданням Української держави є формування в української молоді високого рівня правової свідомості. Від цього залежать перспективи побудови в Україні правової держави і громадянського суспільства.

Ключові слова: деформації правосвідомості, молодь, правовий нігілізм, правова свідомість, правова соціалізація.

Summary

Prots O. E. Legal consciousness of youth in Ukraine: peculiarities and kinds of deformation. — Article.

In the article peculiarities of youth's legislative consciousness in Ukraine and its deformation are investigated. Youth is a special social group. The task of Ukrainian state is to form a high level of youth's law consciousness. It has influence on the perspectives of development of legal state and civil society in Ukraine.

Keywords: deformation of legal consciousness, youth, law nihilism, legislative consciousness, legal socialization.

УДК 351.74:340.132

О. О. Джураєва

ПРАВООХОРОННА ДІЯЛЬНІСТЬ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ПРАВОПОРЯДКУ В СУЧАСНІЙ ДЕРЖАВІ

У сучасній правовій науці дослідження проблем правопорядку має не тільки глибоке теоретичне, але й практичне значення. І це закономірно, бо від того, як розуміються, а головне, як застосовуються інститути правопорядку, залежать результати ефективності функціонування усієї правової системи та їх вплив на всі сфери суспільного розвитку. Будь-яка демократична держава своїм завданням має встановлення та підтримання правопорядку в країні. Забезпечення правопорядку є невід'ємною складовою діяльності держави, в якій декларується принцип верховенства права.

© О. О. Джураєва, 2009

Поняття правопорядку є багатограним і функціонально змістовним. У загальному розумінні, правопорядок — це порядок, що визначений та регулюється правом.

Забезпечення безпеки громадян, держави і суспільства в цілому є важливою умовою власне самого існування громадського суспільства. І правоохоронні органи є безпосередньо відповідальними за безпеку кожного громадянина на території України і за її межами.

Така теоретична і практична значущість проблеми визначає інтерес науковців до неї. Це, зокрема, роботи М. В. Бойчука, Л. М. Давиденка, В. Н. Казакова, Л. Ф. Кваши, А. Ф. Крижанівського, Н. Є. Петрова та інших.

Зміцнення власної безпеки є стійкою тенденцією розвитку суспільства. Це зумовлено об'єктивними потребами та інтересами людей, які повинні використовувати усі наявні правові засоби, насамперед право і законність, для постійного зміцнення власної безпеки. Безпека, стан захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства і держави від внутрішніх та зовнішніх загроз, має бути гарантована правоохоронними органами у різних сферах життєдіяльності — економічній, політичній, військовій, технологічній, інформаційній, екологічній та ін. [1, 36].

Світовий досвід розвитку юриспруденції показує, що ефективна боротьба зі злочинністю неможлива без підтримки громадськості, без широкого залучення приватних осіб до справи виявлення та розкриття злочинів [2, 111].

Що стосується правопорядку, то він є складовою частиною, елементом правової реальності, яка утворюється у суспільстві у результаті існування і функціонування у ньому права і правових явищ, суспільно-правових наслідків і процесів, породжуваних правом. Як і право в цілому, правопорядок є загально-визнаним наочним фактом і невід'ємною частиною існуючого у суспільстві офіційного, державно-публічного і приватно-правового життя, яке щоденно виявляється в багатоманітних обставинах життєдіяльності окремих особистостей, спільнот людей та їх об'єднань [3, 72].

Забезпечення правопорядку засобом ефективної правоохоронної діяльності — це одне з головних завдань кожної демократичної сучасної держави. І навіть демократія і свобода особи, права людини і громадянина залишаються порожніми словами доти, поки та оскільки відсутній надійний та ефективний механізм практичної реалізації і захисту цих прав і свобод. При всій значимості самоорганізації народу, ролі суспільних об'єднань тільки держава через спеціально створювані органи і структури здатна забезпечити всебічне реальне виконання завдань по захисту життя, честі, гідності своїх громадян, їхніх законних інтересів і власності. Навіть приватні детективні та охоронні органи повинні діяти тільки на основі чітко встановлених державою правил і норм.

Правоохоронні органи створюються державою для виконання відповідних функцій, що є конкретними напрямками такої діяльності, а саме: конституційний контроль, правосуддя, прокурорський нагляд, виявлення та розслідування правопорушень, юридична допомога та захист у кримінальних і цивільних справах. До ознак, характерних для органів, які виконують правоохоронні функції,

належать: державно-владна, юрисдикційного характеру; підзаконність та точна урегульованість діяльності; правозастосовчий характер рішень, що приймається цими органами; застосування примусу.

В Україні відсутнє конституційне закріплення поняття та системи правоохоронних органів. Тільки у ч. 3 ст. 17 Конституції наводиться термін «правоохоронні органи»: забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України покладається на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначається законом [4]. У коментарі до цієї статті, зробленому Інститутом законодавства Верховної Ради України, до вказаних органів належать: Служба безпеки, Національна гвардія, Внутрішні війська МВС, міліція тощо.

Дане положення відображено також у Законі України «Про надзвичайний стан» від 16 березня 2000 р. Так, забезпечення громадянського порядку, охорони життя, здоров'я, прав, свобод і законних інтересів громадян в умовах надзвичайного стану може здійснюватися силами і засобами органів внутрішніх військ Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України, Служби безпеки України відповідно до чинного законодавства.

Основні ідеї використання збройних сил для боротьби з зовнішніми і внутрішніми ворогами ми знаходимо навіть у древніх письмових джерелах. У класичній праці давньокитайського стратега У Цзи (V–IV ст. до н.е.) стосовно цього питання говориться: «Звичайно піднімають військо на війну за п'ятьма причинами: перша — через славу; друга — через вигоду; третя — через образи; четверта — через внутрішні безладдя; п'ята — через голод. Ці причини, у свою чергу, обумовлюють п'ять видів військ: перший — справедливі війська; другий — насильницькі війська; третій — шалені війська; четвертий — жорстокі війська; п'ятий — заколотні війська» [5].

Таким чином, бачимо, що для боротьби з внутрішніми безладдями вже в стародавності застосовувалися особливі «жорстокі війська».

Відомо, що розвиток будь-якої держави сполучено з виникненням і удосконалюванням спеціальних сил і засобів, призначених для силового забезпечення внутрішньої безпеки і стабільності суспільства. У свою чергу, це пов'язано з розвитком функцій і механізму держави. Таким чином, функції виступають одним з визначальних критеріїв у процесі розвитку збройних формувань, призначених для забезпечення правопорядку і внутрішньої безпеки держави [6].

Однією з важливих обставин значення правоохоронної діяльності у забезпеченні правопорядку є взаємодія правоохоронних органів із ЗМІ та правозахисними суспільними організаціями. Загальною метою такої взаємодії є використання можливостей ЗМІ та суспільних організацій для вирішення професійних завдань, що стоять перед правоохоронними органами. А саме: виявлення порушень законів, реагування на допущені правопорушення, підвищення інформованості громадян про стан правопорядку в суспільстві, захист прав та свобод людини та громадянина [2, 114].

У класично-теоретичній уяві, правовий порядок — це стан упорядкованості, організованості суспільних відносин на підставі та у відповідності до норм

національного права. Характерними ознаками правопорядку є дотримання чинних законів (норм права), правил поведінки усіма суб'єктами правовідносин, можливість вільної реалізації наданих прав і добровільного виконання покладених обов'язків. Феномен та особливість правопорядку полягає в тому, що його зміст становлять як правові, так і неправові елементи, процеси, правила, звичаї. Їх головне призначення сприяти встановленню, підтриманню та регулюванню правомірності поведінки суб'єктів суспільних відносин.

Загалом, функція забезпечення правопорядку має багатовікову історію, а на сьогодні є не менш важливою, ніж такі функції, як господарська, соціальна чи політична.

Функція охорони правопорядку, чи правоохоронна функція, — одна з основних, виникаючих відразу ж з виникненням держави, тому що порядок у суспільстві є неодмінною умовою нормального існування і розвитку як суспільства в цілому, так і самої держави. В завдання цієї функції входить охорона пануючого способу виробництва і пануючої та інших форм власності. У руслі цієї функції знаходиться і охорона прав і свобод громадян. У ряді джерел охорона прав і свобод і різних форм власності виділяється в самостійну функцію. Здійснюючи цю функцію, держава шляхом видання законів встановлює в суспільстві визначений порядок (правопорядок), перелік порушень правопорядку (правопорушень), визначає міри відповідальності за правопорушення, за допомогою процесуального законодавства визначає процедуру (порядок) розслідування, розгляду справ, пов'язаних із правопорушеннями, установлює систему правоохоронних органів, покликаних вести боротьбу з правопорушеннями (органи слідства, суду і т.д.), визначає їх компетенцію і т.д.

У вітчизняній науковій, військовій і юридичній літературі питання розкриття ролі збройних сил, жандармерії, інших спеціальних воєнізованих підрозділів держав у забезпеченні внутрішньої безпеки і громадянського порядку знайшли визначене відображення. Їх вивчення показує, що й у минулому, і в даний час ця проблема сполучена з глобальними внутрішніми проблемами, пов'язаними з етнічними і соціальними конфліктами, посиленням поширення озброєнь, тероризмом і, що сьогодні злободенно, міжнародною злочинністю і проблемами забруднення навколишнього середовища.

Статистика показує, що тільки за останні два десятиліття у світі відбулося близько сорока різних конфліктів, велика частина з яких — внутрішньодержавні конфлікти.

Дослідження даної проблеми показало, що державами давно ведеться пошук дієвих заходів по найбільш ефективному забезпеченню внутрішньої безпеки і громадянського порядку в країні. Вирішення цієї проблеми сполучено зі здійсненням саме державою, яка займає центральне місце в політичній системі суспільства, відповідних функцій і створює для їхнього здійснення свою правоохоронну систему.

Аналіз існуючих концепцій по забезпеченню внутрішньої безпеки показує, що найчастіше держави використовували такі засоби захисту від внутрішніх погроз: по-перше, шляхом соціального маневрування і маніпулювання; по-друге,

застосуванням різних видів насильства; по-третє, за допомогою фундаментальної реконструкції соціальної структури суспільства.

Особливості статейного викладання цього питання не дозволяє досить докладно розглянути організаційно-правові основи діяльності внутрішніх військ по здійсненню внутрішніх функцій держави. Проте основні висновки з цього питання такі: 1. Вивчення нормативної бази сучасної держави з питання здійснення Збройними Силами функцій внутрішньої безпеки дозволяє зробити висновок про поширення здійснення внутрішніх функцій насамперед на внутрішні війська, де останні виступають однією з основних сил при вирішенні розглянутої проблеми. 2. Правове забезпечення організації і діяльності внутрішніх військ прямо сполучено з внутрішніми функціями держави. 3. Правові основи формування і діяльності внутрішніх військ — це сукупність початків, виражених у різних формах, відповідно до яких будуються і здійснюються свою діяльність внутрішні війська. Правові основи формування і діяльності внутрішніх військ є особливою системою, що характеризується структурністю, цілісністю, ієрархічністю і взаємністю [7].

Таким чином, функція забезпечення правопорядку в сучасній державі зводиться до діяльності правоохоронних органів по охороні правопорядку від порушень, забезпеченню відповідності поведінки людей правовим розпорядженням, установленим державою, так само як стосовно до державної влади не виникала проблема поділу безпеки держави і безпеки громадянського суспільства.

Література

1. Бойчук М. В. Правопорядок і безпека особистості у громадянському суспільстві // Трибуна. — 2002. — № 9–10.
2. Петрова Н. Е. Взаимодействие общества и государства в обеспечении правопорядка // Право и государство: теория и практика. — 2006. — № 6.
3. Крижанівський А. Ф. Правопорядок як феномен правової реальності // Юридический вестник. — 2004. — № 1.
4. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
5. У Цзы. Об искусстве ведения войны / У Цзы. — М., 1957.
6. Роша С. Н. Введение в курс теории государства и права. Ч. 2 / С. Н. Роша. — М., 1999.
7. Рожков С. П. Правовые основы осуществления вооруженными силами функций внутренней безопасности государства и охраны общественного порядка // Актуальные проблемы истории и теории российского права. — 2002. — № 4.

Анотація

Джурасва О. О. Правоохоронна діяльність у забезпеченні правопорядку в сучасній державі. — Стаття.

У статті висвітлюється сутність та значення правоохоронної діяльності у забезпеченні правопорядку в сучасній державі. Визначальним моментом виступає питання зміцнення власної безпеки, що є стійкою тенденцією розвитку суспільства. Розглядається думка, що саме забезпечення правопорядку засобом ефективної правоохоронної діяльності — це одне з головних завдань кожної демократичної сучасної держави. Дослідження даної проблеми показало, що державами давно ведеться пошук дієвих заходів по найбільш ефективному забезпеченню внутрішньої безпеки і громадського порядку в країні.

Ключові слова: правоохоронна діяльність, безпека громадян, сучасна держава, правопорядок, правоохоронні органи, права, свободи людини та громадянина, правоохоронна функція держави.

Summary

Djuraeva O. O. Law-enforcement activity in law and order ensuring in the modern state. — Article.

This article is devoted to the essence and importance of law-enforcement activity in the law and order ensuring in the modern state. The steady tendency of the development of the society is strengthening of its own safety which is a question of major importance. The opinion that ensuring of law and order by the effective law-enforcement activity is one of the main tasks of each modern democratic state is considered in this article. The research of this problem has shown that states are for a long time in search of valid means of the most effective ensuring of the state's internal security and public order in the country.

Keywords: law-enforcement activity, safety of citizens, modern state, law and order, law-enforcement authorities, human and civil rights and freedoms, law-enforcement function of state.

УДК 351.72:346.62

В. В. Добровольська

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВАЛЮТНОГО КОНТРОЛЮ У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Валютні операції за участю резидентів і нерезидентів підлягають валютному контролю. До резидентів, нерезидентів, винних в порушенні правил валютного регулювання і валютного контролю України, застосовуються фінансові санкції. Валютний контроль є складовою частиною фінансового контролю, питання та проблематика якого активно обговорюється у юридичній літературі. Під фінансовим контролем розуміють діяльність державних органів і недержавних організацій щодо забезпечення законності, фінансової дисципліни і доцільності при мобілізації, розподілі і використанні грошових фондів і пов'язаних з цим матеріальних цінностей [1, 383].

Фінансовий контроль — вартісний контроль, тому на відміну від інших видів контролю (екологічного, адміністративного тощо) він має місце у всіх сферах суспільного відтворення і супроводжує весь процес руху грошових фондів, включаючи і стадію осмислення фінансових результатів. Оскільки фінансова система охоплює всі види грошових фондів (як на регіональному рівні, так і на рівні окремих суб'єктів), фінансовий контроль є багаторівневим і всебічним [2, 55].

Основними завданнями фінансового контролю, через які розкривається його зміст, є перевірка фінансових обов'язків перед державою, організаціями і громадянами; перевірка розробки і виконання бюджету; перевірка правильності використання державними підприємствами, установами, організаціями державних грошових ресурсів (бюджетних і власних коштів, банківських позик, позабюджетних коштів, що є у їх розпорядженні); перевірка додержання правил здійснення фінансових операцій, розрахунків і зберігання грошових коштів державними установами і установами різних форм власності; перевірка фінансового стану і ефективності використання трудових, матеріальних ресурсів

підприємств і організацій, бюджетних установ, усунення і попередження порушень фінансової дисципліни.

Метою статті є сучасні зміни в організації фінансового контролю, а подекуди і в його змісті. Так, доведено, що система контролю в цілому, а також системи окремих його видів не є статичними з раз і назавжди визначеними змістом і обсягом, формами і методами. Вони формуються, змінюються і вдосконалюються відповідно до тих завдань, що держава вирішує на певних етапах розвитку [3, 39].

