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

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 11

КИЇВ 2012

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

Щорічний юридичний збірник наукових праць видається з 1999 р.

Засновник:
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України

Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 11, 2012 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України, 2012. – 212 с.

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

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

Рекомендовано до друку вченою радою
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України
(протокол № 1 від 25 січня 2012 р.)

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

Постановою президії ВАК від 14 жовтня 2009 року № 1-05/4 збірник наукових праць «Приватне право і підприємництво» Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України внесено до переліку наукових фахових видань з юридичних наук, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата наук

Розповсюдження та тиражування без офіційного дозволу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України забороняється.
За достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах, несуть відповідальність автори.
Надруковані в інших виданнях матеріали до розгляду не приймаються.
У передрукованих публікаціях посилання на «Приватне право і підприємництво» обов'язкове.

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

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012
© Автори статей, 2012

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

ВИПУСК 11
Київ 2012

ЗМІСТ

Крупчан О. Д. Сучасний стан та перспективи розвитку приватноправової сфери в Україні **3**

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

Скрипнюк О. В. Основні концептуальні підходи до визначення взаємодії інститутів громадянського суспільства та соціальної правової держави в українській юридичній науці: ретроспективний аналіз **17**

Шевченко О. М. Концептуальні засади забезпечення прав і свобод людини в програмних документах українського дисидентського і правозахисного рухів 60–80-х років XX ст. **21**

Стефанчук Р. О. До питання про європейський вибір розвитку цивільного права в Україні **27**

Рабінович С. П. Цивільно-правова очевидність: юснатуралістичні засади правового пізнання в європейських кодифікаціях приватного права **29**

Довгерт А. С. Колізійне регулювання договірних відносин в Європейському Союзі та Україні **32**

Махінчук В. М. Дуалізм приватного права: постановка питання **35**

Зозуляк О. І. Теоретико-правові аспекти визначення сутності цивільної правосуб'єктності **43**

ІІ. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Стефанчук М. О. Дискусійні питання щодо визначення змісту суб'єктивного цивільного права **46**

Берестова І. Е. Кондикційне зобов'язання як універсальний спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав **49**

Первомайський О. О. Участь суб'єктів публічного права в цивільних відносинах: засади та форми **52**

Молодико К. Ю. Конструювання захисту прав споживачів у кредитних правовідносинах **55**

Миронова Г. А. Проблема визначення поняття «медична дієздатність пацієнта» **62**

Гайдулін О. О. Способи протидії зловживанню процесуальним правом: ефективність та пріоритети **68**

Янчук І. А. Усталеність і варіативність як тенденції розвитку юридичної термінології **71**

Саракун І. Б. Неоднакове застосування судами норми матеріального права щодо виплати частки (вкладу) учаснику колективного підприємства **75**

Короленко В. М. Вимоги, що розглядаються в наказному провадженні, за законодавством України та країн СНД **77**

Лапечук П. І. Сучасні проблеми законодавчого забезпечення цивільних прав осіб **81**

Кочин В. В. Цивільна правоздатність юридичної особи як ознака учасника приватних відносин **85**

Корнієнко Ю. І. Цивільно-правове регулювання реалізації предмета іпотеки у випадку невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання **88**

Хіміч *С. П.* Співвідношення земельного та цивільного законодавства: позитивні та негативні аспекти **91**

Бесарабчик В. О. Перегляд судових рішень з цивільних справ Верховним Судом України: окремі аспекти **94**

Резнік Г. О. Класифікація особистих немайнових прав дитини **98**

Лобанова Т. В. Захист особистого немайнового права подружжя на свободу та особисту недоторканність **101**

Непочатих В. О. Актуальні питання підсудності трудових спорів **104**

III. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Беляневич О. А. Про стабільність у господарських договірних відносинах **110**

Поєдинок В. В. Інвестиційний договір як засіб саморегулювання інвестиційної діяльності **116**

Гриняк А. Б. Предмет як істотна умова договорів підряду **120**

Вавженчук С. Я. Парадигма юридичної природи договору дарування **123**

Хащівська Н. В. Строки здійснення прав та виконання обов'язків наймачем у договорах про передання майна у тимчасове користування **126**

Біленко М. С. Окремі аспекти укладення договору підряду на капітальне будівництво **131**

Лідовець Р. А. Визначення правового статусу одержувача у договорі перевезення вантажу **134**

IV. ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Тилик Т. М., Галянтич М. К. Поняття терміна «житлова нерухомість» з метою її державної реєстрації **137**

Солтис Н. Б. Суб'єктивне право на користування житлом, що виникає із спадкових правовідносин **140**

Фігель А. А. Правозахисна діяльність органів прокуратури у сфері захисту житлових прав фізичних осіб **144**

V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

Щербина В. С. Правовий режим майна у Збройних Силах України **148**

Полюхович В. І. Особливості ліцензування професійної діяльності на фондовому ринку України **153**

Блащук Т. В. Особливості правового статусу підприємця та його роль у громадянському суспільстві **157**

Безух О. В. Правове регулювання діяльності природних монополій та його значення для економічної конкуренції **160**

Сергійко О. В. Регулювання і дерегулювання господарської діяльності на сучасному етапі **164**

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО: РОЗВИТОК І ГАРМОНІЗАЦІЯ

Король В. І. Концептуальні та правові засади модернізаційної стратегії Росії в умовах глобальних трансформацій **167**

Ватрас В. А. Цивільні кодекси як джерела сімейного права України та Франції : порівняльно-правовий аспект **170**

Гринько С. Д. Простий випадок (casus) як підстава звільнення від деліктної відповідальності за римським приватним правом і законодавством України та європейських країн **175**

Ліщина І. Ю. Загальний (публічний) інтерес як підстава для обмеження права власності відповідно до статті 1 Першого протоколу до Європейської конвенції з захисту прав людини та основних свобод **178**

Нагнибіда В. І. Набувальна давність як підстава виникнення сервітутних прав: застосування зарубіжного досвіду **182**

Бондаренко-Зелінська Г. Л. Медіація: перспективи впровадження в Україні **186**

Лисенко В. В. Поняття та умови зовнішньоекономічних бартерних контрактів **189**

Боярський Є. Д. Теорії правової природи міжнародного комерційного арбітражу та їх рецепція у праві України **192**

Гарієвська М. Б. Роль суду як суб'єкта цивільних процесуальних правовідносин в Україні та Англії **195**

Черняк О. Ю. Практика застосування альтернативних способів вирішення спорів про захист прав споживачів: досвід ЄС та проблеми запровадження в Україні **198**

Посикалюк О. О. Посттанативні особисті немайнові права фізичних осіб : порівняльно-правовий аспект **202**

Новосельцев І. І. Чи варто реєструвати об'єкти авторського права і суміжних прав: порівняльно-правовий аналіз чинного законодавства України та США **205**

Шупінська О. В. Колізійне регулювання майнових відносин подружжя за законодавством України та деяких європейських країн **207**

Черних Ю. С. Тлумачення « парасолькової клаузули» на прикладі справи GEA Group Aktiengesellschaft проти України **209**

СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ПРИВАТНОПРАВОВОЇ СФЕРИ В УКРАЇНІ

Крупчан О. Д.,

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

У статті розглядаються сучасний стан та перспективи розвитку приватноправової сфери України, розкриваються питання про необхідність вдосконалення окремих положень вітчизняного матеріального та процесуального законодавства з метою гарантії належного здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав.

Ключові слова: цивільне право, цивільний процес, приватноправові відносини, здійснення цивільних прав, захист цивільних прав, господарське право, господарський процес.

У непростих умовах утвердження в незалежній Україні демократичних засад побудови суспільного життя, функціонування ринкових механізмів в економіці, що ґрунтується на використанні різних форм власності, посилюється роль цивільного права як важливого регулятора особистих немайнових та майнових відносин.

Проблема підвищення ефективності приватноправового регулювання суспільних відносин, що становлять предмет цивільного права, є актуальною не лише для цивілістів і загалом правознавців, а й для широкого кола зацікавлених осіб, серед яких економісти, філософи, політики, підприємці, а також пересічні громадяни.

Соціально-економічними та політичними орієнтирами сучасної України є ринкова економіка та реальна демократія європейського зразка. У цьому відношенні цивільне право України тяжіє до перетворення у приватне право громадянського суспільства. Традиційно важливе завдання науки цивільного права полягає у з'ясуванні ролі приватноправових відносин у становленні та розвитку громадянського суспільства, а також у визначенні цілей і вдосконалення механізмів приватноправового регулювання суспільних відносин, науковому забезпеченні ефективного впливу приватного права на розвиток суспільства.

Характерною особливістю сучасного стану української цивілістики переважно є потреба забезпечення тлумачення та відшукання шляхів оптимальної реалізації норм Цивільного і Господарського кодексів України, чим пояснюється популярність значної кількості «коментаторської» юридичної літератури (коментарі ЦК, ГК України, інших актів цивільного законодавства).

Іншою особливістю є надмірний вплив вищих судових інстанцій на рішення нижчих. Вони нерідко змушені надавати власним рішенням прецендентного характеру для рішень всіх судів нижчих інстанцій. Таке становище певною мірою спровоковано благою метою хоча б часткового усунення наслідків юридичних колізій у законодавстві (зокрема, між ЦК і ГК України).

Це лише підтверджує сформовану в минулі часи (починаючи із зародження цивілістики Російської імперії) і поширену донині традицію, за якою судова організація не допускала впливу науки на судову діяльність. Це призвело до того, що імперські, а потому радянські теорія і практика йшли кожна своєю дорогою, самостійно піклувалися про своє існування і, певною мірою, цуралися одна одної. Така тенденція існує і понині та негативно впливає на юристів-практиків, які не мають достатніх стимулів впроваджувати істотні напрацювання науки, яка, зазвичай, не використовується на практиці. Звідси є необхідність підвищити рівень науковості судових рішень, тлумачення приватноправових норм.

У результаті певного відчуження практичної сфери юридичної діяльності дослідження мало цікавлять практиків, тоді як видання кодексів, коментарів рішень судових інстанцій розходяться багатотисячними тиражами. Відверто кажучи, суди відзначаються: низьким рівнем застосування наукових поглядів, їх рішення недостатньо мотивуються і, зазвичай, прикриваються посиланнями на норму права, яка нерідко не дає прямої відповіді на питання, нібито вирішені рішенням суду.

У цьому контексті вихід з такої проблемної для цивілістики ситуації та усунення розбіжностей між теоретичною і практичною юриспруденцією вбачається в необхідності активізації приватноправовими науками догматичної, історико-філософської розробки українського цивільного законодавства, права загалом, а з практичної точки зору, звільнення судових інстанцій від штучної ізоляції юридичного наукового потенціалу шляхом звернення за науковою допомогою при формуванні правозастосовчої практики.

Позитивно сприйнявши у 2003 році одну із найпрогресивніших, на нашу думку, кодифікацій національного цивільного законодавства, наукова думка України продовжує активно працювати над осмисленням існуючих правових процесів та прогнозуванням подальшого розвитку правової системи України. Тобто пройдений етап у 8 років надає можливість підбити певні підсумки стану сучасного цивільного права, але головне завдання сьогоденної науки приватного права – передбачення напрямів подальшого руху на цьому шляху. Безперечно, Цивільний кодекс Украйни має досить високий рівень регулятивного впливу, а також виконує роль основного системоутворюючого акта цивільного законодавства України. Незважаючи на всі складнощі, що виникають в процесі застосування норм ЦК України, можна стверджувати, що він створив серйозний фундамент для формування принципово нового цивільного законодавства – законодавства, яке закріпило приватноправові засади у цивільному обороті, що надає змогу будувати у майновій сфері суспільства дійсно ринкові відносини, а відносно фізичних осіб – забезпечувати реалізацію приватноправових норм, характерних для громадянського суспільства.

Однак на фоні безперечних успіхів у приватноправовій сфері необхідно відмітити деякі негативи, які, на нашу думку, можуть затьмарити весь загальний позитив і спричинити руйнацію основ приватноправового порядку.

Першим таким негативом є відсутність логічної, послідовної, збалансованої правової політики. Це явище, в першу чергу, обумовлюється різними чинниками, основним із яких є відсутність чіткої економічної політики в державі. Крім цього, наявність даного негативу призводить до відсутності елементарного порядку в нормотво-

рчій діяльності. Відповідно, цей стан сприяє розвитку такої небезпечної тенденції, яку можна назвати «кодексною перфектизацією», що проявляється у нескінченному внесенні змін та доповнень до існуючих кодифікованих нормативно-правових актів, зокрема, внесення змін та доповнень до Цивільного кодексу України. Поряд із тим, що він набув чинності лише 1 січня 2004 року, щодо його вдосконалення вже було внесено на розгляд Верховної Ради України понад 200 (!) законопроектів щодо змін і доповнень, 68 із яких вже прийняті та діють.

Проте будь-який негатив у приватноправовій сфері не може применшити безперечних її позитивів. До них слід віднести те, що в числі загальних засад цивільного законодавства, закріплених ст. 3 ЦК України, названо такі як справедливість, добросовісність та розумність. Крок щодо закріплення в кодексі цих засад був глибоко продуманим та витримав тиск тих, хто розглядає його як акт, що має бути максимально зрозумілим «всім і кожному», а тому має звільнитися від оціночних категорій. Сьогодні ми вже можемо аналізувати перший позитивний досвід застосування цих загальних засад цивільного права в судовій практиці, яка в цілому його сприйняла і вже застосовує його величезний регулятивний потенціал.

Однією з новел ЦК України є законодавча інтерпретація принципу диспозитивності у договірній сфері, закріплена в ч. 3 ст. 6 ЦК України, яка надає сторонам договору право відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати в договорі відносини на власний розсуд. Видається, що ця норма значною мірою розвиває таку загальну засаду цивільного законодавства як свобода договору, надаючи сторонам можливості встановлювати таку регламентацію відносин, яка буде найефективніше відображати їх інтереси, не порушуючи суспільний порядок та інтереси третіх осіб.

Аналізуючи місце і роль інституту захисту цивільних прав в механізмі правового регулювання, слід зазначити, що чинні цивільні кодекси пострадянських держав значно поглибили його розуміння. Стаття 16 ЦК України встановлює перелік способів захисту суб'єктивних цивільних прав, який, в принципі, є закритим. Разом з тим законодавець передбачає, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, встановленим договором або законом.

Слід зазначити, що в Україні судова практика суворо дотримується норм щодо вибору позивачем способу захисту, не передбаченого законом або договором, що є безумовною підставою для відмови в задоволенні позовних вимог. Видається, що цілком доцільним може бути доповнення існуючого положення вказівкою на те, що при визначенні способу захисту, обраного учасником цивільних правовідносин, суд вправі допустити такий спосіб захисту, який хоча і не передбачений законом або договором, проте відповідає суті відносин між сторонами.

На жаль, розпочата розробниками проекту ЦК України спроба логічно і системно врегулювати загальні положення про юридичних осіб не була реалізована законодавцем. Зокрема, вкрай невдало сформульовано визначення поняття юридичної особи в ст. 80 ЦК України, ідея закріплення вичерпного переліку організаційно-правових форм в ст. 83 ЦК України досить «розмита» застереженням про те, що юридичні особи можуть створюватися і в інших формах, встановлених законом.

Сімейне право також піддається постійним змінам, але не так інтенсивно як ЦК України. Так, час, який сплив після набуття чинності ЦК України, продемонстрував також безсумнівні здобутки і в сімейному законодавстві. Було прийнято п'ятнадцять законів, якими до СК України було внесено зміни або доповнення. Деякі з них мали принциповий характер. Зрозуміло, що розвиток сімейного законодавства не припинився. Практика застосування норм сімейного права свідчить про необхідність подальшого їх вдосконалення.

У першу чергу це стосується регулювання майнових відносин у сім'ї, зокрема, доктрина давно вимагає нормативно врегулювати корпоративні відносини подружжя. Договірне регулювання сімейних відносин визначається як одна з основних засад сучасного сімейного права. Назріла нагальна потреба закріпити це безпосередньо у нормах сімейного законодавства, оскільки на сьогодні СК України оминає ці проблеми.

Подальший розвиток сімейного права спонукає і має значне розширення кількості аліментних зобов'язань учасників сімейних відносин. Проте концепція права власності на аліменти, яка одержала своє закріплення в СК України, потребує докорінної зміни. Закон має чітко визначати, що аліменти, сплачені на дитину, незалежно від її віку, є власністю дитини, а батьки лише управляють цим майном, використовуючи його за цільовим призначенням.

У СК України також закріплено нові форми влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування − патронат, прийомна сім'я та дитячий будинок сімейного типу (гл. 20, 20-1, 20-2 СК). Утім, не можна стверджувати, що в аспекті регулювання майнових відносин дітей та батьків-вихователів норми СК України є вичерпними. На практиці постійно виникає чимало питань, відповіді на які чинне сімейне законодавство не містить. Насамперед, йдеться про визначення правового режиму житла, яке передається дитячому будинку сімейного типу для виховання дітей; забезпечення майнових прав дітей, які проживали в прийомних сім'ях, після досягнення ними повноліття; порядок використання дітьми, які влаштовані в прийомні сім'ї, аліментів, пенсій, інших соціальних виплат тощо.

На перший погляд, вказані зміни спричинені турботою про членів сім'ї та необхідністю підвищення їх матеріальної спільності. Проте тенденція розширення аліментних зобов'язань в сімейній сфері має і зворотний бік. Власне, має місце збільшення аліментного навантаження на членів сім'ї. Закон породжує «сімейне коло аліментнозобов'язаних осіб», коли всі члени сім'ї мають взаємні обов'язки щодо утримання один одного. Це свідчить про неефективність державної підтримки сім'ї, усунення держави від вирішення проблем її матеріального забезпечення за рахунок державних фондів, а також про обмеженість інших форм підтримки сім'ї з боку суспільства.

Необхідність законодавчого визначення правового режиму аліментів, які одержуються на дитину, не викликає сумнівів. Проте концепція права власності на аліменти, яка одержала своє закріплення в СК України, потребує, на нашу думку, докорінної зміни. Закон має чітко визначати, що аліменти, сплачені на дитину, незалежно від її віку, є власністю дитини, а батьки лише управляють

цим майном, використовуючи його за цільовим призначенням на утримання і розвиток саме дитини, а не сім'ї.

Корпоративне право в Україні перебуває у стадії свого динамічного розвитку. Постійна зміна (удосконалення) корпоративного законодавства тісно пов'язана із появою цілої низки нових запитань, що виникають при його застосуванні. Не менш важливим є правильне розуміння законодавцем основних теоретичних положень корпоративного права, його поняття та змісту корпоративних правовідносин. Адже занадто широке або звужене їх тлумачення не сприяє формуванню уніфікованого підходу юристів-практиків і науковців до одних і тих самих питань.

Для усвідомлення сучасного стану корпоративного права достатньо звернутися до Закону України «Про акціонерні товариства» (із відповідними змінами від 03.02.2011 р.), який став предметом найжвавіших дискусій, обговорень та критики.

Більшість вітчизняних науковців підтримує його прийняття, але водночас наголошує на необхідності подальшого вдосконалення цього спеціального Закону. Це стосується як теоретичних, так і практичних його положень. Зупиняючись на дискусійних моментах чинного Закону України «Про акціонерні товариства» (в тому числі інших законів), можна пов'язати їх із сучасним станом корпоративного законодавства.

Зокрема, удосконалення потребують положення Закону, що регулюють укладення акціонерним товариством значних правочинів (договорів) та їх визначення. Закон закріплює правило, що статутом АТ можуть визначатися додаткові критерії для віднесення правочинів до категорії значних правочинів. Разом з тим вимоги до порядку визначення значного правочину, передбачені ст.70 Закону, застосовуються як додаткові до інших вимог щодо порядку вчинення певних правочинів, передбачених законодавством або статутом акціонерного товариства. В Законі не йдеться про те, що порушення порядку щодо попереднього схвалення наглядовою радою або загальними зборами АТ значного правочину може бути підставою для визнання такого правочину недійсним.

Невигідною для акціонерів є й та обставина, що законодавство України не передбачає (за окремими випадками, наприклад, при укладанні правочину із заінтересованістю) їх право на вчинення так званого непрямого (чи похідного) позову. Не підтримує можливості подання такого позову й судова практика, зокрема, Вищого господарського та Верховного судів України, що не надає можливості акціонерам у повному обсязі реалізувати своє право на захист від різноманітних зловживань.

Недосконалість щодо укладення угоди (правочину) спостерігається і при застосуванні міжнародного приватного права. Перша та друга частини розділу 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 23 жовтня 2008 р. передбачає, що відносини між українським акціонерним товариством і акціонерами, а також між акціонерами такого товариства щодо його діяльності, а також корпоративного управління регулюються виключно законами та іншими нормативно-правовими актами України.

У разі укладення акціонерами – іноземними юридичними або фізичними особами – угоди (правочину) про підпорядкування відносин між акціонерами, а також між акціонерами і акціонерним товариством щодо діяльності товариства, іноземному праву, такий правочин є нікчемним в силу ст. 10 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709-IV.

Таким чином, розділом 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України, по суті, забороняється підпорядкування іноземному праву *будь-яких* відносин між українськими та іноземними акціонерами товариства, що створено в Україні, а угода про вибір застосувального права до цих відносин (якщо така буде) має вважатися нікчемною. Таке формулювання, на нашу думку, є недосконалим, а посилання на нікчемність угоди про вибір права щодо «діяльності товариства» необґрунтованим. Можливість застосування автономії волі у корпоративних відносинах залежить від того, чи належить певне питання до особистого статусу юридичної особи, чи йдеться про звичайні зобов'язання.

Закон України «Про акціонерні товариства» містить низку дискусійних моментів щодо питань здійснення корпоративних прав.

Так, на практиці нерідко виникають ситуації, що унеможливлюють належну реалізацію корпоративних прав міноритарними акціонерами. Зокрема, таким акціонерам не завжди можна отримати дивіденди. Власник (власники) контрольного пакета акцій часто приймають рішення не розподіляти частину прибутку у вигляді дивідендів, користуючись можливістю спрямувати весь отриманий в результаті господарської діяльності дохід на збільшення основних та оборотних коштів, при цьому є певна фіксація вимог міноритарних акціонерів на отримання дивідентів. З метою захисту права міноритарних акціонерів необхідно внести зміни до Закону України «Про акціонерні товариства», якими визначити підстави та розмір частки доходу, отриманого товариством, який підлягатиме розподілу серед акціонерів пропорційно вартості їх акцій.

Недоліки чинного законодавства слід виправляти на основі його постійного аналізу шляхом підготовки законопроектів про внесення відповідних змін і доповнень до базового закону; при цьому вироблення усталеної практики з питань корпоративного права повинно ґрунтуватися на чіткому тлумаченні положень діючих нормативно-правових актів, аналізі практики їх застосування та теоретичних положень. З огляду на це корпоративне право є перспективним напрямом для подальших досліджень та потребує наукового аналізу.

Враховуючи проголошений Президентом України курс нашої держави на євроінтеграцію, важливим напрямом для подальших досліджень залишаються питання гармонізації корпоративного законодавства України із законодавством ЄС.

Відповідно до Закону України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС» (від 18.03.04 р.) та за Угодою про партнерство і співробітництво між Україною та Європейськими Співтовариствами Україна взяла на себе обов'язок адаптувати своє законодавство до законодавства ЄС у пріоритетних сферах, до яких належить і законодавство про компанії (корпоративне законодавство). Основним вектором для успішного проведення цього процесу є вдосконалення законодавства України у сфері здійснення та захисту корпоративних прав.

Ці питання потребують більш глибокого та ґрунтовного дослідження в світлі набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» (щодо вдосконалення механізму діяльності акціонерних товариств) та розробки проекту Закону України «Про товариства з обмеженою відповідальністю». Удосконалення вітчизняної правової бази та приведення її у відповідність із сучасними європейськими стандартами сприятиме покращенню інвестиційного клімату в нашій державі та створить умови для залучення на ринки України іноземних компаній.

На сучасному етапі в Європі (з 1995 р.) проводиться досить інтенсивна робота щодо підготовки єдиного Європейського кодексу цивільного (приватного) права, поява якого очікується до 2020 р. У цьому контексті всі національні правові системи зазнають стрімкої гармонізації шляхом рецепції, доктрини, типових законів тощо. З іншого боку, гармонізовані національні приватноправові системи впливають на створення уніфікованих правил для міжнародних приватних відносин, що, в свою чергу, стають правилами внутрішнього цивільного обороту. Тому вже сьогодні необхідно провести відповідний науковий аналіз норм корпоративного права, у якому відносинам (головним чином приватноправовим) щодо здійснення та захисту корпоративних прав має бути відведено найважливіше місце.

Також слід враховувати і те, що директиви (які є дещо застарілими для Європи і пріоритетом у цьому є орієнтація на перспективне європейське законодавство) та регламенти ЄС, принципи корпоративного управління та аналіз врегульованих вітчизняних відносин у сфері здійснення і захисту корпоративних прав мають бути зіставлені зі стандартами цих відносин ЄС. Необхідно відстежити історичний розвиток корпоративного законодавства у країнах–членах ЄС із вказівкою на його позитивні й негативні риси; дослідити процес становлення та тенденції розвитку наднаціонального законодавства в даній сфері.

Невпинний розвиток європейського законодавства свідчить про динаміку процесів глобалізації у світі, що відображається й на розвитку корпоративних відносин. Гармонізація корпоративного законодавства необхідна Україні, насамперед, для розвитку її економіки: покращення товарообороту між країнами – членами ЄС і Україною; залучення вітчизняних і зарубіжних інвесторів тощо. Україна у своєму прагненні до європейської спільноти повинна відповідати вимогам сьогодення і вміти забезпечити комфортні умови діяльності останніх. Адже будь-який інвестор, перш ніж інвестувати свої кошти в українські компанії, насамперед поцікавиться станом справ щодо правового забезпечення здійснення та, головним чином, захисту своїх корпоративних прав.

Досліджуючи сучасний стан та перспективи розвитку науки міжнародного приватного права в Україні, слід зазначити, що серед вітчизняних науковців існують різні позиції з цього питання. Так, на думку професора А. С. Довгерта, сучасний період розвитку науки міжнародного приватного права (МПрП) в Україні з 1992 р. до теперішнього часу характеризується значним поглибленням та розширенням досліджень у цій сфері, спричинених багатьма чинниками.

По-перше, незалежна Україна стала на шлях реалізації західноєвропейської моделі розвитку (демократія, громадянське суспільство та соціальна ринкова економіка плюс євроінтеграція). Нова практика міжнародного спілкування як для держави, так і для фізичних та юридичних осіб вимагала постійного застосування міжнародних приватноправових механізмів, які за радянських часів були недостатньо розвинутими (не було цілісності та системності у колізійному праві, багато важливих міжнародних приватноправових інституцій залишалися не задіяними тощо).

По-друге, в країні розпочалася бурхлива законодавча робота зі зміцнення цих правових механізмів, зокрема, кодифікація колізійного права, приєднання до важливих міжнародних договорів, вступ держави до міжнародних організацій. По-третє, міжнародне приватне права стало викладатися в усіх вищих юридичних навчальних закладах країни.

Наукові пошуки було організовано майже в усіх сферах міжнародного приватного права. Про широту досліджень свідчить той факт, що за роки незалежності захищено близько 50 кандидатських та докторських дисертацій з цієї тематики, опубліковано чимало наукових праць, серед яких не один десяток монографій. Наукові пошуки вчених сприяли встановленню контактів із закордонними колегами і центрами у різних сферах міжнародного приватного права та появленню публікацій у зарубіжних виданнях. Багато праць науковців надруковано за кордоном, зокрема, у Великій Британії, Німеччині, Нідерландах, Канаді, Китаї, Казахстані, Росії, США, Швейцарії тощо.

Наукові дослідження, що проводилися у цей період, збіглися з епохальними кодифікаційними роботами в Україні, в яких активну участь брали вчені і фахівці з міжнародного приватного права.