Розвиток демократії і парламентаризму в Україні, підвищення фахового рівня депутатів приводять до більш ретельного контролю за фінансовою діяльністю виконавчої влади і поглибленого аналізу доцільності та економічної ефективності витрати коштів при затвердженні проектів державного бюджету і позабюджетних фондів. Цьому сприяє і створення спеціальних контролюючих органів виконавчої влади.

Проблема вдосконалення правового регулювання сфери фінансового контролю не може розглядатися у відриві від процесу проведення в Україні адміністративної реформи. Оскільки безпосередньо фінансовий контроль здійснюється комітетами парламенту, Рахунковою палатою, податковими органами, Контрольно-ревізійною службою, органами Державного казначейства, Національним банком України, фінансовими підрозділами центральних органів виконавчої влади, місцевих адміністрацій та органів місцевого самоврядування, а правова регламентація діяльності цих органів здійснюється за допомогою значної кількості законів і постанов Верховної Ради України, указів Президента України, постанов і декретів Кабінету Міністрів України, інструкцій, наказів, статутів, то їх діяльність характеризується неузгодженістю, створює значне навантаження на підприємства та організації, які можуть одночасно стати об'єктом перевірок кількох контролюючих органів та проведення всіх форм фінансового контролю втілює в собі практичну реалізацію контрольної функції фінансів. Окрім цього, контроль є складовою частиною поняття управління, яке, у свою чергу, впливає із сутності держави, права та публічного управління. Тому подвійна активна роль контролю в процесах управління економікою та фінансами виявляється у тому, що він не обмежується лише констатацією допущених відхилень від вимог управлінських рішень [4, 32]. Його дані та результати не тільки формують уявлення в межах управлінських процесів про законність, доцільність чи ефективність фінансової діяльності, а й слугують підставою для подальшого впорядкування відносин та прийняття обґрунтованих управлінських рішень.

З огляду на суть процесу управління основний зміст контролю полягає в організації систематичної діяльності, спрямованої на наближення фактичного виконання до запланованого результату. Слід зазначити, що саме за допомогою контролю реалізується зворотний зв'язок, за яким до органів управління надходить інформація про реальний стан керованої системи [5, 32]. Іншими словами, найбільш ефективна та «дисциплінована» реалізація процесів у грошово-кредитній сфері об'єктивно потребує проведення нарівні із загальним (право-

вим, представницьким, адміністративним тощо) фінансового контролю у різних його формах. З цієї точки зору, фінансовий контроль необхідно розглядати у двох аспектах [6, 25]:

- як суворо регламентовану діяльність спеціальних контролюючих органів за дотриманням фінансового законодавства та фінансової дисципліни всіх економічних суб'єктів;

- як невід'ємний елемент управління фінансами і грошовими потоками для забезпечення доцільності ефективності фінансових операцій.

Останній аспект найбільш повно характеризує природу та місце державного нагляду у сфері фінансових послуг (фінансового нагляду), в системі фінансового контролю.

Органи, які здійснюють валютний контроль, мають право вимагати і отримувати від резидентів і нерезидентів повну інформацію про здійснення ними валютних операцій, банківські рахунки в іноземній валюті у межах їх повноважень.

Головним органом валютного контролю в Україні є НБУ, який відповідно до Положення про валютний контроль, затвердженого Ухвалою НБУ від 8 лютого 2000 р. № 49 в редакції, що діє [7], здійснює контроль виконання правил регулювання валютних операцій на території України з усіх питань, не віднесених законодавством до компетенції інших державних органів; НБУ забезпечує здійснення уповноваженими банками функцій валютного контролю відповідно до актів валютного законодавства України.

Державна податкова адміністрація України здійснює фінансовий контроль валютних операцій, які здійснюються резидентами і нерезидентами на території України. Міністерство зв'язку України здійснює контроль дотримання правил поштових переказів і пересилки валютних цінностей через митний кордон України.

Державна митна служба України здійснює контроль дотримання правил переміщення валютних цінностей через митний кордон України.

Уповноважені банки здійснюють контроль валютних операцій, які здійснюються резидентами і нерезидентами через ці банки. Особливому контролю підлягає проведення валютних операцій резидентами і нерезидентами, до яких застосовані спеціальні санкції відповідно до ст. 37 Закону України від 16 квітня 1991 р. № 959-ХІІ «Про зовнішньоекономічну діяльність» в редакції, що діє [8]. (Під спеціальними санкціями розуміється застосування до конкретних суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України і іноземних суб'єктів господарської діяльності індивідуального режиму ліцензування або тимчасової зупинки зовнішньоекономічної діяльності).

Відповідно до Положення про здійснення уповноваженими банками контролю за проведенням резидентами і нерезидентами, до яких застосовані спеціальні санкції згідно зі ст. 37 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» в редакції, що діє, валютних операцій через ці банки», затвердженого постановою Правління НБУ від 21 травня 2003 р. № 198 [9], у разі застосування до клієнта уповноваженого банку (резидентів) спеціальної санкції,

доручення клієнта на здійснення перерахувань коштів на користь нерезидентів по виконанню зобов'язань перед ними при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності та їх перерахування на користь нерезидентів на підставі раніше отриманих доручень від такого клієнта здійснюється тільки за наявності індивідуальної ліцензії Міністерства економіки України. Аналогічна вимога пред'являється до нерезидента, який є контрагентом клієнта уповноваженого банку, у разі застосування до нього спеціальної санкції. Залік засобів, які поступили по зовнішньоекономічних операціях на користь клієнта уповноваженого банку (резидента), до якого або до контрагента якого застосована спеціальна санкція, уповноважений банк здійснює без наявності індивідуальної ліцензії Міністерства економіки України.

Валютний контроль — це комплекс адміністративних заходів, направлених на заборону вивозу і стимулювання повернення валютних засобів у країну. Валютний контроль може поширюватися як на всі операції, передбачені платіжним балансом країни, так і на їх частину. Як правило, він поширюється на рух капіталів для захисту стабільності грошової системи і валютних резервів у період реформування економіки та є одним з невід'ємних елементів перехідної економічної політики. Валютний контроль як інструмент стабілізації руху капіталів у малих відкритих економіках обмежує коливання процентних ставок і обмінних курсів, поки не буде сформована розвинена ринкова інфраструктура і не стане можливим регулювати рух капіталів, а отже і динаміку обмінного курсу через вплив на рівень процентних ставок. Обмежуючи рух капіталів, країна дістає можливість маневру для встановлення процентної ставки на користь реальної економіки, а не виключно для забезпечення цілей курсової політики або залежно від рівня процентних ставок за кордоном.

До основних принципів валютного контролю належить: монополія банків на здійснення валютних операцій; необхідність виконання валютних операцій, яка повинна бути доведена; репатріація і обов'язковий продаж резидентами надходжень в іноземній валюті; обов'язкова декларація закордонного авуару; заборона на експорт та імпорт платіжних засобів; ізоляція внутрішнього ринку національної валюти від зовнішнього (резидентам забороняється надавати і брати позики в національній валюті у нерезидентів); заборона компенсацій і арбітражних операцій; контроль за грою на термінах на валютному ринку; контроль за валютними позиціями комерційних банків.

Валютний контроль — невід'ємний елемент економічної політики перехідного періоду. Обмежуючи рух капіталів, країна дістає можливість маневру для встановлення процентної ставки на користь реальної економіки.

Основними функціями валютного контролю, які випливають з Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» [10], є: контроль за відповідністю валютних операцій чинному законодавству, наявністю необхідних ліцензій; перевірка обґрунтованості платежів в іноземній валюті резидентами і нерезидентами; перевірка повноти і об'єктивності обліку і звітності за операціями резидентів і нерезидентів.

Функціями валютного контролю наділені державні органи і банківська система України. Відповідно до ст. 13 Декрету органами валютного контролю в Україні визначені: Національний банк України, уповноважені банки, Державна податкова адміністрація України, Міністерство зв'язку України, Державний митний комітет України.

Національний банк України є головним органом валютного контролю. Він здійснює контроль за виконанням правил регуляції валютних операцій на території України по питаннях, які входять до його компетенції. НБУ забезпечує виконання уповноваженими банками функцій щодо здійснення валютного контролю згідно з Декретом і іншими актами валютного законодавства України. Окрім функцій прямого контролю, він також здійснює державну валютну політику, виходячи з принципів загальної економічної політики України; разом з Кабінетом Міністрів України складає платіжний баланс України; контроль за заборонаю затвердженого Верховною Радою України ліміту зовнішнього державного боргу України; визначення лімітів заборгованості в іноземній валюті уповноважених банків нерезидентам; видачу в межах своєї компетенції обов'язкових для виконання нормативних актів щодо здійснення операцій на валютному ринку України; накопичення, зберігання і використання резервів валютних цінностей для здійснення державної валютної політики; видачу ліцензії на здійснення валютних операцій і ухвалення рішення про їх відміну; встановлення способів визначення і використання валютних (обмінних) курсів іноземних валют, виражених у валюті України, курсів валютних цінностей, виражених в іноземній валюті або розрахункових (клірингових) одиницях; встановлення за узгодженням з Міністерством статистики України єдиних форм обліку, звітності і документації про валютні операції, порядок контролю за їх достовірністю і своєчасним уявленням; публікацію банківських звітів про власні операції та операції уповноважених банків і тому подібне.

Уповноважені банки здійснюють контроль за валютними операціями, які здійснюються резидентами і нерезидентами через ці банки. Державна податкова інспекція України здійснює фінансовий контроль за валютними операціями, які здійснюються резидентами і нерезидентами на території України. Міністерство зв'язку України здійснює контроль за заборонаю правил поштових переказів і пересилки валютних цінностей через митний кордон України. Державний митний комітет України здійснює контроль за заборонаю правил переміщення валютних цінностей через митний кордон України.

На нашу думку, це розосередження контрольних функцій у галузі регуляції валютних відносин між різними державними органами влади не сприяє зміцненню і без того хиткого стану нашої національної валюти. Про це яскраво свідчать численні факти незаконних перекладів і пересилок валютних цінностей за межі України, приховування незаконно, а також законно зароблених валютних засобів від обов'язкового продажу, а також обов'язкового декларування, наприклад при перетині державного кордону України, проведення незаконних валютних операцій, пов'язаних з тіньовим зверненням валютних засобів всупереч вимогам чинного валютного законодавства. Автор вважає, що було б значно

простіше і ефективніше створити (наприклад на базі НБУ) єдиний державний орган, який би безпосередньо здійснював функції валютного контролю і валютного регулювання, а також координував би дії інших державних органів у цій сфері, інших господарюючих суб'єктів, кредитно-фінансових установ незалежно від форми власності і підлеглості. Створення подібного органу державної влади дозволить підвищити ефективність державного валютного контролю, а також персоніфікувати відповідальність державних службовців, що здійснюють контролюючі функції.

Слід зазначити, що валютний контроль має сенс тільки тоді, коли проводиться комплексно: ефективність контролю залежить від міцності його слабкої ланки.

В кінці слід зазначити, що валютний контроль як такий не може замінити економічну політику і забезпечити довгострокову стабільність обмінного курсу. Такого результату можна чекати лише від бюджетних програм і при досягненні країною зовнішньоторговельної рівноваги. Проте валютний контроль може понизити ризик спекулятивних атак проти національної валюти і відповідно — девальвації.

Відміна валютного контролю — остання в списку заходів лібералізації і повинна відбутися після створення умов, коли національні накопичення можна буде утримати усередині країни за допомогою сучасних конкурентоспроможних фінансових механізмів. На нинішньому етапі економічного розвитку України слід не відмінити систему валютного контролю, а удосконалювати його форми.

Головним принципом при визначенні сфери валютного контролю має бути встановлення різниці між резидентом та нерезидентом. Важливо забезпечити повну конвертованість національної валюти для нерезидентів для того, щоб забезпечити довіру до цієї валюти. Щодо нерезидентів не можна встановлювати ніяких обмежень, крім питань стосовно їхніх відносин з резидентами [11, 284]. До елементів валютного контролю належать: валютні обмеження; нагляд за валютними операціями; реєстрація валютних операцій; облік валютних операцій.

Головним елементом валютного контролю є валютні обмеження. Валютні обмеження — це система правових, економічних та організаційних заходів, встановлених в законодавчому або адміністративному порядку та спрямованих на обмеження операцій з валютними цінностями. Сутність такого режиму полягає в припиненні вільних операцій з валютними цінностями і введенні певного порядку їх здійснення [12, 278]. Валютні обмеження включають заходи по цільовому регулюванню платежів і переказів за кордон, у тому числі репатріацію прибутку, часткову або повну заборону вільної купівлі-продажу іноземної валюти.

В теорії держави та права такий режим має назву загальнодозволяючого і мається на увазі, що при ньому встановлюється загальний дозвіл, в межах якого закон встановлює обмеження здійснювати і забороняє чинити конкретні дії. Згідно з вказаним загальним дозволом кожний конкретний суб'єкт має право

бути власником валютних цінностей з усіма впливаючими з цього повноваженнями — володіння, користування і розпорядження. Однак вказані повноваження власник може реалізувати тільки способами, передбаченими законом [13, 117].

За порушення валютного законодавства на території України передбачено декілька різновидів юридичної відповідальності.

Предметом валютного регулювання і валютного контролю, а отже і предметом правопорушень, відповідальність за які передбачена ст. 207 КК України, є валютні цінності. Перелік валютних цінностей дається в ст. 1 Декрету «Про систему валютного регулювання валютного контролю». Слід керуватися переліком валютних цінностей, який дається в ст. 1 Декрету «Про систему валютного регулювання і валютного контролю», оскільки, по-перше, цим Законом безпосередньо регулюються правила здійснення операцій з валютними цінностями на території України, по-друге, названий декрет є останнім за часом ухвалення.

Крім того, для здійснення валютних операцій декретом передбачений режим ліцензування — отримання від Національного банку України ліцензій (генеральних або індивідуальних) на здійснення окремих валютних операцій. Генеральні ліцензії видаються комерційним банкам і іншим кредитно-фінансовим установам України на здійснення валютних операцій, які не потребують індивідуальної ліцензії. Індивідуальні ліцензії видаються резидентам і нерезидентам на здійснення разових валютних операцій, перерахованих в п. 4 ст. 5 декрету від 19 лютого 1993 р.:

а) вивіз, переказ і пересилка за межі України валютних цінностей, за виключенням: вивіз, переказ і пересилка за межі України фізичними особами — резидентами іноземної валюти на суму, що визначається Національним банком України; вивіз, переказ і пересилка за межі України фізичними особами — резидентами і нерезидентами іноземної валюти, яка була раніше ввезена ними до України на законних підставах; платежів в іноземній валюті, що здійснюються резидентами за межі України на виконання зобов'язань в цій валюті перед нерезидентами щодо оплати продукції, послуг, робіт, прав інтелектуальної власності та інших майнових прав, за винятком оплати валютних цінностей; платежів в іноземній валюті за межі України у вигляді відсотків за кредити, доходу (прибули) від іноземних інвестицій; вивіз за межі України іноземної інвестиції в іноземній валюті, раніше здійсненій на території України, у разі припинення інвестиційної діяльності;

б) ввезення, переказ, пересилка до України валюти України, за винятком раніше вивезеної, переказаної або пересланої на законних підставах;

в) надання і отримання резидентами кредитів в іноземній валюті, якщо терміни і суми таких кредитів перевищують встановлені законодавством межі;

г) використання іноземної валюти на території України як засоби платежу або як застави;

д) розміщення валютних цінностей на рахунках і у внесках за межами України, за винятком вказаних в декреті випадків;

е) здійснення інвестицій за кордон, зокрема шляхом придбання цінних паперів, за винятком цінних паперів або інших корпоративних прав, отриманих фізичними особами — резидентами як подарунок або у спадок.