Вітчизняні науковці у сфері міжнародного приватного права долучилися і до міжнародно-правового нормотворення, що здійснювалося в рамках СНД, Гаазької конференції з міжнародного приватного права та Міжнародного інституту уніфікації приватного права (УНІДРУА). Зокрема, професор А. С. Довгерт розробив розділ «Міжнародне приватне право» у Моделі Цивільного кодексу для країн СНД (1996 р.), брав участь у створенні останніх конвенцій Гаазької конференції з міжнародного приватного права (2001 – 2007 рр.).

Законотворча та інша практична діяльність вчених спиралася на відповідні теоретичні праці. В Україні наукові дослідження (дисертації, монографії тощо) з питань міжнародного приватного права виконуються в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, Львівському національному університеті ім. Івана Франка, Національному університеті «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого», Національному університеті «Одеська юридична академія», Одеському національному університеті ім. Іллі Мечникова та Запорізькому національному університеті. В Чернівцях та Маріуполі також побачили світ монографічні праці з цієї тематики.

Відмінною рисою сучасного етапу розвитку української науки міжнародного приватного права стало поступове формування інших, крім Київського національного університету імені Тараса Шевченка, наукових центрів з досліджень міжнародного приватного права. У Києві, наприклад, варто виділити відділ міжнародного приватного

права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, науковим колективом якого підготовлено чимало праць з міжнародного приватного права. Якщо раніше дослідження у цій сфері здійснювалися лише окремими фахівцями різних наукових закладів, факультетів та кафедр, то з 1992 р. в Україні з'явилися спеціальні наукові підрозділи з вивчення і викладання широкого спектру проблем міжнародного приватного права та підготовки кадрів у цій сфері, що дуже важливо з огляду на майбутнє.

Основний висновок стосовно сучасного етапу розвитку науки міжнародного приватного права в Україні полягає у значному розширенні тематики і географії досліджень та кола дослідників. За останні 20 років написано у десятки разів більше монографій, статей, підручників та посібників з міжнародного приватного права порівняно з радянським періодом. Завдяки цьому та потребам практики з науки міжнародного приватного права знято наліт екзотичності, а сама вона стала в один рівень з науками міжнародного публічного та цивільного права. Хоча доктрина міжнародного приватного права в Україні ще має певні негативні нашарування радянського етапу (наприклад, у теоретичних питаннях міжнародного приватного права), серйозних перешкод на шляху її подальшого розвитку немає.

Сучасний стан наукового дослідження проблем щодо відносин, що становлять сферу міжнародного приватного права, потребує подальшої уваги та розвитку. Зокрема, потребує перегляду на загальнодержавному рівні спеціальність 12.00.04, яка на сьогодні поглинає у себе господарське право та процес, а також дослідження у сфері міжнародного комерційного арбітражу, який є основним способом вирішення зовнішньоекономічних спорів як в усьому світі, так і в Україні, яким виступає Міжнародний комерційний арбітражний суд, що функціонує при Торговельно-промисловій палаті України (ТПП України).

Вважаємо, що наукові проблеми у сфері комерційного арбітражу слід досліджувати у рамках спеціальності 12.00.03, оскільки код класифікації наукових спеціальностей майже повністю було сформовано у 70-х роках XX століття, коли панувала командно-адміністративна система міжнародних торгових та господарських зв'язків. Сучасні договірні зовнішньоекономічні зв'язки побудовано максимально на добровільних, ініціативних, приватноправових засадах, у яких панує юридична рівність сторін, тому місце досліджень проблем правового регулювання діяльності МКАС належить саме до цивільно-правової спеціальності 12.00.03.

Перспективними темами наукових досліджень у сфері міжнародного приватного права у найближчий час мають стати: його методологія, розвиток доктрини колізійного права, питання застосування іноземного права, його уніфікація, проблеми європейського міжнародного приватного права, кіберпростір і міжнародне приватне право, сучасні принципи юрисдикції і виконання іноземних судових рішень тощо.

Виконання наукових досліджень у сфері міжнародного приватного права має значний практичний вимір, зокрема, воно сприятиме: 1) розширенню частки міжнародного законодавства в системі права України; 2) розширенню участі України у міжнародних організаціях; 3) гармонізації норм міжнародного приватного права України з відповідними нормами Європейського Союзу.

За роки незалежності активність України щодо використання міжнародного законодавства була досить значною. З грудня 1991 р. Україна стала учасницею понад 200 багатосторонніх договорів, серед яких переважна частина є договорами приватноправового характеру. Особливо слід згадати ті конвенції, що розроблені в рамках таких міжнародних організацій як Комісія ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ), Гаазька конференція з міжнародного приватного права, Всесвітня організація інтелектуальної власності (ВОІВ) та ін., роль яких у кодифікації міжнародного приватного права є значущою.

Відставання України, що накопичувалось десятиріччями, у використанні міжнародного законодавства досить помітне. Так, з 35 існуючих Гаазьких конвенцій з питань міжнародного приватного права Україна за цей період приєдналася лише до шести. Однак, беручи до уваги те, що міжнародні конвенції стали основним джерелом міжнародного приватного права у цілому ряді сфер міжнародного співробітництва, перед Україною, в першу чергу, стоїть завдання активізувати процес приєднання до чисельних багатосторонніх договорів. І, насамперед, до конвенцій, які розроблені в рамках ЮНСІТРАЛ, УНІДРУА, Європейської економічної комісії (ЄЕК), Гаазької конференції з міжнародного приватного права та інших важливих міжнародних організацій. З цією метою було б корисним мати в Україні план вивчення і пріоритетного поетапного приєднання України до найважливіших міжнародних інструментів .

Україна проявила досить високу активність щодо вступу до міжнародних організацій, які своєю діяльністю сприяють розвитку міжнародного приватного права. Важливою подією останніх років став вступ України до Гаазької конференції з міжнародного приватного права. Однак ефективність участі представників нашої країни в цих організаціях залишає бажати кращого, насамперед, під кутом зору формування національного сегмента міжнародного приватного права. Негативним моментом є те, що Україна не бере участі в таких найважливіших для міжнародного приватного права організаціях як УНІДРУА та Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР). Загальновідомо, що, наприклад, питання про вступ нашої держави до УНІДРУА зводиться до банального питання про сплату членських внесків, яке навіть не може порівнятися із питанням про відповідність вступу до УНІДРУА національним інтересам України. У такому контексті дійсно актуальною є підготовка й реалізація плану поетапного вступу України до міжнародних організацій, а з питань участі в найважливіших з них для національних інтересів України – підготовка спеціальних постанов Уряду, як це, наприклад, зроблено урядом Російської Федерації з питань її участі в УНІДРУА.

Внутрішні колізійні норми України у сфері міжнародного приватного права формувалися значною мірою під впливом колізійного права ЄС. Значне оновлення міжнародного приватного права ЄС останніми роками актуалізує дослідження новел у даній сфері міжнародно-правового колізійного регулювання з метою оцінки можливостей їх рецепції українським законодавцем.

Сучасні відносини, в тому числі й приватноправові, характеризуються дедалі зростаючою взаємодією суб'єктів, в тому числі не лише фізичних і юридичних осіб, а й держав, їх органів. Але існуюча в Україні доктрина міжнародного приватного права щодо міжнародної правосуб'єктності не відповідає сучасним реаліям. Так, не викликає сумніву, що всі суб'єкти міжнародного приватного права повинні мати в міжнародній торгівлі рівні права. Ті часи, коли «принц не займався торгівлею», вже минули.

Існуюча практика, коли держави, прикриваючись своїм суверенітетом, отримують переваги в міжнародній торгівлі або ухиляються від відповідальності, не відповідає інтересам світового співтовариства. Можливо, що тривалий невизначений стан міжнародного приватного права в Україні не сприяв належному розвитку відповідної юридичної науки, але тепер ця наука повинна зайняти своє законне місце як самостійна галузь міжнародного права в широкому розумінні.

Специфіка міжнародного приватного права визначає необхідність активного використання фахівцями цієї галузі знань міжнародних конвенцій, наявність у них практичного досвіду у відповідних міжнародних відносинах і, нарешті, знань іноземних мов. Інакше кажучи, вони повинні володіти таким самим науково-технічним потенціалом, яким володіють юристи-міжнародники в усьому світі. Не можна штучно звужувати власний світогляд і допускати домінування «загальноцивілістичного підходу», оскільки він не дасть можливості ані виростити фахівців, ані підняти рівень наукового аналізу і розвитку науки міжнародного приватного права.

З точки зору перспективи розвитку цивільного, сімейного та корпоративного законодавства хотілося б зазначити, що наш законодавець дуже повільно просуває приватноправові ідеї, закладені у ЦК України, до законодавчих актів спеціального характеру, які необхідні для забезпечення нормального регулювання цивільно-правових відносин в усіх сферах суспільного життя. Якщо послідовно не розвивати на основі ЦК України спеціальне законодавство, на яке, передусім, є посилання в кодексі, то виникає проблема неурегульованості певних відносин, яку намагаються вирішувати прийняттям чергового «квазікодексу»: енергетичного, інформаційного, інвестиційного, інноваційного, банківського тощо, які часто розробляються без залучення практичних працівників судів, правоохоронних та правозастосовних органів.

Особливу увагу слід звернути на наукові розробки, які здійснюються здобувачами наукових ступенів і мають сприяти законотворчому процесу, оскільки будь-яке наукове дослідження повинне мати прикладне значення, яке полягає в обов'язковості формулювання здобувачем пропозицій до удосконалення законодавства, власної редакції відповідної норми, інших змін та доповнень до вже діючих актів законодавства. Не секрет, що інколи до уваги може братись не стільки якість законопроекту, скільки вагомість суб'єкта права законодавчої ініціативи. І тому, вважаємо, що доцільно більш широко залучати громадську експертизу законопроектів у наукових установах Національної академії наук України та, що особливо важливо, Національної академії правових наук України. Допоміжними в цьому напрямі могли б стати вищі навчальні заклади, які мають відповідні правові школи за певними напрямами. З метою отримання якомога більше зауважень і пропозицій слід активно застосовувати і процедуру громадського обговорення нормативно-правових актів шляхом опублікування їх проектів у засобах масової інформації та на форумах в Інтернет-мережі.

В Україні актуалізується необхідність системного та перспективного планування розвитку науки міжнародного приватного права. Таке планування має ґрунтуватися на вірогідному соціально-економічному прогнозі подальшого розвитку «міжнародного елемента» в майнових і особистих відносинах за участю українських осіб та на території України, з визначенням пріоритетних сфер можливого зростання.

Нам необхідно визначитися з питомою вагою та основними напрямами фундаментальних, спеціальних та прикладних досліджень міжнародної приватноправової проблематики. Зокрема, конче потрібні широкомасштабні (із залученням потенціалу багатьох наукових установ чи навчальних закладів) фундаментальні дослідження з питань теорії та методології науки міжнародного приватного права й, передусім, витоків правової природи міжнародного приватного права в його співвідношенні з міжнародним публічним правом, колізійним законодавством, міжнародним арбітражним процесом. Судова та арбітражна практика потребують з'ясування співвідношення понять іноземного та міжнародного елемента; матеріального та прямого методу регулювання; міжнародних правовідносин та міжнародної правової ситуації тощо.

Найбільш перспективним напрямом досліджень у сфері міжнародного приватного права, мабуть, необхідно вважати компаративний аналіз європейського колізійного законодавства та цивілістичної доктрини. У першу чергу, потребують з'ясування питання застосування національного права судами при розв'язанні спорів приватноправового характеру, ускладнених іноземним елементом, а також проблеми правової природи міжнародного торгового права, транскордонних банкрутств, міжнародного корпоративного права. Особливої практичної значущості набувають дослідження проблеми адаптації колізійного законодавства України до відповідного законодавства ЄС, передусім до Регламентів ЄС «Рим I» та «Рим II».

Сучасне цивільне процесуальне право також не залишається незмінним та набуло останнім часом чималих змін.

Заради досягнення мети судочинства процесуальне законодавство має закріпити оптимальний правовий механізм відправлення правосуддя. Відповідно, одним із напрямів удосконалення судочинства в Україні є його уніфікація, метою якої має стати створення єдиних правових основ судочинства, що допоможе спростити розуміння та регулювання судового процесу в цілому, а також виробити загальний, наскільки це можливо, підхід до вирішення основних питань різних видів судочинства.

Прискорення в Україні судової реформи зумовило виникнення потреби у забезпеченні виконання завдань судочинства за різними категоріями справ, вироблення сучасного, загальноприйнятного і обов'язкового програмного документа в цій сфері та удосконалення вітчизняного судочинства як засобу захисту приватних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб.

Зважаючи на спільні історичні корені, а також на подібність засобів правового регулювання, потрібно уніфікувати цивільний, господарський і адміністративний процеси, оскільки це дасть змогу спростити судову діяльність та запровадити єдиний стандарт для здійснення всіх видів судочинства (крім конституційного і кримінального, зважаючи на їх специфіку).

Необхідно розширювати сферу застосування наказного провадження за рахунок включення до вимог, за яким може бути видано судовий наказ (ст. 96 ЦПК України), багатьох інших вимог, які не стосуються спору між сторонами.

Слід розмежувати цивільний процесуальний статус адвокатів, осіб, які надають правову допомогу, а також осіб, які є представниками сторін та третіх осіб. Вбачається доцільним встановлення у складних чи найбільш важливих справах (при цьому має бути закріплено їх чіткий перелік), що представником сторони може бути лише адвокат. Разом з цим, безумовно, потрібно підвищувати професійну відповідальність адвоката за результати правової допомоги, яку він надає.

Слід поглиблювати диференціацію процесуальних норм, що регламентують особливості регулювання окремих категорій справ позовного провадження (сімейних, трудових тощо), адже, наразі, такі особливості подрібнено закріплені в різних структурних частинах ЦПК України та інших законодавчих актах (Сімейному кодексі України, КЗпП України тощо), що не сприяє їх належному і правильному застосуванню в сукупності.

Потребує удосконалення механізм забезпечення позову, адже наявність широких дискретних повноважень суду в питаннях забезпечення позову інколи сприяє зловживанням з боку позивачів, які звертаються до суду з необґрунтованими заявами про забезпечення позову. В такому контексті потрібно більш кваліфіковано деталізувати положення процесуального законодавства про відшкодування відповідачу (або іншій особі) збитків, завданих забезпеченням позову, в тому числі упущеної вигоди.

Безумовно, має бути удосконалено механізм вирішення питання про відвід судді, адже не вбачається логічним вирішення цього питання в чинному законодавстві, яке передбачає, що заяву про відвід в суді першої інстанції розглядає і вирішує той самий суддя, про відвід якого було заявлено особою, що бере участь у справі. При цьому мають бути запропоновані правові підстави, які б мінімізували зловживання з боку осіб, які беруть участь у справі, їх правом на заявлення відводу судді.

З урахуванням низького рівня довіри в суспільстві до суду необхідно розширювати участь представників народу у здійсненні правосуддя, що відповідатиме, зокрема, ст. 124 Конституції України. Особливо це має стосуватись тих цивільних справ, при вирішенні яких мають застосуватись принципи справедливості і добросовісності, адже застосування цих основних правових принципів пов'язане із проявами загальної правосвідомості Українського народу. З огляду на це пропонуємо запровадити вирішення деяких цивільних справ народними засідателями і присяжними.

Необхідно удосконалити положення цивільного процесуального кодексу щодо статусу і повноважень Верховного Суду України, адже в даний час найвищий орган судової влади досить обмежений у своїх можливостях, в тому числі й при здійсненні судочинства у цивільних справах.

Так само підлягає удосконаленню процедура касаційного оскарження судових рішень, оскільки суддя-доповідач касаційного суду може фактично одноособово вирішити справу, не допустивши касаційну скаргу до касаційного провадження з мотивів її необґрунтованості (п. 5 ч. 3 ст. 328 ЦПК України). Такі ситуації не є прийнятними, оскільки судочинство в касаційному суді здійснюється не одноособово, а колегіально.

У цивільний процес необхідно запроваджувати новітні технології, насамперед телекомунікаційні (участь в судому засіданні за допомогою телефону, інтернет-зв'язку тощо, подання документів в електронній формі, застосування технічних засобів в судовому засіданні, таких як мультимедійний проектор, відеомагнітофон тощо). Це надасть можливість прискорити процес розгляду справи, спростити доказування, в тому числі за рахунок його наочності, а також зменшити судові витрати. На електронних сайтах судів необхідно подавати вичерпну інформацію про справи, які в них слухаються, тобто таку, яка не викликає запитань.

Необхідно на законодавчому рівні надати можливість суддям (апарату суду) завчасно повідомляти (телефоном, іншими комунікаційними засобами) учасників процесу про обставини, які залежать від суду та унеможливлюють проведення судових засідань (такі як хвороба судді, відрядження судді, відсутність в приміщеннях суду світла тощо).

Має бути удосконалена процедура повідомлення осіб, які беруть участь у справі, та фіксація такого повідомлення про судовий розгляд, адже закріплені в ЦПК України положення про судові виклики і повідомлення не завжди сприяють належному і, саме головне, завчасній поінформованості таких осіб про дату, час і місце розгляду справи. Має допускатись особисте вручення повістки особі, яка бере участь у справі, що в подальшому за потреби підтверджуватиметься присягою особи, яка вручила таку повістку. В разі неявки до суду особи, яка зобов'язана була з'явитись у судове засідання, суд повинен невідкладно вирішувати питання про наявність чи відсутність підстав для притягнення такої особи до відповідальності.

Як відомо, право виступає необхідним структурним елементом сфери функціонування економіки в цілому, нормального здійснення економічних процесів і пов'язаних з ним соціальних процесів. Розвиток інститутів господарського права та законодавства здійснюється у ході змін в господарській діяльності та відображає певний стан розвитку економіки.

Україна, отримавши у спадок радянську планово-командну систему **регулювання господарських відносин**, в умовах переходу до ринкових відносин задекларувала курс на забезпечення та гарантування приватної автономії як самовизначення окремого індивідуума в правовому та економічному житті. Разом з тим ще існує значний сектор так званої державної економіки та стереотип мислення щодо управління всією економікою як державною, тобто такою, якій притаманний загальносуспільний характер. При цьому розвиток негативних рис, притаманних капіталізму та економічному егоїзму, набирає обертів.

Певним етапом розвитку правового врегулювання економічних відносин стало прийняття Цивільного та Господарського кодексів України.

ЦК України спрямований на реалізацію та захист цивільних прав та інтересів особи згідно з її волевиявленням. Відносини у сфері господарювання визначаються іншими чинниками – з одного боку, намаганням суб'єктів господарювання отримати найбільший прибуток та частку ринку унаслідок реалізації приватної волі і ініціативи, з іншого – виконанням соціальних завдань та дотриманням суспільних інтересів, функціонуванням конкурентоспроможної економіки, що обумовлює необхідність реалізації волі держави в інтересах більшої частини суспільства і його окремих прошарків організації та врегулювання економічних відносин. Поряд із цим ЦК України неспроможний охопити ці особливості функціонування економіки унаслідок того, що врегулювання відносин та реалізація цивільних правомочностей повністю залежні від особистого волевиявлення особи і жодним чином не кореспондуються із завданнями та потребами суспільної економіки.

Таким чином, завданням держави та права, як інструментів впливу у економічній сфері, є забезпечення створення і функціонування: правил приватного справедливого обміну товарів між учасниками ринку (економічної конкуренції); системи засобів (інструментів та технологій) державного регулювання і управління економічними відносинами; системи захисту економічних відносин у випадках, коли приватний інтерес входить у суперечність із соціальними та суспільними економічними інтересами.

Водночас, єдиних підходів до вирішення завдань державного регулювання господарських відносин не вироблено. Аналізуючи ГК України, можна виокремити вирішення завдань щодо: управління господарською системою, в першу чергу, державним та комунальним сектором економіки; реалізації основних напрямів державної економічної політики; визначення певних засобів державного впливу на господарські відносини; правового регулювання окремих видів здійснення господарської діяльності; господарського нагляду за діяльністю суб'єктів господарювання, що виконується спеціальними державними органами у господарській сфері; стимулювання певних сфер економіки та створення умов для діяльності суб'єктів господарювання, наприклад, суб'єктів малого підприємництва; забезпечення функціонування економічної конкуренції та прав споживача, в першу чергу, на якісну та безпечну продукцію.

Пріоритетні напрями удосконалення господарського механізму визначені Концепцією вдосконалення державного регулювання господарської діяльності, схваленою Указом Президента України від 3 вересня 2007 р. та в подальшому знайшли розвиток у положеннях Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» від 1 липня 2010 р. в частині, що стосується засад внутрішньої політики в економічній сфері.

З технологічної точки зору головним напрямом підвищення рівня правового регулювання у господарській сфері є удосконалення та розширення змісту ГК України як системоутворючого акта господарського законодавства, яке полягає у структурних (з відображенням всієї ієрархії відносин у сфері господарювання) і змістовних (приведення правових дефініцій і норм у відповідність до сучасних економічних реалії та вимог адаптації законодавства України із нормами правової системи ЄС) змінах.

Оцінюючи нинішній стан господарського законодавства та перспективи його розвитку, необхідно констатувати, що мети несуперечності і стабільності дії актів господарського законодавства не досягнуто.

Прийняття Верховною Радою України нових законів щодо регулювання певних сфер господарської діяльності чи тих сфер, які здійснюють на них вплив, не супроводжується приведенням у належний сучасний стан раніше прийнятих нормативних актів, в першу чергу ГК України. Це вимагає введення до ГК України правової норми, аналогічної тій, що міститься у ЦК України (ст. 4), коли у випадку подання до Верховної Ради України проекту закону, який регулює господарські відносини інакше ніж ГК України, одночасно має подаватися проект закону про внесення відповідних змін до ГК України.

Прийняття законів, що регулюють певні сфери господарської діяльності і ґрунтуються на принципах функціонально-цільової підсистеми, ставить питання про необхідність наукових досліджень та визначення у їх рамках статусу горизонтальних, вертикальних та змішаних інтегрованих господарських систем як сукупності суб'єктів господарювання та/або суб'єктів організаційно-господарських повноважень, створених з метою організації господарської діяльності або таких, що взаємодіють між собою для вирішення певних економічних завдань.

При цьому виникає проблема визначення завдань та об'єктів державного регулювання, якими можуть бути сфери, явища, галузі, окремі процеси соціально-економічного розвитку країни, що потребують забезпечення нормального функціонування в умовах сучасної економіки. В свою чергу, зазначені об'єкти державного регулювання в сфері господарювання можуть бути структуровані, представлені сукупністю відповідних підсистем, кожна з яких є окремим об'єктом державного регулювання.

Головним є підпорядкування чинного господарського законодавства єдиним принципам, базовим визначенням та системним вимогам ГК України. Наприклад, декларування інноваційних шляхів розвитку, розвитку інвестиційної діяльності, розвитку економічної конкуренції не може бути відірвано від конкретних сфер, галузей, видів господарської діяльності, як це відбувається сьогодні. Загальні системні вимоги повинні бути викладені у ГК України та застосовуватися при регулюванні конкретних відносин в різних сферах господарювання, які, у свою чергу, мають певні особливості. Необхідно звернути увагу, що законодавство ЄС у господарській сфері має чітку ієрархію, підпорядковану і пов'язану із базовими Договорами ЄС.

В Україні діє Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», Указ Президента України «Про заходи щодо вдосконалення нормотворчої діяльності органів виконавчої влади» від 9 лютого 1999 року № 145, Концепція адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, запроваджено єдину систему планування, координації та контролю нормотворчої діяльності і роботи органів виконавчої влади з адаптації законодавства. Проте по-

ряд із цим не дотримано системності у правовому регулюванні господарської діяльності, що ускладнюється перманентними пропозиціями про скасування ГК України. Ініціатори цього питання, між іншим, посилаються на відсутність єдиних підходів до правового регулювання економічних відносин.

Сьогодні закони в Україні, особливо в такій складній сфері як сфера господарювання, приймаються безсистемно за принципами лобіювання та часто-густо вступають у протиріччя між собою. Системні вимоги побудови права вимагають усунення невиправданих і необґрунтованих відмінностей у регулюванні подібних відносин ЦК і ГК України або підтвердження особливостей регулювання схожих відносин у сфері господарювання.

Функціонально-цільовий метод правового регулювання вимагає побудови та застосування правових норм відповідно до певної мети та принципів, притаманних саме для даної сфери правового регулювання. Необхідно переглянути підходи до організації функціонування механізмів правового регулювання у господарській сфері, першочергово вирішуючи завдання реалізації правових принципів, що відображають правовий та економічний зміст правовідносин, що виникають, чи бажаних правовідносин, а також правових норм, що при цьому застосовуються, удосконалюючи ієрархію та пріоритети їх застосування.

Особливості правого регулювання у господарській сфері обумовлює необхідність притаманної їм процесуальної форми розгляду спорів. Проте за останні два десятиріччя істотно знизилася увага науковців до проблематики **господарського процесу**, про що свідчить незначна кількість монографічних досліджень, кандидатських та докторських дисертацій з проблем господарського процесуального права.

Значною мірою внаслідок цього без належного наукового супроводу залишається законопроектна робота над новим Господарським процесуальним кодексом України. Фрагментарна і непродумана новелізація чинного ГПК України призвела до погіршення стану захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання.

Зокрема, поза процесуальним врегулюванням залишаються спори щодо порушень економічної конкуренції, які виникають за межами господарських договорів. ГПК України не передбачає, згідно з предметною підсудністю, розгляду більшості деліктних відносин за участю суб'єктів господарювання у позадоговірних відносинах, в тому числі відшкодування завданих збитків. Дедалі більшого значення набуває процедура порушення провадження у справі, яка не передбачає стадії залишення заяви без руху для усунення недоліків, що призводить до невиправданого повернення позовних заяв та послаблення можливостей захисту інтересів суб'єктів господарювання.

Перед сучасною наукою господарського процесуального права постала нагальна потреба розробки на засадах верховенства права цілісної концепції сучасного господарського процесу в Україні, яка має скласти теоретичне підґрунтя принципово оновленого господарського процесуального законодавства.

Основними напрямами розвитку науки господарського процесуального права можна визначити такі: розробку проблем уніфікації та диференціації в процесуальному праві України, зокрема, шляхом дослідження та визначення об'єктивних меж уніфікації, що зумовлені характером та особливостями розгляду спорів у сфері господарювання, на які поширюється юрисдикція господарських судів.

Поряд із цим потребує удосконалення система принципів господарського процесуального права в сучасних умовах та їх реалізація в окремих інститутах господарського процесуального законодавства. Необхідно узгодити принципи господарського процесуального права із принципами права на справедливий суд в контексті прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Крім цього, недослідженою залишилася проблема принципу законності та його співвідношення із принципом верховенства права в господарському судочинстві. Посилення змагальності господарського процесу і зменшення активності суду потребує додаткового доктринального вивчення та розроблення конкретних практичних пропозицій.

Джерела господарського процесуального права підлягають ґрунтовному перегляду та встановленню нових джерел. Необхідно визначитися також із проблемою врахування судової практики як субсидіарного джерела права господарського процесуального права процесуальними проблемами застосування звичаю (в тому числі звичаю ділового обороту) при розгляді господарських спорів, проблемою доказування існування самого звичаю. Необхідним є також визначення особливостей рішень Конституційного Суду як джерела права та застосування іноземного права: питання легалізації і доказування змісту іноземного права, застосування науково-правової експертизи. Вбачається доцільним здійснення науково-правового забезпечення господарського процесу, тобто висвітлення значення доктрини в господарському судочинстві, обґрунтування можливості застосування правової експертизи у справах, які є складними, в тому числі такими, що передбачають застосування права за аналогією.

Потребує переосмислення значення обов'язкового досудового врегулювання, тобто ролі та значення досудових і позасудових процедур врегулювання господарських спорів, в тому числі посилення ролі суду у сприянні мирному врегулюванню спору та повернення до принципу арбітрування.

Вимагає посилення наукової уваги підвідомчість справ господарським судам, розмежування юрисдикцій господарських та адміністративних судів, встановлення наукових критеріїв такого розмежування, обґрунтування передачі в підвідомчість господарських судів усіх без винятку економічних спорів. Потребує переосмислення проблематика застосування господарськими судами процесуальної аналогії, в тому числі міжгалузевої аналогії, та методології застосування аналогії закону і аналогії права.