У п. 5 ст. 5 декрету міститься важливе положення про те, що отримання індивідуальної ліцензії однією із сторін валютної операції означає також дозвіл на її здійснення іншою стороною або третьою особою, яка має відношення до такої операції, якщо інше не передбачене умовами індивідуальної ліцензії. Здійснення будь-який з перерахованих в п. 4 ст. 5 декрету валютних операцій без індивідуальної ліцензії тягне згідно з п. 2 ст. 16 декрету застосування фінансових санкцій — відповідальність у вигляді штрафу в сумі, еквівалентній сумі відмічених валютних цінностей, перерахованої у валюту України за обмінним курсом Національного банку на день здійснення таких операцій.

Можна зробити висновок, що застосування до суб'єкта ВЕД розглянутих спеціальних санкцій може викликати чималі ускладнення в зовнішньоекономічній діяльності цього суб'єкта, зашкодити його репутації і довірі до нього. Важливим моментом є також те, що ініціаторами застосування спеціальних санкцій виступають податкові, митні й інші правоохоронні органи. «Зловити» суб'єктів з метою застосування спеціальних санкцій найчастіше можуть на порушеннях податкового, валютного, митного, а також іншого законодавства (законів). Тому суб'єктам необхідно допускати менше всього формальних приводів, а по можливості взагалі їх не допускати, особливо у відмічених вище аспектах (податкові, валютні, митний режими), які могли б дати можливість застосування спеціальних санкцій. Суб'єктам, до яких застосована спеціальна санкція, необхідно уважно проаналізувати законність застосування цієї санкції, і якщо виникнуть сумніви в її законності, то можна звертатися в судові органи для її скасування.

Банки і фінансові установи у разі несплати штрафів за порушення валютного законодавства платять їх в судовому порядку. Такі зміни до Положення про валютний контроль закріплені ухвалою Національного банку України від 29 січня 2003 року (набуло чинності 24 лютого 2003 року.)

НБУ подаватиме позов до господарського суду по місцезнаходженню правопорушника після 10 днів з дня закінчення терміну для добровільної сплати штрафу. Попередня редакція положення передбачала, що у разі несплати штрафу банком або фінустановою він підлягає примусовому стягненню органами Державної виконавчої служби по місцезнаходженню порушника.

Література

1. Адміністративне право України / за ред. Ю. П. Битюка. — Х., 2000. — 623 с.
2. Павлов Д. Розвиток законодавства про фінансовий контроль як напрям фінансово-правового забезпечення адміністративної реформи в Україні // Підприємство, господарство і право. — 2001. — № 10. — С. 54–56.
3. Авер'янов В. Б. Виконавча влада і державний контроль / В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко. — К., 1999. — 180 с.
4. Государственный финансовый контроль / С. В. Степашиц, Н. С. Столяров, С. О. Шохин, В. А. Жуков. — С.Пб., 2004. — 390 с.

5. Онищенко В. А. Податковий контроль (основи організації) / В. А. Онищенко. — К., 2002. — 268 с.
6. Эриашвили Н. Д. Финансовое право / Н. Д. Эриашвили. — М., 2000. — 379 с.
7. Про затвердження Положення про валютний контроль : постапова правління Національного банку України від 8 лют. 2000 р. // Офіційний вісник України. — 2000. — № 14. — С. 41.
8. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон УРСР від 14 квіт. 1991 р. // Голос України. — 1991. — 12 черв.
9. Про затвердження Положення про здійснення уповноваженими банками контролю за проведенням резидентами та нерезидентами, до яких застосовані спеціальні санкції згідно зі статтею 37 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», валютних операцій через ці банки : постапова правління НБУ від 21 квіт. 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 25. — С. 285.
10. Про систему валютного регулювання і валютного контролю : декрет Кабінету Міністрів України від 19 лют. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 17. — Ст. 184.
11. Кармапов С. Банківське право України / С. Кармапов. — Х., 2000. — 365 с.
12. Алисов Е. Финансовое право Украины / Е. Алисов. — Х. : Консум, 2000. — 290 с.
13. Алисов Е. Правовое регулирование валютных отношений в Украине / Е. Алисов. — Х. : Консум, 1998. — 186 с.

Анотація

Добровольська В. В. Деякі питання валютного контролю у сфері господарювання. — Стаття.

Найважливішим питанням для України є вдосконалення і розвиток існуючих засобів і методів валютного регулювання для забезпечення самостійності і стабільності національної валюти, для зменшення ризиків девальвації української гривні в результаті валютної інтервенції з боку іноземних валют. Центральним завданням валютного контролю повинен бути не стільки захист адміністративними засобами національної валюти, скільки забезпечення економічної незалежності України. Таким чином, режим валютних обмежень покликаний захистити економічні інтереси українських юридичних і фізичних осіб, а також держави в цілому на перехідному етапі становлення і розвитку ринкових відносин в Україні.

Ключові слова: валютний контроль, резиденти, нерезиденти, валютні цінності, валютне регулювання, фінансовий контроль, контролюючі органи, адміністративна реформа.

Summary

Dobrovol'ska V. V. Some Questions of Currency Control in Market Sphere. — Article.

A major question for Ukraine is perfection and development of existent facilities and methods of the currency adjusting for providing of independence and stability of national currency, for diminishing of hyphen of devaluation of the Ukrainian hryvnya as a result of currency intervention from the side of foreign currencies. It must be the central tasks of currency control not so much defence of national currency, скільки providing of economic independence of Ukraine, administrative facilities. Thus, the mode of currency limitations is called to protect economic interests of the Ukrainian legal and physical entities, and also states on the whole on the transitional stage of becoming and development of market relations in Ukraine.

Keywords: currency control, residents, non-residents, currency values, currency regulation, financial control, control bodies, administrative reform.

ОСОБЛИВОСТІ НАГОРОДНИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР ТА НАПРЯМИ ЇХ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Актуальність дослідження специфіки нагородних адміністративних процедур як одного з різновидів заохочувальних процедур у сфері публічного управління, в першу чергу, зумовлена необхідністю системного вивчення нагородної справи, що діє на сьогоднішній день в Україні задля усунення прогалин чинного законодавства. Нагородні процедури займають особливе місце в системі заохочувальних процедур, оскільки являють собою заохочення найвищого рівня — визнання державою особливого значення дій особи, позиціонування її як прикладу та гідного наслідування. Сене нагород полягає в тому, щоб заохочувати соціально корисну поведінку громадян і представляти суспільству зразки честі, гідності, відданості Батьківщині. Нагороди, навіть якщо вони мають матеріальний еквівалент, є насамперед моральною цінністю, адже вони свідчать про визнання державою і суспільством реальних заслуг людини.

Проте в останні роки державні нагороди все більше нівелюються, що значно зменшує їхній потенціал як методу управлінського впливу і формування правосвідомості особи. Цей процес має бути припинений найближчим часом, зважаючи на його руйнівний вплив як на свідомість громадян, так і на загальнодемократичні принципи публічного управління в Україні. Якщо орденом, медаллю чи почесним званням нагороджують людину, що негідна цієї нагороди, то це плямує як ці регалії, так і саму державу. Отже, кожна держава має дбати про відповідність своїх нагород заслугам нагороджених, щоб не бути дискредитованою.

Детальний аналіз сутності нагородних процедур, виявлення їх особливостей та правового регулювання є основою для визначення способів підвищення ефективності даного методу впливу на відносини у сфері публічного управління, що, у свою чергу, суттєво впливає на удосконалення правотворчої і правозастосовчої діяльності публічних органів.

У сучасній юридичній науці все більше вчених доходять висновку, що існуюча до сьогодні система заходів, направлених на створення умов дотримання режиму законності, стає все менш результативною. Майже кожна галузь права серед свого інструментарію має усталену систему примусових заходів, яка має тенденцію до посилення карного впливу, в той час як увага до інших інструментів впливу на свідомість особи, майже не використовується. Зокрема, підвищенню значення заохочення в праві присвячували свої праці такі вчені, як С. Арутюнова [2, 65], О. Гущина [4, 14], Д. Караваєв [5, 43].

Звертається увага і на специфіку заохочень правомірної поведінки та стимулювання активної суспільно корисної поведінки в окремих сферах суспільного життя. Так, О. Стрельченко [12, 20] проведено дослідження особливостей заохочення у сфері охорони здоров'я. Проблема заохочення і винагородження

правомірної поведінки займає чільне місце в дослідженнях фахівців трудово-го права.

Система заохочувальних заходів, у тому числі нагородних процедур у сфері управління, залишається майже не дослідженою. Незважаючи на те, що для адміністративного права характерним є розгляд примусу, переконання і заохочення на одному щаблі (дані методи розглядаються як рівноцінні), цілком очевидним є домінування примусових заходів і спотворене розуміння завдань і цілей методу заохочення, що суттєво впливає на ефективність управлінського впливу органів публічної влади.

Метою написання даної статті є вивчення особливостей нагородної процедури в Україні, що дозволить визначити способи її вдосконалення, напрями усунення прогалин чинного законодавства, що регулює порядок нагородження державними нагородами, та підвищення ефективності даного методу публічного управління.

В першу чергу слід визначити місце нагородних процедур у системі заохочувальних процедур у сфері публічного управління. Як відомо, нагородними є заохочувальні адміністративні процедури, що визначають правозастосовчу діяльність з відзначення за видатні заохочувальні вчинки шляхом нагородження державними нагородами України.

Згідно зі ст. 92 Конституції України державні нагороди встановлюються виключно законом. Спеціальним законом, що встановлює державні нагороди України для відзначення громадян за особисті заслуги перед Україною, є Закон України «Про державні нагороди» [9]. На підставі положень вказаного закону Указом Президента України «Про Порядок представлення до нагородження та вручення державних нагород України» [10] встановлено загальні положення щодо нагородних адміністративних процедур. Указами Президента України затверджуються також статuti і положення про конкретні державні нагороди, якими визначаються не тільки підстави для нагородження, опис державної нагороди, а також і особливості нагородної адміністративної процедури з нагородження конкретною державною нагородою.

Законом України «Про державні нагороди» [9] встановлено такі види державних нагород: звання Герой України; орден; медаль; відзнака «Іменна вогнепальна зброя»; почесне звання України; Державна премія України; президентська відзнака, а також конкретні державні нагороди відповідно до зазначених видів, крім президентських відзнак. Згідно зі ст. 106 Конституції України Президент України самостійно встановлює президентські відзнаки.

Державні нагороди є вищою формою заохочення громадян за видатні заслуги у захисті Вітчизни, державному будівництві, економіці, науці, культурі, мистецтві, вихованні, освіті, охороні здоров'я, громадській діяльності та інші видатні заслуги перед державою.

Однією з найбільших проблеми нагородних процедур є використання в законодавстві великої кількості оціночних категорій, які мають розмитий, нечіткий характер. Слід зважати на те, що особи, крім відзнак, отримують соціальні пільги та певні матеріальні блага, тому процедура нагородження по-

винна бути справедливою, зрозумілою та прозорою, а отримання нагороди повинно бути позбавлено суб'єктивної, упередженої думки конкретної особи, яка має право нагороджувати від імені держави [8, 12].

Підставою нагородження державною нагородою України є видатні заохочувальні вчинки — видатні заслуги у розвитку економіки, науки, культури, соціальної сфери, захисті Вітчизни, охороні конституційних прав і свобод людини, державному будівництві та громадській діяльності, за інші заслуги перед Україною. При цьому слід зазначити, що нагородження (відзначення) державною нагородою за певний видатний заохочувальний вчинок не виключає застосування до особи й інших заохочувальних заходів [1, 76]. Дійсно, встановити перелік дій, які можуть бути відзначені державною нагородою, неможливо, проте визначити критерії відповідності претендентів на державну нагороду досить реально. Одним із способів це зробити є підвищення відкритості у відборі претендентів [14]. Це, зокрема, тісно пов'язано іще з однією проблемою нагородної процедури в Україні — її закритістю та відсутністю інформації про проходження особою даної процедури.

Рішення про присвоєння державної нагороди повинні бути легітимізовані у громадській свідомості та схвалені суспільством, тому публічно оприлюднені в офіційних інформаційних джерелах з метою їх доведення до громадян України [14]. Однак, на наш погляд, не меншого значення має і оприлюднення інформації про порушення нагородної процедури, зокрема, зважаючи на суспільне значення державних нагород, доцільним видається інформування громадськості стосовно претендента на її отримання. Причому мова повинна йти не тільки про біографічні дані особи, а, передусім про її заслуги, що розглядаються як підстава для нагородження.

Суттєві дорікання стосовно порядку відзначення особи державною нагородою викликає і певна невизначеність повноважень суб'єктів нагородної процедури [5, 41].

Згідно зі ст. 106 Конституції України нагородження державними нагородами здійснює Президент України. Нагородження державними нагородами затверджується указом Президента України. Президент України провадить і вручення державних нагород.

Крім Президента України до лідируючих суб'єктів нагородних адміністративних процедур віднесено:

1) органи, що вповноважено вносити Президенту України пропозиції про нагородження державними нагородами: Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, Конституційний Суд України, Верховний Суд України, Вищий господарський суд України, Генеральна прокуратура України, Комісія державних нагород та геральдики, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації, а також Верховна Рада Автономної Республіки Крим, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, Представництво Президента України в Автономній Республіці Крим, які вносять спільне подання. Стосовно деяких нагород відповідні права надані також об'єднанням громадян, творчим спілкам тощо;

2) Секретаріат Президента України, що згідно з Указом Президента України «Про Положення про порядок підготовки та внесення проектів актів Президента України» опрацьовує матеріали та проекти актів Президента України, у тому числі і з питань нагородження (відзначення) державними нагородами;

3) посадових осіб, що за дорученням Президента України виконують укази Президента України про нагородження (відзначення) державними нагородами. Ними є: Голова Верховної Ради України, перший заступник і заступник Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністр України, перший віце-прем'єр-міністр України, віце-прем'єр-міністри України, міністри, керівники інших центральних органів виконавчої влади, Глава Секретаріату Президента України, Голова Конституційного Суду України, Голова Верховного Суду України, Голова Вищого господарського суду України, Генеральний прокурор України, посли України в іноземних державах, голова Комісії державних нагород та геральдики при Президенті України, Голова Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Голова Ради міністрів Автономної Республіки Крим, постійний представник Президента України в Автономній Республіці Крим, голови обласних, Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій [1, 83].

Найбільш прогалин правового регулювання ми можемо спостерігати на стадії формування нагородної справи. Саме вона містить найбільше суперечностей у компетенції окремих підрозділів Секретаріату Президента України у підготовці нагородної справи та її внесення на підпис Президентів України.

Зокрема, мова йде про повноваження Служби державних нагород та геральдики Секретаріату Президента України. На цій стадії документи про представлення до відзначення державними нагородами опрацьовуються в Службі державних нагород та геральдики Секретаріату Президента України. Якщо при опрацюванні зазначених документів буде встановлено, що вони внесені із порушенням встановлених вимог, вони повертаються органу, який вносив подання. Можна дійти висновку, що дії даного підрозділу носять переважно формальний порядок. Однак, на наш погляд, першочерговим завданням є аналіз підстав нагородження, їх оцінка. Таке рішення не може прийматися одноособово.

Так само важливим є залучення представницького органу до нагородної процедури. На сьогодні ключовою фігурою відзначення особи державною нагородою є Президент, але, на нашу думку, найвищі державні нагороди заслуговують найвищого рівня публічності, у зв'язку з чим доцільним є віднести обговорення питання про присудження найвищих державних нагород до компетенції спеціально створеного колегіального державного органу із подальшим затвердженням прийнятого рішення Президентом України. Така процедура суттєво скоротить кількість осіб, що відзначені найвищими державними нагородами та унеможливить присвоєння їх у спірних випадках. Це, на наш погляд, суттєво підвищить цінність державної нагороди.

Підводячи підсумок, слід відзначити, що на сьогодні процедура представлення до державної нагороди України є суперечливою, непрозорою і недостатньо врегульованою, а тому викликає недовіру у суспільстві, породжує негативні чутки серед населення.