Необхідно вирішити на доктринальному і законодавчому рівні назрілі питання щодо окремого провадження у господарському судочинстві, зокрема, щодо справ про встановлення юридичних фактів, справ за відсутності спору про право (в традиційному розумінні). Потребує наукової уваги внутрішня диференціація господарського процесу шляхом виокремлення непозовних видів провадження. Процесуальні особливості справ «без відповідача» також потребують належної наукової розробки. Крім цього, необхідно обґрунтувати запровадження наказного провадження та заочного розгляду справи, диференціації

позовів: превентивний позов, неособисті позови (групові та непрямі позови, позови на захист прав інших осіб, позови про захист публічних інтересів). Викликає жвавий науковий інтерес і проблема захисту від зловживання правом на звернення до суду.

Доцільним вбачається посилення ролі Верховного Суду України як найвищого судового органу у системі судів загальної юрисдикції, оскільки досягнення однаковості правозастосування на міжюрисдикційному рівні є його головним завданням. Потребує доктринального вивчення проблема поповнення законодавчої ініціативи Верховного Суду України та наділення його повноваженням на розгляд спорів з питань розмежування підвідомчості справ. Також доцільним виглядає необхідність повернення Верховному Суду України повноваження видавати обов'язкові постанови Пленуму на підставі узагальнення судової практики застосування норм права різними судами.

Перегляд за нововиявленими обставинами і забезпечення остаточності судових рішень, що набули законної сили, також залишається проблемним аспектом науки господарського процесуального права. Крім того, залишається невирішеною та потребує теоретичного обґрунтування проблема «зворотної сили» рішення Конституційного Суду України про неконституційність закону чи іншого правового акта як підстави для перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами.

Окремим, важливим кроком розвитку юридичної науки є її вплив на законотворчу діяльність та юридичну практику в рамках охорони приватних прав осіб.

У першу чергу, під час створення законодавчого акта, що має на меті регулювання приватноправових відносин, слід звертати увагу на *предмет приватного права*, *тобто* особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників та принципи приватного права, які відображені у ст. 3 ЦК України: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність.

Наприклад, у висновках та пропозиціях до проекту Закону України «Про громадські організації» (реєстраційний № 7262-1)[1], які готувалися НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, зверталася увага на необхідність детальнішого визначення прав та обов'язків громадських організацій без статусу юридичної особи. Так, в законопроекті, як і чинному Законі України «Про об'єднання громадян», існує лише вказівка на можливість та порядок їх створення. Тим самим відсутність інших положень щодо їх статусу фактично виключає їх здатність бути учасниками правовідносин, оскільки чинне законодавство йде шляхом визнання суб'єктами правовідносин лише осіб (фізичних та юридичних). Негативним результатом цього може бути те, що громадські формування, які не матимуть статусу юридичних осіб, за відсутності визначення кола їх приватних прав та обов'язків будуть потерпати від юридичної нерівності учасників приватних відносин.

Іншим, не менш важливим елементом законотворчої діяльності, є точність визначення меж правового регулювання запропонованого законопроекту. Тобто це мають бути суспільні відносини, які можуть регулюватися правом і потребують такого регулювання, а отже, повинні відповідати таким критеріям: 1) бути свідомими і вольовими; 2) мати певний зовнішній вираз у поведінці суб'єктів цих відносин; 3) мати чітку визначеність за їх суб'єктами та об'єктами. Щодо цього доречно звернути особливу увагу на пропозиції і зауваження НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України до законопроекту та зміст самого проекту. Відповідно до проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про природно-заповідний фонд України» (щодо дозволу мисливства в зоні антропогенних ландшафтів)» (реєстраційний № 7421 від 02.12.2010)[2] передбачалося надання дозволу на мисливство у зонах антропогенних ландшафтів як механізм реалізації права Українського народу користування природними ресурсами України. Проте автори проекту Закону № 7421 намагалися під реалізацією права Українського народу користуватися природними ресурсами змінити вдосконалений режим природно-заповідного фонду України, який полягає в особливій охороні, навіть не оцінивши результату попередніх змін та предмета правового регулювання базового закону, а також пропонованих до нього змін. Таким чином, ініціативою нівелювалася сама мета створення природно-заповідного фонду як особливого об'єкта власності, тобто його охорона та ефективне використання, збереження природної різноманітності ландшафтів, генофонду тваринного і рослинного світу, підтримання загального екологічного балансу.

Варто зауважити, що не менш важливим залишаються положення про пріоритетність загальних (колективних) прав людини над індивідуальними (питання публічного та приватного інтересу), що відображає рівень цивілізованості суспільства та прогресивність соціальних інститутів, адже загальні права людини є тим публічним інтересом, який має бути в основі законодавчої діяльності.

Так, НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України підготовлено і подано зауваження до проекту Закону України «Про внесення змін до Водного кодексу України» (реєстраційний № 2634 від 12.06.2008)[3], зокрема, запропоновано такі зміни: «у ст. 51 після абзацу: «розташовані у межах територій та об'єктів, що підлягають особливій охороні» доповнити окремим абзацом: «розташовані у межах населених пунктів» (питання визначення водних об'єктів, які можуть бути передані у власність та користування).

Такі пропозиції спираються на норму ст. 13 Конституції України, що земля, її надра, а також атмосферне повітря та інші природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони, є об'єктом права власності Українського народу. Законодавець, визначаючи право власності Українського народу, вказав на його вагомість та необхідність як елемента державотво-

[1] Прийнято в першому читанні (17.05.2011).

[2] Проект відхилено (03.03.2011).

[3] Проект відхилено (06.10.2011).

рення. Тобто зазначена норма Конституції України прямо визнає переважне право на користування природними ресурсами всіх громадян, а саме, переважне право на загальне природокористування перед спеціальним.

Таким чином, доповнення вказаної статті нормою про неможливість передачі водних об'єктів у користування на умовах оренди, які розташовані у межах населених пунктів, забезпечить конституційне право громадян на загальне водокористування. Саме така вказівка на межі населеного пункту і має забезпечити реалізацію територіальною громадою права власності.

Серед інших сучасних проблем законотворчої діяльності щодо охорони приватних прав осіб є їх взаємозв'язок з відповідальністю посадових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування за невиконання або неналежне виконання ними своїх обов'язків при здійсненні державної політики. Такий взаємозв'язок полягає у тому, що для забезпечення прав і свобод людини розробляються відповідні концепції, програми та інші нормативно-правові акти перспективного характеру або підзаконні нормативно-правові акти на виконання законодавчих положень. При цьому будь-якої юридичної відповідальності зазначених органів та їх посадових осіб за порушення цих актів не визначено.

Слід згадати і про проект Закону України «Про Загальнодержавну програму використання та охорони земель» (реєстраційний № 3310 від 23.10.2008)[1], який мав на меті прийняття Загальнодержавної програми використання та охорони земель (далі – Програма), що мала визначати напрями впровадження державної політики, спрямовані на мінімізацію негативного впливу на земельні ресурси, захист ґрунтів від деградації, забруднення та виснаження, раціональне використання земель, а також визначення головних напрямів дій щодо невиснажливого використання, охорони та відтворення земельних ресурсів. При підготовці наукового висновку щодо цього акта в НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України склалося враження, що автори законопроекту не врахували можливості реалізації права приватної власності на землю і конституційне право кожного громадянина вільно і самостійно господарювати на власній землі, а шляхи та способи розв'язання проблеми побудували виключно на декларативних засадах.

Зокрема, Програма передбачає «розроблення нормативно-правових актів і документів, необхідних для виконання програми», а на другому етапі – «удосконалення правової та нормативно-технічної бази», тобто першим етапом передбачалося створення завідомо недосконалих актів, іншим аспектом є фінансування програми, яке має здійснюватися в основному за рахунок коштів землевласників і землекористувачів (за їх згодою), оскільки кошти державного бюджету становлять лише 7 відсотків необхідної загальної суми, вони мають витрачатися на розробку лише чергових «паперових» заходів. Тим самим Програма значно зачіпала приватні права осіб, а у разі її невиконання жодних наслідків у вигляді відповідальності за це не передбачалося. Певно, що за черговими «реформаторськими» кроками приховуються у таких випадках свідомі обмеження приватних прав осіб.

Окрім загальних проблем, які впливають на якість законотворчої діяльності, варто було б відмітити й окремі аспекти, що можуть вплинути на ефективність охорони приватних прав осіб. Так, заслуговують на увагу проблеми структурованості нормативно-правового акта, питання нормотворчої техніки, залучення громадськості до обговорення, які часом залишаються поза увагою суб'єктів законодавчої ініціативи. На нашу думку, для уникнення можливих колізій, прогалин чи обмежень у приватних правах осіб слід вирішувати також питання систематизації нормативно-правових актів, а не вносити чисельні чергові доповнення та поправки до чинних кодифікованих актів. Крім того, доцільно з урахуванням наукових розробок та практичних рекомендацій створити концепцію розвитку приватного законодавства, яка має визначити пріоритети розвитку галузі та межі законодавчого регулювання приватних відносин.

Тенденції сучасної вітчизняної цивілістики та господарського права відображають основні проблеми та напрями розвитку українського суспільства, держави і права. Тож, на особливу увагу заслуговують питання сприяння розвитку різних наукових шкіл у галузі приватного права і підприємництва та координації їх зусиль. В українській науці цивільного права значення наукових шкіл полягає в тому, що вони в своїй основі ґрунтуються на вітчизняній цивілістичній доктрині, законодавстві, судовій, іншій правозастосовчій практиці, що загалом реально впливає на концептуальні засади цивілістики в Україні. Нині потужні цивілістичні школи в Україні існують в основних наукових центрах країни – Києві, Харкові, Одесі, Львові та інших регіонах країни.

Отже, головними висновками у цій науковій розробці вважаємо такі:

На основі ЦК України слід послідовно розвивати спеціальне законодавство, на яке, передусім, є посилання в кодексі, оскільки у протилежному випадку реально виникає проблема неурегульованості певних відносин, яку намагаються вирішувати прийняттям чергового «квазікодексу»: енергетичного, інформаційного, інвестиційного, інноваційного, банківського тощо, які часто розробляються без залучення практичних працівників судів, правоохоронних та правозастосовних органів. Особливу увагу слід звернути на наукові розробки, які здійснюються здобувачами наукових ступенів. Вони мають сприяти законотворчому процесу.

Необхідно визначитися з питомою вагою та основними напрямами фундаментальних, спеціальних та прикладних досліджень міжнародної приватноправової проблематики. Зокрема, конче потрібні широкомасштабні (із залученням потенціалу наукових установ та навчальних закладів) фундаментальні дослідження з питань теорії та методології науки міжнародного приватного права й, передусім, витоків правової природи міжнародного приватного права в його співвідношенні з міжнародним публічним правом, колізійним законодавством, міжнародним арбітражним процесом. Судова та арбітражна практика потребують з'ясування співвідношення понять іноземного та міжнародного елемента; матеріального та прямого методу регулювання; міжнародних правовідносин та міжнародної правової ситуації тощо.

Невпинний розвиток європейського законодавства свідчить про динаміку процесів глобалізації у світі, що відо-

[1] Знято з розгляду (07.07.2011).

бражається й на розвитку корпоративних відносин зокрема. Гармонізація корпоративного законодавства необхідна Україні, насамперед, для розвитку її економіки: покращення товарообороту між країнами–членами ЄС і Україною; залучення вітчизняних і зарубіжних інвесторів тощо.

Виконання наукових досліджень у сфері міжнародного приватного права має значний практичний вимір, зокрема, воно сприятиме: 1) розширенню частки міжнародного законодавства в системі права України; 2) розширенню участі України у міжнародних організаціях; 3) гармонізації норм міжнародного приватного права України з відповідними нормами Європейського Союзу.

Потрібно розширювати сферу застосування наказного провадження за рахунок включення до вимог, за яким може бути видано судовий наказ (ст. 96 ЦПК України), багатьох інших вимог, які не стосуються спору між сторонами.

З урахуванням низького рівня довіри в суспільстві до суду необхідно розширювати участь представників народу у здійсненні правосуддя, що відповідатиме, зокрема, ст. 124 Конституції України. Особливо це має стосуватись тих цивільних справ, при вирішенні яких мають застосуватись принципи справедливості і добросовісності, адже застосування цих основних правових принципів пов'язане із проявами загальної правосвідомості Українського народу. З огляду на це пропонуємо запровадити вирішення деяких цивільних справ народними засідателями і присяжними.

Необхідно удосконалити положення цивільного процесуального кодексу щодо статусу і повноважень Верховного Суду України, адже в даний час найвищий орган судової влади досить обмежений у своїх можливостях, в тому числі й при здійсненні судочинства у цивільних справах.

Вимагає посилення наукової уваги підвідомчість справ господарським судам, розмежування юрисдикцій господарських та адміністративних судів, встановлення наукових критеріїв такого розмежування, обґрунтування передачі в підвідомчість господарських судів усіх без винятку економічних спорів. Потребує переосмислення проблематика застосування господарськими судами процесуальної аналогії, в тому числі міжгалузевої аналогії, та методологія застосування аналогії закону і аналогії права.

The article discusses the current state and prospects of development of private-pravoovy areas of Ukraine, reveals questions about the need to improve certain provisions of the domestic substantive and procedural law regarding the implementation and protection of subjective civil rights.

В статье рассматриваются современное состояние и перспективы развития частноправовой сферы Украины, раскрываются вопросы о необходимости усовершенствования отдельных положений отечественного материального и процессуального права относительно осуществления и защиты субъективных гражданских прав.

ОСНОВНІ КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ВЗАЄМОДІЇ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА СОЦІАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ В УКРАЇНСЬКІЙ ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ: РЕТРОСПЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ

Скрипнюк О. В.,
доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України,
завідувач відділу теорії та історії приватного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті досліджено ідеї вітчизняних вчених другої половини XIX – першої половини XX століть про громадянське суспільство та соціальну правову державу, взаємодія їх інститутів. Через аналіз праць М. Драгоманова та В. Липинського ретроспективно розкривається ґенеза вітчизняної правової думки про проблему суспільного розвитку.

Ключові слова: Україна, громадянське суспільство, держава, інститути, ідеї, концепції.

Важливість вивчення проблеми громадянського суспільства для сучасної України пояснюється, зокрема, тим, що перед усіма без винятку посткомуністичними державами об'єктивно постали кардинальні проблеми: яке суспільство в ідеалі має бути збудоване замість тоталітарного суспільства.

Відповідь, як правило, проста. Суспільство повинно бути «*громадянським*». Часто доводиться спостерігати, коли питання, безпосередньо пов'язані з тематикою громадянського суспільства, розглядаються як такі, що мають «другорядне» державне значення. Залишається лише дивуватися, коли такі принципи, як відкритість, виборність та підзвітність влади, рівність громадян перед законом, свобода слова, фактичний поділ влади, невтручання державних структур у майнові стосунки громадян тощо, починають тлумачитися як релятивні чинники. Така позиція не дає відповіді на питання, яким чином може сформуватися громадянське суспільство. З іншого боку, про яке громадянське суспільство може йтися, коли заперечується сформульована К. Поппером [1] засаднича ознака «відкритості» суспільства?

У свій час, досліджуючи ці проблеми, О. Семків зазначав, що не можна змішувати категорію «суспільство» як людську спільноту з категорією «громадянське суспільство», яке виникло на певному етапі історичного розвитку західної цивілізації [2]. Говорити про громадянське суспільство можна лише з появою громадянина як самостійного суб'єкта, що усвідомлює себе індивідуальним членом суспільства, наділеним певним комплексом прав і свобод, і водночас несе відповідальність перед суспільством. Не випадково українське слово «громадянин» за своєю етимологією пов'язане з появою самоврядних громад. Відтак, у своєму вихідному термінологічному значенні громадянин — це той, хто своєю активністю і зацікавленістю у забезпеченні спільного блага дбає про кращу життєву перспективу для своєї громади.

Тому методологічно виправданим і практично обґрунтованим видається ретроспективне правове звернення до процесів наукового становлення та теоретичного осягнення проблеми взаємодії громадянського суспільства і правової соціальної держави в українській правовій традиції. Чільне місце в дослідженні цього питання серед вітчизняних вчених належить В. Липинському. На його думку, громадянське суспільство — це люди даної території, які не живуть за рахунок виконання державних функцій, не можуть безпосередньо реалізовувати свою волю та застосовувати силу фізичного примусу. До громадянства, як пише В. Липинський, належать однаковою мірою як бідні, так і багаті, організатори та організовані, «пани» і «народ», а відрізняє їх всіх від держави більша слабкість, менше хотіння влади або неможливість це хотіння здійснити [3]. Але громадянство — це резервуар сил, який перебуває в стані вічного руху вперед, вічної нерівноваги у боротьбі за владу. Держава ж, як політична організація людей, має схильність до зруйнування руху, створення твердих, сталих та непорушних форм.

В. Липинський вказував на неоднорідність громадянського суспільства: «громадянство ніколи не буває однородне» [4]. У ньому існує вертикальний поділ, в основі якого лежить праця і спосіб вироблення продукції. У зв'язку з цим мислитель розрізняв клас промисловий, який охоплює всіх громадян, що продукують товари, клас хліборобський, який обіймає всіх поміщиків, селян та сільських робітників, клас фінансовий і купецький, клас інтелігенції, яка бере на себе важливі духовні функції. Крім вертикального, у громадянському суспільстві існує поділ горизонтальний, тобто поділ на стани. У кожному класі є організатори й організовані, які утворюють стани. Громадянське суспільство, поділене на класи і стани, перебуває у вічній внутрішній боротьбі та нерівновазі. «Борються між собою як поодинокі класи, так ще в більшій мірі стани організаторів та організованих, — писав В. Липинський, — дві сили грають головну роль у цьому рухові, в цій вічній боротьбі: сила продукції та випливаюча з неї матеріальна сила багатства, і сила ідеології з випливаючою з неї силою сугестії і організованого морального авторитету» [5]. Тому без сили фізичного примусу, що є винятково монополією держави, жодна громадська сила не може реалізувати своїх бажань.

На думку В. Липинського, взаємовідносини громадянського суспільства і держави визначає закон, в основі якого лежить взаємне обмеження права сильніших правом слабших і права слабших правом сильніших. Коли держава поневолює громадянське суспільство, тоді нищиться закон, бо право сильніших вже не обмежується правом слабкіших. У такій державі панує беззаконня. Але так само нищиться закон, коли громадянське суспільство поневолює державу і коли сила сильніших розкладається слабкістю слабших. Закон, підкреслював В. Липинський, існує лише за гармонійного співвідношення громадянського суспільства і держави.

Подібне ставлення до проблем громадянського суспільства та соціальної, правової держави характерне не лише для В. Липинського, а й для всього консервативного напряму української правової думки, ідеологом якого,

як відзначав І. Лисяк-Рудницький [6], виступив саме В. Липинський. Зародком українського консерватизму стала заснована у червні 1917 року в Лубнах Українська демократично-хліборобська партія (М. Боярський, Л. Климов, В. Шкляр, С. Шемет). Вона, а також заснований у Відні 1920 року В. Липинським, Д. Дорошенком, С. Шеметом та О. Скоропис-Йолтуховським «Український союз хліборобів-державників» надали українському консерватизмові тих визначальних рис, які чітко відмежували його як від політико-правової традиції демократичного республіканства, так і від чисельних авторитарно-тоталітарних течій.

Паралельно з консервативною течією в Україні була широко представлена й ліберально-демократична думка, яка виступала опозицією авторитаризму державної влади в межах закону. Серед представників українського лібералізму, які піднімали питання громадянського суспільства та правової держави, слід, насамперед, згадати таких видатних діячів як М. Костомаров, В. Антонович, С. Подолинський, М. Павлик, І. Петрункевич, О. Романович-Славотинський, Ф. Тарановський та ін. Особливої уваги заслуговують погляди М. Драгоманова на проблему взаємодії громадянського суспільства та правової держави.

Лібералізм М. Драгоманова, як зазначає Т. Андрусяк, полягає у визнанні свободи і гідності людини як найвищих вартостей [7]. У політичному плані це пов'язане, насамперед, із поширенням та зміцненням прав особи, інститутів громадянського суспільства та конституціоналізму, з яким він і пов'язував «існування розвиненого інституту прав людини та їх гарантій». Серед усіх прав людини, про що йдеться в таких його працях як «Віра в громадські справи», «Внутрішнє рабство та війни за визволення», «Імператор Тиберій», провідними він вважав право на життя, свободу, політичну та юридичну рівність громадян, недоторканність особи та її житла, на працю та свободу вибору занять, на освіту, здоров'я та соціальне забезпечення, право вільного володіння майном та участі в управлінні країною. М. Драгоманов вірив, що справжня історія свободи — це історія обмеження урядової влади держави, а не її зростання. Логічним результатом цієї думки був ідеал анархії, звичайно, не як безладдя та боротьби всіх проти всіх, а як умови, за якої зовнішня влада і тиск вже не будуть необхідними, оскільки люди навчаться управляти собою і жити в мирі зі своїми ближніми [8] у формі громадянського суспільства та правової держави. «Дійти до того, щоб спілки людські, великі й малі, складалися з таких вільних людей, котрі по волі посходились для спільної праці й помочі у власні товариства,—це й є та ціль, до котрої добиваються люди і котра зовсім не подібна до теперішніх держав, своїх чи чужих, виборних чи не виборних. Ціль та зветься безначальство: своя воля кожному й вільне громадство й товариство людей й товариств» [9]. Малоймовірно, щоб М. Драгоманов вірив у те, що цей ідеал можна здійснити у близькому чи навіть далекому майбутньому. Він, скоріше, бачив його як напрям політико-правового поступу незалежно від того, чи цієї мети можна колись досягти [10].

М. Драгоманов порівнював ідеал «держави без примусу» з намаганнями інженера зменшити тертя в машині до нуля, хоча це, зрозуміло, неможливо [11]. Це привело М. Драгоманова до федералізму. Справа в тому, що глибоке знайомство з різними формами державного ладу в Європі, на що вказує І. Огородник [12], відчуття на власному досвіді самодержавного деспотизму в Росії цілком логічно спричинили несприйняття М. Драгомановим як централізованої диктатури якобинського типу, так і влади самодержавства. На противагу їм він пропагував республіканський федеративний устрій, заснований на вільному об'єднанні національно-історичних областей із розширеним місцевим самоврядуванням та соціальною цінністю прав людини.

Інколи вважають, що метою Драгоманова була федералізація Росії. Насправді цей федералізм був універсальним принципом. Для політичного мислителя, який за вихідну точку брав незалежність особи і відкидав будь-яку форму авторитаризму, федерація — прихильність рівноправних осіб до груп та громад і співпраця останніх у більших спілках — єдиний шлях подолати атомізацію суспільства та узурпацію влади тим чи іншим прошарком, станом чи верствою. Таке розуміння федералізму М. Драгоманова викликало вкрай негативне ставлення до нього як з боку прихильників незалежності України, так і тогочасних марксистів. Перші, й особливо Д. Донцов, вбачали в його федералізмі замах на ідею повної державної незалежності, інші звинувачували його в сепаратизмі як прояві дрібнобуржуазності. Проте ні перші, ні другі в запалі критики не помітили того, що М. Драгоманов не зводив державно-політичне життя України до усталеної дилеми «з Росією чи без неї». Це питання, на його думку, повинно було вирішуватися самими громадянами України, але лише після створення демократичної, соціальної, правової держави та громадянського суспільства.

Тому, як цілком справедливо зазначає О. Молчанов, державний ідеал — федеративне об'єднання політично автономних країв та областей — свідчив, що Драгоманов не страждав однобічним підходом до проблеми [13]. Адже він не намагався в ім'я перемоги одного боку діалектичної опозиції знищити інші. Конкретне вивчення питання, врахування різних факторів, що визначають доречність того чи іншого способу управління, — ось методологічна позиція М. Драгоманова. Він досить слушно вказував на те, що «є одні речі, що потребують централізації, але є й інші, що вимагають децетралізації».

Іншим моментом, який пов'язаний з федералізмом і на якому зупиняються багато дослідників, є поняття свободи та демократії. Однак слід зауважити, що демократія у М. Драгоманова не тотожна свободі, як і монархія — сваволі. У країнах навіть із високим рівнем культури спричинення абсолютизмом безправ'я може змінитися ще більшою сваволею, що санкціонуватиметься владою натовпу. Тут доречно згадати влучний французький вислів: «колись воля, тепер — деспотизм». Колективний деспотизм і породжуване ним беззаконня здатні затьмарити навіть біди колишньої монархії. Як приклад цієї можливості перетворення чудової ідеї справедливої, правової держави на гидкого й кривавого гумункулуса М. Драгоманов наводить Французьку революцію, яка замінила самодержавство королів самодержавством парламентської більшості й навіть вдосконалила централізовану бюрократію старого режиму.

Отже, за Драгомановим, метою всієї еволюційної історії людства є повна ліквідація або, принаймні, макси-

мальне обмеження авторитарних, ієрархічних і примусових заходів у суспільному житті, втіленням яких є держава, яка повинна бути замінена громадянським суспільством, тобто «добровільною асоціацією вільних та рівних осіб». Тому, за словами І. Крип'якевича, тактика в боротьбі за автономію у Драгоманова визначається «незвичайним почуттям реалізму» [14], і тільки у межах обговорення остаточного проекту розвитку громадських відносин, пов'язаного з реалізацією ідеалу «безначальства», М. Драгоманов «переходив на утопійну теорію, навіяну впливами Прудона» [15].

І якщо для переважної більшості українських мислителів, правознавців та політичних діячів (О. Кістяківський, О. Єфименко, М. Палієнко, М. Грушевський, В. Винниченко) основна проблема, як правило, полягала в тому, яким чином узгодити та обгрунтувати співіснування громадянського суспільства з правовою державою, то у праці І.Сагайди «Великі питання» знаходимо надзвичайно цікаві думки щодо соціальної держави, чи «соціальної активності правової держави», в її взаємозв'язку з громадянським суспільством. Надзвичайно показовим є поняття «солідаристичного гармонійного суспільства: «Майбутнє суспільство не може бути побудоване на антагонізмах окремих соціальних груп чи на антагонізмах людини й суспільства, людини й держави… Майбутнє суспільство — не класове суспільство, але воно не буде й аморфним, бо специфіка праці накладатиме відмінні риси на певні категорії його членів і об'єднуватиме громадян у групи та асоціації… Ось чому суспільство майбутнього буде побудоване на солідарності» [16]. На думку І. Сагайди, вирішенням сучасних політико-правових проблем є ні вдосконалення капіталістичної, ні поліпшення соціалістичної моделі. Обидва ці проекти виявилися неспроможними реалізувати одвічне прагнення людства до справедливості та свободи. Тому єдиною альтернативою є розбудова солідарної соціальної держави, де кожній особі буде гарантовано право політичної участі (політико-правова концепція «станового парламенту» І. Сагайди) та право економічного добробуту (завдяки системі «трудових акцій» та «кооперативній формі власності» [17]).

При цьому І. Сагайді вдалося уникнути загрози тлумачення соціальної, правової держави на кшталт державно-патерналістського ладу. Щодо останнього, то показовою є трансформація ідей соціальної, правової держави у соціально-патерналістську державу, яка обгрунтовувалася в політико-правовій ідеології націоналістичного руху. Так, у постанові II (Краківського) Збору українських націоналістів (квітень 1941) проголошувалося, що ОУН веде свою боротьбу під гаслами всебічної опіки держави над громадянами, справедливої заробітної платні, особистих свобод для трудящих та професійного самоврядування [18].

Подібний синтез націоналістичних ідеалів із принципами соціальної справедливості та проголошенням ідеалу громадянського суспільства характеризував українську правову думку і пізніше. Так, І. Кандиба у своїй відкритій заяві до першого секретаря ЦК КПУ П. Шелеста з приводу справи юристів (20.05.1961) писав, що незалежна Україна повинна розвиватися у напрямі соціалістичної держави загальної справедливості. Приблизно того самого, але вже у 1969 році, вимагав А. Коваль [19], коли наголошував на необхідності прийняття Конституції незалежної та самостійної соціалістичної України, яка б втілювала ідеали верховенства права та соціальної справедливості й добробуту. Проте вже у 1976 році акценти знову були зміщені в бік взаємодоповнення соціальної, правової держави громадянським суспільством. Так, у «Меморандумі» [20] створеної 9 листопада 1976 року Української Гельсінської Групи (УГГ) встановлювалося, що головним суб'єктом конституційного права є не партія чи держава (навіть соціальна та правова), а громадянин та громадянське суспільство.