З цієї причини інститут державної нагороди України втрачає свою значущість як фактор національної свідомості і потребує удосконалення та модернізації.

З метою забезпечення публічності, унеможливлення фактів корупції та суб'єктивізму при нагородженні державними нагородами України слід вдосконалити нагородну процедуру у таких напрямках: по-перше, затвердити виключний перелік державних органів — суб'єктів подання нагородної справи; по-друге, чітко визначити процедуру подання кандидатур на представлення до державних нагород України; по-третє, передбачити оприлюднення нагородного листа претендента на державну нагороду із зазначенням конкретних заслуг особи, що нагороджується; по-четверте, закріпити підстави порушення нагородної процедури та її проходження на законодавчому рівні.

Література

1. Адміністративно-процедурне право : навч.-метод. посіб. — О., 2007.
2. Арутюнова С. Основы административно-правового регулирования стимулирования и поощрения государственных служащих в Российской Федерации // Государство и право. — 2004. — № 4.
3. Бахрах Д. П. Убеждение и поощрение в деятельности исполнительной власти // Государство и право: теория и практика. — Калининград, 1996.
4. Гущина П. А. Поощрение в праве : теоретико-правовое исследование / П. А. Гущина. — М., 2005.
5. Караваев Д. Законодавче регулювання системи заохочень в Україні // Підприємство, господарство і право. — 2008. — № 76.
6. Малько А. В. Правовое стимулирование: проблемы теории и практики // Правоведение. — 1999. — № 2.
7. Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве // Правоведение. — 1998. — № 3.
8. Мирошник С. В. Теория правового стимулирования / С. В. Мирошник. — Ростов н/Д, 2003.
9. Про державні нагороди : Закон України від 16 берез. 2000 р. // Офіційний вісник України. — 2000. — № 15. — Ст. 587.
10. Про Порядок представлення до нагородження та вручення державних нагород України : указ Президента України від 19 лют. 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 8. — Ст. 302.
11. Про вдосконалення нагородної справи в Україні : указ Президента України від 6 лют. 2008 р. // Офіційний вісник Президента України. — 2008. — № 5. — Ст. 201.
12. Стрельченко О. Г. Метод стимулювання у сфері охорони здоров'я // Вісник вищого адміністративного суду України. — 2008. — № 1.
13. Тихомиров Ю. О. Законы и стимулы / Ю. О. Тихомиров. — М., 1989.
14. Шурхало Д. Нагороди в Україні: неспрозорий механізм із корупційною складовою. — Режим доступу : www.golosua.com/.../deputati-zaproponuvali-zminiti-zakonodavstvo-pro-n.

Анотація

Козачук Д. А. Особливості нагородних адміністративних процедур та напрямки їх вдосконалення. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню нагородної процедури та пропала її нормативного регулювання. Вивчення нагородної справи дало можливість визначити напрями вдосконалення чинного законодавства, які сприятимуть унеможливленню фактів корупції та суб'єктивізму при нагородженні державними нагородами України: по-перше, важливим кроком є затвердження виключного переліку державних органів — суб'єктів подання нагородної справи; по-друге, детально впровадити процедуру подання кандидатур на представлення до державних нагород України; по-третє, з метою підвищення відкритості нагородної процедури доцільно застосовувати оприлюднення нагородного листа претендента на державну нагороду, де зазначаються конкретні заслуги осо-

би, що нагороджується; по-четверте, закріпити підстави порушення нагородної процедури та її проходження на законодавчому рівні. Ці заходи можуть сприяти підвищенню ролі державної нагороди та заохочувальних процедур у цілому.

Ключові слова: заохочення, публічне управління, нагородна процедура, державні нагороди.

Summary

Kozachuk D. A. Features of Award Administrative Procedures and Ways of its Perfection. — Article.

Award procedures have a special place in the promotional procedures, as are the promotion of the highest level — recognition of State emphasized the actions of individuals, positioning it as an example and exemplary. System case study award in Ukraine aims to eliminate existing gaps in legislation and improve the promotional impact on social relations in the field of public administration. In order to ensure publicity, prevent corruption and subjectivity in awarding state awards of Ukraine, should improve the Award process in the following areas: important step is the adoption of the exclusive list of government agencies — subject of the award of the case, detailed sort procedure for submission of nominations to the state awards of Ukraine third, to increase the transparency of award procedures appropriate to apply the award announcement letter applying for the state award, which shall indicate the specific merits of the person who awarded; secure grounds breach of award procedures and its passage at the legislative level. These measures may enhance the role of state awards and promotional procedures in general.

Keywords: promotion, public administration, ward procedure, state awards.

УДК 340.13

О. В. Ульяновська

СУТНІСТЬ ПРАВОВОЇ ФІКЦІЇ

Процеси глобалізації й індивідуалізації суспільства істотно відбиваються на всій системі соціального регулювання, у тому числі позначаються на механізмі дії права. Традиційний розгляд правової системи як нормативної все частіше доповнюється ціннісними характеристиками, що дає можливість вважати її ціннісно-нормативною системою. Звідси випливає необхідність більш глибокого осмислення тих сторін механізму дії права, які залишалися в тіні досліджень правової науки та її законодавчого оформлення. В цілому це стосується такого явища правової сфери, як правова фікція.

Вчені-правознавці на проблему фікцій у праві вперше звернули увагу в першій половині XIX ст., коли монографічні дослідження цьому феномену присвятили Д. І. Мейєр, Г. Ф. Дормідонтов, Г. С. Мен, К. Бюлов та ін.

У радянський та пострадянський періоди у вітчизняній юриспруденції проблемі фікцій у праві приділялося недостатньо уваги. Винятком є монографія К. К. Панько, предметом якої стали правові фікції у кримінальному праві і правозастосуванні. У працях В. К. Баєва, В. І. Камінської, М. С. Строговича, В. А. Ойгензіхта, П. Ф. Пашкевич, Я. Л. Штутіна та ін. правові фікції розглядалися лише в контексті їх співвідношення з презумпціями.

Інші аспекти правових фікцій порушувалися в роботах С. С. Алексєєва, В. М. Баранова, Б. В. Ісакова, М. І. Козюбри, О. Л. Копиленка, Л. А. Луць,

Ю. М. Оборотова, Н. М. Оніщенко, І. М. Погрібного, П. М. Рабіновича, В. М. Селіванова, О. Ф. Скакун, Н. Н. Тарусіної, Ю. О. Тихомирова, А. Ф. Черданцева, Я. М. Шевченко, Ю. С. Шемшученка, В. М. Шаповала, Д. М. Щокіна та інших науковців.

Проте сьогодні можна констатувати, що дослідження ролі фікції у правовій сфері не тільки набуває особливої актуальності, але й потребує певного переосмислення. Важливо дотримуватися загальних традицій вітчизняної юриспруденції, але практика висуває нові реалії, ігнорувати які неможливо. Зміна напрямів суспільного і державного розвитку диктує необхідність пошуку більш адекватних засобів регулювання та координації суспільних відносин, формування нового погляду на використовуваний у правовому житті інструментарій, який вже апробований практикою і може використовуватися для підвищення ефективності механізму дії права. До таких інструментів належить правова фікція, яка достатньо широко застосовується в матеріальних і процесуальних галузях українського права. Разом із тим у наукових дослідженнях проблема фікцій аналізується фрагментарно і у загальній теорії права теорія фікцій до теперішнього часу не отримала самостійної конструктивної розробки, де розглядалися б загальнотеоретичне розуміння правових фікцій, їх класифікація, значення і роль як для механізму дії права, так і у функціонуванні правової системи України [1, 202].

Фікція як інструмент правового регулювання використовувалася ще римськими юристами. Судові магістрати (претори) мали право відмовити в судовому захисті, хоча воно і підходило б під норми цивільного права, і, навпаки, надати судовий захист у випадку, не передбаченому нормами цивільного права. У класичному римському праві позов (actio) є передбачений едиктом судового магістрату спосіб добитися в судовому процесі рішення, яке відповідало б інтересам даної особи. Одним із видів позовів у римському праві були позови з фікцією, або фіктивні позови (actio ficticia) [2, 102].

Середньовічне право наділяло місто статусом «корпорації» — сукупності громадян як єдиного цілого з правами юридичної особи, що припускало застосування такої конструкції, як фікція. Фікція юридичної особи надавала корпорації її деліктоздатність [3, 405].

У XIX ст. в Європі переважаючою стала думка, що найраціональніший порядок регулюється саме законом, який є за своєю природою національним явищем. У правознавстві центром дослідження зроблено позитивне право. При цьому поворотним пунктом у дослідженні правових фікцій стало дослідження про правові фікції професора Демеліуса, який «виганяє» правові фікції зі сфери права, вважаючи, що насправді вигадки в правових фікціях не існує. Теорію фікції в Росії підтримували такі вчені, як А. М. Гуляєв, Г. Ф. Шершеневич та ін. Вчення про фікції будувалося на основі положень римського права. Причини появи фікцій у праві, їх необхідність вчені шукали в римському праві [2, 341].

У правовій науці радянського періоду фікція розглядалася тільки як прийом законодавчої техніки, властивий, в основному, буржуазному праву.

Переважала впевненість у наявності абсолютних, ідеальних законів, і сама думка про існування у цьому праві фікцій не припускалася. Вчені визначали фікцію лише як прийом, що вживається в об'єктивному праві та юриспруденції і полягає у визнанні існуючим неіснуючого і навпаки. Правова фікція розглядалася як закріплений у правових актах і використовуваний в юридичній практиці нормативний припис у вигляді специфічного прийому, що має вираження у проголошенні існуючими факту або обставини, що насправді не мали місця [4, 28].

Лише останнім часом ситуація дещо змінилася: про фікції заговорили правознавці, що займаються галузевими дослідженнями. Проте у цей період в основному склалося розуміння фікції як засобу юридичної техніки, на підставі вигадки оголошуючого істиною те, чого явно не було. Таким чином, поняття правової фікції дещо звузилося, але це не розв'язало всіх проблем розуміння фікції у праві.

Генезис фікції та юридичних конструкцій у правовій сфері свідчать про те, що: застосування правових фікцій в історії світової правової думки не є новим, їх створювали й використовували для здійснення правосуддя у різних країнах; найважливішою передумовою виникнення правових фікцій є необхідність регулювання відносин, що складаються в суспільстві за допомогою умовно сформульованої дійсності; у різних правових системах фікція є ефективним інструментом ціннісно-нормативного регулювання; необхідно скористатися досвідом тлумачення фікції і юридичних конструкцій для розвитку правової системи України.

Фікцію як явище суспільного буття слід розглядати з декількох позицій. Враховуючи те, що фікції супроводжують суспільний розвиток, їх сутність і зміст розкриваються з позицій філософії. Право як явище іманентне суспільному розвитку надає можливість розглядати фікцію з позицій правової дійсності та правової доктрини. Саме в останньому випадку мається на увазі не фікція взагалі, але правова фікція. Крім того, аналіз сутності і змісту правової фікції визначає потребу вивчення етимологічного аспекту зазначеної категорії.

На доктринальному рівні правовою фікцією постає уявна теоретико-правова конструкція, за допомогою якої моделюються тенденції формування і розвитку неіснуючого у дійсності, але об'єктивно необхідного у праві (наприклад, «юридична особа»). На правотворчому рівні правова фікція є не тільки засобом юридичної техніки, але й відтворюється у нормі-фікції. Проблема правової фікції з позиції правової доктрини має бути предметом окремого наукового пошуку.

Таким чином, виникла необхідність поділу фікцій на два види: конструктивні і деструктивні. Конструктивною визначено фікцію як уявну юридичну конструкцію, що є продуктом абстрактного мислення, сприйнята правовою доктриною та/або закріплена у праві у формі норми-фікції, інституту права і використовується з метою заповнення певного сегмента у правовому полі. Деструктивною названо фікцію, що також є уявною юридичною конструкцією, але

вона не сприйнята правовою доктриною і, хоча інколи закріплена правовою нормою, формується з метою закріплення незаконного інтересу, а тому може і повинна бути спростовною.

Використання саме таких термінів, як «конструктивний» і «деструктивний», щодо визначення якості правової фікції обумовлено їх змістом. Етимологічне значення терміна «конструктивний» означає плідний, той, що може бути покладений в основу будь-чого [5]. Деструктивний (лат. *destructivus*) — руйнуючий, порушуючий нормальну структуру будь-чого [6].

На підставі здійсненого вище аналізу сутності правової фікції, визначених рис можна сформулювати поняття правової фікції.

Правовою фікцією визначено формально визначену, категоричну та неспростовну, уявну юридичну конструкцію різних ступенів складності, яка використовується у доктрині права та правотворчості з метою заповнення певного сегмента у правовому полі.

Інше визначення правової фікції — це нормативно виражене положення, яке закріплює у правовій системі неіснуюче існуючим або існуюче неіснуючим, яке має загальнообов'язкове значення і яке викликає певні правові наслідки.

Загальні риси правової фікції: а) полягає у конструюванні неіснуючого у дійсності; б) використанню фікції передуює невизначеність; в) є уявною юридичною конструкцією різних ступенів складності; г) може використовуватись у доктрині права, правотворчості; д) використовується з метою заповнення певного сегмента у правовому полі; е) категоричність та неспростовність; ж) обмежені в обсязі застосування соціально-юридичним контекстом; з) здатність фікцій викликати одна одну; к) зовнішнім проявом є норма-фікція, інститут права; л) існування взаємозв'язку діалектичного розвитку наукової думки і сприйняття фікції у праві.

У правовій сфері отримали поширення фіктивні конструкції, що спричиняють настання певних негативних правових наслідків. У подібних випадках фікції використовуються як прийом тіньових технологій. Фіктивність у різних сферах набуває свого забарвлення й специфіки, що обумовлює необхідність виділення фіктивності у різних галузях права. Так, типовими проявами фіктивного в сімейному праві є: фіктивні заяви про вступ до шлюбу, фіктивний шлюб, фіктивний шлюбний договір, фіктивний розподіл загальноподружнього майна, фіктивне розірвання шлюбу, фіктивна заява про стягнення аліментів, фіктивне визнання батьківства, фіктивне усиновлення. Специфіка прояву фіктивного в різних галузях права дозволяє розглядати в рамках окремих галузей формування інститутів правової фіктивності.

Таким чином, фікції відіграють значну роль у праві і правовій науці. Вони являють собою рушійну силу в процесі участі права в регулюванні суспільних відносин і регуляції поведінки людини. Завдяки фікціям відособляються інтереси, загальні для багатьох фізичних осіб, а також і юридичні засоби їх досягнення. За допомогою фікцій право здатне регулювати відносини, непідвладні традиційним нормам [7, 36].

Література

1. Іванський А. Й. Роль юридичних фікцій у регулюванні відносин фінансово-правової відповідальності [Електронний ресурс] // Форум права. — 2008. — № 3. — С. 202–207. — Режим доступу : www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08iajvfv.pdf.
2. Мейер Д. И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях, 1854. — М. : Статус, 2003. — 426 с. — (Избранные произведения по гражданскому праву).
3. Большой юридический энциклопедический словарь / сост. А. Б. Барихин. — М. : ИПФРА-М, 2000. — 405 с.
4. Бабаев В. К. Презумпции в советском праве : учеб. пособие / В. К. Бабаев. — Горький : Горьк. высш. шк. МВД СССР, 1974. — 124 с.
5. Морфологические и синтаксические свойства [Электронный ресурс]. — Режим доступа : ru.wiktionary.org/wiki/конструктивный.
6. Толкование деструктивный [Электронный ресурс]. — Режим доступа : sloveso.ru/all/d/podrobno.php?id=17670.
7. Зайцев И. М. Правовые фикции в гражданском процессе // Российская юстиция. — 1997. — № 1. — С. 35–36.

Анотація

Ульяновська О. В. Сутність правової фікції. — Стаття.