Отже, звертаючись до історичних процесів у Європі в XX столітті, а також трансформації наукового тлумачення сутності та механізмів взаємодії громадянського суспільства та соціальної, правової держави, ми можемо стверджувати, що, взявши на озброєння принцип поділу влади та перерозподілу матеріальних благ серед членів суспільства, теорія соціальної, правової держави почала утверджуватися на практиці. Так, Загальна декларація прав людини, прийнята 10 грудня 1948 року резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН [21], проголосила, що кожна людина повинна бути наділена всіма правами і свободами, як громадськими, політичними, так і соціальними та економічними. Їх здійснення обмежується тільки законом з метою забезпечення прав і свобод інших громадян.

Проте виникало запитання: а що саме у ході цивілізаційного процесу зробило людину громадянином соціальної, правової держави? Які джерела громадянського суспільства здатні врівноважувати силу державної влади, що має у своєму розпорядженні не тільки управлінський апарат (при цьому, розглядаючи проблеми державного управління, варто згадати про те, що апарат державного управління завжди може набувати такої форми, яка окреслюється поняттям «бюрократизму»), а й такі сили як армія, поліція тощо. Тобто на чому грунтується автономія громадянського суспільства та автономія громадянина?

На думку О. Семківа [22], відповіді на ці запитання потрібно шукати у сфері відносин власності. Цю саму позицію обстоює і В. Лісовий. Тобто членом громадянського суспільства може бути тільки людина, за якою закріплені певні невідчужувані права. Серед них одне з найважливіших — на приватну власність як умову свободи та самоствердження [23]. Як інститут, що фіксується в чисельних структурах — системах соціальних груп, позицій, статусів, ролей і владних утворень, власність є загальною підвалиною громадянських відносин. Тому важливе значення має створення умов для реальної економічної свободи через розвиток різних форм власності, в тому числі права людини на приватну власність, а тому існування приватної власності на засоби виробництва не є перешкодою процесові соціалізації суспільства, а навпаки, сприяє йому. Приватна форма організації виробництва може поєднуватися з соціально ефективним перерозподілом створених благ, за рахунок чого досягаються висока якість соціальних гарантій і рівень життя всіх членів суспільства.

Отже, приватна власність є важливим параметром економічної свободи, без якої неможливе громадянське суспільство. Якщо людина володіє власністю, що надійно захищена законом, то вона гідно і впевнено може протистояти владі будь-якого рівня. При цьому грома-

дянське суспільство виступає як таке, де головною дійовою особою є людина-власник. Тобто це демократичне суспільство тих, хто володіє засобами виробництва, грошовим капіталом, акціями, інформацією, інтелектом, що генерує ідеї, та робочою силою. Учасники такого відокремленого від держави суспільства є самостійними, незалежними один від одного або залежними лише в межах досягнутої угоди.

За радянських часів було створено концепцію, згідно з якою за соціалізму відпадає потреба в громадянському суспільстві та соціальній, правовій державі. А В. Ленін взагалі не використовував такі поняття як «правова держава» та «громадянське суспільство», вважаючи їх «буржуазним пережитком». Цікавою і повчальною історико-правовою ілюстрацією до цього є доля самої України. Так, з поразкою УНР та встановленням на її території влади Рад поступовий розвиток України до правової держави та громадянського суспільства було загальмовано. Перемога у політичній боротьбі більшовиків обернулася прийняттям антидемократичної конституції, що закріпила положення про диктатуру пролетаріату, державною формою якої визначалася республіка Рад. Фактично Конституція була більш політичним, аніж правовим документом, а проголошена УСРР (Українська Соціалістична Радянська Республіка) — класовою організацією, яка за своєю природою протистояла суспільству. Їх зіткнення у 1920−1921 роках стало очевидним фактом, однак усе закінчилося короткочасним відступом влади, що супроводжувався певною емансипацією суспільства, яка тривала приблизно до кінця 20-х років. Це дало підстави українському правознавцеві О. Малицькому зробити висновок про можливість побудови демократичної, правової держави та громадянського суспільства в умовах існування радянської республіки. В 1924 році він стверджував, що «радянська республіка є держава правова, яка здійснює свою діяльність в умовах правового режиму» [24]. Однак, як довела майбутня історична практика, такий висновок був передчасний, оскільки розвиток радянського суспільства та держави підтвердили тезу про те, що за умов радянської влади принципово (а не внаслідок «поганої» історичної реалізації «гарних» ідеалів) не було місця ні громадянському суспільству, ні правовій державі.

Для створення справжнього громадянського суспільства необхідно здійснити комплекс заходів щодо утвердження економічної свободи кожної людини, в той час як у політичній сфері формуванню громадянського суспільства сприяє поділ влади на виконавчу, законодавчу та судову. Водночас для того, щоб громадянське суспільство підтримало функціонування демократичної, соціальної, правової держави, потрібно, щоб сформувалася відповідна громадська думка, пройнята повагою до права. Як зауважує С. Лінецький, аби соціальна, правова держава стала реальністю, треба, щоб її ідеал став метою всього громадянського суспільства [25].

Нині класична модель громадянського суспільства розвивається на якісно новій політико-правовій основі, тобто на засадничих принципах ліберальної концепції, ідеях соціал-демократії. Одночасно у XX столітті спостерігалася економічна еволюція класичної моделі громадянського суспільства. У контексті проблеми розвитку соціальної держави слід зазначити, що характер економіки багатьох розвинених країн визначає не лише приватна власність, а й різні форми колективної власності. Світова економічна криза 1929−1933 років яскраво продемонструвала необгрунтованість ідеї лібералізму про неприпустимість будь-якого державного втручання в економічне життя суспільства [26]. На зміну «лесеферизму» прийшли нові ідеї, розроблені відомим англійським економістом Дж. Кейнсом, який висунув тезу про необхідність і доцільність державного регулювання економіки та певного обмеження сфери приватного підприємництва у тих випадках, коли це відповідає інтересами всього суспільства.

Визначаючи основні критерії сучасного громадянського суспільства, варто звернути увагу на такі його риси: а) висока політична культура членів суспільства у поєднанні з високим розвитком політичних, економічних, правових та культурних відносин; б) включеність до сфери громадянського суспільства всього життя громадян, а також тієї частини суспільного життя, що не регулюється політичними нормами; в) повнота прав і свобод самостійного громадянина, які захищаються системою загальнодержавного та міжнародного права; г) широкий розвиток інститутів самоврядування; д) розвиток економіки на засадах приватної та колективної власності, що уможливлює багатоукладність економіки і регулювання з боку держави відносинами власності лише економічними, а не адміністративно-командними методами, і лише з метою поліпшення соціального стану всіх громадян.

Отже, громадянське суспільство в особі самодіяльних асоціацій людей, покликаних виражати та захищати групові та індивідуальні інтереси і права, завжди вступає в особливі стосунки з державою. Для розуміння характеру цих відносин необхідно мати на увазі: якщо держава знає різні форми правління різних класів – демократичні, диктаторські, монархічні, то для громадянського суспільства на рівні політики характерна лише демократична форма існування. Чим розвиненіше громадянське суспільство, тим ширша основа виникає для демократичних форм держави. І навпаки, чим менш розвинене громадянське суспільство, тим імовірніші авторитарні й тоталітарні режими. На думку Е. Арато та Д. Когена, авторитарна і тоталітарна влада взагалі виключають можливості існування громадянського суспільства [27].

Визнання такого співвідношення між громадянським суспільством та формою політичного режиму дало змогу Ю. Феофанову зробити висновок, що «авторитарному режиму, тиранічній владі протистоять рівною мірою як незалежність права, так і громадянське суспільство [28].

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Поппер К. Р.* Открытое общество и его враги. – М., 1992. – Т.1. – С. 218.

2. *Політологія* / За ред. Семківа О. І. – С. 277.

3. Липинський В. Повне зібрання творів. – К., Філадельфія, 1995. – Т.6. – Кн.1. – С. 377.

4. *Там само*. – С. 378.

5. Там само. – С. 379.

6. Лисяк–Рудницький І. Історичні есе. – К., 1994. – Т.2. – С.128.

7. *Андрусяк Т. Г.* Шлях до свободи (М. Драгоманов про права людини). – Львів, 1998. – С. 27.

8. *Довгич В. А.* Українська ідея в політичній теорії М.Драгоманова. – К., 1991. – С. 103.

9. Драгоманов М. П. Переднє слово // Історія філософії України. Хрестоматія. – К., 1991. – С. 374.
10. Молчанов М. Державницька думка М. Драгоманова. – К., 1994. – С. 12.
11. Драгоманов М. П. Цит. праця. – С. 374.
12. Огородник І. В., Огородник В. В. Історія філософської думки в Україні. – К., 1999. – С. 398.
13. Захарченко М. В., Бурлачук В. Ф., Молчанов М. О. Соціологічна думка на Україні. – К., 1996. – С. 249.
14. Крип'якевич І. П. Історія України. – Львів, 1990. – С. 274.
15. Там само. – С. 274.
16. Лисяк–Рудницький І. Цит. праця. – С. 346.
17. Там само. – С. 354 – 355.
18. Українська суспільно–політична думка в XX столітті. – Мюнхен, 1983. – Т. 3. – С. 14.
19. Там само. – С. 251.
20. Там само. – С. 293.
21. Международые акты о правах человека. – С. 39.
22. Політологія / За ред. Семківа О. І. – Львів, 1993. – С. 283.
23. Лісовий В. Феномен громадянства. – К., б/р. – С. 11.
24. Малицкий А. Л. Советская Конституция. – Х., 1924. – С.27– 28.
25. Лінецький С. Демократичний ідеал як чинник формування системи духовних цінностей громадянського суспільства // Нова політика. – 1997. – № 3. – С. 16.
26. Политология / Под ред. Василика М. А. – СПб., 1999. – С. 192.
27. Арато *Е., Коген Д.* Відродження, занепад та реконструкція концепції громадянського суспільства // Політична думка. – 1996. – № 1. – С. 25.
28. *Право и власть*. – С. 330.

The article explored the idea of national scientists of the second half of the XIX - first half of the XX century of civil society and social legal state, the interaction of their institutions. Through the analysis of M.Dragomanov and B.Lipinsky retrospectively disclosed genesis of the national legal doctrine on the issue of social development.

В статье исследуются идеи отечественных ученых второй половины XIX – первой половины XX веков о гражданском обществе и социальном правовом государстве, взаимодействия их институтов. Посредством анализа работ М. Драгоманова и В. Липинского ретроспективно раскрывается генезис отечественной правовой мысли о важной проблеме общественного развития.

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ В ПРОГРАМНИХ ДОКУМЕНТАХ УКРАЇНСЬКОГО ДИСИДЕНТСЬКОГО І ПРАВОЗАХИСНОГО РУХІВ 60−80-х РОКІВ XX СТ.

Шевченко О. М.,
кандидат історичних наук, провідний науковий співробітник
відділу теорії та історії приватного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В статті проаналізовано комплекс світоглядних уявлень українських дисидентів та правозахисників у 60 – 80-ті роки XX ст., які, відстоюючи права людини, вважали вартісність людської особистості провідною рисою, що властива як для розвитку демократичного суспільства в цілому, так і для українських громадських традицій зокрема.

Ключові слова: права і свободи людини, дисидентський рух, правозахисний рух.

Реальним критерієм демократичного прогресу суспільного розвитку, становлення правової держави та громадянського суспільства є створення умов для забезпечення законних прав людини, всебічної реалізації особи, її інтересів, устремлінь у всіх сферах життєдіяльності суспільства. Саме тому ідеї демократизації суспільного життя, відстоювання економічних, політичних, громадянських та соціальних свобод людини, правового забезпечення автономії життєдіяльності особи у приватній сфері стали важливими світоглядними засадами для діячів українського дисидентського і правозахисного руху 60–80-х років XX ст. та посіли чільне місце в його програмних документах.

За радянських часів різні причини спонукали людей ставати дисидентами. Більшість з них не були політиками, зокрема, як пише дисидент Іван Сокульський: «Я не політик (це не моє покликання) і не маю ніякої політичної програми… Хочу лише одного: реалізувати себе як особистість. Має ж людина якесь призначення у світі, окрім тої «єдиноправильної» соціальної програми, що її наперед, ще до народження, визначили для неї – людини – партія та вожді! Хто ж має право відняти в людини її найвище призначення, особисте покликання, її духовність – хай і в ім'я найвищих ідей? Хто, здавалось би, може не дозволити мені бути собою, бути індивідуальністю?» [1, с.709]. Фактично, як зазначає американський дослідник дисидентського руху в Україні Я. Білоцерковича, саме конфлікт цінностей у таких сферах як:

«1. Національне самовизначення України проти політичного підкорення її СРСР.

2. Мовний, культурний та етнічний плюралізм замість русифікації і національної асиміляції.

3. Свобода релігії замість репресій та переслідувань її і активного запровадження атеїзму.

4. Верховенство особи над державою і суспільством проти верховенства партії, держави і суспільства над особою.

5. Демократичні свободи слова, преси, зібрань, організацій, виборів, права на еміграцію проти авторитарних обмежень свободи слова, зібрань, організацій, виборів і права на еміграцію.

6. Влада закону проти підкорення закону інтересам партії і держави.

7. Збалансований економічний розвиток, децентралізація, свобода профспілок, право на страйк і повна зайнятість замість надто централізованої командної економіки, орієнтованої міліативно, контрольованих партією профспілок і відсутності права на страйк.

8. Соціальна і національна рівність замість соціальної і національної нерівноправності і дискримінації» [2, с. 67–68], спричинив значною мірою процес взаємного відчуження держави і дисидентів. Невдоволення існуючим станом речей в радянській державі щодо забезпечення і реалізації низки прав і свобод людини призводило до об'єднання проти тоталітарної держави, що стверджувалася на українських землях. Радянська влада, не припускаючи будь-якого інакомислення, навіть абсолютно нейтрального, придушувала будь-які його прояви, що не відповідали її ідеологічній доктрині. Загалом, як зазначає український поет Ігор Калинець, дисидентами ставали незгодні «із офіційною ідеологгією … В нашому понятті дисиденти – це були ті люди, які в тій чи іншій мірі виступали проти марксистсько-ленінської ідеології, проти внутрішньої чи зовнішньої політики Радянського Союзу – тобто ті люди, які стали на захист прав людини, прав нації» [3, с. 19].

Дисидентський рух в Україні був набагато політизованішим, ніж загальносоюзний. Так, в ньому можна виокремити два дисидентські напрями: 1) політичний, основою якого стала ідеологія ОУН-УПА (значно поширений в Західній Україні) та 2) культурницький, погляди представників якого еволюціонували від прагнень реформування радянської системи з метою побудови в СРСР «соціалізму з людським обличчям» до необхідності боротьби за створення незалежної Української держави (переважно поширений у Києві та Центральній Україні). Згодом, у середині 70-х років XX ст., правозахисний рух в Україні поєднав у собі відстоювання індивідуальних прав особи (громадянських, політичних, соціальних тощо) з правом народу на власну національно-культурну ідентичність та національну державність, визначивши подальші напрями опозиційної діяльності в рамках радянської системи в боротьбі за людську гідність, справедливість, духовну незалежність. Такі цінності як самоповага, індивідуалізм, культ свободи та самовираження, загальнолюдські цінності та гуманізм без сурогатних домішок класового підходу, повага до природних етичних норм стали базовими цінностями для представників правозахисного руху у 70 – 80-ті роки XX ст., в якому, як зазначає Василь Овсієнко, знайшли своє місце «українці і євреї, віруючі різних конфесій і атеїсти, націоналісти й націонал-комуністи, соціал-демократи й анархісти… Це був рух за свободу особи і за культурну самобутність усіх етнічних і релігійних груп, з яких віддавна складалося населення України» [4, с. 14].

Питання про наукове дослідження дисидентського та правозахисного рухів в Україні 60–80-х років XX ст. за радянських часів, коли діяльність його представників знаходилась під пильним наглядом репресивно-каральних органів, не могло й порушуватися, а отже, висвітлювалося тільки в закордонних публікаціях. Серед пострадянських вітчизняних досліджень з відповідної тематики слід назвати праці Ю. Курносова, Г. Касьянова, А. Русначенка, Б. Захарова, О. Зінкевича, В. Овсієнка [3–7]. Усвідомлення значення прав і свобод людини як загальнолюдських цінностей, які грунтуються на найзагальніших філософсько-етичних засадах суспільних відносин, актуалізують і нині дослідження комплексу світоглядних уявлень українських дисидентів та правозахисників, які, відстоюючи права людини, вважали вартісність людської особистості провідною рисою, що властива як для розвитку демократичного суспільства загалом, так і для українських громадських традицій, зокрема. Дослідження цього аспекту і стало метою даної статті.

Дисидентські організації, які мали за мету відстоювання демократичних прав і свобод людини почали виникати ще у середині 50-х років XX ст. Одним з таких об'єднань стала група «Реалістичний робітничий гурток демократів», яку створили навесні 1956 р. у Донецьку молоді робітники Є. Доніченко, М. Малий, А. Сергієнко, А. Гапченко, С. Володченко, Ю. Мациков, брати Мельникови. Основним завданням підпільної політичної організації була зміна влади з метою демократизації суспільства, про що свідчить зміст листівок: («Ніякої підтримки комуністам. Геть радянську владу», брошура Є.Доніченка «Что такое демократы?» та статті «Декларація прав трудящих», «Демократичне вчення нашої партії» тощо) [7, с. 239–240], що розповсюджувались групою. Гурток здійснював і правозахисну діяльність, зокрема, Є. Доніченко і А. Сергієнко направили від імені робітників підприємств Донбасу листи до Президії Верховної Ради СРСР щодо звільнення політичних в'язнів. Проте вже у серпні 1957 р. члени групи були заарештовані, а у листопаді того самого року їх було засуджено. Аналогічні організації, що поширювали демократичні ідеї серед українського загалу, діяли до початку 70-х років в багатьох містах України, зокрема, у Харкові, Києві, Одесі, Луганську, Полтаві.

На початку 1959 р. у Львові Л. Лук'яненко та С. Вірун створили організацію «Українська робітничо-селянська спілка». Згодом до організації увійшли В. Луцьків, О. Лібович, І. Кандиба, Й. Боровницький та І. Кіпиш. Головним завданням організації, як зазначалося в її програмі, була ненасильницька боротьба за громадянські, національні, культурні, економічні права в Україні тощо. Зокрема, йшлося про необхідність організації висунення низки вимог до органів влади щодо демократизації повсякденного життя: дозволу на передплату закордонної преси, українізацію освіти, демократизацію виборів до Рад через висунення альтернативних кандидатів. Організація мала опертися на силу права, зафіксованого в законах країни та задекларованого в міжнародно-правових документах. Фактично група об'єдналася для ведення альтернативної політичної діяльності в рамках існуючої політичної системи й на засадах чинного законодавства. Незважаючи на те, що програма ґрунтувалася на марксистсько-ленінській ідеології, становище України в складі СРСР розцінювалося як колоніальне, відзначалася необхідність здобуття Україною незалежності [7, с. 394]. У зв'язку з цим обґрунтовувалося право УРСР на вихід зі складу СРСР шляхом референдуму та створення власної правової демократичної держави. Боротьба за розширення демократії в СРСР мала стати змістом першого етапу боротьби, адже «в державі, де немає свободи слова, свободи друку, свободи зборів і т. ін., де неможливе реальне висловлювання кожною людиною своїх думок, де неможливе демократичне об'єднання людей у політичні партії, де наскрізь панує примус і сваволя – у такій державі, перш ніж ставити питання про вихід України з Союзу, неминуче повинно бути поставлене завдання завоювання демократичних свобод – не паперових прав на демократичні свободи, які ми маємо по Конституції, – а реальної можливості користуватися демократичними правами і свободами» [7, с. 391]. Сам же

процес демократизації суспільства розглядався як об'єктивний процес, тісно пов'язаний з потребами розвитку продуктивних сил суспільства: «Розвиток продуктивних сил змінює виробничі відносини, а останні вимагають демократизації суспільно-політичного життя. Розширення свободи – процес об'єктивний, і хоч би як його не гальмувало бюрократичне чиновництво, йому не зупинити цей процес» [7, с. 395]. У листопаді 1960 р. під час обговорення проекту програми УРСС з'явилася навіть нова назва майбутньої організації «Спілка боротьби за демократію». В січні 1961 р. розпочалися арешти членів організації, які згодом були засуджені і отримали від 7 до 15 років таборів.

1964 р. можна вважати початком діяльності ще однієї дисидентської організації «Українського національного фронту» (ініціатори Д. Квецько, З. Красівський, згодом до організації ввійшли М. Дяк, Я. Лесів, М. Мелень, І. Губка, Г. Прокопович, М. Качур. Її особливістю є те, що в основу програми організації, що охоплювала перетворення в усіх сферах суспільного життя, були покладені демократичні принципи свободи і рівності, а не принципи марксизму-ленінізму. У постійному періодичному виданні організації «Воля і Батьківщина» побачили світ програмні документи організації, статті, які знайомили читачів з атрибутами української державності, закликали до необхідності ведення визвольної боротьби. «Програмові вимоги Українського національного фронту», які були опубліковані в 1965 р. у № 5 «Волі і Батьківщини», складалися з 7 розділів. Зокрема, у другому розділі програмних вимог «Еволюція російського комунізму і його українська альтернатива» відзначалося, що російська комуністична система тримається на трьох засадах: державності, тиранії, партдиктатурі. Під державністю розуміється всеохоплюючий контроль держави над економікою країни і виробничою діяльністю її населення; під тиранією – необмежена влада партійного вибранця, який має в країні всі можливості для сваволі, терору і тиранії; під партійною диктатурою – повне панування партії у всіх сферах людського життя, включаючи: виробничу, громадську і навіть приватну діяльність громадян. Комуністична партія, завдячуючи процесу зрощення партійного і державного апарату, стала тоталітарною партією. Цьому сприяв і величезний апарат примусу і бюрократії для постійного тиску на народ [7, с. 419–420]. На думку членів організації, тоталітарний комуністичний режим «мусить бути замінений більш розумним суспільним ладом, основаним на справедливості, законності й поважанні природних прав людини» [7, с. 421]. Серед нових форм суспільного ладу називався «народний соціалізм, побудований на принципах самостійності, народовладдя, чи соціальна справедливість і свобода» [7, с. 421]. Народовладдя мало здійснюватися сільськими громадами, міськими радами і національним віче та стати «самодіяльною творчістю мас». Реалізація соціальної справедливості в суспільстві не допустить «як експлуатації людини як окремою людиною, так і державою в цілому, бо вона ґрунтуватиметься на справедливій оплаті праці, розподілі продуктів праці по потребах, і власність, нажиту чесною працею, вважатиме недоторканною і священною» [7, с. 421–422]. «Облудному комуністичному світові ми протиставимо асоціацію вільних громадян, права й інтереси яких поважатимуться; суспільство вільне від усяких крайностей, побудоване на засадах рівності, любові і братства; лад, при якому стане можливим багатство без паразитизму, думка без шаблону, слово без обмежень, робота і освіта для всіх; закон без брехні, свобода без переслідувань, братство без каїнів» [7, с. 422]. В програмі проголошується необхідність створення незалежної Української держави в її етнографічних межах. У четвертому розділі програми серед політичних вимог зазначаються «5. Скасування комедії комуністичних виборів, при яких народ пасивно голосує за наперед призначених кандидатів; передача цієї важливої справи в руки самого народу, без втручання зверху. 6. Надання всім громадянам можливості вільно і без обмежень висловлювати свої думки; поважання їх політичних переконань і релігійних почуттів» [7, с. 424]. В програмі відзначалась необхідність забезпечення в державі «15. Свободи друку, слова, думки, переконань, віри й світогляду. Проти офіційного накидування суспільності світоглядних доктрин і догм. 16. Сприяння культурним взаємозв'язкам з іншими народами, право вільного виїзду громадян за кордон для навчання, лікування та пізнавання життя й культури інших народів. 17. Амністія всім засудженим, ув'язненим в тюрмах і концтаборах. Надання їм громадських прав та можливості працювати» [7, с. 426]. Після направленого «Меморандуму Українського національного фронту» до XXIII з'їзду КПРС, а у липні 1966 р. «Звернення вищим урядовим чиновникам на Україні» від Центрального проводу Українського національного фронту у березні 1967 р. розпочалися арешти членів організації, яким інкримінувалися зрада батьківщини (ст. 56 ч. 1 КК УРСР) та створення антирадянської організації (ст. 64 КК УРСР).

Наприкінці 60-х років поширюється й український правозахисний рух. Так, членами «Ініціативної групи захисту прав людини в СРСР» – першого правозахисного об'єднання в країні у 1969 р. стали Г. Алтунян, Л. Плющ. Головною формою боротьби правозахисників з існуючим режимом стало проведення кампаній з підписання листів, заяв, звернень з питання забезпечення прав людини в СРСР до різних вітчизняних та міжнародних органів.

Осередки опозиційної влади інтелігенції, яка згуртувалася навколо ідеї захисту прав людини, знаходилися також і в Одесі (Н. Строката, В. Барладяну, Г. Михайленко, Л. Тимчук, Р. Палатник та інші), Харкові (Г. Алтунян, В. Недобора, В. Пономарьов, А. Лєвін), у Дніпропетровську (І. Сокульський, О. Кузьменко, М. Береславський) та в інших українських містах [4, с. 27].

21 грудня 1971 р. було створене перше українське правозахисне об'єднання «Громадський комітет захисту Н. Строкатої» [3, с. 105]. Заяву про його заснування підписали В.Чорновіл, І. Стасів-Калинець, В. Стус, Л. Тимчук, П. Якір. Об'єднання створювалося невдовзі після арешту дисидентки Ніни Строкатої (1971 р.) на її захист, а його діяльність мала здійснюватися на засадах Конституції СРСР та міжнародно-правових актів, зокрема, Пакту про громадянські та політичні права, Загальної декларації прав людини ООН.

Переслідування віруючих низки конфесій в зазначений період за релігійною ознакою спричинило створення ряду правозахисних організацій з метою захисту прав віруючих. Зокрема, у лютому 1964 р. було створено правозахисну організацію ЄХБ «Рада родичів в'язнів євангельських християн-баптистів», яку очолила Лідія Вінс. Організація збирала та поширювала інформацію щодо

репресій проти баптистів в СРСР, допомагала родичам ув'язнених. Зокрема, організація з 1964 р. видавала «Чрезвычайные сообщения», а з 1971 р. «Бюллетень Совета родственников ЕХБ». Згодом, з середини 70-х років, перебуваючи у вимушеній еміграції, секретар РЦ ЄХБ Георгій Вінс активно відстоював права віруючих в СРСР, організував представництво РЦ ЄХБ в США .

9 вересня 1982 р. було створено правозахисну організацію на захист прав віруючих УГКЦ **«Ініціативна група захисту прав віруючих і церкви в Україні»** у складі Й. Терелі (голова), Г. Будзінського (секретар), отців Ігнатія та Діонісія, С. Петраш-Січко. Меморандум групи до Уряду УРСР засуджував Львівський Собор 1946 р. та містив вимоги щодо легалізації УГКЦ. Після арешту 24 грудня 1982 р. Й.Терелі виконуючим обов'язки голови групи став В. Кобрин, який був автором ряду звернень на захист УГКЦ, сприяв виданню та поширенню «Хроніки української католицької церкви». 12 липня 1983 р. група порушувала перед Міністром внутрішніх справ УРСР питання щодо реєстрації парафій УГКЦ та перегляду справи Й.Терелі. Вийшовши на волю у грудні 1983 р. після ув'язнення, Й.Тереля у зверненні до Голови німецьких католиків Ганса Майєра деталізував інформацію про злочини радянської влади проти церкви, націй, людства, протестуючи проти репресій, у 1984 р. Й.Тереля відмовився від радянського громадянства [3, с. 44].

У 1981 р. було створено правозахисну організацію п'ятидесятників **«Комітет «Право на еміграцію»** (один з лідерів – П. Ахтьоров).

Демократизувати тогочасний радянський державний устрій мало і забезпечення державою низки інших прав людини, які відстоювали дисиденти, зокрема, це стосується **права людини за свободу еміграції.** Основними дисидентськими течіями за свободу еміграції були: 1) **Рух німців за виїзд до ФРН** (особливо посилився з 1974 р., коли радянські німці у бажанні емігрувати на батьківщину знайшли реальну підтримку уряду ФРН); 2) **Єврейський рух за виїзд до Ізраїлю**, основними мотиваційними причинами якого були як дискримінація за етнічною ознакою в державі, так і єврейська національна та релігійна свідомість.

Активна громадянська позиція дисидентів проявилася і у відстоюванні права людини на свободу пересування в середині СРСР, зокрема, це стосувалося репресованих народів (кримських татар, чеченців, німців та ін.) Найпотужнішим дисидентським рухом у СРСР був **Рух кримських татар за повернення до Криму.** Він був тісно пов'язаний з правозахисним рухом. Такі правозахисники як П. Григоренко, О. Костерін, Д. Камінська та інші переймалися долею як окремих представників руху, так і відновленням історичної справедливості відносно всього кримсько-татарського народу. Згодом Мустафа Джемілєв, активіст кримсько-татарського руху, став одним з активних членів створеної в Москві в 1969 р. Ініціативної групи захисту прав людини.

У Донецькій, Луганській, Дніпропетровській, Запорізькій, Харківській областях та в інших містах у 70-х роках XX ст. почав поширюватися правозахисний рух за соціальні та економічні права, створення вільних профспілок. Так, 26 лютого 1978 р. шахтар з Макіївки В. Клебанов створив в СРСР першу незалежну профспілку **«Асоціація вільної профспілки трудящих у Радянському Союзі»** з метою захисту прав трудящих, перш за все, права на працю, боротьби з зловживаннями бюрократії. Проте вже навесні 1978 р. спілка перестала існувати після арешту її активістів. Невдовзі, 28 грудня 1978 р., в Москві було створено всесоюзну громадську організацію для захисту соціальних та економічних прав – **«Вільне міжпрофесійне об'єднання трудящих»,** яка мала свої автономні структури у різних куточках країни, в тому числі і в Україні. Проіснувала ця організація до середини 1980 р.

Ідеї захисту прав і свобод людини популяризувалися також через самвидав, який із можливості незалежного обміну думками почав перетворюватися на певну організаційну інфраструктуру опозиційної діяльності. Так, починаючи з 1968 р., в Україні зусиллями московських дисидентів розповсюджувалася «Хроника текучих событий», матеріали про Україну для якої писав Л. Плющ. У 1970– 1972 рр. інформація почала поширюватися завдяки машинописному періодичному виданню «Український вісник», створеного В. Чорноволом (до редколегії входили також М. Косів та Я. Кендзьор), лейтмотивом якого стало поєднання боротьби за права людини з боротьбою проти національного гноблення. Так, кожний випуск «Українського вісника» починався також передмовою: ««Вісник» містить без узагальнень інформацію про порушення свободи слова й інших демократичних свобід, гарантованих Конституцією, про судові і позасудові репресії на Україні, про порушення національної суверенності (факти шовінізму й українофобії), про спроби дезінформувати громадськість, про становище українських політв'язнів по тюрмах і таборах, про різні акції протесту тощо» [5, с. 118]. Також в ньому побачили світ праці літературного і політичного самвидаву. Активна громадянська позиція опозиціонерів ставала небезпечною для радянської системи. 28 червня 1971 р. ЦК КПРС ухвалив таємно постанову «Про заходи протидії нелегальному розповсюдженню антирадянських та інших політично шкідливих матеріалів», яку невдовзі продублював ЦК КПУ. Всесоюзна кампанія з метою ліквідації самвидаву перетворилася в масову розправу над представниками української інтелігенції. Фактично людей засуджували за переконання або за підозрою в переконаннях, що не збігалися з офіційною ідеологією. Як писав у 1975 р. В. Стус: «Судові процеси 1972–1973 років на Україні – це суди над людською думкою, над самим процесом мислення, суди над гуманізмом, над проявами синівської любові до свого народу. Покоління молодої української інтелігенції, що його зробили поколінням політв'язнів, було виховане на ідеях гуманізму, справедливості, свободи. У цьому вся його провина, весь його злий намір. Але тільки такими синами славен народ – і нині й у віки вічні» [7, с. 564].

Нова сторінка протистояння дисидентів і тоталітарної держави відкрилася у другій половині 70-х років XX ст., а основним лейтмотивом її стала відкрита правозахисна діяльність. Розвитку правозахисної діяльності в Україні сприяли й загальносвітові процеси. У 1946 р. Рада ООН створила Комісію з прав людини. 10 грудня 1948 р. на сесії Генеральної Асамблеї ООН у Парижі було прийнято Загальну декларацію прав людини, преамбула і 30 статей якої вміщували основні права і свободи людини, дотримання яких мають забезпечити держави, підписавши останню. Зобов'язання дотримуватися Загальної декларації прав людини ООН

були затверджені представниками європейських держав, а також США і Канади у Прикінцевому акті Наради з безпеки і співробітництва в Європі, підписаному ними 1 серпня 1975 р. в столиці Фінляндії Гельсінкі.

Після опублікування Прикінцевого акта у газеті «Известия» від 1 серпня 1975 р., з метою втілення його в життя в Радянському Союзі, створилися групи сприяння виконанню Гельсінкських угод. 12 травня 1976 р. московські правозахисники створили Московську громадську групу сприяння виконанню Гельсінкських угод на чолі з Ю. Орловим. 9 листопада 1976 р. в Конча–Заспі під Києвом була створена **Українська громадська група сприяння виконанню Гельсінкських угод** (далі – УГГ). Діяльність групи скеровувалася виключно гуманітарно-правовими мотивами. Як підкреслюється у відкритому листі М. Руденка до людей доброї волі: «Наша Група не має ніяких політичних цілей, наше завдання виключно гуманітарне: сприяти виконанню Гельсінкських Угод у ділянці людських прав», проте групу цікавить і національне питання, адже «більшість українських політв'язнів засуджено за вигаданий або справжній націоналізм». З її утворенням правозахисний рух в Україні набув можливості не лише заявити про декларативність прав в СРСР, а й організувався, привернув увагу світової громадськості до порушень прав громадян. Групу очолив поет і публіцист М. Руденко, до складу групи увійшли: О. Бердник, П. Григоренко, Л. Лук'яненко, О. Мешко, Н. Строката, І. Кандиба, О. Тихий, М. Маринович, М. Матусевич. Програмний документ УГГ, меморандуми, заяви, звернення та бюлетені УГГ присвячувались різним аспектам забезпечення прав українців. Як згодом зазначав у своїй праці «Правозахисний рух на Україні, його засади та перспективи» Ю. Литвин: «сучасний правозахисний рух – це боротьба за такий спосіб життя, яке мирно розвивається за власними законами, прагнучи все більшої демократії і свободи, де б людина була творцем своєї долі, а не придатком державно-партійної машинерії, де б суспільство диктувало свою волю державі, а не навпаки. Уся діяльність гельсінкських груп в СРСР спрямована на захист прав і свобод людини та суспільства від будь-яких зловживань з боку властей, це самозахист суспільства від деспотизму чиновницької бюрократії» [1, с. 376 – 377].

Першим програмним документом групи стала Декларація Української громадської групи сприяння виконанню Гельсінкських угод, підписана членами групи під час установчих зборів. Відзначаючи той факт, що за Договором від 30 грудня 1922 р. про створення СРСР всі міжнародні угоди, підписані урядом Радянського Союзу, поширюються також на український народ, особлива увага приділялася забезпеченню реалізації Гельсінкських угод в Україні. З цією метою організація взяла на себе зобов'язання ознайомлювати широкі кола української громадськості з Загальною декларацією прав людини ООН, яка має стати базовою у відносинах між особою і державою. Група має сприяти встановленню вільних контактів між людьми, вільному обміну інформацією та ідеями, домагатися акредитування в Україні представників зарубіжної преси, створення незалежних прес-агентств тощо. Важливим завданням групи мало стати також ознайомлення урядів країн-учасниць і світової громадськості з фактами порушень прав людини в Україні та щодо українців, які проживають в інших республіках. Намагаючись поставити український національний інтерес на міжнародну правову основу, група домагалася, щоб на всіх міжнародних нарадах, де мають обговорюватись підсумки виконання Гельсінкських угод, Україна була представлена окремою делегацією. У меморандумах групи правозахисники, порушуючи питання суверенітету українського народу, базовими засадами становлення його державності визнають: 1) пріоритетність інтересів людини, а не держави в суспільному розвитку; 2) вільна, мисляча людина – важливий чинник історичного прогресу людства; 3) Україна має приєднатися до спілки інших націй, до єдиного духу людства, проте залишитися «господарем своєї землі, своєї традиції, свого творчого спадкоємства, своєї волі до побудови кращого життя – для всіх, для кожного» [4, с. 66 – 67]. Розглядаючи СРСР як бюрократичну структуру, яка декларуючи, не виконує взяті на себе міжнародні зобов'язання щодо прав людини, УГГ вбачає необхідним повернутися до «правосуб'єктності людини, що відображено й в ст. 6 Загальної декларації прав людини, – і діяти у відповідності з волею суб'єкта, а не параграфа закону, створеного для затьмарення права, а не здійснення його» [4, с. 68] та вимагає від імені групи забезпечення державою демократичних прав і свобод людини, зокрема:

– «Звільнити всіх політув'язнених і ліквідувати відповідні статті в Кримінальних кодексах Союзу та республік.

– Відкрити кордони країни для вільного виїзду та в'їзду.

– Відкрити річища для вільної інформації – наукової, мистецької, літературної, особистої та всякої іншої, яка не вражає права Людини.

– Назавжди ліквідувати цензуру як реліктовий інститут феодалізму, передавши видавництвам право не допускати на книжковий чи інший ринок мілітаристичної та порнографічної продукції.

– Ліквідувати смертну кару як прояв злочинності державної структури. Держава не може народити життя, вона не має права й відбирати його.

– Осудити на рівні Об'єднаних Націй саму ідею убивства, а отже, затаврувати будь-яку державу або особу, що прагне здійснити свої наміри з допомогою вбивства (війни) – як ворогів Людства, що не мають права ввійти в Спільне Майбутнє.

– В найближчі роки ліквідувати армії (крім внутрішніх сил порядку) і створити Всепланетне Братерство народів на основі Об'єднаних Націй.

– Спільно вирішити економічні, екологічні, демографічні та космологічні проблеми.

Пора прокинутися від бюрократичної сплячки і збагнути, що проблема однієї людини є проблемою всього людства, і виходити у всіх своїх діях з цієї спільної для всіх основи» [3, с.123 – 124].

Іншими важливими документами правозахисників стали: 1) спільний документ МГГ і УГГ «Нові репресії і новий етап правозахисного руху в СРСР» (серпень 1977 р.); 2) опубліковані у четвертому випуску «Інформаційного бюлетеня» УГГ у листопаді 1978 р. статті «Рух за права людини на тлі національних змагань українського народу» та «Наші завдання».

Діяльність групи була різко негативно сприйнята владою. Політичні переслідування на початку 80-х років переросли в арешти та засудження дисидентів-правозахисників

з найсуворішими термінами покарання. До 1982 р. всі члени УГГ були засуджені за сфальсифікованими кримінальними звинуваченнями або ст. 62 КК УРСР й відбували покарання в таборах та в'язницях. Це було вельми красномовне діяння політики держави відносно легальної правозахисної діяльності її громадян. Як відзначав Ю. Литвин у своєму останньому слові, виголошеному на судовому процесі в м. Василькові 17 грудня 1979 р., «ставлення радянської держави до правозахисного руху в своїй країні є свідченням її суті, міри її демократизму. Декларовані на папері принципи, якими повинен керуватися радянський уряд, мусили б не тільки уможливити вільну діяльність Гельсінкських груп, а й усіляко сприяти їх діяльності, що цілком укладається в ці принципи. Але радянська влада розправляється з членами її гірше, як з кримінальним елементом; тим самим вона підкреслює, що її гуманітарні принципи, які нібито визначають її діяльність, є паперовими цяцьками для показу, а не для користування» [1, с. 393].

Фактично до середини 80-х років XX ст. дисидентський рух в Україні був придушений. Проте, перебуваючи в неволі, зокрема, в таборі особливо суворого режиму ВС-389/36 у с. Кучино Пермської області, українські правозахисники вирішили гельсінкську групу не розпускати [4, с. 51]. У Меморандумі УГГ, написаному восени 1979 р., будучи вже засудженими, М. Руденко, Л. Лук'яненко, О. Тихий, М. Маринович, М. Матусевич, Й. Зісельс та інші залишаються вірними програмним документам Групи, розглядаючи відношення радянської держави до українського правозахисного руху як розправу комуністичної партії над своїми опонентами, які насмілились висвітлювати явища радянської дійсності з позицій справедливості та загальнолюдської правди. А у відкритих листах Л. І. Брежнєву «Проявіть великодушшя!» та Мадридській нараді країн, що підписали Гельсінкські Угоди «Роззброєння – в серці» (вересень 1980 р.), члени УГГ зазначають, що ідеологічне протистояння всередині країн переноситься і на міжнародні взаємини, тому людство повинно гуманізувати себе задля врятування від знищення, у зв'язку з чим виникає потреба у «роззброєнні сердець і душ. Необхідний єдиний критерій буття для всіх людей понад розділеннями рас, націй і релігій», пропонується припинити ідеологічне протистояння та «вирішити негайно питання про загальну амністію для політув'язнених у своїх країнах. Затвердіть пакт про ліквідацію в кримінальних кодексах всіх ваших країн статей про переслідування з ідеологічних мотивів. Нехай щезне із словників Землі слово «політув'язнений», негідне людини космічної епохи. Такий крок просто і природно веде до довір'я всередині країн, а звідси – до довір'я між народами. Бо чи можна довіряти державам, що ведуть ідеологічну війну проти своїх громадян?» [1, с. 68].

Процес лібералізації влади в СРСР, який розпочався у 1985 р., за часів М. Горбачова, уможливив пробудження до політичного життя широких мас населення України. 30 грудня 1987 р. було оголошено про поновлення роботи УГГ, створено Українську ініціативну групу звільнення в'язнів сумління, до якої увійшли В. Барладяну, І. Гель, М. Горинь, З. Попадюк, С. Хмара, В. Чорновіл, поновлено видання «Українського вісника» як друкованого органу УГГ тощо. 11 березня 1988 р. було опубліковано «Звернення Української гельсінкської групи до української та світової громадськості» про відновлення її діяльності. Головою УГГ було проголошено Л. Лук'яненка, до виконавчого комітету увійшли М. Горинь, З. Красівський, В. Чорновіл. З цього часу український дисидентський рух починає ставити перед собою виразно політичні цілі, які з перетворенням її на Українську Гельсінкську Спілку (7 липня 1988 р.) були зазначені в статутних документах новоствореної громадської організації. Невдовзі, 29–30 квітня 1990 р., Установчий з'їзд УГС перетворив її на першу в Україні політичну організацію, альтернативну КПРС/КПУ – Українську республіканську партію [8, с. 7], метою якої стало «створення Української незалежної соборної держави як неодмінної умови політичного, економічного й культурного відродження, консолідації та самопоступу народу України, піднесення його добробуту, утвердження демократичного ладу і розвитку громадянського суспільства, виведення України з міжнародної ізоляції на гідне місце серед вільних народів світу» [7, с. 679 – 680]. Серед головних засад партії визнається абсолютна цінність життя, свободи, самобутності людини і кожної нації, що має гарантувати демократичний державний та суспільний лад зі свободою економічної діяльності, рівноправністю різних форм власності, ринковим регулюванням та здоровим природним середовищем. Свободу людини має забезпечити дотримання міжнародних правових норм, демократичний державний лад та розвинуте громадянське суспільство, свободу нації – потужність її потенціалу та система міжнародних угод.

Підсумовуючи, слід зазначити, що дисидентський та правозахисний рухи в Україні у 60–80-х роках XX ст. були невід'ємною частиною загальнолюдського поступу в дусі свободи, а їх становлення та поширення спиралося на опозиційні настрої різних верств населення України та стало закономірною реакцією на порушення конституційних прав і свобод громадян у різних сферах суспільного життя, утиски національного культурного, духовного життя українців. В громадянській позиції діячів опозиції можна чітко відстежити важливі риси демократичного суспільства – автономність і правову захищеність особи, активну громадську позицію людини, яка здатна до солідарних дій. У програмних документах дисидентського та правозахисного рухів відстоювались інтереси вільної особистості, її право реалізовувати власні приватні цілі й інтереси, свої природні права на життя й гідне існування, на свободу будь-якої діяльності, що не заважає іншим, рівність перед законом тощо. Відчуття належності до української громади діячів дисидентського та правозахисного рухів знайшло своє втілення у відстоюванні прав українців на власний незалежний державний розвиток, проти культурної уніфікації і асиміляції українського народу, відродження рідної мови та культури.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Українська* Гельсінкська Група 1978 – 1982: Документи і матеріали / О.Зінкевич (ред.). – Торонто-Балтимор: «Смолоскип» ім. В. Симоненка, 1983.

2. *Bilocerkowycz J.* Soviet Ukrainian Dissent. A Study of Political Alienation. – Boulder and London, 1988.

3. *Захаров Б.* Нарис історії дисидентського руху в Україні (1956 – 1987). – Харків: «Фоліо», 2003.

4. *Українська* гельсінкська група. До 30-річчя створення: історія, документи / Упоряд. О. Зінкевич, В. Овсієнко. – К.: Смолоскип, 2006.

5. *Касьянов Г.* Незгодні: українська інтелігенція в русі опору 1960 – 1980-х років. – К.: Либідь, 1995.

6. *Курносов Ю.* Інакомислення в Україні (60-ті – перша половина 80-х років XX ст.). – К., 1994.

7. *Русначенко А.* Національно-визвольний рух в Україні: середина 1950-х – початок 1990-х років. – К.: Видавництво імені Олени Теліги, 1998.

8. *Українська* Гельсінкська Спілка (1988 – 1990 рр.) у світлинах і документах / Упоряд. Ткачук О. – К.: Смолоскип, 2009.

9. *Український* Правозахисний Рух. Документи і матеріали Української Громадської Групи Сприяння Виконанню Гельсінкських Угод на Україні / Упор. О. Зінкевич. – Торонто-Балтимор: «Смолоскип», 1978.

The author analysed the complex of world-view conceptions of ukrainian dissident and human rights activity in the 60th - 80th years of XX centure, that defending human rights, considered the cost of human personality a leading feature, that immanent for development of democratic society and the ukrainian public traditions.

В статье анализируется комплекс мировоззренческих представлений украинских дисидентов и правозащитников в 60 – 80-ые годы XX ст., которые, отстаивая права человека, считали ценностность человеческой личности ведущей чертой, присущей как для развития демократического общества в целом, так и для украинских общественных традиций в частности.

ДО ПИТАННЯ ПРО ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВИБІР РОЗВИТКУ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Стефанчук Р. О.,

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

У статті аналізуються шляхи розвитку сучасного цивільного права України з огляду на європейський вибір. Детально досліджується питання створення DCFR як нового фундаментального академічного проекту, який визначає майбутній розвиток європейського приватного права.

Ключові слова: розвиток цивільного права; DCFR; європейське приватне право.

Становлення України як правової держави не можливе без вивчення багатого досвіду право- та державотворення інших країн, особливо тих, що становлять найкращі світові зразки «правового мистецтва». Але, враховуючи одвічне Тарасове: «чужого навчайтесь та свого не цурайтесь», ми повинні усвідомити, що сліпе мавпування тих чи інших правових зразків і бездумне перетягування їх на правовий ґрунт України може дати стільки ж користі, скільки і спроба вирощувати теплолюбові рослини в умовах суворого полярного клімату. Тому запозичення тих чи інших елементів, принципів та систем повинно бути критичним і враховувати існуючі історичні традиції розвитку національного правопорядку. Лише за такої умови ми можемо запропонувати найбільш ефективний формат побудови унікальної української правової традиції.

З огляду на це вивчення багатого досвіду науки порівняльного правознавства та застосування його фундаментальних положень може стати для України варіантом подолання усіх негативних явищ на шляху формування громадянського суспільства. Однак, перед тим як заглиблюватись у бездонний океан системи правових знань зарубіжних країн, ми повинні дати відповідь на питання: а яку сферу (рівень) правових знань нам слід найбільш ретельно вивчати і яка мета такого вивчення? На наше глибоке переконання, право у своїй сукупності є складною та багаторівневою системою наукових знань, навичок та вмінь, яка включає у себе три основних рівні: математику права, філософію права та політику права. Математика права є первинним рівнем системи права, який містить у собі інструментарій права, його доктрини, способи та прийоми. Іншими словами, математика права — це система права у статичному її вигляді, фактичний відбиток сучасного стану її розвитку. Філософія права вже включає різноманітні погляди на можливе філософське осмислення існуючого правового порядку та потенційні варіанти його розвитку. Але найбільш складним рівнем, на наше переконання, є рівень політики права, який має спрямовуватися на вибір тієї моделі права, яка найбільш повно відповідає політичним, економічним та соціальним реаліям, а також визначення її структури, елементів та етапів впровадження. І якраз цей рівень повинен бути предметом найбільш прискіпливого вивчення, оскільки дає можливість піймати динаміку розвитку правової системи та вектори її розвитку.

В Україні, на превеликий жаль, питання політики права фактично винесено за рамки наукових досліджень, а існуючий її рівень не витримує жодної критики. У нас фактично немає жодного нормативно-правового акта, який би закріплював загальні засади розвитку українського права. Прийняття нормативно-правових актів здійснюється хаотично та переважно неякісно. Навіть на найбільш елементарному рівні не існує чіткого порядку планування та здійснення нормотворчої діяльності. Безперечно, цьому сприяє відсутність низки фундаментальних актів, зокрема Закону України «Про нормативно-правові акти», який би унормував бодай первинний статичний рівень їх співвідношення, сформулював принципи та процедури нормотворення в Україні. Отже, слід дійти чіткого розуміння, що формування правової політики в нашій державі є нагальним завданням.

Однак ми маємо усвідомлювати, що формування правової політики в Україні не може бути обмеженим наведенням порядку у нормотворчій діяльності. Ми, будучи повноцінними учасниками світових процесів, повинні враховувати тенденції світового глобалізму, в тому числі і в сфері правової політики. А для України це питання є актуальним, як ні для якої іншої держави. Адже історично знахо-

дячись на перехресті двох «мегаімперій» – Росії та Європи, – які різні за своїми світоглядами культури, Україна вимушена враховувати інтереси та політичні настрої кожної з них. Маючи європейські амбіції, Україна водночас має багатовікову прив'язку до правової системи російського та радянського періоду. І тому нам потрібно формувати свою правову політику з урахуванням нашого пострадянського минулого та проєвропейського майбутнього. При цьому ми повинні зрозуміти, що згадані системи не є взаємовиключними. Сьогодні в Росії дедалі більше говорять про перспективи «європеїзації» приватного права [1]. А це свідчить тільки про те, що пошук можливостей взаємного зближення правових систем є проблемою наднаціонального масштабу. Слід зауважити, що метою при цьому повинно стати не стільки негайне створення єдиної моністичної системи права, скільки визначення можливості потенційного взаємного узгодження своїх правових позицій та бачень у розвитку права з метою зближення правових систем. Але чи не утопічна ця ідея? Чи можливо здійснити загальне зближення та уніфікувати правові системи усіх країн? На наше глибоке переконання, право в усьому світі виконує одну благородну місію – утвердження Добра та Справедливості, а, відповідно, і методи такого утвердження, попри свою наявну відмінність у механізмах, є близькими. Найбільш відчутною така близькість проявляється на прикладі цивільного права. Адже приватноправовий механізм, який опосередковує динаміку та статику майнових відносин, є найбільш придатним та за своєю структурою піддатливий для змін. Цьому, в першу чергу, також сприяє і велика подібність приватноправових конструкцій, які, наче через природний відбір, проходили випробування часом, а найкращі їх зразки фактично вже є вмонтованими в правові системи різних правових систем. Так, правова конструкція договору купівлі-продажу, міни, найму залишається практично незмінною у своїй основі ще з часів римського права. Та й нові правові конструкції франчайзингу, факторингу, лізингу тощо також мають більше спільного у своєму інструментарії, ніж відмінного. Саме тому, на нашу думку, із політики зближення правових систем приватного права слід починати загальний шлях до формування уніфікованої правової системи світу.

Враховуючи це, спробуємо поглянути на Захід, щоб визначити, якою повинна бути наша цивільно-правова політика з огляду на останні тенденції у розвитку приватного права Європи.

Одвічне прагнення України довести усім, що ми є європейською державою, пов'язано не стільки із наявністю на нашій території географічного центру Європи, скільки із прагненням привести свої стандарти життя відповідно до тих стандартів, які на сьогодні існують у більшості країн Європи. Ніхто ж не буде заперечувати, що економічний потенціал розвитку вказаних держав, а, відповідно, і середній рівень життя у цих країнах є одним із найвищих у світі. Особливо актуально на сьогодні це в контексті перспектив входження України до Європейського Союзу. Адже, переслідуючи таку мету, Україна намагається привести своє законодавство відповідно до *acquis communautaire*. Для цієї мети створено низку загальнодержавних концепцій, програм, проведено безліч різних самітів. Але чи збільшились від цього наші знання про правову політику ЄС, чи все ж таки вони залишились на рівні тих знань, які ми отримали із курсів «Міжнародного права», «Європейського права» чи «Цивільного та торгового права зарубіжних країн», у яких здебільшого знаходять своє відображення питання статики зарубіжного законодавства європейських країн. І чи концептуально нам достатньо такого підходу, за якого ми одвічно будемо залишатись сторонніми спостерігачами за правовою діяльністю наших європейських колег і ніколи не будемо сприйматись як серйозні потенційні партнери на цьому напрямку? Питання, на нашу думку, є риторичним. Україна сьогодні повинна дедалі глибше вникати у питання правової політики Європейського Союзу та брати у її формуванні якнайактивнішу участь. Тому і зупинимося на тих процесах, які тривають на небосхилі правової політики ЄС у сфері приватного права.

Про необхідність уніфікації приватноправових систем у Європі говорять вже давно, але процес цей проходить повільно, проте планомірно. Так, у 1982 році було створено Комісію з питань Європейського договірного права (*Commission on European Contract Law*), яку очолив відомий професор Оле Ландо (*Ole Lando*). Основним завданням цієї комісії було створення «Принципів європейського договірного права» (*Principles of European Contract Law — PECL*), де було б розміщено спільні для різних правових систем держав Європейського Союзу норми та принципи, що опосередковували договірні відносини. Робота вказаної комісії тривала достатньо довго і в 1995 році було опубліковано першу частину «Принципів європейського договірного права» [2], відповідно, у 1999 та 2003 роках було видано другу та третю частини цієї праці[1].

Натомість процеси щодо зближення правових систем країн ЄС проходили далі. Європейський парламент своєю резолюцією від 26 травня 1989 року (*OJ C 158 (28.6.1989)*) та повторно резолюцією від 6 травня 1994 року (*OJ C 205 (25.7.1994)*) закликав юридичну академічну спільноту до створення Європейського кодексу приватного права (*European Code of Private Law*). На основі вказаних парламентських резолюцій Міністерство юстиції Голландії організувало в 1997 році в Гаазі конференцію під лозунгом «До Цивільного кодексу». Під час цієї конференції виявилось, що переважна більшість європейських юристів висловилась за ідею формування пан'європейської кодифікації приватного права, здатної вирішити завдання інтенсивного порівняльного дослідження, яке вивільнене від обмежень уявлень національних інтересів та розміщення політичної доцільності. Тому і було створено спеціальну Групу щодо вивчення Європейського цивільного кодексу (*The Study Group on a European Civil Code*)[2], яку очолив відомий голландський вчений Крістіан вон Бар (*Christian von Bar*) та до якої увійшли найвидатніші науковці із ЄС, на яких покладалося завдання, провести порівняльне юридичне дослідження в сфері приватного права різних правових систем країн-учасниць. Метою діяльності вказаної Групи щодо вивчення Європейського цивільного кодексу є визначення (через академічне порівняльне дослідження в сфері права) міри, до якої існуючі положення приватного права у різних правових системах держав-членів можуть бути сформульовані у термінах окремих правових принципів. Завданням такого дослідження мало стати вироб-

[1] У повному варіанті PECL розміщені на: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/.