Фікцію як явище суспільного буття слід розглядати з декількох позицій. Існує можливість розглядати фікцію з позицій правової дійсності та правової доктрини. Саме у останньому випадку мається на увазі не фікція взагалі, але правова фікція. Крім того, аналіз сутності і змісту правової фікції визначає потребу вивчення етимологічного аспекту зазначеної категорії. У статті запропоновано розгляд фікцій у конструктивному та деструктивному аспектах, що дозволяє більш глибоко проаналізувати у сутність цієї правової категорії.

Ключові слова: правова реальність, правова доктрина, правова фікція, конструктивний та деструктивний характер правових фікцій.

Summary

Uljanovska O. V. The Essence of Legal Fiction. — Article.

Fiction as it follows to examine the phenomenon of public life from a few positions. There is possibility to examine fiction from positions of legal reality and legal doctrine. Exactly in last case there is not fiction in general, but legal fiction. In addition, the analysis of essence and maintenance of legal fiction determines the necessity of study of etymologic aspect of the noted category. In the article consideration of fictions is offered in constructive and destructive aspects, that allows in more depth to get to essence this legal category.

Keywords: legal reality, legal doctrine, legal fiction, constructive and destructive aspects of legal fiction.

ПРОБЛЕМА ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА В НАЦІОНАЛЬНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Європейський вибір України зумовлює перегляд окремих положень національного кримінального права та законодавства. Це стосується імплементації норм міжнародного права в національне кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство України.

Необхідно зазначити, що у правовій науці проблемною є імплементація норм міжнародного права в національне законодавство, проте це питання так і не вирішене остаточно, хоча його практичне значення зростає. Зокрема, багато проблем з імплементації норм міжнародного права виникає у сфері міжнародного кримінального права і міжнародної кримінальної юстиції.

У сфері міжнародної кримінальної юстиції ця проблема набула актуальності у зв'язку з ухваленням 18 липня 1998 р. на Римській конференції Статуту Міжнародного кримінального суду. На сьогоднішній день законодавство багатьох держав не передбачає можливості брати на себе і виконувати зобов'язання по Римському Статуту. Положення, що обмежують здійснення правосуддя виключно національними судовими органами, містять конституції багатьох держав СНД, у тому числі і України.

Розглядаючи питання відповідності положень Статуту Міжнародного кримінального суду Конституції України, Конституційний Суд України дійшов висновку: «Визнати Римський Статут Міжнародного кримінального суду, підписаний від імені України 20 січня 2000 року, що не відповідає Конституції України, в частині абз. 10 преамбули, що стосується положень, і ст. 1 Статуту, згідно з яким «Міжнародний кримінальний суд доповнює національні органи кримінальної юстиції» [1]. Підставою для такого вирішення Конституційного Суду послужило положення ст. 124 Конституції України, відповідно до якої правосуддя здійснюється виключно судами [2]. До них належать Конституційний Суд України і суди загальної юрисдикції.

У свою чергу ст. 1 Римського Статуту, вказуючи на те, що Міжнародний кримінальний суд є постійним органом, уповноваженим здійснювати юрисдикцію відносно осіб, відповідальних за найбільш серйозні злочини, що викликають занепокоєння міжнародного співтовариства, одночасно підкреслює, що цей Суд доповнює національні системи [3]. Це істотно відрізняє Міжнародний кримінальний суд від міжнародних судових органів, зокрема, Європейського суду з прав людини, право звертатися в які за захистом своїх прав і свобод закріплене в частині четвертій ст. 55 Конституції України. Такі міжнародні органи порушують справу тільки за колом осіб, причому особа може звернутися до них тільки після використання всіх національних способів правового захисту.

Таким чином, на відміну від міжнародних судових органів, передбачених

ч. 4 ст. 55 Конституції України, які за своєю природою є допоміжними способами захисту прав і свобод людини і громадянина, Міжнародний кримінальний суд доповнює систему національної юрисдикції.

Можливість такого доповнення судової системи України не передбачена розд. VIII «Правосуддя» Конституції України. Це дає підстави зробити висновок, що абзац 10 преамбули і ст. 1 Статуту не узгоджуються з положеннями ч. 1, 3 ст. 124 Конституції України, і тому приєднання України до цього Статуту згідно з ч. 2 ст. 9 Конституції України можливе тільки після внесення в неї відповідних змін (п. 2.1).

Подібні конституційні норми є в конституціях багатьох держав: згідно з Конституцією РФ (ст. 118), правосуддя в Російській Федерації здійснюється тільки судом. Судова влада здійснюється за допомогою конституційного, цивільного, адміністративного і кримінального судочинства, при цьому ч. 3 цієї статті передбачає, що судова система РФ встановлюється Конституцією РФ і федеральним конституційним законом. Аналогічні норми містяться в Конституції Азербайджанської Республіки (ст. 125), судову владу здійснюють тільки суди за допомогою відправлення правосуддя: Конституційний Суд, Верховний суд, апеляційні суди, загальні і спеціалізовані суди. Судова влада здійснюється за допомогою конституційного, цивільного і кримінального судочинства і в інших формах, передбачених законом; Конституції Молдови (ст. 114), Конституції Республіки Білорусь (ст. 109), Конституції Грузії (ст. 82), Конституції Казахстану (ст. 75), Конституції Республіки Вірменія (ст. 91), Конституції Туркменістану (ст. 100), Конституції Республіки Узбекистан (ст. ст. 106, 107). Ця невідповідність положень Статуту і конституцій має місце і в багатьох країнах Європи: Німеччини (ст. 92), Іспанії (ст. 117), Греції (ст. 87), Польщі (ст. 175), Португалії (ст. ст. 205, 211) та ін. [4, 123].

Таким чином, положення конституцій є підставою для констатації суперечностей з нормами Римського Статуту, оскільки в чіткій і визначеній формі встановлюють перелік органів, що здійснюють правосуддя, в числі яких Міжнародний кримінальний суд не згадується. Проте необхідно зазначити, що Міжнародний кримінальний суд не підміняє собою, а доповнює національні органи кримінальної юстиції, надаючи їм пріоритетне право здійснювати переслідування і притягувати до відповідальності винних осіб, якщо національна система функціонує нормально, то не виникає підстав для втручання Міжнародного кримінального суду.

Вивчення досвіду цих держав з вирішення правової колізії, що склалася, корисне для вироблення шляхів вирішення ситуації в Україні. На думку Конституційного Суду України, встановлення відповідальності за вчинення більшості злочинів, передбачених Римським Статутом, є міжнародно-правовим зобов'язанням України відповідно до інших міжнародно-правових документів, які набули чинності для нашої держави. До того ж положення Статуту, які забороняють злочин геноциду, злочини проти людяності, військові злочини, злочин агресії, розглядаються нині як звичні норми міжнародного права, що неодноразово підтверджували судові органи. Таким чином, їх характер як злочинних

згідно зі ст. 18 Конституції не залежить від приєднання України до Статуту (п. 2.2).

Отже, ратифікації Римського Статуту повинно передувати внесення змін до Конституції, і як показує міжнародна практика, його ратифікація може викликати конституційні проблеми, способи врегулювання яких відрізняються істотною різноманітністю.

Вельми актуальним завданням уявляється комплексна розробка теоретичних і практичних питань щодо кримінальної відповідальності юридичних осіб, оскільки вони визнаються суб'єктами злочину у багатьох розвинених державах світу, які є репрезентантами не тільки сім'ї загального права (Англія, США, Канада, Австралія тощо), а й романо-германської правової сім'ї (Франція, Нідерланди, Данія, Швеція тощо).

Суспільна небезпека злочинної діяльності юридичних осіб полягає у тому, що вони помітно впливають на структуру та динаміку злочинності у різних сферах кримінально-правової охорони, спричиняючи при цьому шкоду нормальному укладу життєдіяльності суспільства через свій особливий статус, масштабність, глобальність і ймовірний деструктивний вплив на соціальні відносини.

Визнання чи невизнання юридичних осіб суб'єктами злочину — проблема не нова. Багато науковців у різний час порушували це питання як в Україні, так і за її межами.

Серед науковців єдиної точки зору щодо запровадження інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб немає. З одного боку, така новація не відповідає повною мірою принципу кримінального права — особистої (індивідуальної) відповідальності особи за вчинений злочин. Ця проблема має вирішуватися за допомогою адміністративного або цивільного права із застосуванням до таких підприємств (організацій) штрафних санкцій з обмеженням або заборону їх діяльності [5, 151]. З іншого боку, встановлення відповідальності для юридичних осіб є розумним і обґрунтованим, наприклад, за екологічні злочини [6, 108]. Підтримуючи таку позицію, науковці висловлюють думку, що розвиток ринкових відносин призведе і до встановлення відповідальності корпорацій за господарські злочини. Принцип особистої відповідальності може і повинен співіснувати з іншим принципом — відповідальності юридичних осіб там, де цього вимагає життя [7, 8].

На підтримку позиції про доцільність визнання юридичних осіб суб'єктами кримінального права висувуються такі аргументи:

а) національному законодавству відомий інститут відповідальності юридичних осіб (наприклад, у цивільному праві) і введення такої відповідальності у кримінальному праві буде сприяти гармонізації різних галузей права, релятивності та збігу їх інститутів, а також надасть змогу суттєво поповнити державний бюджет; наприклад, нідерландські науковці на користь встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб висувують ряд аргументів і, перше за все, це «гармонія у рамках правової системи. Юридичні особи вже давно визнаються суб'єктами права в цивільному та адміністративному праві. Потрібно брати до уваги і те, що юридичні особи набувають все більшого зна-

чення в житті суспільства, тому бажано і кримінальне право гармонізувати в цій площині з іншими секторами права»;

б) сучасне законодавство деяких зарубіжних країн допускає кримінальну відповідальність юридичних осіб; це стосується як держав ангlosаксонської сім'ї та країн Далекого Сходу, так і держав романо-германської сім'ї. Наприклад, у КК Австрії є положення щодо «квазікримінальної відповідальності юридичних осіб, якщо юридична особа збагатилася за рахунок скоєння злочину фізичною особою чи за рахунок майна, отриманого від злочину, тоді щодо неї виноситься вирок про виплату відповідної грошової суми [8, 65].

У КК України немає спеціальної заборони щодо визнання юридичних осіб суб'єктами злочину. У той же час зі змісту статей КК України очевидно, що суб'єктом злочину може бути тільки фізична особа.

По-різному воно вирішено і в кримінальному законодавстві зарубіжних країн. Так, у КК Голландії, Франції, Данії, Швеції така відповідальність передбачена, а в КК Німеччини, Іспанії, Швеції — відсутня.

Заслужовує на увагу той факт, що в кодексах європейських держав зустрічається положення про кримінальну відповідальність юридичних осіб за терористичні діяння (ч. 2 ст. 237 Пенітенціарного кодексу Естонії, ст. 422-5 КК Франції, абз. 2 §147 КК Норвегії, ст. 8 глави 34а КК Фінляндії). У загальній формі про кримінальну відповідальність юридичних осіб йдеться, зокрема, в ч. 1 ст. 21 КК Республіки Молдова, у ст. 5 (в редакції Закону від 4 травня 1999 р.) КК Бельгії, в главі 5 «Кримінальна відповідальність юридичних осіб» (§ 2-27) КК Данії.

У низці міжнародних конвенцій передбачено обов'язок держав-учасниць встановити відповідальність юридичних осіб за вчинення злочинних діянь. Про встановлення кримінальної, цивільно-правової або адміністративної відповідальності юридичних осіб йдеться, зокрема, в ст. 5 Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму 1999 р. [9], у ст. 10 Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. [10]. Ратифікувавши ці конвенції [11; 12], Україна не зробила застережень про те, що вона не бере на себе зобов'язань щодо встановлення відповідальності юридичних осіб. Як зазначає О. Романюк, ставши стороною цих актів, Україна тим самим взяла на себе прямі зобов'язання щодо встановлення відповідальності юридичних осіб за злочини [13, 42]. Вона ж зазначає: «Згідно з Рекомендацією Комітету Міністрів Ради Європи К (2000 р.) 11 держави — члени Ради Європи (Україна є членом Ради Європи з 1995 р.) повинні ввести цивільно-правову та кримінальну відповідальність юридичних осіб з конкретизованим покаранням». Зазначимо, що в Рамковому рішенні Ради Європейського Союзу про боротьбу з тероризмом від 13 червня 2002 р., зокрема, говориться: «У всіх державах-членах належить прийняти схожі визначення терористичних злочинів, рівно як і злочинів, що відносяться до терористичних груп. Крім того, стосовно осіб фізичних і юридичних, які вчинили або несуть відповідальність за такого роду злочини, належить передбачити покарання та санкції, що відображають серйозний характер тих злочинів».

Кроком України щодо впровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб стало прийняття 11 червня 2009 р. Закону України «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень» [14], який відповідно до Конвенції ООН проти корупції, Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією та Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» встановлює відповідальність юридичних осіб за вчинення їх уповноваженими особами корупційних правопорушень, а також визначає порядок притягнення їх до відповідальності. Дія цього Закону не поширюється на юридичних осіб публічного права, які повністю утримуються за рахунок державного чи місцевих бюджетів, а також міжнародні організації. Цей Закон набуває чинності 1 квітня 2010 р. Він докорінно змінює загальнодержавний підхід до розуміння корупції та антикорупційних заходів, містить низку новел, правових інститутів, які невідомі вітчизняним правовим традиціям.

Запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення корупційних діянь викликає дискусії і, на думку деяких фахівців, є передчасним, оскільки це спричинить суперечності у чинному законодавстві України [15].

Таким чином, питання про встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення злочину, в тому числі терористичного акту, фінансування тероризму в Україні, та проблеми імплементації відповідних норм міжнародного права у національне законодавство України чекають свого вирішення.

Література

1. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) : справа № 1-35/2001 від 11 лип. 2001 р. // Вісник Конституційного Суду України. — 2001. — № 4. — С. 35–44.
2. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141; Про внесення змін до Конституції України : Закон України від 8 груд. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 2. — Ст. 44.
3. Римский Статут Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 г.) [Электронный ресурс]. — Режим доступа : www.mid.ru/ns-dmo.nsf/f1010b0687f6e452432569f400359178/389cbd5310e3b88943256beb00259854?OpenDocument.
4. Сафаров П. А. Римский статут Международного уголовного суда и национальное законодательство : проблемы конституционного характера, возможные пути их урегулирования // Известия вузов. Правоведение. — 2004. — № 6. — С. 113–136.
5. Кримінальне право України : загальна частина : підручник / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, В. В. Бенківський [та ін.] ; за ред. П. С. Матишевського [та ін.]. — К. : Юрінком Інтер, 1997. — 512 с.
6. Учебник уголовного права : общая часть / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. — М. : Спарк, 1996. — 412 с.
7. Розенко В. І. Суб'єкт злочину : лекція / В. І. Розенко, В. К. Матвійчук. — К. : Укр. акад. внутр. справ, 1994. — 76 с.
8. Осадчий В. І. Проблеми встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб / В. І. Осадчий, Е. М. Кісілюк // Теоретико-прикладні проблеми протидії організованим злочинності та злочинам терористичної спрямованості : матеріали міжпар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 8 квіт. 2005 р.). — Л., 2005. — Ч. 1. — С. 64–65.
9. Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму : прийнята резолюцією 54/109

- Генеральної Асамблеї ООН від 9 груд. 1999 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.nau.kiev.ua/nau10/ukr/getent.php?uid=1014.5612.0&nobreak.
10. Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. : прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листоп. 2000 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.nau.kiev.ua/nau10/ukr/getent.php?uid=1014.4947.0&nobreak.
11. Про ратифікацію Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму : Закон України від 12 верес. 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 43. — Ст. 316.
12. Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності та протоколів, що її доповнюють (Протоколу про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї і Протоколу проти незаконного ввозу мігрантів по суші, морю і повітрям) : Закон України від 4 лют. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 19. — Ст. 263.
13. Ромашок О. Інститут кримінальної відповідальності юридичних осіб: міф чи реальність? // Вісник прокуратури. — 2003. — № 12. — С. 41–47.
14. Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень : Закон України від 11 черв. 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2009. — № 45. — Ст. 692.
15. Шамара О. Кримінальна відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень // Юридичний радник. — 2009. — № 6. — С. 37–40.

Анотація

Іванченко О. М. Проблема імплементації норм міжнародного права в національне кримінальне законодавство України. — Стаття.

Розглянуто проблеми імплементації норм міжнародного права у національне кримінальне і кримінально-процесуальне законодавство України. Досліджено питання відповідності положень Статуту Міжнародного кримінального суду законодавству України. Проаналізовано колізії застосування норм національного законодавства України та норм міжнародного права щодо кримінальної відповідальності юридичних осіб.

Ключові слова: імплементація норм міжнародного права, національне законодавство, міжнародне законодавство, кримінальне законодавство України, корупція, тероризм, кримінальна відповідальність юридичних осіб.

Summary

Ivanchenko O. M. The Problems of International Law Norms Implementation into Ukrainian Criminal Legislation. — Article.

The problems of implementation of norms of international law are considered in the national criminal and criminal-procedural legislation of Ukraine. Investigational question of accordance of positions of Regulation of the International criminal court the legislation of Ukraine. The collisions of application of norms of national legislation of Ukraine and norms of international law are analysed in relation to criminal responsibility of legal entities.

Keywords: implementation of norms of international law, national legislation, international legislation, criminal legislation of Ukraine, corruption, terrorism, criminal responsibility of legal persons.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ СИСТЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВОЄННОЇ БЕЗПЕКИ — СКЛАДОВОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ І ОБОРОНИ УКРАЇНИ

Відповідно до положень Конституції України захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави [1].

У процесі становлення України — правової держави історично національна безпека держави вважається важливим чинником життєдіяльності суспільства. Отже існування самозбереження та прогресивний розвиток суверенної держави неможливі без розроблення і здійснення цілеспрямованої політики захисту її національних інтересів.

Актуальність теми, як справедливо відзначає М. І. Шпура, впливає з вимог Конституції України, законів України «Про основи національної безпеки України» та «Про оборону України» [2, 7, 18].

Разом з тим проблеми національної безпеки України визначаються історичним феноменом — розвиток міжнародного співробітництва супроводжується зростанням кількості воєнних конфліктів, антропогенних і природних катастроф, а також людських втрат і матеріальних витрат.

Реалії сьогодення, підкреслює Б. А. Кормич, не оминули таку досить консервативну сферу, як національна безпека [3].

Власне обставини навколо цього питання постійно змінюються, оскільки старі види загроз безпеці держави — регіональні та локальні воєнні конфлікти зазнали змін. Поряд зі старими з'явилися нові загрози національній безпеці, певною мірою, більш небезпечні. Це — екологічні, техногенні, соціальні й енергетичні загрози, а також різні форми тероризму, які потребують консолідації зусиль та зумовлюють вироблення нового бачення і створення концепції безпеки, в першу чергу, європейського співтовариства.

В той же час в законодавчих актах однозначно не визначена концептуалізація державної політики як обов'язок усіх органів державної влади відносно забезпечення національної безпеки, оборони.

На сьогодні в наукових публікаціях немає єдиного підходу до визначення системи забезпечення національної безпеки та її основної частини — воєнної безпеки.

Проблеми національної безпеки та оборони є об'єктом дослідження правознавців, політологів та військових Б. П. Андресюка, В. М. Антонця, Ю. І. Бута, В. Б. Вагапова, А. С. Гриценка, О. І. Затайника, М. І. Карпенка, В. С. Картавцева, С. В. Ківалова, Б. А. Кормича, Д. І. Куца, Е. М. Лисицина, С. М. Нечхасова, Ю. М. Оборотова, М. П. Орзіха, В. Ф. Погорілка, Б. Л. Пережняка, В. Г. Радецького, І. С. Руснака, А. І. Семенченка, Ю. М. Тодики та інших.

Мета статті полягає у висвітленні конституційних основ забезпечення воєнної безпеки — складової системи національної безпеки та оборони держави.

Проблема досягнення безпеки не є новою і стояла перед народами у всі часи. Саме тому необхідність забезпечення національної безпеки виникла одночасно з формуванням націй та появою держав, і до цього часу національна безпека є найважливішою функцією держави.

Відомо, що основні ідеї сучасного розуміння національної безпеки вперше сформульовані у Законі про національну безпеку, прийнятому в США у 1947 році. Власне, законом передбачалось розв'язання трьох головних завдань: зміцнення координації між зовнішньою та військовою політикою; підвищення можливостей розвідки та раціоналізація «оборонного співробітництва» у поєднанні з діяльністю армії, тобто національна безпека розглядалась переважно у воєнно-політичному аспекті, насамперед стосовно питань оборони [4].

У наступні десятиріччя проблематика національної безпеки значно розширилась й перетворилась у самостійну галузь у межах «стратегічних досліджень» і загальної теорії державних відносин.

При цьому слід підкреслити, забезпечення національної безпеки належить до пріоритетних завдань держави.

На засіданні Ради Міністрів країн ПСЕ військово-політичним керівництвом звернуто увагу, що курс України на інтеграцію до європейських та євроатлантичних структур безпеки залишається незмінним [5].

Разом з тим зауважимо, прийняття та виконання державно-політичних рішень у сфері національної безпеки та оборони проводиться по законодавчій базі.

Ключове місце у структурі нормативно-правової бази забезпечення національної безпеки посідають закони України «Про основи національної безпеки України», «Про оборону України», «Про Раду національної безпеки і оборони України», «Про Збройні Сили України», Стратегія національної безпеки України і Воєнна доктрина України, які визначають законодавчі норми й терміни системи національної, в тому числі воєнної безпеки, а також розмежовують права та функції державних органів України.

Слід підкреслити, законами, які повинні відповідати Конституції України, мають врегульовуватись правовідносини у сфері національної безпеки, оскільки в Основному Законі закріплені загальні норми і принципи.

На сучасному етапі розвитку Україна створює основи своєї національної безпеки і оборони, виходячи з особистих національних інтересів.

Конституція України в ст. 17 причислює до самих важливих завдань держави забезпечення національної безпеки і оборони [6, 773–774].

Саме тому Закон України «Про основи національної безпеки України» визначає основні положення державної політики, спрямованої на захист національних інтересів і гарантування в Україні безпеки особистості, суспільства й держави від зовнішніх і внутрішніх загроз у всіх сферах її життєдіяльності [7].

Звісно, що під національною безпекою слід розуміти стан захищеності національних інтересів від внутрішніх та зовнішніх загроз і безпек. Крім того, згідно зі ст. 11 закону, чітко встановлено, що контроль за реалізацією заходів у сфері національної безпеки здійснюється Президентом, Верховною Радою, Кабінетом Міністрів та РНБО України [7, 13, 14].

Декілька основних напрямків державної політики, що стосуються питань національної безпеки, можливо об'єднати у складову, яка охоплює державні справи воєнної сфери — у воєнну політику. Проте, сформульоване в законі визначення національної безпеки тільки в загальному плані розкриває її зміст і потребує більш чіткої конкретизації. Підкреслимо, з поняттям національної безпеки держави в цілому тісно пов'язана складова — воєнна безпека.

Враховуючи вище викладене, воєнна безпека — це стан правових норм, які дозволяють: шляхом проведення політики безпеки стримувати і послідовно знижувати рівень воєнної загрози і воєнної небезпеки застосування збройної сили проти держави; при виникненні воєнного конфлікту — відбити агресію та виключити або максимально обмежити деструктивний прояв збройної сили всередині держави.

Так, до джерел загроз і небезпек слід віднести: держави (коаліції держав), юридичних і фізичних осіб, що проводять агресивну воєнну політику.

Видами воєнної безпеки є: воєнно-економічна, воєнно-соціальна, воєнно-інформаційна, воєнно-технологічна, воєнно-екологічна та воєнно-епідемічна безпека та інші.

Відомо, воєнній небезпеці як соціально-політичному явищу і науковій категорії звичайно протиставляється воєнна безпека як стан захищеності прав і свобод громадян, базових інтересів та цінностей суспільства і суверенної держави від зазіхань із застосуванням воєнної сили.

Так, О. О. Падерін вважає, від політичних керівників залежить, наскільки політика у сфері забезпечення воєнної безпеки та військового будівництва адекватна існуючим загрозам [8].

Отже, аналіз понять «воєнна небезпека», «воєнна безпека» та їх співвідношення з національною безпекою держави дають підстави стверджувати, що розроблення та реалізація стратегії й тактики дій щодо нейтралізації загроз національним інтересам України у воєнній сфері мають здійснюватися в єдиній системі забезпечення воєнної безпеки. Система повинна створюватись на основі чинної концептуальної та нормативно-правової бази.

Основу системи забезпечення воєнної безпеки становлять державні органи, сили і засоби, які здійснюють заходи політичного, організаційного, правового, економічного, військового й іншого характеру, спрямовані на забезпечення воєнної безпеки суспільства і держави.

Цікавим є наголошення А. А. Лобанова, О. П. Дузь-Крятченко, В. С. Колесова, що з утворенням незалежної Української держави та розбудовою власних збройних сил виникла об'єктивна потреба розвитку національної воєнної стратегії [9].

Аналізуючи загальні принципи забезпечення національної безпеки України, можливо сформулювати принципи, які мають бути в основі системи забезпечення воєнної безпеки. До них слід віднести: верховенство права; пріоритетність договірних (мирних) засобів у розв'язанні міждержавних конфліктів поряд із достатністю національної оборони; адекватність заходів протидії реальним і потенційним загрозам; чітке розмежування повноважень та узго-

дженість дій органів усіх гілок державної влади та відкритість для демократичного цивільного контролю.

Зокрема, концептуальна основа відвернення та припинення воєн і воєнних конфліктів для України закладена в затверджених Постановою Верховної Ради України «Основних напрямках зовнішньої політики України». До неї входять найважливіші положення: визнання необхідності збереження миру як пріоритетної цінності для українського народу; незастосування Україною воєнної сили першою, крім випадку відбиття агресії; невтручання у внутрішні справи інших держав, дотримання непорушності кордонів, настанов ОБСЄ і Паризької хартії для нової Європи; відкритість воєнної діяльності та воєнне співробітництво держав (їх союзів) і відмова від конфронтації [10].

Фактично, дотримуючись цих положень, Україна засуджує війну як знаряддя національної політики, стоїть на позиціях незастосування сили та загрози силою, намагається розв'язувати міжнародні суперечки та конфлікти лише політичними, дипломатичними й економічними методами.

Військово-політичне керівництво держави виступає за створення всеосяжної системи універсальної та європейської безпеки і вважає участь у ній важливим компонентом своєї національної безпеки, однак, неможливо орієнтуватись лише на відвернення війни.

Передусім, існує думка щодо доцільності прийняття нового з урахуванням сучасних реалій та обґрунтованого законодавчого акта стосовно зовнішньої політичної діяльності — Закону України «Про основи зовнішньої політики України».

Оскільки світ досі ще не набув потрібної стабільності, і за наявності воєнної небезпеки Україна повинна мати власну Концепцію припинення агресії, з урахуванням воєнної могутності держави.

Так, А. С. Гриценко висловлює думку, що спокою у світі стає дедалі менше. Нерідко посилюється зіткнення навіть тих держав, між якими були досить високий рівень довіри та тісна взаємодія [11].

Власне, в основу воєнної безпеки України можливо покласти три базові концепції: по-перше, це концепція воєнно-політичного партнерства, що опирається на розвинену економіку з раціональною інфраструктурою, стабільну соціальну сферу й обґрунтовану воєнну політику, спрямовану на підвищення стратегічної стабільності в регіоні та зменшення рівня воєнної небезпеки політичними й економічними засобами; по-друге, концепція оборонного стримування, за якою в межах оборонної достатності створюється Воєнна організація держави, здатна звести до мінімуму ймовірність виникнення воєнного конфлікту за рахунок загрози завдати можливому агресору неприйнятної шкоди; по-третє, концепція відбиття агресії, яка опирається на мобілізацію усіх можливостей і ресурсів країни для протидії воєнному нападу, завдання агресору поразки та примушення його до припинення воєнних дій.

Саме на цих трьох напрямках слід сконцентрувати діяльність усіх складових системи забезпечення воєнної безпеки України. З цього приводу О. Ф. Белов, С. М. Нечхаєв слушно зазначають, що воєнна безпека є однією з головних

умов становлення та розвитку будь-якої демократичної держави, а її зміцнення — першочерговим завданням державної влади [12].

Не виникає сумніву, забезпечення воєнної безпеки є одним з найважливіших напрямків діяльності держави, яке, на нашу думку, досягається вжиттям адекватних заходів запобігання збройній агресії та підтриманням достатнього рівня обороноздатності держави.

До речі, концептуальна основа побудови системи забезпечення воєнної безпеки України надає всі необхідні можливості щодо її збалансування. Але в нормативно-правовому та організаційному аспектах функціонування й розвитку системи можливо виділити такі основні проблеми збалансування: стосовно об'єктивності та виваженості поєднання воєнних можливостей держави з активною політикою запобігання воєнним конфліктам політичними, економічними й іншими невоєнними засобами; щодо об'єднання та координації зусиль усіх військових формувань держави в інтересах підготовки та здійснення оборони; та стосовно раціонального поєднання інтересів особи, суспільства й держави в напрямку забезпечення воєнної безпеки.

У зв'язку з цим примітним є вислів В. В. Зубарева, П. П. Скурського, В. Ф. Величко, що рівень технологічного розвитку держави відіграє все більшу роль у забезпеченні національної безпеки і оборони. Зокрема у сфері воєнної безпеки України на сучасному етапі військового будівництва [13].

За Конституцією України, головним державним органом, координуючим та контролюючим діяльність органів виконавчої влади у сфері національної безпеки, є Рада національної безпеки і оборони України [14].

В той же час під час внесення змін до Конституції України Законом України від 8 грудня 2004 року збережено первинну редакцію ст. 107 Основного Закону [1].

Однак форма державного правління в Україні змінилась на парламентсько-президентську, що відповідно змінює статус і повноваження РНБО України.

Спираючись на національні інтереси і загрози національним інтересам, розроблена Стратегія національної безпеки України (далі — Стратегія), яка, на нашу думку, є концептуальним документом по відношенню до державної політики з питань національної безпеки. Зокрема, Стратегія визначає принципи, пріоритетні цілі, завдання та механізми забезпечення життєво важливих інтересів особи та суспільства, держави від зовнішніх і внутрішніх загроз [15].

Однак в документі лише названі, а не визначені шляхи подолання загроз, не вказані чітко терміни вирішення завдань та межі дії Стратегії.

З погляду С. М. Нечхаєва, складовою частиною Стратегії є Стратегія воєнної безпеки, яка встановлює напрями запобігання реальним і потенціальним загрозам у воєнній сфері [16].

Крім того, доцільно продовжити розробку групи концептуальних документів, але вже у воєнно-політичній сфері — Воєнну доктрину України, доктрини, концепції і програми, якими повинні визначатись цільові настанови і керівні принципи воєнного будівництва, а також напрями діяльності органів державної влади в конкретній обстановці з метою своєчасного виявлення,

попередження і нейтралізації реальних і потенційних загроз національним інтересам України.

Дійсно, найважливіше значення для системи забезпечення воєнної безпеки держави є її основна концептуальна засада — Воєнна доктрина України. Відповідно Воєнній доктрині, воєнна безпека України — це стан захищеності національних інтересів, її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності від посягань із застосуванням воєнної сили, складова національної безпеки України [17].

На нашу думку, у Воєнній доктрині повинні закладатись основи реформування, розвитку та трансформації військових формувань на довгострокову перспективу.