[2] Більш детально про цю наукову групу та результати її діяльності див.: http://www.sgecc.net/.

лення кодифікованого переліку Принципів європейського права для зобов'язального права та основних аспектів права власності. Зрозуміло, що академічне дослідження потенціалу для кодифікації європейського приватного права буде не тільки цінним вкладом у європейську юридичну науку, а й створить доступний та повністю анотований перелік принципів приватного права з корінням у різних правових сім'ях сучасної Європи. Текст проекту мав стати безпрецедентним правовим ресурсом у порівняльному правознавстві для практикуючих юристів у сфері європейського приватного права[1].

Однак на цих основних дослідженнях діяльність ЄС у сфері правової політики не обмежується. Останньою ініціативою у цій сфері є створення у 2004 році Об'єднаної мережі по Європейському приватному праву (*Join Network on European Private Law*), до якої увійшла низка провідних науковців, у тому числі і з Групи щодо вивчення Європейського цивільного кодексу (*The Study Group on a European Civil Code*) та наукової групи Європейської дослідницької групи чинного приватного права ЄС (*European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*)[2]. Результатом роботи цієї групи стала розробка у 2008 році «Проекту Загальної системи підходів» (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*) [3]. На наше глибоке переконання, саме цей проект на сьогодні є тією найближчою стратегічною законодавчою ініціативою в ЄС. І саме це буде майбутньою правовою політикою, яка має враховуватися в тому числі і при розробці власної правової політики в Україні. Адже можливість вивчення вказаних процесів дасть можливість підготувати нову методологічну базу для зміни основних засад формування українського цивільного законодавства, сприятиме його мобільності до потреб сучасності в контексті входження України до європейського простору. Крім цього, вивчення вказаної кодифікаційної роботи дасть можливість глибше зрозуміти як цивільне законодавство європейських країн, так і межі його уніфікації та зближення.

[1] Результати роботи цієї групи викладені на: http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm.

[2] Більш детально про цю наукову групу та результати її діяльності див.: http://www.acquis-group.org/.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Комаров А. С.* «Европеизация» частного права в рамках ЕС и ее значение для развития частного права в Российской Федерации // Актуальные вопросы российского частного права: сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В. А. Дозорцева. – М.: Статут, 2008. – С. 36–49.

2. *Principles of* European Contract Law, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies / O. Lando & H. Beale (eds). – Dordrecht, 1995.

3. *Principles*, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

In work the ways of development of modern civil law of Ukraine, in view of the European choice is analyzed. Questions of creation DCFR, as new fundamental academic project which defines the future development of the European private law are investigated in details.

В статье анализируются пути развития современного гражданского права Украины, принимая во внимание европейский выбор. Детально исследуются вопросы создания DCFR как нового фундаментального академического проекта, определяющего будущее развитие европейского частного права.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ОЧЕВИДНІСТЬ: ЮСНАТУРАЛІСТИЧНІ ЗАСАДИ ПРАВОВОГО ПІЗНАННЯ В ЄВРОПЕЙСЬКИХ КОДИФІКАЦІЯХ ПРИВАТНОГО ПРАВА

Рабіновіч С. П.,

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

На матеріалі цивільних кодексів Франції, Німеччини та України розглядаються юридико-технічні форми виразу та нормативний зміст природно-правової очевидності в європейських кодифікаціях цивільного права.

Ключові слова: юснатуралізм, природно-правові принципи цивільного права, очевидність, здоровий глузд.

Підхід, згідно з яким «відповідне природі» розглядається як дещо очевидне, само собою зрозуміле, має своїм історичним корінням римську юриспруденцію. Так, вже у Цицерона зміст вимог справедливості зводиться до самоочевидних правил: «Немає людини настільки сліпої чи нерозумної, аби взагалі не мати уявлення про те, що таке посів і жнива, що таке підрізка дерев та лоз, в яку пору року та яким чином все це робиться…» (*Оратор*, I. 58) [1, с.125 – 126; 2, с. 52 – 53]. Однак особливого поширення він набуває багатьма століттями пізніше, разом зі зміною домінуючих парадигм наукового мислення за доби Просвітництва [3, с. 62].

Категорія очевидності стає центральною в окремих природно-правових концепціях XX ст. Зокрема, йдеться про трактування класичної юснатуралістичної засади природи речей як того, що є «само собою зрозумілим». (Г. Гаррн, Г. Шпренгер). На думку Г. Гаррна, саме формування норм права значною мірою являє собою «реакцію на розчарування в очікуванні поведінки з точки зору «само собою зрозумілого сприйняття смислу». Соціальні очікування можуть збігатись лише в тому випадку, якщо вони висуваються з позиції «само собою зрозумілого», оскільки тут світоглядні й ідеологічні позиції не конкурують між собою [4, с. 69–70]. Отже, загальна очевидність тут виявляється тим спільним знаменником, в якому узгоджуються соціальні очікування в масштабах соціуму.

Правова очевидність виступає формою репрезентації соціального досвіду в колективній правовій свідо-

мості. Очевидне знання юридичних явищ є як передумовою, так і результатом досвідно-практичного осмислення сутності явищ, їх значущості для існування і розвитку конкретного суспільства. Таке знання виражає соціокультурно зумовлене пізнання закономірних основ функціонування суспільних відносин, законів їх внутрішньої організації. «Природність» тут означає безпосередню даність очевидностей для практичного розуму, «апріорність» якої в знятому вигляді містить результати соціальної практики.

Очевидність відображає певні стійкі інтерпретаційно-комунікативні зв'язки, безпосередньо переконливі для суб'єктів індивідуально-правового регулювання закономірності розуміння й смислоутворення, яким надається юридичне значення.

До юридичних засобів формалізації принципу очевидності належать, насамперед, поняття «явне» й «очевидне», котрі в юридико-технічному плані постають як терміни, що використовуються у складі низки терміносполучень, у яких вони набувають певного специфічного значення (наприклад, «явна несправедливість», «явно завищені витрати»). В українській мові поняття «явне» й «очевидне» є синонімічними, з огляду на що з'ясування змісту одного з них надає можливість певним чином уточнити значення іншого [5, с. 237, 377].

Погоджуючись з інтерпретацією очевидності як деякої *безпосередньої достовірності* [6], зауважимо, що очевидність не зводиться до достовірності чуттєво-матеріальної (очевидність емпіричних фактів), оскільки у багатьох ситуаціях «очевидність» спирається на певне передрозуміння, яке зумовлюється чи то практичним досвідом, чи то умоглядно-теоретичним пізнанням. З огляду на це серед різновидів юридично значущої очевидності можна розрізнити очевидність «зовнішню» – чуттєво-матеріальну та «внутрішню» – інтелектуальну (логіко-смислову) та моральнісну (ціннісну). Якщо перша очевидність надає змогу встановлювати значення соціально-поведінкових актів й слугує основою соціальної комунікації, то друга – опосередковує процеси пізнання юридично значущих явищ і ґрунтується на інтелектуальному й моральнісному видах досвіду.

У цивільному законодавстві можна виокремити два значення вказаного поняття: а) «зовнішня», досвідна очевидність (ст. 183, 642, 689, 778, 1273, 1415, 1642, 1625, 1641, 1643, 1648, 2015 ФЦК); б) «внутрішня» – інтелектуальна (ст. 24-2, 350, 503, 1176–1177, 1994 ФЦК) та/або моральнісна очевидність (ст. 1579, 280-1 ФЦК; § 138, 319, 660 НЦУ). Пізнавальний принцип інтелектуальної очевидності покладено, зокрема, в основу інститутів «загальновідомих фактів» (ст. 283, 285-1 ФЦК) та «визнання цивільного стану громадськістю» (ст. 195, 311-1–311-3, ст. 311-12 ФЦК).

У ЦК України термінопоняття очевидності, вжите в його «внутрішньому», інтелектуальному значенні, характеризує сприйняття контрагентом за договором неможливості належного виконання зобов'язання його іншою стороною (ст. 538, 740, 849, 1056), міру обтяжливості умов договору для його учасника (ст. 634). В окремих випадках це поняття використовується в його матеріально-сенсуалістичному значенні (коли йдеться про вчинення продавцем дій, які явно свідчать про те, що відповідний товар не призначений для продажу (ст. 699). Прикметною є вказівка на «найбільш очевидний» для покупців спосіб їх інформування користувачем про використання ним торговельної марки та інших позначень правоволодільця за договором комерційної концесії (ст. 1021). Юридичні очевидності об'єктивуються також у неспростовних презумпціях, котрі покладаються до основи норм та інститутів права (скажімо, презумпція психо- й фізіологічної нездатності малолітніх до створення власної сім'ї); у процесуальних нормах, котрі звільняють від доказування загальновідомих фактів (ч. 2 ст. 61 ЦПК).

Кількісне домінування тих випадків, коли терміни «явне» та «очевидне» вживаються у заперечувальному, «негативному» – з правової чи моральної позиції – значенні («очевидні порушення правил», «очевидне порушення строків», «явно непристойна поведінка», «явна зневага» та ін.), порівняно з тими випадками, коли вони відображають юридично- чи морально-нейтральні ситуації, свідчить, на нашу думку, про своєрідну смислову «граничність», транскордонність понять очевидного (явного): уявлення про очевидність тих чи інших обставин, зазвичай, пов'язуються з найбільш істотними порушеннями меж допустимої поведінки або ж із іншими граничними виявами певних якостей, дій, явищ чи процесів, що мають соціонормативне значення. Сам ступінь, міра виявлення названими феноменами своєї якісної визначеності сягає настільки високого рівня, що визнання відповідної якості того чи іншого явища стає домінуючим, а відтак її наявність – у конкретно-історичній суспільній свідомості – може вважатись безспірною.

Зазначені категорії відображають ситуації, коли поведінка особи настільки виходить поза рамки дозволеного, що факт такого порушення, як вважається, повинен бути достовірним *для будь-якого учасника відповідних правовідносин* (законодавець у таких випадках говорить про явну (очевидну) «протизаконність» або про «протиправність», «несправедливість», «непристойність» тощо); в інших випадках така достовірність стосується інших граничних проявів тих властивостей дій, явищ, процесів, котрим надається юридичного значення.

Тут правотворча й правозастосовна практика апелюють до загального соціонормативного (моральнісного) досвіду. На правозастосовному рівні «явна несправедливість», так само як і «явна незаконність», поведінки встановлюється за допомогою морально-правової інтуїції, опертої на типовий соціальний досвід, на загальне сприйняття законослухняної (правозгідної) чи моральнісно допустимої поведінки.

Стосовно правової очевидності «природність» виражає її загальний характер. «Негативні» конотації поняття очевидного формально позначають змістовно-смислові *межі* інтерпретації соціонормативних принципів. Більш проблематичним моментом видається змістовна конкретизація «позитивних» загальноочевидних уявлень. В обох випадках соціокультурними передумовами конкретизації є існування «інтерпретаційної спільноти» «з усталеним інструментарієм (технікою) забезпечення розуміння, стереотипами тлумачення й власним уявленням про здоровий глузд», що виконує функцію смислового обмеження у процесі прийняття інтерпретаційних (зокрема юридичних) рішень [7, с.27].

Усі випадки використання понять «очевидного» та «явного» в приватноправових кодифікаціях України можна пов'язати із трьома групами їх значень. А саме:

а) із загальнопоширеними, типовими для масової суспільної свідомості чи для свідомості широкого кола учасників суспільних відносин значеннями, смислами певних

дій, явищ, процесів (в українському законодавстві вживаються, зокрема, терміносполучення «продавець явно визначив, що відповідний товар не призначений для продажу» (ст. 699 ЦК), «явне пошкодження багажу» (ст. 190 КТМ), «шкода, яка явно не відповідає небезпечності посягання» тощо. У практиці вищих судових інстанцій використовуються посилання на «очевидну невідповідність грошового знака чи державного цінного папера справжнім»; «психічний стан, що не становить очевидної небезпеки» тощо.

Розглядувані значення понять очевидного та явного не слід змішувати з тими випадками, коли юридичне значення отримує суб'єктивна інтелектуальна очевидність як внутрішня переконаність особи в наявності певних юридичних чи фактичних обставин (такий різновид очевидності об'єктивується, наприклад, в інституті відповідальності за винесення завідомо неправосудного рішення чи вироку). Тут очевидність позбавлена всезагального характеру, а натомість виступає виключно ситуативним та індивідуально-суб'єктивним елементом конкретного юридичного складу. Натомість очевидність як природно-правова категорія характеризується, власне, своїм інтерсуб'єктивним значенням, яке є загальним, спільним для уявлень відповідного кола суб'єктів, а отже, є об'єктивним стосовно свідомості кожного окремого індивіда.

У цих випадках категорії «явного» й «очевидного» виражають такий модус раціональності, як практичний розсудок, «здоровий глузд». Перефразовуючи термінологію римських юристів, можна сказати, що йдеться про «розуміння того, що розуміють усі» (D. XXII.VI.9).

Для сучасної правореалізаційної й правозастосовної юридичної практики такий підхід залишається цілком прийнятним, виходячи, насамперед, із суто практичних міркувань;

б) зі «спеціалізованою», професійною очевидністю. Ілюстрацією такого розуміння очевидності може слугувати визначення поняття винахідницького рівня, наведене у статті 7 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»: «Винахід має винахідницький рівень, якщо *для фахівця* (курсив наш – С. Р.) він не є очевидним, тобто не випливає явно із рівня техніки». [8]. У цьому випадку, на відміну від попереднього, коло суб'єктів-носіїв «очевидних уявлень» звужене лише до фахівців відповідного профілю (в контексті цитованого закону йдеться про певні галузі технології). Таке звуження відбувається у будь-яких випадках, коли від учасників правовідносин чи правозастосовувачів вимагаються певні спеціальні знання. У цьому випадку йдеться про «феномен загальної професійної свідомості, яка виявляється в окремих правозастосовних актах, ухвалених окремими професіоналами» [7, с. 27]. Відповідно, може йтися, скажімо, про очевидність інженерно-технічну («явна неможливість закінчення роботи у строк» (ст. 849 ЦК), економічну («явно завищені витрати»), юридичну («очевидна незаконність» (ст. 303 ЦПК)) тощо.

Про цей різновид очевидності йдеться у висловлюванні А. Барака: «існують можливості, котрі кожен знаючий юрист може легко визначити як законні, і існують інші рішення, котрі будь-який юрист негайно відкине як незаконні… Спираючись на цей стандарт знаючих юристів чи спільноти юристів, я пропоную його як стандарт для визначення законності можливостей» [9, с.17].

Безперечно, в кожному разі необхідний ступінь обізнаності у певній сфері може відрізнятися. Так, стосовно митних правил, згідно з принципом «незнання закону не звільняє від юридичної відповідальності за його порушення», йдеться про знання саме тих правил, котрі регулюють поведінку учасників митних правовідносин. Зрозуміло, що обсяг таких «обов'язкових знань» обмежується виключно необхідністю виконання обов'язків, встановлених законом, на нашу думку, за умови, що останній відповідає якісним характеристикам поняття «закон» (*The Sunday Times v. UK)* [10, с. 201–202]. Адже поведінка, що відповідає саме таким обов'язкам, власне, й становить зміст «правомірних очікувань» з боку держави стосовно поведінки учасників правовідносин.

У випадках, коли йдеться, наприклад, про «явні недоліки роботи» (ст. 853 ЦК), їх очевидність залежить від характеру роботи, від, так би мовити, ступеня її спеціалізованості. Однак відомо, що загальною тенденцією сучасного цивілізаційного розвитку є дедалі більше зростання рівня складності тієї інформації, знання якої є необхідним для безпечного існування учасників суспільних відносин, для реалізації їх потреб та ефективного здійснення ними своїх інтересів.

Отже, оцінкова категорія очевидного виявляється пов'язаною з діючими у конкретному суспільстві стандартами обізнаності. Відтак, необхідний для участі у відповідних суспільних відносинах зміст та обсяг обізнаності становлять когнітивну основу стандартів очевидності та виступають емпіричною основою нормативних образів «розумного учасника» правовідносин. У свою чергу, такі зміст та обсяг істотно зумовлюються типовими конкретно-історичними особливостями тих чи інших суспільних відносин (економічних, політичних, сімейних тощо);

в) індивідуальні стандарти очевидності. З іншого боку, є чимало таких випадків, коли стандарти обізнаності визначаються ще й особливостями індивідуального сприйняття, зокрема, якщо йдеться про відносини особистісного характеру чи про відносини між людиною й державою, а також про інші правовідносини, в яких з огляду на типове співвідношення реальних владних можливостей їх учасників людина виступає соціально слабшою стороною. У таких ситуаціях індивідуалізація правозастосовних підходів слугує засобом вирівнювання істотних фактичних відмінностей у становищі учасників правовідносин, що, у свою чергу, сприяє гуманізації сучасного юридичного регулювання. У наведених випадках правозастосувачем має бути відшуканий індивідуальний стандарт очевидності, тобто визначено зміст та обсяг таких сприйняттів та уявлень, котрі *могли й повинні* визначати поведінку конкретного учасника правовідносин.

Потреби юридичної практики вимагають змістовного обмеження й конкретизації загального поняття очевидності. Таке обмеження може визначатись як колом учасників типових суспільних відносин, чиє сприйняття береться до уваги, так і, у відповідних випадках, індивідуальними особливостями їх учасників. Так, стандарти юридично значущої очевидності знаходять найбільш широке застосування у господарських правовідносинах та й загалом у тих відносинах, у яких загальносуспільні інтереси юридичного регулювання («спільне благо») перешкоджають наданню нормативного значення особистісним чинникам.

Водночас, з урахуванням існуючої у демократичних юридичних системах правозастосовної практики, можна констатувати, що в низці правовідносин такі чинники можуть набувати юридичного значення. Зокрема, йдеться,

по-перше, про правовідносини суто особистісного (міжособистісного) характеру; по-друге, про відносини між людиною й державою; по-третє, про деякі інші правовідносини, в яких, з огляду на типове співвідношення реальних владних можливостей їх учасників, людина виступає соціально слабшою стороною.

У таких ситуаціях індивідуалізація стандартів явного й очевидного, спрямована на виявлення об'єктивних, не залежних від актуально наявної волі людини, особливостей індивідуального сприйняття, слугує засобом вирівнювання істотних відмінностей у фактичному становищі учасників правовідносин і сприяє гуманізації сучасного юридичного регулювання. При трансформації загальноочевидного в індивідуально-очевидне відбувається, з одного боку, конкретизація визнаних суспільством стандартів обізнаності, а з іншого – їх змістовне збагачення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цицерон.* Три трактата об ораторском искусстве. – М. : Наука, 1972. – 472 с.

2. *Рабінович С. П.* Нормативні образи «природного»: римське право і сучасність / С. П. Рабінович // Вісник Акад. правових наук України. – 2008. – № 2 (53). – С.47–56.

3. *Спекторский Е.* Проблема социальной физики в XVII столетии : в 2-х т. / Е. Спекторский. – Т. 1 : Новое мировоззрение и новая теория науки. – СПб. : Наука, 2006. – 448 с.

4. *Четвернин В. А.* Современные концепции естественного права / В. А. Четвернин. – М. : Наука, – 1988. – 144 с.

5. *Полюга Л. М.* Словник синонімів української мови / Л. М. Полюга. – К. : Довіра, 2001. – 477 с.

6. *Йолон П.* Очевидність // Філософський енциклопедичний словник / НАН України ; Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди. – К. : Абрис, 2002. – С. 461.

7. *Бочаров Д.* Проблема інтерпретації юридичних текстів у контексті смислового виміру / Д. Бочаров // Вісн. Акад. правових наук України. – 2008. – № 3 (54). – С. 24–34.

8. *Про охорону* прав на винаходи і корисні моделі: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 32; у редакції Закону України від 1 червня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 8. – Ст. 37..

9. *Барак А.* Судейское усмотрение / А. Барак. – М. : Норма, 1999. – 376 с.

10. *Европейский суд* по правам человека. Избранные решения : в 2-х т. / Пред. ред. коллегии В. А. Туманов. – М. : Изд-во «Норма», 2000. – Т. 1. – 856 с.

The legal-technical forms of expression and normative content of Natural Law evidence in the European Civil Law Codifications are considered on the basis of the Civil Codes of France, Germany and Ukraine.

На материале гражданских кодексов Франции, Германии и Украины рассматриваются юридико-технические формы выражения и нормативное содержание естественно-правовой очевидности в европейских кодификациях гражданского права.

КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ ТА УКРАЇНІ

Довгерт А. С.,

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

В статті проаналізовано новели колізійного права, що містяться у Регламенті ЄС про право, що застосовується до договірних зобов'язань (Рим I), у порівнянні з відповідними нормами Закону України «Про міжнародне приватне право».

Ключові слова: колізійні норми договірних зобов'язань; Регламент Рим I; Закон України про міжнародне приватне право.

Формування приватного права ЄС найбільш інтенсивно відбувається завдяки регіональній уніфікації матеріального, процесуального, колізійного права та норм міжнародного цивільного процесу [1]. Кінцевим результатом уніфікації матеріально- та процесуально-правових норм приватного права ЄС стане, вірогідно, створення європейського цивільного кодексу (ЄЦК) та європейського цивільно-процесуального кодексу (ЄЦПК). На перший погляд здається, що очікування уніформізму приватного права в ЄС робить зайвими зусилля щодо уніфікації колізійного права. Проте саме у цій сфері на початку XXI століття відбулися маштабні реформи. Зокрема, у 2008 р. прийнято Регламент про право, що застосовується до договірних зобов'язань (Рим I) [2], у 2007 – Регламент про право, що застосовується до недоговірних зобов'язань (Рим II) [3], невдовзі (21 червня 2012 р.) запрацює Регламент про право, що застосовується до розлучення та правової сепарації (Рим III). Якщо взяти до уваги чисельні документи ЄС з міжнародного цивільного процесу (зокрема, Регламенти Брюссель I, II, III [1, с.196 – 198; 4, с.49 – 150]), то можна, з певним припущенням, сказати, що в останні 10 років нового століття з'явилася досить повна кодифікація європейського міжнародного приватного права (МПрП), як його розуміють на Заході.

Специфіка сучасної уніфікації МПрП в ЄС полягає також у тому, що вона почала відбуватися не на основі міжнародних конвенцій, як було раніше, а на основі регламентів. Іншими словами, стався перехід від інтернаціоналізації МПрП до його європеїзації [5]. Прийняті раніше Брюссельська конвенція про юрисдикцію, визнання та

примусове виконання судових рішень з цивільних і комерційних справ 1968 р. та Римська конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань, 1980 р. (Римська конвенція) замінені відповідними регламентами: Регламент Брюссель I (2000 р.) та Регламент Рим I (2008 р.), який почав застосовуватися з 17 грудня 2009 р..

Стрімка уніфікація МПрП в ЄС останніми роками пояснюється необхідністю створення внутрішнього ринку ЄС (раніше йшлося про спільний ринок), а також складністю уніформування матеріального права. І це дає підставу припустити, що доля ЄЦК та ЄЦПК найближчим часом не буде вирішена. Але навіть у випадку уніформування приватного права в ЄС досягнута уніфікація МПрП буде слугувати справі регулювання відповідних відносин поза рамками союзу.

Впровадження положень Римської конвенції в українське законодавство. Розробники української кодифікації МПрП прагнули максимально врахувати як існуюче на той час (середина 90-х років XX ст.) колізійне право ЄС, так і підходи універсальних міжнародних конвенцій у цій сфері. Зокрема, Римська конвенція слугувала розробникам основним джерелом для формулювання норм не лише у сфері договірних зобов'язань з іноземним елементом, а й норм МПрП загального характеру [6, с.37 – 38; 7, с.7 – 45].

Перш за все, треба відмітити, що набір правил Римської конвенції щодо автономії волі (*lex voluntatis*) сторін договору (способи вираження, можливість «розщеплення» договору, час вибору права) трансформувався у ст. 5 загальних положень Закону України «Про міжнародне приватне право» 2005 р. (далі – Закон або Закон про МПрП), тобто у правилах, що належать до автономії волі не лише у договірній сфері, а й у всіх інших сферах.

У загальні положення Закону (ст. 4) потрапили правила Римської конвенції щодо принципу найтіснішого зв'язку. Норми Закону, які стосуються зворотного відсилання (ст. 9), імперативних норм (ст. 14), застосування права країни з множинністю правових систем (ст. 18), також формулювалися на основі відповідних статей Римської конвенції.

Одна із особливостей Закону про МПрП полягає у тому, що колізійним положенням щодо договірних зобов'язань (ст. 43 – 47) передує розділ про колізійні норми щодо правочинів (ст. 31 – 33) . Всі перелічені статті Закону цілком або частково запозичені з тексту Римської конвенції.

Не всі положення Римської конвенції, які були взяті розробниками для української кодифікації МПрП, вдалося відстояти під час обговорення проекту кодифікації. Зокрема, це стосується правил ст. 6 Римської конвенції про індивідуальні трудові контракти.

Розробники запропонували включити до кодифікації МПрП правила про автономію волі для трудового договору у конвенційній редакції: сторонам трудового договору надається можливість у письмовій формі вибирати право країни, що застосовується до трудового договору. Проте такий вибір не може погіршувати становище працівника порівняно з імперативними нормами права країни, яке підлягало б застосуванню за відсутності вибору права [11, с.550]. Такі положення, на жаль, не увійшли до Закону.

Не потрапили до Закону також запропоновані розробниками двосторонні колізійні прив'язки для трудового договору у разі відсутності вибору права його сторонами: якщо з усіх обставин не випливає, що трудові відносини мають більш тісний зв'язок з правом іншої країни, до таких відносин застосовується (i) право країни, у якій працівник звичайно виконує свою роботу за договором (*lex loci laboris*), навіть якщо він перебуває у відрядженні на певний строк для роботи за кордоном; (ii) право країни, де знаходиться звичайне місце діяльності підприємця, через якого був найнятий працівник, якщо працівник переважно здійснює роботу не в одній країні; (iii) право країни прапора або іншого розпізнавального знака, під яким судно або літак курсує при здійсненні роботи на судні або в літаку.

Замість двосторонніх колізійних норм, згаданих вище, Закон використовує односторонні норми окремо для деяких ситуацій роботи грамадян України за кордоном (ст. 53) та іноземців в Україні (ст. 54). Такий підхід законодавця не покриває значного числа випадків міжнародної праці.

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

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

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

Принцип автономії волі зберігає, безумовно, фундаментальне значення і в Рим I (ст. 3). Більшість норм цього інституту, які було передбачено Римською конвенцією, перенесено у регламент. Новела стосується правила про «вибір права, що припускається». Якщо в Римській конвенції такий вибір мав бути продемонстрований з «*розумною визначеністю*» («with reasonable certainty») умовами договору або обставинами справи, то Рим I потребує, щоб такий вибір був «*ясно*» («clearly») продемонстрований, що, на думку коментаторів, обмежує суддівську свободу у вирішенні питання про те, чи відбувся вибір права між сторонами договору у разі відсутності явно вираженої домовленості [8].

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

В Законі України про МПрП передбачено, що вибір права учасниками правовідносин має бути явно вираженим або прямо випливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності (ч. 2 ст. 5). Таким чином, у Законі про МПрП містяться ана-

логічні Регламенту Рим I правила щодо явного та такого, що припускається, вибору права сторонами договору.