Саме тому взаємозв'язок Воєнної доктрини і Стратегії національної безпеки України полягає в тому, що положення Воєнної доктрини мають за основу положення Стратегії національної безпеки та розвивають останні у воєнно-політичному напрямі.

Відомо, що Закон України «Про оборону України» покладає на Генеральний штаб Збройних Сил України участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері стратегії воєнної безпеки, контроль стану бойової та мобілізаційної готовності військових формувань та правоохоронних органів, а також контроль й координацію їх підготовки до виконання завдань з оборони України [18].

Нині нормативно-правова база забезпечення воєнної безпеки України з обмеженням відповідає сучасним умовам і вимогам існування держави.

В той же час удосконалення, впровадження в життя та подальший розвиток правових основ залишаються постійним завданням державного і воєнного керівництва.

Отже, Україна як суверенна держава повинна забезпечувати власну воєнну безпеку та розбудовувати військові формування Воєнної організації держави з їх необхідним рівнем готовності до виконання покладених завдань.

Можливо констатувати, воєнна політика України спрямована на забезпечення воєнної безпеки держави, тому має передбачатись як невід'ємна складова частина державної політики з питань національної безпеки. При цьому увага військово-політичного керівництва України до комплексу воєнно-політичних проблем обумовлюється складністю, неоднозначністю, а тому, у ряді випадків, непередбаченістю розвитку внутрішньої та зовнішньої ситуації, а також досить високою ймовірністю виникнення кризових ситуацій, що загрожують стабільності розвитку держави.

Таким чином, зміцнення воєнної безпеки повинно розглядатись державними органами влади як одна із головних передумов подальшого розвитку держави та основи забезпечення національної безпеки і оборони України.

Література

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 142; Про внесення змін до Конституції України : Закон України від 8 груд. 2004 р. № 2222-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 2. — Ст. 44.

2. Шпура М. І. Стратегія воєнної безпеки у світлі розвитку Воєнної доктрини держави // Паука і оборона. — 2003. — № 1. — С. 21–26.
3. Кормич Б. А. Поняття національної безпеки та проблеми її нормативно-правового регулювання // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О. : Юрид. л-ра, 2002. — Т. 1. — С. 190–198.
4. Политология : энцикл. слов. / общ. ред. и сост. Ю. И. Аверьянов. — М. : Изд-во Моск. коммерц. ун-та, 1993. — 521с.
5. Курс України незмішаний // Народна армія. — 2007. — 23 жовт.
6. Административное право Украины : учебник / под общ. ред. С. В. Кивалова. — Х. : Одиссей, 2004.
7. Про основи національної безпеки України : Закон України від 19 черв. 2003 р. № 964-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 39. — Ст. 351.
8. Падерип А. А. Политика и военная Стратегия // Военная мысль. — М., 2006. — № 5. — С. 30–38.
9. Лобанов А. А. Перспективи розвитку національної воєнної стратегії / А. А. Лобанов, О. П. Дузь-Крытченко, В. С. Колесов // Паука і оборона. — 2006. — № 2. — С. 26–29.
10. Про основні напрями зовнішньої політики України : постанова Верховної Ради України від 2 лип. 1993 р. №3360-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 37. — Ст. 379.
11. Гриценко А. С. Кардинальні зміни ставлення до армії // Народна армія. — 2007. — 14 берез.
12. Белов О. Ф. До питання розроблення Стратегії воєнної безпеки / О. Ф. Белов, С. М. Печхасв // Паука і оборона. — 2007. — № 2. — С. 3–7.
13. Зубарев В. В. Стратегічні питання забезпечення науково-технічної безпеки України та шляхи їх вирішення / В. В. Зубарев, П. П. Скурський, О. Ф. Величко // Паука і оборона. — 2009. — № 3. — С. 18–24.
14. Про Ряду національної безпеки і оборони України : Закон України від 5 берез. 1998 р. № 183/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 35. — Ст. 237.
15. Про Стратегію національної безпеки України : указ Президента України від 12 лют. 2007 р. № 105/2007 // Стратегічна панорама. — 2007. — № 1. — С. 3–13.
16. Печхасв С. М. Система спільного стратегічного планування ресурсного забезпечення національної безпеки у воєнній сфері // Наука і оборона. — 2005. — № 3. — С. 9–15.
17. Воєнна доктрина України : указ Президента України від 15 черв. 2004 р. № 648/2004 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 30. — Ст. 205.
18. Про оборону України : Закон України від 5 жовт. 2000 р. № 2020-III // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 49. — Ст. 420.

Анотація

Погірко О. І. Нормативно-правові аспекти розвитку системи забезпечення воєнної безпеки. — Стаття.

У статті розглядаються правові аспекти системи забезпечення воєнної безпеки — складової національної безпеки України. У відповідності до Концепції оборонного стримування формується Воєнна організація держави. Зміцнення воєнної безпеки — головна передумова подальшого розвитку військових формувань та держави.

Ключові слова: система забезпечення воєнної безпеки, Воєнна організація держави, військові формування з рівнем готовності до виконання завдань.

Summary

Pogibko O. I. Legal-law aspects development the system guaranteeing of military security. — Article.

In the article are opened legal-law aspects system of support military security — the component nationality security of Ukraine. In accordance of the Conceptions defense founds Military organization of state. Consolidation military security — the main term future development military units and state.

Keywords: system military security; Military organization of state; military units with level of readiness to execute of tases.

|

Розділ 7

ЗВІТИ ТА РЕЦЕНЗІЇ

*П. С. Пацурківський***ПОСТРАДЯНСЬКА ТЕОРІЯ БЮДЖЕТНОГО ПРАВА:
ДОРОВОК, ГІДНИЙ ВИКЛИКАМ ЧАСУ***

Як переконує досвід усіх постсоціалістичних країн, держава у них фактично і юридично перестала бути єдиним власником засобів суспільного виробництва і, відповідно, виробленого валового внутрішнього продукту та національного доходу. Повсякденною реальністю в Україні стали дія об'єктивних законів суспільного розвитку, насамперед, законів ринкової економіки. До цих революційних за своєю суттю змін першооснов суспільного ладу, життя соціуму в цілому з останніх десятиліть минулого століття по наш час додався ще один надзвичайно впливовий мультиплікатор суспільного прогресу — глобалізація усього суспільного, в тім числі й економічного, життя. Вона до найглибших підвалин зруйнувала бар'єри між національними публічними фінансами та світовими фінансовими ресурсами, явила світу ще не знані раніше фінансові реалії та відносини, в тому числі і в царині суб'єктів бюджетних правовідносин в цілому та системі і правовому статусі розпорядників бюджетних коштів зокрема.

Дані фактори, взяті в сукупності, унеможливають використання в подальшому попередньої бюджетно-правової доктрини та теорії в цілому. За цих умов докорінно змінилося й суспільне замовлення на бюджетно-правові теоретичні розробки — нині громадянське суспільство, держава як ядро його публічної організації де-факто та де-юре вимагають нових теоретичних аналізів і синтезу зміненої бюджетно-правової реальності, обґрунтування тенденцій та напрямків її розвитку.

У світлі вищевикладеного нам видається не тільки доречним, але й достатньо обґрунтованим положення рецензованої монографії Н. Я. Якимчук про те, що «Формування ринкової моделі економіки України викликало зміни і в системі фінансових взаємозв'язків на різних рівнях управління економічними і соціальними процесами в країні. Нові акценти та завдання у сфері забезпечення ефективного фінансування функцій держави й місцевого самоврядування, — справедливо стверджує у рецензованій книзі її автор, — викликали потребу переосмислення і системи розпорядження коштами, що мобілізуються в публічних фондах коштів, а також фінансово-правової компетенції суб'єктів розпорядження цими коштами» (с. 5). Одна з безперечних заслуг автора рецензованої монографії Н. Я. Якимчук й полягає в тому, що вищевикреслені аспекти більш широкої проблеми бюджетних правовідносин досліджуються нею всебічно, системно, з позицій нових методологічних підходів.

Для тих, хто ще не ознайомився зі змістом рецензованої монографії Н. Я. Якимчук безпосередньо із книги, зазначу, що в даній монографії автором досліджуються теоретико-прикладні проблеми поняття розпорядника бюджет-

* Рецензія на монографію: Якимчук П. Я. Розпорядники бюджетних коштів: система та правовий статус : монографія / Н. Я. Якимчук. — Чернівці : Рута, 2009. — 647 с.

них коштів в системі фінансового права України, теоретичні засади та елементи правового статусу розпорядників бюджетних коштів. У книзі проаналізовано правовий статус розпорядників бюджетних коштів як бюджетних установ, що діють в особі їх керівників як представники суб'єктів права власності на кошти бюджетів; висвітлено їх місце в системі управління публічними фінансами; розкрито теоретичні та практичні аспекти правового регулювання системи розпорядників бюджетних коштів, їх правовий статус у бюджетному процесі. Автором монографії досліджується бюджетно-правова відповідальність розпорядників бюджетних коштів, сформульована низка положень, що мають важливе теоретичне та практичне значення.

Зокрема, до останніх належить висновок Н. Я. Якимчук про те, що «розпорядники бюджетних коштів є суб'єктами бюджетних правовідносин, які володіють бюджетною правосуб'єктністю, наділені рядом прав та обов'язків у бюджетній сфері (у тому числі бюджетними повноваженнями), потенційно володіють правом відновлення їх статусу в кожному наступному бюджетному періоді, а також характеризуються тим, що вони діють в особі їх керівників, які, як правило, не наділені власною бюджетною правосуб'єктністю» (с. 28). Відзначимо, що вище сформульовані риси суб'єкта бюджетного права властиві розпоряднику бюджетних коштів як бюджетній установі, однак він, як і держава, самотійно не може вступати в правовідносини. Для цього йому необхідний законний представник. Таким представником бюджетної установи, уповноваженою особою в бюджетних правовідносинах (з особливими правами та обов'язками учасника) виступає керівник даної бюджетної установи, але при цьому в бюджетних правовідносинах він реалізує не власний фінансово-правовий статус, а фінансово-правовий статус відповідної бюджетної установи.

Обґрунтованим, теоретично і практично значимим є висновок Н. Я. Якимчук і про необхідність розмежування понять «розпорядник бюджетних коштів» та «розпорядник державних коштів» (с. 31). Якщо перший термін встановлений в Бюджетному кодексі України і визначає суб'єкта бюджетних правовідносин, то другий визначає суб'єкта господарських правовідносин та його повноваження у сфері державної закупівлі. На відміну від попереднього, його зміст визначається підзаконними актами виконавчої влади, головним чином Кабінету Міністрів України.

До належним чином обґрунтованих, теоретично і практично значимих необхідно віднести і висновок Н. Я. Якимчук про те, що настав час «відійти від усталеної традиції визнання межею правового регулювання бюджетного права відносини розподілу, а визнати бюджетними правовідносинами відносини у сфері організації витрачання коштів бюджетів (як загального, так і спеціального фондів бюджетів), саме у сфері взяття та виконання бюджетних зобов'язань, які складаються між органами Державного казначейства та розпорядниками (одержувачами) бюджетних коштів» (с. 73).

Суттєво збагачує пострадянську теорію фінансового права запропонований Н.Я.Якимчук підхід щодо групування норм, які регламентують спеціальний фінансово-правовий статус розпорядників бюджетних коштів: на її думку, ці

норми у якості предметного субінституту входять до інституту бюджетного процесу як підрозділу бюджетного права, яке, на думку автора рецензованої монографії, є підгалуззю Особливої частини фінансового права (с. 76).

Зазначений фінансово-правовий інститут, як встановлено автором рецензованої монографії, тісно пов'язаний з усіма іншими інститутами фінансового права, норми яких регулюють відносини, стороною в яких виступають розпорядники бюджетних коштів, а також з багатьма інститутами суміжних галузей права (конституційного, адміністративного, цивільного, трудового, кримінального та інших), які регулюють базовий правовий статус організацій, що в бюджетних правовідносинах виступають у статусі бюджетних установ. При цьому групування норм, спрямоване на регулювання фінансово-правового статусу розпорядників бюджетних коштів, робить висновок Н. Я. Якимчук, можна розглядати як у вузькому (інститут фінансового права, який має чітко визначене місце в системі фінансового права), так і в широкому розумінні (внутрішньогалузевий комплексний інститут, який умовно об'єднує фінансово-правові норми, що належать до різних інститутів системи фінансового права зі складним предметом правового регулювання — фінансово-правовим статусом розпорядників бюджетних коштів) (с. 77–78).

Не повністю погоджуючись з цим частковим твердженням, ми тим не менш поділяємо кінцевий висновок Н. Я. Якимчук по даному розділу монографії про те, що комплексний підхід до аналізу правового регулювання розпорядників бюджетних коштів призводить до об'єднання в одну спільність правових норм, які регулюють відносини різного характеру за участю розпорядників бюджетних коштів, а тому належать до різних підрозділів фінансового права. Пріоритетом є і повинен залишатися розгляд інституту розпорядників бюджетних коштів з точки зору вузького його розуміння, як самостійної сукупності правових норм, що має свій чітко визначений предмет і своє природне місце у системі фінансового права — а саме як інститут (субінститут) бюджетного процесу. Комплексний же підхід є допоміжним, таким, що дає можливість проаналізувати взаємозв'язки інститутів фінансового права та їх взаємодію між собою (с. 78).

Грунтовно та всебічно аналізуючи зміни у пострадянський період у системі розпорядників бюджетних коштів, автор рецензованої монографії доречно наголошує, що ці зміни у не меншій мірі стосуються і їх нового юридичного статусу. Вітчизняний законодавець, підкреслює Н. Я. Якимчук, «чітко відокремив розпорядників та одержувачів коштів бюджету» (с. 226), де розпорядниками виступають лише уповноважені органи зі статусом бюджетної установи, а одержувачами — підпорядковані або координовані організації без статусу бюджетної установи. Дані зміни адекватні новим підходом конституцієдавця до регулювання бюджетних відносин в Україні, зокрема, закріпленому у ст. 95 Конституції України принципу побудови бюджетної системи України на засадах справедливого і неупередженого розподілу суспільного багатства між громадянами і територіальними громадами. Цей принцип слугує демократизації та якісному поліпшенню процесу розподілу і організації використання публіч-

них фондів грошових коштів, що входять до фінансової системи держави. По-годжуємося з думкою автора монографії, що це повинно стати одним з пріоритетів бюджетної політики України. В монографії наведено переконливі аргументи реалізації запропонованого підходу до даної сфери бюджетних правовідносин (с. 333–334).

Достатньо обґрунтованими, концептуально витриманими, достовірними і переконливими є також більшість інших положень, узагальнень, оцінок, висновків та пропозицій, сформульованих у рецензованій монографії Н. Я. Якимчук. Тому найбільш стисло та адекватно її можна оцінити, на нашу думку, як **доробок з питань теорії пострадянського бюджетного права, який відповідає викликам часу.**

Тим не менше не позбавлена ця ґрунтовна монографія, на нашу думку, і ряду дискусійних аспектів, не однозначних суджень, оцінок та висновків, що, втім, є природним явищем у науковому пізнанні нової об'єктивної реальності, тим більше реальності, яка ще не набула готових, завершених форм. Це стосується, насамперед, обраного Н. Я. Якимчук загального компетенційного підходу до аналізу системи і правового статусу розпорядників бюджетних коштів. До речі, і в пострадянській теорії фінансового права він залишається домінуючим. Нам же видається, що адекватнішим пострадянським реаліям бюджетно-правової дійсності був би підхід, утім числі й до аналізу системи і правового статусу розпорядників бюджетних коштів, з позицій їх відношення до власності на ці кошти.