Варто відмітити також те, що Регламент Рим I не надає можливості сторонам договору вибрати *lex mercatoria*, замість права якоїсь країни. За це він справедливо, на нашу думку, критикується фахівцями [9]. З огляду на сучасні тенденції розвитку міжнародних комерційних відносин і на факт дедалі більшого визнання концепції *lex mercatoria* у юридичній доктрині і практиці, у проекті української кодифікації МПрП (зокрема, у Книзі восьмій проекту Цивільного кодексу) передбачалися правила про те, що сторони (сторона) не обмежуються вибором права конкретної країни і що цей вибір може включати вибір норм транснаціонального характеру, наприклад, таких як «загальні принципи права», «*lex mercatoria*» або аналогічні положення. Таке формулювання спиралося на положення Преамбули Принципів УНІДРУА, а також на ст. 1:101 (3) (а) Принципів європейського контрактного права, де йдеться про те, що згадані Принципи застосовуватимуться тоді, коли сторони контракту «домовилися, що їхній договір регулюватиметься «загальними принципами права», «*lex mercatoria*» або аналогічними положеннями». На жаль, це дуже важливе правило не увійшло до остаточного тексту Закону.

Принцип найтіснішого зв'язку права країни з правовідносинами зазнав у Рим I подальшої конкретизації [10, с.168 – 169]. Якщо у Римській конвенції він деталізувався лише за допомогою загальної прив'язки «характерного виконання» (прив'язка до права країни, в якій сторона, яка повинна здійснити виконання, що є характерним для даного договору, має звичайне місце перебування), то в Регламенті Рим I вводяться конкретні прив'язки до восьми категорій договорів (купівлі-продажу, послуг, договорів щодо речових прав на нерухоме майно, франчайзингу тощо). Таким чином, знову слід відмітити зменшення «гнучкості» колізійного регулювання у Рим I. Право, що застосовується до договірних зобов'язань за відсутності *lex voluntatis*, визначається тепер у такій послідовності: спочатку звертаються до конкретних прив'язок зазначених восьми категорій договорів; якщо договір не попадає до цього переліку, керуються загальним правилом «характерного виконання»; якщо за допомогою попередніх двох формул не можна визначити застосовуване право, слід звертатися до принципу найтіснішого зв'язку. В останньому випадку вибір права багато в чому залежатиме від судді. Значну диспозицію для суду залишає також правило (яке майже дослівно перейшло з Римської конвенції) про те, що коли із усіх обставин випливає, що договір *явно* (manifestly) тісніше пов'язаний з країною, іншою ніж пропонується конкретними колізійними приписами для восьми категорій договорів та прив'язкою «характерного виконання», то застосовується право цієї країни (ч. 3 ст. 4 Рим I). Включення до цього положення слова «*явно*» покликане певною мірою обмежити суддівську свободу.

Порівнюючи вищенаведені положення з правом України, слід зазначити, що ще за багато років до прийняття Рим I в Україні у ст. 4; 32 та 44 Закону про МПрП втілено ідентичний підхід щодо каскаду колізійних правил для договірних зобов'язань за відсутності вибору права сторонами договору.

Зокрема, основним принципом побудови формалізованих колізійних норм у Законі визнається «найтісніший зв'язок» відповідних міжнародних приватних відносин з правом певної країни. Це відноситься і до правочинів. Зокрема, ст. 32 Закону про МПрП передбачає: у разі відсутності вибору права країни до змісту правочину застосовується право країни, яке має більш тісний зв'язок із правочином, причому вважається, що правочин (якщо інше не передбачено або не випливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи) більш тісно пов'язаний з правом країни, в якій сторона, що повинна здійснити виконання вирішального значення для змісту такого правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження.

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

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

В Законі встановлюється, що у випадку, коли неможливо визначити право країни, що підлягає застосуванню на підставі формалізованих колізійних норм, застосовується право країни, яке має більш тісний зв'язок із правовими відносинами (ч. 2 ст. 4).

Недоліками побудови колізійного регулювання на основі розгалуженої системи формалізованих колізійних норм є те, що, по-перше, охопити ними всі правові ситуації неможливо, а, по друге, вони можуть викривляти за конкретних фактичних обставин принцип найтіснішого зв'язку. На подолання першого недоліку і спрямоване згадане вище правило ч. 2 ст. 4 Закону. Другий недолік розгалуженої системи деталізованих колізійних норм долається законодавцем за допомогою правила про те, що визначене на підставі таких колізійних норм право країни, як виняток, не застосовується, якщо, за всіма обставинами, справа має незначний зв'язок з визначеним правом країни і має більш тісний зв'язок з правом іншої країни (ч. 3 ст. 4). Таким чином, в Законі України про МПрП відбито сучасні європейські підходи щодо основних колізійних правил для договірних відносин у разі відсутності вибору права сторонами договору.

Спеціальні правила для окремих договорів (договір споживання, трудовий договір) також зазнали змін у Рим I. Коло договорів із спеціальним режимом колізійного регулювання розширено: у регламент введено нові спеціальні правила для договорів перевезення (ст. 5) та страхування (ст. 8). Останні, значною мірою, віддзеркалюють потреби внутрішнього ринку Євросоюзу, тому ми залишимо їх без розгляду.

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

менти: по-перше, уточнено, що до споживачів належать лише фізичні особи. По-друге, розширена можливість вибору права сторонами договору споживання за рахунок скорочення умов, за яких допускається такий вибір права.

Стосовно споживчих договорів українська кодифікація МПрП (ст. 45) майже дослівно відтворила відповідний текст Римської конвенції. На нашу думку, на даному етапі немає нагальної потреби приводити ст. 45 Закону про МПрП у відповідність з Рим I.

Висновки. Внутрішні колізійні норми України у сфері договірних зобов'язань формувалися значною мірою під впливом колізійного права ЄС, зокрема Римської конвенції. Її заміна на значно оновлений текст Регламенту Рим I актуалізує дослідження новел у даній сфері колізійного регулювання з метою оцінки можливостей їх рецепції українським законодавцем.

Закон України про МПрП повинен постійно модернізуватися, вбираючи в себе найкращі у світі підходи, зокрема правовий досвід ЄС. Першою спробою удосконалення Закону про МПрП 2005 р. стало прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права» від 21 січня 2010 р. [12]. Оцінюючи зміни до Закону про МПрП в цілому, зазначаємо, що, окрім деяких термінологічних уточнень, жодних інших покращень в ньому не відбулося [13]. Тим часом поле для дійсного удосконалення документа безмежне. Зокрема, аналіз окремих положень Рим I надає можливість запропонувати далеко не повний перелік змін та доповнень до діючого Закону про МПрП.

Так, враховуючи факт дедалі більшого визнання концепції транснаціонального торгового права (*lex mercatoria*) в юридичній доктрині і практиці, ч. 1 ст. 5 Закону викладемо у такій редакції: «У випадках, передбачених законом, учасник (учасники) правовідносин може здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Цей вибір не обмежується вибором права конкретної країни і може включати вибір норм транснаціонального характеру, наприклад, таких як «загальні принципи права», *lex mercatoria* або аналогічні положення». Така редакція ст. 5 значно підвищила б ступінь автономії волі сторін правовідносин.

Колізійні правила щодо трудових відносин (розділ VII Закону про МПрП) слід також переформулювати, враховуючи досвід європейського МПрП. У них, по-перше, необхідно передбачити можливість вибору права для сторін трудового договору, а, по-друге, вони повинні охоплювати більше ситуацій міжнародної праці та бути двосторонніми (а не односторонніми, як нині) колізійними нормами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Руденко О. В.* Уніфікація міжнародного приватного права в ЄС. – Чернівці, 2009. – 204 с.
2. *Regulation (EC)* № 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) // Official Journal L177. – 04.07.2008. – P. 6 – 16.
3. *Regulation (EC)* № 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome I) // Official Journal L199. – 31.07.2007. – P. 40 – 48.
4. *Черняк Ю. В.* Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України: Монографія. – К., 2008 – 276 с.
5. *Трутень В. В.* Передмова / Руденко О.В. Уніфікація міжнародного приватного права в ЄС. – Чернівці, 2009. – С. 5 – 9.
6. *Довгерт А. С.* Кодифікація норм межнародного приватного права // Тези IV Всеукраїнської науково-практичної конференції з питань кодифікації законодавства України. – К., 1997. – 80 с.
7. *Довгерт А. С.* Реформа колізійного права в Україні // Проблеми правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтернаціоналізації: Колективна монографія / За заг. ред. О.Д. Крупчана. – Тернопіль, 2007. – 240 с.
8. *Vernooiy N.* Rome I: An Update on the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe// Colombia Journal of European Law. – Mode of access: http//www.cjel.net/online/15_2-vernooiy/.
9. *Lando O., Nielson P.* The Rome I Regulation // Common Market Law Review. – 2008. – № 45. – P. 1694.
10. *Стефанчук Р.*, Ландо Д. Проблеми гармонізації та кодифікації договірного права Європи // Проблеми систематизації приватного права України та Європи: Монографія / За заг. ред. Ю. В. Білоусова. – К., 2009. – 204 с.
11. *Цивільний* кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 р., прийнятий Верховною Радою в першому читанні 5 червня 1997 р. // Українське право. – 1999. – № 1.
12. *Закон України* «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань міжнародного приватного права» від 21 січня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – №12. – Ст.120.
13. *Довгерт А. С.* Удосконалення колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу після реформи міжнародного приватного права 2005 року // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 8. – С.146 – 152.

This article speaks on the conflict law novels of Regulation (EC) on the law applicable to contractual obligations (Rome I) in comparison with appropriate norms of Ukrainian law on private international law.

В статье анализируются новеллы коллизионного права, содержащиеся в Регламенте ЕС относительно применимого права к договорным обязательствам (Рим I), в сравнении с соответствующими нормами Закона Украины о международном частном праве.

ДУАЛІЗМ ПРИВАТНОГО ПРАВА: ПОСТАНОВКА ПИТАННЯ

Махінчук В. М.,

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

У статті досліджено зміст питання дуалізму приватного права, визначено основні теоретичні проблеми, вирішення яких сприятиме формуванню наукової концепції правового регулювання торгового обороту приватноправовими методами.

Ключові слова: дуалізм приватного права, приватне право, цивільне право, торгове право, комерційне право.

Питання, відоме у правовій науці як проблема дуалізму приватного права, виникло не сьогодні і не вчора. Це питання поставлено перед теоретиками і практиками самою історією розвитку права як універсального регулятора суспільних відносин. Адже універсальність права, як іманентна характеристика останнього, ще не означає, що та чи інша норма поширюється на всі подібні за зовнішніми ознаками суспільні відносини. Натомість для правильного визначення предмета правового регулювання слід також брати до уваги такий важливий критерій, як правовий статус суб'єктів, між якими виникають ці суспільно значущі відносини, власне, суспільне значення таких відносин, особливості об'єкта, з приводу якого сторони вступають у ті чи інші правовідносини. Адже, наприклад, купівля-продаж, що вчиняється час від часу фізичними особами з метою здійснення своїх суб'єктивних цивільних прав, значно відрізняється за своїм внутрішнім змістом від купівлі-продажу, яку регулярно здійснюють суб'єкти підприємницької діяльності з метою одержання прибутку.

Найвищий ступінь наукового узагальнення надав можливість поділити право на публічне та приватне виходячи з методу правового регулювання та становища суб'єктів правовідносин. Публічне і приватне право – це, з одного боку, суперечливі, а з іншого – взаємозалежні грані права. Сьогодні правові системи багатьох країн ґрунтуються на принципі поділу права на приватне й публічне (ФРН, Франція, Італія, Іспанія та ін.). Світова юридична наука об'єктивно визнає поділ права на приватне й публічне, певною мірою, умовним, однак необхідним. Проте детальніший аналіз приватних правовідносин дає підстави стверджувати про їх неоднорідність. Так, до предмета цивільного права, як галузі права приватного, включають відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Однак, говорячи про сімейні відносини, не завжди йдеться про майнову самостійність учасників чи їх рівність. Адже діти, як правило, є матеріально залежними від батьків, а їх можливість брати участь у правовідносинах (зокрема у цивільному обороті) здебільшого обмежується волею їх законних представників – батьків або осіб, що їх заміняють. На часі також стоїть питання приватноправової природи трудових відносин, хоча вони, значною мірою, відрізняються від суто цивільних і не можуть регулюватись виключно на цивільно-правових засадах.

Отже, є достатньо підстав говорити про неоднорідність приватноправових відносин. І одним із найактуальніших питань, що стосується структури приватного права, на нашу думку, є питання відмежування від суто цивільних (певною мірою, класичних) правовідносин деяких інших (схожих за зовнішніми ознаками) приватноправових відносин, які мають переважно економічний характер і за своєю сутністю (духом) є відмінними. При цьому на різних історичних етапах економічного і політичного розвитку суспільства відносини, що потребують особливого, відмінного від цивільно-правового, регулювання, могли називатися і називалися торговими, комерційними, господарськими *(вживання кожного з цих термінів також має свою специфіку та особливості, які потребують детального розгляду).* Саме з виділенням комерційних (торгових, господарських) правовідносин у структурі предмета приватного права у окремий предмет правового регулювання та пошуком оптимальних засад його здійснення пов'язана, на нашу думку, сьогодні проблема поняття та змісту терміна «дуалізм приватного права» та низки концепцій щодо його розуміння.

Нині питання дуалізму приватного права залишається в Україні актуальним і йому приділяється чимало уваги. Багато у чому це зумовлено існуванням в Україні Господарського кодексу, який, на відміну від світової практики регулювання комерційного обороту, містить величезний шар адміністративного матеріалу. Відповідно, полеміка між господарниками та цивілістами в Україні триває вже не один рік. Її предметом є питання доцільності/недоцільності виокремлення регулювання господарської діяльності в окремий кодифікований акт. При цьому як єдиний альтернативний варіант пропонується повне скасування Господарського кодексу (далі – ГК) України з подальшою інкорпорацією всього «не зайвого матеріалу» або «подібного за правовою природою» саме до Цивільного кодексу [1]. Отже, в Україні питання дуалізму приватного права на сьогодні набуло певного нового змісту (сенсу), хоча у більшості країн світу воно у той чи інший спосіб вирішено через утвердження однієї із трьох моделей:

– існування єдиного цивільного кодексу із включенням до нього норм щодо підприємництва;

– прийняття спеціального кодексу (закону) поряд із цивільним кодексом;

– відсутність особливостей правового регулювання комерційних відносин з огляду на особливості суспільно-політичного ладу і пануючої ідеології (Північна Корея, Куба).

Питання дуалізму приватного права в різні часи були предметом дослідження таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як В. А. Бєлов, А. С. Довгерт, А. І. Камінка, В. М. Корецький, О. О. Красавчиков, Н. С. Кузнєцова, К. І. Малишев, В. К. Мамутов, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. Ф. Опришко, О. А. Підопригора, Ю. К. Толстой, Є. О. Харитонов, П. П. Цитович, Г. Ф. Шершеневич, В. С. Щербина та ін. Серед зазначених науковців є як прихильники концепції дуалізму приватного права, так і її послідовні критики. Зокрема, звертаючись до класичних робіт з цивільного та торгового права, наведемо два приклади. Так, П. П. Цитович зазначав, що за своїм змістом торгове право ближче всього до цивільного права, воно, певною мірою, спеціальне цивільне право. Однак, порівняно з цивільним правом, зміст торгового права однорідніший та односторонній. Ті інститути цивільного права, в основі яких лежить принцип жертви (безоплатність), непритаманні торговому праву (сімейне, спадкове право, дарування в усіх його видах). В торговому праві діє начало: pour rien – rien. Звідси – процентність у цивільному праві буває лише оговорена і штрафна; у торговому праві навпаки: процентність мається на увазі, оговорена безпроцентність правочину затемнить його торговий характер. Торговому праву не властиві інститути, що найбільше піддаються впливу історичного минулого, впливу національних особливостей, релігії, політичного устрою країни [2, с. 166 – 167].

Натомість Г. Ф. Шершеневич писав, що як частина цілого, торгове право перебуває у тісному зв'язку з цивільним правом. Перше і друге право мають своїм предметом норми, які регулюють приватні відносини громадян держави. Якщо торговий оборот, внаслідок певних обставин, має такі норми, які непричетні до цивільного обороту і навіть прямо протилежні нормам цивільного права, то, крім цих спеціальних і виняткових норм, торгові відносини регулюються загальноцивільним правом так само, як і цивільні відносини. Це природно, оскільки відносини між приватними особами, що виникають із торгового обороту, є разом з тим складовою частиною цивільного обороту. Тому торгівля, зберігаючи за собою привілей на виключно торгові норми, водночас підпорядковується дії загального цивільного права, бо воно не відсторонено першим [3, с. 28].

Проте слід зазначити, що як прихильниками, так і критиками дуалізму приватного права не сформовано завершених концепцій, у яких би остаточно вирішувалось питання щодо доцільності і певних переваг дуалізму/монізму приватного права. Більше того, в правовій доктрині не було сформовано комплексного підходу до розв'язання визначеної проблеми, який би вказував на ключові питання, формулювання та вирішення яких надасть змогу говорити про монізм/дуалізм як характеристику приватного права.

Зважаючи на те, що сам феномен «дуалізму приватного права» є релевантним до суспільного буття (суспільних відносин), він не може мати сталих визначених меж співіснування та взаємодії двох підсистем приватного права. Саме тому, на нашу думку, головне завдання наукового дослідження цього питання і полягає ***у визначенні найважливіших базових принципів та засад взаємодії двох підсистем приватного прав (цивільного та комерційного), якщо поділ на такі має місце.*** Актуальним є з'ясування основних складових питання структури приватного права на сьогодні, комплексне дослідження яких надало б змогу дати науково обґрунтовану відповідь щодо його монізму/дуалізму. Саме таке завдання ставиться за мету цього дослідження.

Діаметральна протилежність наукових поглядів на проблему дуалізму приватного права може пояснюватись, перш за все, тим, що в доктрині приватного права чітко не сформульовано і саму постановку питання його дуалізму. Адже під дуалізмом приватного права може розумітись його поділ на цивільне і сімейне, цивільне і трудове право. В Україні це питання може зводитись також до питання співвідношення цивільного і господарського права. Адже ГК України, попри все, містить значну кількість приватноправових норм.

Слід зазначити, що у класичному вигляді (у класичній постановці) питання дуалізму приватного права зводилось виключно до питання про необхідність та доцільність поділу приватного права на власне цивільне та торгове (комерційне, господарське) право. На методологічному рівні це питання, з одного боку, мало прихильників, які вважали приватне право моністичним і пропонували не виокремлювати питання торгового права із приватного. З іншого боку, їх опоненти, на підставі твердження про перманентне ускладнення суспільних відносин, доводили необхідність виокремлення із цивільного права торгового права.

Можна погодитись із твердженням, що зародження питання дуалізму приватного права у найпростіших формах відбувалось ще у праві Римської імперії, а саме, розглядалось співвідношення класичного цивільного права і права народів (jus civile – jus gentium) [4, с. 67]. На другому етапі розвитку питання вирішувало протистояння торгового права, яке зароджувалось і формувалось, традиційному феодальному і канонічному праву Західної Європи. Звичайно, сьогодні безпідставно пов'язувати особливості регулювання приватних відносин із громадянством їх учасників чи правом феодальної та церковної влади. Тому на більш пізніх етапах предметом дискусії стало місце права купців (торговців) у системі приватного права. Важливим елементом цієї дискусії стало питання співвідношення права купців (торгового, комерційного права) із правом цивільним. Саме наслідком вирішення питання на користь дуалізму приватного права стали спеціалізовані комерційні суди, що з'явилися у Франції, Італії, Німеччині.

Отже, проблема правового регулювання відносин між торговцями актуалізована, перш за все, самими учасниками цих відносин, породжена практикою. Тому необхідно з'ясувати, які ж саме відносини і між якими суб'єктами за своїм змістом є торговими (комерційними) і якими характерними рисами (ознаками) вони володіють чи мають володіти?

П. П. Цитович торгівлю розглядав у вузькому та широкому сенсі. Під торгівлею у вузькому сенсі він розумів торгівлю товарну. Її учасники – купці; її основні правочини – купівля і продаж; її предмет – товари-рухомості тілесні. В такій торгівлі торговець купує (скуповує) товар у іншого (виробника чи такого самого торговця) з розрахунком продати цей товар із вигодою. За таких умов товаром річ стає і залишається ним у торговця; бути товаром вона перестає, коли доходить до споживача. У товарній торгівлі торговець діє між виробником і споживачем; він просуває, обертає товар від першого до останнього, але товар залишається незмінним. Також П. П. Титович зазначав, що товаром можуть бути деякі із речей-рухомостей безтілесних і вбачав їх предметом торгівлі банкірської. Отже, у вузькому сенсі він виділяв товарну і банкірську торгівлю. У широкому ж сенсі – торгівлю товарну, але зі зміною товару в його формі і складі. Торговці у цій торгівлі – фабриканти, заводчики і ремісники (з певними обмеженнями). Такий торговець або:

а) придбаває (купує) і збуває (продає, поставляє), але збуває вже після того, як придбаний ним товар ним же (на його фабриці, заводі, у майстерні) піддавався змінам у вигляді обробки або переробки;

б) піддає зміні чужі речі, чужі товари; вони надані (але не передані) йому лише для зміни, і тому після обробки або переробки підлягають поверненню.

У першому випадку здійснюються ті самі торгові обороти, але ускладнені обробкою або переробкою; у другому – торгові обороти отримують вигляд підприємництва.

Таке розуміння П. П. Цитовичем змісту торгових відносин, звичайно, ґрунтувалося на торговій практиці, що склалася в часи його наукових пошуків, та законодавстві Російської Імперії початку XX ст.

Натомість ГК України господарську діяльність визначає як діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямовану на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. А

якщо така діяльність здійснюється з метою одержання прибутку, то вона називається підприємництвом.

Підприємництво, як вид господарської діяльності, визначається ст. 42 ГК України, в якій зазначено, що це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

Як бачимо, чинним законодавством України підприємництво називається господарською комерційною діяльністю, тобто одним із видів господарської діяльності. З цього виникає потреба у виокремленні серед широкого предмета регулювання ГК України саме приватноправової складової як стрижня самої комерції, про що йтиметься далі.

Господарські відносини у ст. 3 ГК України поділяються на господарсько-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські. Господарсько-виробничими є майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності. Під організаційно-господарськими відносинами у цьому Кодексі розуміють відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю. Внутрішньогосподарськими є відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами. Отже, далеко не всі відносини, що регулюються ГК України, є приватноправовими.

Найбільший інтерес з точки зору вирішення поставленого питання має роз. 4 «Господарські зобов'язання», що містить загальні положення про такі зобов'язання. Дослідження цього розділу та порівняння його положень з відповідними положеннями ЦК України дасть можливість виявити спільні і відмінні риси двох видів зобов'язань. Крім того, для кращого розуміння співвідношення цивільних і господарських правовідносин необхідно уважно розглянути положення гл. 30 «Особливості правового регулювання господарсько-торговельної діяльності», зокрема, положення про договори, якими опосередковується торговельно-господарська діяльність: поставки, контрактації сільськогосподарської продукції, енергопостачання, купівлі-продажу, оренди, міни (бартеру), лізингу та ін. У ст. 263 ГК України зазначені договори названо господарськими. Отже, можемо зробити висновок, що, на думку вітчизняного законодавця, саме відносини, які опосередковуються цими договорами, є господарськими правовідносинами. Однак не всі ці відносини можна однозначно віднести до приватноправових. Так, договір поставки згідно з ч. 2 ст. 265 ГК України укладається на розсуд сторін або відповідно до державного замовлення. Якщо укладення договору за розсудом сторін свідчить про його приватноправовий характер, то укладення договору за державним замовленням може мати публічно-правові елементи. Тому потребує з'ясування питання співвідношення приватноправового та публічно-правового у відносинах, пов'язаних з укладенням та виконанням договорів за державним замовленням.

Норми ГК України про окремі види договорів також ставлять перед нами питання співвідношення таких договорів із цивільно-правовими. Наприклад, згідно з ч. 6 ст. 265 ГК України до відносин поставки, не врегульованих цим Кодексом, застосовуються положення ЦК України. Отже, необхідно дослідити правову природу господарських договорів, як з публічним елементом, так і без нього, не лише на предмет її приватноправового характеру, а й цивільно-правового. Саме у результаті дослідження правової природи господарських договорів можуть бути сформульовані окремі положення, що у сукупності з результатами дослідження інших особливостей комерційних (торгових) правовідносин нададуть підстави для науково обґрунтованого вирішення питання дуалізму приватного права.

Зокрема, Комерційний кодекс Франції серед ознак комерційної діяльності містить таку як купівля речі з метою перепродажу, в тому числі і після переробки. Варто звернути увагу, що значення французького терміна acte de commerce («комерційний акт») дуже близьке за змістом до терміна negotiation («комерційний правочин»), але не тотожне йому. Загалом, комерційний акт можна визначити як юридичну дію (в тому числі і таку, що не містить волевиявлення), або юридичний факт, який підпадає під дію комерційних законів, або в силу його характеру (наприклад, купівля з метою перепродажу), або в силу своєї форми (наприклад, вексель), або в силу того, що особа, яка здійснює таку дію або причетна до такого факту, є комерсантом. Коли ж у комерційному акті бере участь особа, яка не має статусу комерсанта, такий комерційний акт називається змішаним. Крім того, у переліку комерційних актів, закріплених ст. *L.* 110-1 та *L.*110-2, окремо йдеться про підприємницькі операції. Терміни «підприємницький правочин», «підприємницька операція» (що у французькому оригіналі передаються за допомогою терміна entreprise) означає правочини, які вчиняються певною особою в рамках її професійної діяльності, тобто правочини, які, зазвичай, постійно вчиняються цією особою у певній сфері правовідносин. У число такого роду правочинів і операцій не входять ті, які вчиняються у звичайному повсякденному житті лише епізодично [5, с. 71].

Сучасна правова доктрина України не містить єдиного визначення комерційної чи підприємницької діяльності, а щодо змісту і співвідношення цих понять триває наукова дискусія.

Легальне формалізоване визначення комерційної діяльності в Україні закріплено у Постанові Національного Банку України від 06.07.2007 р. № 324 «Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації процесу формування управлінської звітності в банках України». Звичайно, через обмежений предмет регулювання цього нормативного акта зміст закріпленого у ньому поняття комерційної діяльності є дуже вузьким і стосується лише комерційної діяльності банків. Тому термін «підприємницька діяльність» на сьогодні виглядає таким, що, значною мірою, відповідає положенням чинного законодавства та охоплює відповідний спектр правовідносин. Чи є цей термін вдалим – поговоримо далі.

Однак чинне законодавство України сьогодні містить значну кількість норм, що регулюють підприємницькі відносини саме публічно-правовими методами (способами). Наприклад, Н. С. Кузнєцова зазначає, що правове регулювання підприємництва потребує адекватної регламентації як у сфері функціонування горизонтальних відносин (правового статусу учасників, режиму належного їм майна, договорів, які ними укладаються і т.д.), що забезпечується нормами приватного права, так і у сфері державного регулювання цієї діяльності (державної реєстрації, ліцензуван-

ня, квотування, економічної конкуренції і т.д.), яке забезпечується нормами публічного права [6, с. 324].

Так само Я. М. Шевченко підкреслює, що сферу підприємництва охоплюють як норми, засновані на диспозитивності та рівності, тобто норми цивільного права, так і норми, засновані на застосуванні примусу, реалізації начал влади і підпорядкування, тобто адміністративно-правові та близькі їм норми [7, с. 351].

Погоджуючись із викладеними точками зору, наголосимо на необхідності виділити в предметі правового регулювання підприємницької діяльності ті відносини, які мають саме приватноправовий характер. Для позначення такого кола суспільних відносин можна використовувати термін «комерційні». Роблячи таку пропозицію, ми підтримуємо точку зору Б. І. Пугінського, який підкреслює, що комерція є одним із видів підприємництва, однак у науці і законодавстві під комерційним правом розуміють приватноправові норми. За кордоном комерційне право визнають як систему норм виключно приватного права. Ні як галузь публічного, ані як суміш норм приватного і публічного характеру комерційне право не може мати жодних підстав для самостійного існування [8, с. 27]. Проте в ході дослідження, можливо, буде запропоновано інший термін для позначення приватних підприємницьких відносин.