Як переконує величезний історичний досвід та свідчить суспільна практика, конструкція розподілу бюджетних коштів не сприяла раніше і не слугує нині їх максимальному примноженню та збереженню, а головне — раціональному, найбільш ефективному цільовому (тобто дійсно публічному на основі принципу конкуренції заявлених суспільних потреб) використанню. Виходячи з новітньої конституційної парадигми розвитку вітчизняного соціуму і держави, тенденцій світового соціального прогресу, не так вже й важко передбачити, що конструкція розподілу бюджетних коштів повинна бути якнайшвидше заміненою незрівнянно ефективнішою, адекватною досягнутому етапу суспільного розвитку конструкцією публічної власності на відповідні бюджетні кошти відповідного суб'єкта бюджетного права, втім числі й розпорядника бюджетних коштів. Причому недопустимою методологічною помилкою, небезпечною найнесподіванішими важкими втратами для бюджетно-правової практики і всього соціуму, було б припущення про можливість запозичення у даному випадку юридичної конструкції приватної власності з цивільного права (вітчизняний законодавець свідомо чи мимоволі підштовхує теоретиків та практиків фінансового права до цього), тому що у цих обох конструкціях докорінно відрізняються їх права природа, принципи, цілі та методи їх реалізації. Юридична конструкція публічної власності на бюджетні кошти може і повинна бути розроблена теорією бюджетного права. Це, на нашу думку, одне із найскладніших і водночас найневідкладніших завдань пострадянської науки фінансового права. На перший погляд парадоксально, а в цілому природно та глибоко законо-

мірно, що ряд положень, оцінок та висновків рецензованої монографії Н. Я. Якимчук є вагомим доробком саме до теоретичної моделі цієї майбутньої юридичної конструкції.

Містить в собі монографія Н. Я. Якимчук й інші дискусійні положення. Проте не вони визначають її суть. Головне полягає в тому, що з опублікуванням рецензованої монографії Н. Я. Якимчук вітчизняна теорія фінансового права збагатилась вагомим новаторським доробком, стала більш системною і цільною, спроможнішою реально впливати на вироблення та реалізацію сучасної фінансово-правової доктрини держави та соціуму в цілому.

НАШІ АВТОРИ

Аблятіпова Н. А., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права та процесу Кримського юридичного інституту Одеського державного університету внутрішніх справ

Абрамов Н. В., кандидат юридичних наук, професор Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

Адамов А. С., здобувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Адамова О. С., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Ахмач Г. М., здобувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії, ст. викладач Миколаївського навчального центру ОНЮА

Бабич І. Г., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Березовський Р. С., здобувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Берлач Н., кандидат економічних наук, доцент кафедри економіко-правових дисциплін Київського національного університету внутрішніх справ

Бігун В. С., кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

Біла-Тіунова Л. Р., кандидат юридичних наук, професор кафедри адміністративного та фінансового права Одеської національної юридичної академії

Бондик В. А., народний депутат України

Булеца С. Б., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Ужгородського національного університету

Василенко М. Д., доктор фізико-математичних наук, професор кафедри права Європейського Союзу і порівняльного правознавства Одеської національної юридичної академії

Вишняков О. К., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри права ЄС та порівняльного правознавства Одеської національної юридичної академії

Вороніна Н. В., здобувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Гаресв Є. Ш., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Голубєва Н. Ю., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Гончаренко В. О., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Гужва А. М., ст. викладач Харківського гуманітарного університету «Народна українська академія»

Давидова І. В., асистент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Денисенко К. В., аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Дербакова Ю. А., аспірант кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Деревнін В. С., ст. викладач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Джураєва О. О., кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Одеської національної юридичної академії

Дихта Н. М., здобувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Добровольська В. В., кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права і процесу Одеської національної юридичної академії

Додін Є. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри морського та митного права Одеської національної юридичної академії

Дрішлюк О. П., здобувач Інституту приватного права та підприємництва АПрН України

Єсіпова Л. О., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Заборовський В. В., аспірант кафедри цивільного права Ужгородського національного університету

Завальнюк В. В., кандидат юридичних наук, професор кафедри теорії держави та права, ректор Одеської національної юридичної академії

Іванченко О. М., асистент кафедри теорії держави і права Одеської національної юридичної академії

Кирилюк А. В., аспірант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Кізлова О. С., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Клім С. І., здобувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Козачук Д. А., асистент кафедри адміністративного та фінансового права Одеської національної юридичної академії

Кривенко Ю. В., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Кузьменко Т. С., здобувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Кулібаба В. С., кандидат юридичних наук, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Кулініч О. О., кандидат юридичних наук, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Литовченко В. В., здобувач кафедри цивільного права та процесу Одеського національного університету внутрішніх справ

Лукавецька О. М., асистент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Мазуренко С. В., кандидат юридичних наук, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Макода В. Є., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Меденцев П. А., здобувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Мінченко Р. М., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Одеської національної юридичної академії

Некіт К. Г., аспірант кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Пацурківський П. С., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Петренко В. С., кандидат юридичних наук, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Пироговський В. Т., суддя Одеського апеляційного господарського суду, здобувач ОНЮА

Погібко О. І., полковник юстиції, начальник управління (центру) забезпечення реалізації договорів Міністерства оборони України

Подцерковний О. П., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри господарського права і процесу ОНЮА

Попсуєнко Л. О., кандидат юридичних наук, доцент кафедри історії держави і права Одеської національної юридичної академії

Проць О. Є., здобувач кафедри теорії держави і права Одеської національної юридичної академії

Середа Г., кандидат юридичних наук, доцент, ректор Національної академії прокуратури України

Сидоренко М. В., здобувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Симонян Ю. Ю., асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Синявська Я. С., здобувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Смілянець І. П., аспірант кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Стависький П. Р., доктор юридичних наук, професор

Темченко О. В., здобувач кафедри теорії держави та права Київського національного університету внутрішніх справ

Терещенко В. Ю., аспірант кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Ткалич М. О., старший викладач кафедри цивільного права юридичного факультету Запорізького національного університету

Ткаля О. В., здобувач кафедри теорії держави і права Одеської національної юридичної академії

Токарева В. О., аспірант кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Томчак Н. В., здобувач кафедри організації судових та правоохоронних органів Одеської національної юридичної академії

Ульянова Г. О., кандидат юридичних наук, асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Ульяновська О. В., аспірант кафедри теорії держави та права Одеської національної юридичної академії

Харитонов Є. О., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Харитонova О. І., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Одеської національної юридичної академії

Цал-Цалко Ю. Ю., здобувач кафедри цивільного процесу Одеської національної юридичної академії

Цибульська О. Ю., асистент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Чванкін С. А., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу Одеської національної юридичної академії

Черновалюк Ю. Ю., аспірант кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Черногор Н. В., асистент кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

Чухрай Т. Р., здобувач кафедри цивільного права Одеської національної юридичної академії

ЗМІСТ

Передмова	3
---------------------	---

Розділ 1
РИМСЬКЕ ПРАВО ТА СУЧАСНІСТЬ

Є. О. Харитонов До визначення поняття та системи цивілістики (науки цивільного права)	7
К. Г. Некіт Конструктивний траст як аналог інституту законного представництва: ідеї римського права та сучасне втілення	14
А. М. Гужва Формули «quod interest», «qanti interest» у договорі найму за римським правом	19
Н. М. Дихта Поняття та характерні риси договору доручення за римським приватним правом	25
О. Ю. Цибульська Правове становище відказоодержувачів за заповідальним відказом	33
І. П. Смілянець Поява інституту переведення боргу або заміни боржника у зобов'язанні	38
Л. О. Попсуєнко Формування правового статусу християнської церкви за римським імператорським законодавством	42

Розділ 2
ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

О. І. Харитонova До визначення поняття права інтелектуальної власності	51
Н. В. Вороніна Способи набуття та припинення права власності	60
Н. Ю. Голубєва Свобода договору як принцип цивільного права	65
В. С. Деревнін Цивільно-правова відповідальність: теоретичні аспекти	70

С. І. Клім

Значення судової практики як додаткового джерела цивільного права 75

В. В. ЛитовченкоЩодо обов'язку утримання житлового фонду:
законодавство та судова практика 81**О. М. Лукавецька**Деякі зауваження щодо регулювання обміну житла
за проектом ЖК України 87**В. Ю. Терещенко**

Цивільно-правова кваліфікація форм самочинного будівництва 94

В. Є. МакодаОб'єкти промислової власності в період глобалізації
та розвитку інноваційного бізнесу 100**Ю. В. Кривенко**

Види релігійних організацій 109

С. А. Чванкін

Особливості представництва юридичних осіб у цивільному процесі 114

Ю. Ю. ЧерновалюкДеякі проблемні питання щодо правового регулювання патронату
за законодавством України 121**Ю. А. Дербакова**Загальнотеоретичні аспекти захисту цивільних прав
неповнолітніми (малолітніми) особами 128**Н. В. Черногор**

Проблема строку прийняття та відмови від заповідального відказу 135

О. К. ВишняковХарактер та сучасні тенденції регулювання цивільних майнових відносин
у Європейському Союзі 140**Г. М. Ахмач**Вплив цивільного права на регулювання договірних правовідносин
членів сім'ї 150**Є. Ш. Гаресв**Проблеми захисту патентних прав за допомогою
кримінально-правових способів 156

Розділ 3
ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСОБИ

Н. А. Аблятінова	
Проблеми сурогатного материнства в Україні	167
Р. М. Мінченко	
Правова активність особистості в умовах еволюції української державності	173
А. В. Кирилюк	
Ліцензійний договір на використання літературних творів як вид авторського договору	180
Т. С. Кузьменко	
Конвергенція складових компонентів бренда	186
В. С. Кулібаба	
Щодо поняття бренда	191
О. О. Кулініч	
Доменне ім'я як похідний засіб індивідуалізації інформаційних ресурсів фізичних та юридичних осіб у мережі Інтернет	195
С. В. Мазуренко	
Вільне відтворення бібліотеками об'єктів авторського права з ціллю навчання, науки та культури	201
В. С. Петренко	
Деякі питання створення акціонерного товариства	208
М. В. Сидоренко	
Деякі аспекти практичної реалізації положень Закону України «Про холдингові компанії в Україні»	218
Ю. Ю. Симонян	
Засновницький договір командитного товариства	224
Г. О. Ульянова	
Контрольні повноваження організацій колективного управління	229
К. В. Денисенко	
Право на дивіденди за Законом України «Про акціонерні товариства» . . .	234
В. В. Заборовський	
Загальні положення процедури конвертації акції	238
Я. С. Синявська	
Підстави виникнення майнової відповідальності учасників повного товариства за його зобов'язаннями	244

Розділ 4
ПРОБЛЕМИ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА

А. С. Адамов	
Історичні аспекти взаємного страхування	253
О. С. Адамова	
Договір морського круїзу	258
І. Г. Бабич	
Одностороннє розірвання договору	264
Р. С. Березовський	
Право зворотної вимоги (регресу) за цивільним законодавством України .	268
С. Б. Булеца	
Договір про надання медичних послуг	273
В. О. Гончаренко	
Вексель як вид боргового цінного паперу	278
І. В. Давидова	
Види недійсних правочинів	283
О. П. Дрішлюк	
Особливості розірвання договору як способу захисту цивільних прав та інтересів боржника	291
Л. О. Єсінова	
Цивільно-правові аспекти відповідальності за шкоду, заподіяну малолітніми фізичними особами	297
О. С. Кізлова	
Специфіка договору застави земельних ділянок сільськогосподарського призначення	305
П. А. Меденцев	
Одностороння відмова від договору в контексті проблеми правових наслідків порушення зобов'язання	310
Т. Р. Чухрай	
Міжнародно-правове та національне регулювання перевезення вантажу морським транспортом	314
В. О. Токарева	
Страхування предметів мистецтва	320
М. О. Ткалич	
Правова природа та особливості укладення контракту про спортивну діяльність	326

Розділ 5

ЖИТТЯ І. В. ШЕРЕШЕВСЬКОГО ЯК ДУХОВНА ЄДНІСТЬ
МІЖ ПОКОЛІННЯМИ ЮРИСТІВ

Н. В. Абрамов	
Память об Илье Вениаминовиче Шерешевском (120 лет со дня рождения)	337
О. К. Вишняков	
«Человек с “раньшего” времени...»	338
В. В. Самадурова	
Шерешевський Ілля Веніамінович	339
Е. В. Додин	
Воспоминания о И. В. Шерешевском	341
П. Р. Ставиский	
Шерешевский Илья Вениаминович	343

Розділ 6

УДОСКОНАЛЕННЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ ТА ПРАВОСУДДЯ
У СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

В. В. Завальнюк	
Взаємодія суспільства і права: антропологічний вимір	349
В. С. Бізун	
Правосуддя в цивільному судочинстві: обриси філософсько-правових особливостей здійснення (мета, предмет, право, суб'єкт, принципи)	356
Л. Р. Біла-Тіунова	
Становлення та розвиток наукової думки щодо службової кар'єри в Російській імперії наприкінці XVIII — на початку XX ст.	361
О. П. Подцерковний, В. Т. Пироговський	
Перспективи розвитку виключної компетенції господарських судів	369
В. А. Бондик	
Система захисту галузей економіки за законодавством про банкрутство	375
Г. Середа	
Загальна характеристика забезпечення безпеки суб'єктів кримінального судочинства та роль прокурора в його здійсненні	381
Ю. Ю. Цал-Цалко	
Судове рішення про поділ спільного майна подружжя як результат розгляду справи	389

О. В. Темченко

Соціальна функція української держави у сфері захисту прав дитини 394

О. В. ТкаляОсобиста та колективна недоторканність як форма
правового імунітету 399**Н. Берлач**Можливості участі України в процесі міжнародної співпраці
у сфері розвитку ринку органічного сільського господарства 408**Н. В. Томчак**

Роль національних програм у сфері судової реформи в Україні 414

М. Д. ВасиленкоПільги в оподаткуванні проектів технопарків як відображення
спеціального режиму їх функціонування 422**О. Є. Проць**

Правова свідомість молоді в Україні: особливості та види деформації 432

О. О. ДжураєваПравоохоронна діяльність у забезпеченні правопорядку
в сучасній державі 440**В. В. Добровольська**

Деякі питання валютного контролю у сфері господарювання 445

Д. А. КозачукОсобливості нагородних адміністративних пропедур та напрямів
їх вдосконалення 454**О. В. Ульяновська**

Сутність правової фікції 459

О. М. ІванченкоПроблема імплементації норм міжнародного права
в національне кримінальне законодавство України 464**О. І. Погібко**Нормативно-правові питання розвитку системи забезпечення
воєнної безпеки — складової національної безпеки і оборони України . . . 470**Розділ 7
ЗВІТИ ТА РЕЦЕНЗІЇ****П. С. Пацурківський**

Пострадянська теорія бюджетного права: доробок, гідний викликам часу . 479

Напіс автори 484

Наукове видання

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Збірник наукових праць

Випуск 51

Українською та російською мовами

Редактор-коректор *Н. І. Крилова*

Технічний редактор *Т. В. Іванова*

Підписано до друку 17.12.2009. Формат 70х100/16. Папір офсетний.
Гарнітура «Шкільна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 40.30.
Тираж 300 прим. Вид. № 24. Зам. № 26.

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2.
Тел. (048) 777-48-79
Свідчення суб'єкта видавничої справи
ДК № 1374 від 28.05.2003 р.

Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. Вип. 51
А 437 / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. —
Одеса : Юридична література, 2009. — 496 с.
Укр. та рос. мовами.

У збірнику містяться статті з цивілістики та римського права. Автори піднімають проблематику зв'язку цивільного права України та розвитку цивільного права європейських країн. Представлена проблематика присвячена пам'яті відомого одеського вченого-цивіліста проф. І. В. Шерешевського.

Видання розраховано на наукових працівників, вчених та практиків, що цікавляться питаннями розвитку цивілістики, а також звернено до студентів юридичних факультетів та інститутів.

ББК 67(4Укр)я43
УДК 340(477)1082