Хоча наведені вище визначення кола торгових, комерційних, підприємницьких відносин не тотожні, вони пов'язують такі відносини з укладенням низки специфічних правочинів. А особливими ознаками такої діяльності визначаються систематичність, ризиковість, відсутність мети споживання об'єкта правочину, мета одержання прибутку. При цьому слід зазначити, що вказані вище ознаки підприємницької діяльності стосуються не лише ознак власне діяльності, а й, значною мірою, характеризують суб'єктів, які її можуть здійснювати. Так, якщо йдеться про самостійність та ініціативність підприємницької діяльності, то це дає підстави стверджувати, що здійснюється така діяльність суб'єктами, які є самостійними, незалежними від інших учасників правовідношення. Тому, навіть виходячи із поняття комерційних/ підприємницьких відносин, – це відносини між незалежними, а значить – рівними, автономними суб'єктами, що, у свою чергу, свідчить на користь їх саме приватноправової природи. З огляду на це не можна вести мову і про внутрішньо цехові відносини чи відносини між підрозділами одного господарюючого суб'єкта. Усі зазначені та деякі інші специфічні ознаки підприємницьких відносин повинні бути дослідженими детальніше.

Однією з найважливіших ознак певного виду суспільних відносин (комерційних) є **коло суб'єктів,** що можуть бути їх учасниками. Б. І. Пугінський зазначає, що в сучасному торговому обороті окрім власне торговців активно беруть участь і відіграють важливу роль також інші групи осіб. Значні масштаби та постійний розвиток торгівлі створили значне різноманіття її суб'єктивного складу. Саме тому потребують дослідження специфічні ознаки таких суб'єктів, які відрізняють їх, перш за все, від суб'єктів власне цивільного права. Слід виявити особливості підприємницької правосуб'єктності, умови її набуття та особливості здійснення (в тому числі і через представників). Важливе значення для з'ясування природи комерційних правовідносин має не лише абсолютний правовий статус їх суб'єктів, а й відносний. Тобто важливим аспектом комерційних відносин є те, як правові статуси їх сторін співвідносяться між собою – чи це співвідношення **субординації, чи паритету сторін**. Із цього співвідношення випливає метод регулювання – **імперативний чи диспозитивний**.

Серед ознак підприємницької діяльності, закріплених у її легальних визначеннях, перше місце, як правило, займає систематичність. Однак **систематичність**, у буквальному розумінні цього поняття, не є необхідною ознакою підприємницької діяльності. Адже вчинення новоствореним суб'єктом підприємницької діяльності підприємницького за змістом правочину вперше (немає систематичності в буквальному розумінні) не робить такий правочин непідприємницьким. І тому вимоги до такого правочину будуть такими самими, як і до решти підприємницьких правочинів. Наслідки першого для суб'єкта підприємницького правочину, в тому числі і публічно-правові, будуть такими самими, як і наслідки інших підприємницьких правочинів аналогічного змісту. Тому слід дослідити можливість розуміння систематичності підприємництва не як фактичної такої ознаки, а як гіпотетичної. Така гіпотетичність може ґрунтуватись на вираженні наміру особи здійснювати підприємницьку діяльність, формалізованому при реєстрації її як суб'єкта підприємницької діяльності.

З іншого боку, систематичність укладення певних правочинів непідприємцями може мати для них певні публічно-правові наслідки. Зокрема, це збільшення ставок податків для фізичних осіб. Так, ст. 172 Податкового кодексу України передбачено, що дохід, отриманий платником податку від продажу (обміну) не частіше одного разу протягом звітного податкового року житлового будинку, квартири або їх частини, кімнати, садового (дачного) будинку (включаючи земельну ділянку, на якій розташовані такі об'єкти, а також господарсько-побутові споруди та будівлі, розташовані на такій земельній ділянці), а також земельної ділянки, що не перевищує норми безоплатної передачі, визначеної ст. 121 Земельного кодексу України, залежно від її призначення та за умови перебування такого майна у власності платника податку понад три роки, не оподатковується. Натомість дохід, отриманий платником податку від продажу протягом звітного податкового року більш як одного з таких об'єктів нерухомості, підлягає оподаткуванню за ставкою 5 %. Тобто систематичність, як ознака цивільно-правових договорів, також має значення, але, переважно, публічно-правове.

Систематичність підприємницької діяльності, враховуючи, що така діяльність опосередковується низкою договорів, потребує спрощення порядку вчинення правочинів, адже громіздкі процедури укладення договорів, їх реєстрації, нотаріального посвідчення (як це може бути передбачено для цивільно-правових договорів) потребують невиправданих витрат часу та організаційних зусиль, що негативно вплине на оперативність підприємницького обороту. Водночас спрощеність процедур вчинення підприємницьких правочинів може підвищити рівень ризикованості відповідних зобов'язань.

Ризикованість, як ознака підприємницької діяльності, може мати економічний характер і базуватись на тому, що підприємець не має усієї достовірної інформації про суспільні, в тому числі економічні, процеси, у зв'язку з чим не може з достатньою точністю обрати вид

діяльності, який не спричинить йому збитків. З юридичної точки зору ризикованість ґрунтується на тому, що межі матеріальної відповідальності контрагентів можуть бути вужчими, ніж шкода, спричинена ними підприємцю. Це ставить питання додаткових гарантій виконання підприємницьких зобов'язань для їх учасників.

Не можна залишити поза увагою і той факт, що кожна ознака підприємницьких відносин сама по собі не достатня для визнання певної діяльності такою. Наприклад, будь-який громадянин, укладаючи суто цивільно-правовий договір, може мати на меті одержання прибутку. Проте це не тягтиме за собою приватноправових наслідків, які пов'язуються із підприємницькими правочинами.

Отримання прибутку. Спекуляція. Важливе значення для формування основних засад правового регулювання підприємницьких відносин має чітке розуміння та усвідомлення законотворцем **мети** діяльності їх учасників. Сьогодні законодавством передбачено, що метою підприємницької діяльності є задоволення суспільних потреб і отримання прибутку. Однак, чи дійсно метою підприємця є задоволення суспільних потреб, залишається предметом наукової дискусії. І хоча це питання більше соціологічне, економічне та філософське, винесення його до ознак підприємницької діяльності робить його актуальним і для правової доктрини. Дещо менше суперечок викликає така мета підприємця як отримання прибутку, хоча й вона в науці визначається порізному, а у відриві від мети задоволення суспільних інтересів може називатись спекуляцією з негативним підтекстом. Випливає таке негативне ставлення до поняття спекуляції у вітчизняній науці ще з радянської правової системи і на сьогодні повинно бути переосмисленим. Свого часу А. І. Камінка стверджував, що спекуляція, потяг до наживи, і при тому не за допомогою окремої випадкової дії, а у вигляді організованого промислу, становить рушійний нерв усього торгового обороту [9, с. 67].

Визнання отримання прибутку основною метою підприємницької діяльності мало своїх прибічників і у другій половині XX століття. Так Ф. А. фон Хайєк зазначав, коли перші неолітичні комерсанти перетинали Ла-Манш на барках, завантажених кременем, щоб, продавши його, завантажитись вином та бурштином, вони при цьому турбувались не про те, як краще забезпечити своїх одноплемінників, а про те, як більше заробити. Егоїстичний інтерес, – додавав він, – та боротьба за прибуток спонукає підприємця до дій, результат яких – максимальна користь всіх і кожного члена суспільства [10, с. 104 – 105]. Слід згадати і класиків політичної економіки, які приділяли значну увагу кінцевій меті комерсантів, називаючи останніх – капіталістами: «Капіталіст виробляє товар не заради самого товару, не заради його споживаної вартості або свого особистого споживання. Продукт, який дійсно цікавить капіталіста, – це не сам реальний продукт, а надлишок вартості продукту над вартістю спожитого (витраченого) на нього капіталу» [11, с. 45]. Цікавим видається те, що саме мета отримання прибутку, як одна із складових критичної риторики політичної економії у авторстві К. Маркса, настільки була зрозумілою і ефективно використовувалась для критики, на сьогодні чомусь сором'язливо замовчується тими, хто стоїть на боці розвитку в Україні саме ринкової економіки. Невже ми до цього часу соромимося самого слова «спекуляція» чи «прибуток» ?! К. Маркс відверто вів мову про те, що насправді рухає комерсантами – капіталістами в його інтерпретації. Зокрема, він писав: «Щодо окремого капіталіста, то ясно: єдине, що його інтересує, це – відношення додаткової вартості, або того надлишку вартості, з яким він продає свої товари, до всього капіталу, авансованого на виробництво товару; тимчасово як певне відношення цього надлишку до окремих складових частин капіталу і його внутрішній зв'язок з цими частинами не тільки не інтересують капіталіста, а він якраз заінтересований у тому, щоб оповити туманом це певне відношення і цей внутрішній зв'язок».

На нашу думку, в умовах вільного ринку задоволення інтересів суспільства в результаті підприємницької діяльності – це не лише її наслідок, а й запорука її успіху. Адже якщо пропозиція підприємця не задовольнятиме суспільні потреби, то й не користуватиметься попитом. Отже, задоволення інтересів суспільства – це не мета, а, імовірніше, умова здійснення підприємницької діяльності. Слід зазначити, що класичною схемою здійснення підприємницької діяльності є: прибуток – податки – суспільне благо, в Україні ця схема фактично виглядає так: податки – суспільне благо – прибуток. Не слід дивуватися, що за останніми даними на сьогодні рівень так званої тіньової економіки в Україні становить від 40 до 60 % !!! [12].

Із такою ознакою підприємницьких відносин, як ризикованість, тісно пов'язі також **особливості матеріальної відповідальності їх учасників.**

Так, певні особливості мають підстави матеріальної відповідальності сторін комерційних правовідносин. Зокрема, це можливість покладення на суб'єкта підприємницьких відносин матеріальної відповідальності без його вини. Іншим, не менш важливим, аспектом є обмеженість матеріальної відповідальності юридичних осіб.

Потребує дослідження і така характеристика підприємницької діяльності, як використання її учасниками **запозиченого капіталу** через різноманітні фінансові механізми. Адже суб'єкти цивільних правовідносин значно рідше, ніж підприємці, здійснюють правочини за рахунок одержаних у кредит коштів. Об'єкт цивільно-правового правочину, як правило, не призначений для одержання прибутку його набувачем, а тому кредит в такому разі має споживчий характер. Запозичення, здійснені підприємцями, є засобом здійснення підприємницької діяльності та спрямовуються, як правило, на одержання прибутку.

Зокрема, у контексті широкого використання у торговому обороті запозиченого капіталу (за різноманітними фінансово-кредитними механізмами) потребує також дослідження інститут довірчої власності, закріплений у ЦК України. Тут виникають питання щодо його природи: чи це дійсно цивільно-правовий, а не підприємницький інститут? Адже відносини довірчої власності формалізуються у таких формах як ФОН, ФФБ тощо, у яких суб'єкти цивільного права (наприклад, фізична особа, що купує облігації задля отримання в подальшому у власність квартири), часто не усвідомлюючи того, стають учасниками ризикованих правочинів. При цьому вони фактично позбавлені можливості жодним чином мінімізувати ризики. Це може призвести і, на жаль, вже призводить до таких негативних наслідків, як обман вкладників. Можливо, слід визнати той факт, що реалізуючи певні комерційні схеми із залученням грошових коштів фізичних осіб, необхідно усвідомлювати певну обмеженість і навіть нездатність класичних цивільно-

правових конструкцій та засобів захистити інтереси таких людей повною мірою. Вже не раз піднімали питання про відсутність в Україні єдиного реєстру майнових прав, що виникають під час реалізації будівельних та інших проектів, пов'язаних із значним розривом у часі від моменту інвестування коштів до отримання і реєстрації відповідних прав де факто. Зокрема, відповідний досвід на теренах колишніх радянських республік існує – ним не варто нехтувати [13].

Оплатність – саме в комерційному праві, на відміну від класичного цивільного права, оплатність є ключовим елементом, який приводить до дії весь торговий оборот. Комерсант зацікавлений у тому, щоб провести будь-яку торгову операцію виключно за умови, що остання буде оплачена, інакше комерційна діяльність перетворюється у благодійність. Без оплатності неможливо реалізувати і дві зазначені вище характерні риси комерції: спекуляцію та отримання прибутку. З цього приводу цікаво висловлюються коментатори Французького комерційного кодексу: «Коммерческое право следует рассматривать лишь как специальное гражданское право или, выражаясь точнее, как специальную отрасль гражданского права, в основе которой лежит непреложный принцип возмездности правоотношений, что заложено в самом наименовании этой отрасли. Более того, возмездность является не только принципом, но и презумпцией коммерческого права» [14]. Тому і деякі цивільно-правові інститути на сьогодні потребують дослідження і переосмислення їх дійсного місця у системі приватного права.

На сьогодні потребує дослідження як кожна окрема ознака підприємницьких відносин, так і значення кожної з них у їх сукупності. Саме правильне виявлення максимального кола ознак підприємницьких відносин дасть змогу правильно визначити цей доволі специфічний предмет правового регулювання.

Правильне визначення цих аспектів надасть можливість провести порівняльне дослідження на предмет відповідностей чи розбіжностей кола суб'єктів підприємницької діяльності та кола суб'єктів цивільних правовідносин. Адже саме питання співвідношення цивільного та підприємницького права (чи є тут проблема: загальне та спеціальне), предмета регулювання відповідних правовідносин та їх суб'єктів є визначальним для вирішення питання дуалізму приватного права.

Часто висновки про наявність чи відсутність дуалізму приватного права роблять **на підставі наявності у системі законодавства певної держави, поряд із цивільним кодексом, спеціального кодексу, який регулює торгові/ комерційні/ господарські відносини**. Однак ґрунтовність такого підходу, навіть на перший погляд, викликає сумніви. Адже жоден такий спеціальний кодекс не повторює за своїм змістом та структурою відповідний кодекс іншої держави. Більше того, відомі випадки, коли такий спеціальний кодекс було скасовано, зокрема в Італії. Про деякі особливості предмета регулювання ГК України та Комерційного кодексу Франції йшлося вище. Виходячи з того, що питання дуалізму приватного права все ж таки виходить із потреби у спеціальному правовому регулюванні диспозитивним методом відносин між рівними і незалежними суб'єктами, існує потреба у порівняльному дослідженні спеціальних (торгових, комерційних) кодексів щодо регулювання ними саме приватних правовідносин у сфері комерційного обороту. З одного боку, це має допомогти виявити відмінності у регулюванні подібних цивільно-правових та підприємницьких відносин, з іншого – надасть емпіричний матеріал для висновків про можливість існування певного виключно приватноправового комерційного права, чи навпаки, має призвести до висновку про певну інкопорованість та комплексність такого регулювання. Звичайно, таке узагальнення не дасть однозначної відповіді щодо актуальних потреб підприємництва у специфічному, порівняно з цивільно-правовим, регулюванні підприємницьких відносин. Однак таке дослідження надасть змогу виявити деякі аспекти, які, на вимогу практики, вже сьогодні впроваджено або має бути впроваджено у чинне законодавство.

Говорячи про такі особливості підприємницьких відносин, як систематичність, ризикованість, прискорений оборот, спрощеність процедур, варто звернути увагу на те, як ці особливості відображено і у Господарському процесуальному кодексі, і в правилах арбітражних установ. Адже запровадження **особливого порядку вирішення спорів** між підприємцями, що виникають із підприємницьких відносин, зумовлене, насамперед, особливостями відповідних матеріальних правовідносин. Слід зазначити, що назва Господарського процесуального кодексу на сьогодні викликає критику серед науковців та практиків. Перш за все, така критика полягає у розумінні суті цього кодексу як арбітражного, тобто кодекс цей за своєю суттю визнається арбітражним, хоч вирішення спорів покладається ним на державних «арбітрів».

Існування арбітражних органів та спеціалізованих судів свідчить про те, що цивільне судочинство не забезпечувало підприємцям, перш за все, необхідної їм оперативності вирішення спорів на підставі доказів, що можуть бути надані такими суб'єктами на підтвердження обставин підприємницьких відносин, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог. Гільдії купців вимушені були формувати арбітражні органи та затверджувати процедури вирішення торгових спорів, які відповідали їхнім потребам.

Виникнення міжнародних арбітражних органів, на які підприємці з різних країн і частин Світу покладають вирішення спорів, що виникають із зовнішньоекономічних контрактів, свідчить про єдині засади підприємницької діяльності, **незалежні від національних, регіональних чи релігійних особливостей**, притаманних деяким іншим приватним відносинам. Адже якщо відносини сімейні, спадкування, дарування, як правило, регулюються нормами, які формувались упродовж щонайменше тисячоліття під впливом природних особливостей місця проживання того чи іншого народу, віросповідання, то торгові відносини від самого початку виникнення мали міжнародний (міжполісний, міжплемінний) характер і від таких особливостей переважно не залежали.

Отже, детальне дослідження арбітражних процедур, в тому числі і тих, які запроваджено у міжнародних арбітражних органах, дасть додаткові підстави для виявлення особливостей приватних підприємницьких відносин.

Виявлення особливостей підприємницьких відносин, які обумовили можливість утворення міжнародних арбітражних органів, дасть змогу сформулювати науково обґрунтовану концепцію (пропозиції, висновки) створення міжнародного підприємницького (комерційного) права та уніфікацію на його основі відповідних національних галузей / підгалузей приватного права.

Отже, на нашу думку, вирішення питання дуалізму приватного права, перш за все, потребує на сьогодні вирішення таких наукових завдань:

− сформулювати питання дуалізму приватного права як проблему співвідношення у його структурі цивільного та підприємницького права;

− визначити коло підприємницьких відносин, які потребують специфічного, відмінного від класичного цивільно-правового, регулювання приватноправовими методами;

− дослідити особливості комерційних відносин та правового статусу їх учасників виходячи із норм чинного законодавства (ГКУ, ЦКУ, ГПК тощо) та міжнародно-правових актів, визначити значення особливостей системи законодавства для вирішення питання дуалізму приватного права;

− дослідити можливості уніфікації приватноправового регулювання комерційних відносин на національному та міжнародному рівнях виходячи із особливостей таких відносин, виявлених при вирішенні попередніх завдань.

На підставі наукових положень, отриманих при вирішенні вказаних завдань, необхідно сформулювати принципи комерційного права, надати рекомендації щодо формування його системи. При формуванні системи комерційного права слід зважати на урегульованість тих чи інших питань нормами цивільного законодавства, що, у свою чергу, дасть можливість визначити адекватний спосіб систематизації приватного комерційного законодавства.

Підсумовуючи, робимо проміжний висновок про те, що, за великим рахунком, одні і ті самі питання, пов'язані із майновими відносинами, зокрема торговим оборотом, розглядаються та викладаються цивілістами та господарниками порізному, саме в силу певних об'єктивних передумов, притаманних цим школам. Зокрема, господарники, визнаючи майнову природу багатьох правовідносин, які існують у торговому обороті, намагаються привнести або надати йому невиправдано великий відтінок адміністративного регулювання, що є цілком зрозумілим, з огляду на те, де і в який спосіб народилась школа господарського права на теренах України, як однієї із колишніх республік СРСР з його адміністративно-плановим господарством [15, с. 549]. З іншого боку, класичні цивілісти, обстоюючи всеосяжність приватноправового регулювання в межах саме цивільного права, не бажають бачити того, що саме по собі приватноправове регулювання у сфері комерційного обороту щоденно зазнає перманентного ускладнення та модернізації, далеко виходячи за межі класичного римського права з його *Pacta sunt servanda*. Наслідком такого «перетягування канату» і не бажання визнати те, що в лоні безперечно приватноправових відносини існує значний масив комерційних відносин, призводить, по суті, до того, що всі специфічні риси останніх певним чином нівелюються, а предмет регулювання розмивається та значно ускладнюється.

Можливо, настав вже час визнати, що комерційні відносини, за всієї їх приватноправової природи із необхідним обов'язковим певним зовнішнім адміністративним регулюванням, утворюють свій специфічний і, певним чином, досить унікальний предмет регулювання – ефективне, оперативне, наскільки можливе спрощене регулювання правовідносин між комерсантами з метою отримання прибутку як кінцевого результату.

Видається, що саме під таким кутом необхідно будувати і викладання спецкурсів комерційного права, орієнтуючи майбутніх фахівців – комерціоналістів на специфічний комплексний підхід до різноманітних питань комерційного обороту, безперечно за неодмінного визнання їх приватноправової природи з певними регуляторними адміністративними обмеженнями.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний* кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
2. *Цитович П. П.* Учебник торгового права // Цитович П. П. Труды по торговому праву. – В 2-х т. – Т.1. – М.: «Статут», 2005. – 450 с.
3. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права – М.: «СПАРК», 1994. – 335 с.
4. *Римское* частное право / Под общ. ред. Флейшиц. – М., 1948.
5. *Коммерческий* кодекс Франции / Предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В. Н. Захватаева. – М.: «Волтерс Клувер», 2008. – 1272 с.
6. *Кузнецова Н. С.* Предпринимательское законодательство в Украине и в странах Европы (частноправовые аспекты // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. – К.: Юринком Интер, 2003. – 528 с.
7. *Шевченко Я. Н.* Проблемы гармонизации предпринимательского права // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е. Б. Кубко, В. В. Цветкова. – К.: Юринком Интер, 2003. – 528 с.
8. *Пугинский Б. И.* Коммерческое право России. Учебник. – 2-е изд. – М., 2008. – 350 с. – С. 27.
9. *Каминка А. И.* Очерки торгового права. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – 547 с.
10. *Хайек Ф. А.* Конкуренция, труд и правовой порядок свободных людей: Фрагменты сочинений // Составители: С. А. Мальцева, Lorenzo Infantino, Dario Antiseri. – СПб.: Издательство «ПНЕВМА», 2009. – 200 с.
11. *Маркс К.* Капітал. Том третій. – К. Державне видавництво політичної літератури УРСР. – 926 с.
12. *Панченко Ю.* До демократии осталось несколько тисяч // Коммерсант Украина. – 2011. – № 101. [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://kommersant.ua/doc/ 1665829 .
13. *Федеральный* закон Российской Федерации от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации».
14. *Коммерческий* кодекс Франции / Предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В. Н. Захватаева. – М., 2008. – 1272 с. – С. 24.
15. *Суханов Е. А.* Гражданское право России – частное прав / Отв. ред. В. С. Ем. – М.: Статут, 2008. – 588 с.

This article investigates content of the question of the dualism of private law, identifies the main theoretical problems which solution will contribute to a scientific concept of legal regulation of trade with a private law practices.

В статье исследуется содержание вопроса дуализма частного права, определяются основные теоретические проблемы, решение которых будет способствовать формированию научной концепции правового регулирования торгового оборота частноправовыми методами.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ ЦИВІЛЬНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ

Зозуляк О. І. ,

кандидат юридичних наук, викладач кафедри цивільного права
Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

У статті досліджуються теоретико-правові проблеми, пов'язані із визначенням сутності цивільної правосуб'єктності. Зроблено висновок про те, що за своєю роллю у механізмі правового регулювання правосуб'єктність виступає як засіб фіксації кола суб'єктів, які можуть бути носіями суб'єктивних прав та обов'язків.

Ключові слова: цивільна правосуб'єктність, правоздатність, дієздатність, правовий статус особи.

Цивільна правосуб'єктність – це правова категорія, яка давно і досить міцно утвердилась в теорії цивілістики, проте, незважаючи на значний інтерес до її вивчення, залишається однією із найскладніших проблем у науці цивільного права. Будучи базовою категорією у цивілістичній доктрині, вона застосовується при аналізі статики та динаміки юридичних зв'язків між суб'єктами цивільного права. А тому очевидним стає той факт, що описати реальність у приватноправовій сфері без використання таких понять як цивільна правоздатність та дієздатність, які складають категорію, що об'єднує їх – цивільну правосуб'єктність, навряд чи вдасться.

Складність у розумінні даної проблеми, по-перше, пов'язана із відсутністю єдиного розуміння поняття «правосуб'єктність» у поглядах науковців. Різне розуміння правосуб'єктності, як правильно відзначається в юридичній літературі, позбавляє це поняття меж, визначеності змісту [1, с. 10].

По-друге, дана проблема ускладнюється через відсутність у законодавстві легального визначення цивільної правосуб'єктності. У цьому зв'язку спостерігається доволі парадоксальна ситуація: цивільному законодавству невідомим є термін, котрий постійно використовує цивільно-правова наука. У Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) закріплені норми, якими визначається поняття цивільної право- та дієздатності як фізичних, так і юридичних осіб (ст. 25–26, 30–32, 34–36, 91, 92), а от норм, які б визначали, що ж таке цивільна правосуб'єктність, немає.

Якщо не володіти знаннями у теорії окресленого питання, відповідь на питання щодо сутності цивільної правосуб'єктності знайти складно, адже у законодавстві навіть не натякається про цю правову категорію. Відсутність у цивільному законодавстві єдиного фундаментального підходу до розуміння цивільної правосуб'єктності суттєво ускладнює процес пізнання та теоретичного аналізу зазначеної правової категорії. А тому постає питання: законодавець умисно уникає використання терміна «цивільна правосуб'єктність» чи відсутність легального визначення зазначеного поняття пов'язане із неоднозначністю розуміння даної правової категорії цивілістичною доктриною (зокрема, у зв'язку зі складністю в обґрунтуванні універсального визначення цивільної правосуб'єктності, через яке вдалося б якісно розкрити її особливості щодо різних суб'єктів цивільного права).

На нашу думку, причина у відсутності нормативного закріплення поняття «цивільна правосуб'єктність» пов'язана, швидше за все, із неможливістю застосувати даний термін щодо фізичних та юридичних осіб водночас. Це проявляється, зокрема, у тому, що, по-перше, цивільна правоздатність та дієздатність юридичних осіб виникає та припиняється, за загальним правилом, одночасно, тоді як виникнення цивільної право- та дієздатності фізичних осіб розірване у часі; по-друге, для юридичних осіб характерним є наділення цивільною дієздатністю у повному обсязі, тоді як цивільна дієздатність фізичних осіб виникає не у повному обсязі.

Наведене зумовлює необхідність звернутися до визначення сутності цивільної правосуб'єктності, що й становитиме **мету** даної статті.

У цивілістиці з приводу розуміння правосуб'єктності існує кілька позицій.

Традиційно цивільно-правовою доктриною терміна «правосуб'єктність» надається узагальнюючий характер, який розкривається через поняття правоздатності та дієздатності. Так, О. О. Красавчиков був переконаний, що правоздатність виступає у вигляді загальної основи, яка визначає характер та обсяг прав, що можуть знаходитись у володінні даного суб'єкта, але правове поняття правосуб'єктності складається із двох основних понять: правоздатності та дієздатності [2, с. 37–39]. Слід зазначити, що це класичне розуміння цивільної правосуб'єктності, котре знайшло широку підтримку в наукових колах як у радянський, так і сучасний періоди.

Інша позиція грунтується на тому, що для визнання особи суб'єктом цивільного права достатньо лише правоздатності. Згідно із даним підходом правосуб'єктність можна ототожнювати із правоздатністю, оскільки недієздатні особи також визнаються суб'єктами права. Наявність лише однієї цивільної правоздатності є достатнім для визнання суб'єктом цивільного права недієздатної особи, при цьому за дужки виноситься реалізація дієздатності її законним представником. Так, С. М. Братусь, ототожнюючи поняття правосуб'єктності та правоздатності, стверджував, що вони рівнозначні [3, с. 5–6].

Таке розуміння правосуб'єктності справедливо наштовхнулось на критику. Аргументи, висунуті окремими науковцями, переконливо заперечують ототожнення правосуб'єктності та правоздатності [4, с. 21–26]. Більше того, якщо ототожнювати правосуб'єктність та правоздатність, то для дієздатності взагалі не залишиться визначеного місця в загальній системі правових явищ [5, с. 291]. Підтримуючи наведену думку, зазначимо, що при ототожненні правосуб'єктності із правоздатністю місця у правовій науці не залишиться не тільки для дієздатності, а й самої правосуб'єктності як категорії, що об'єднує дві складові – правоздатність та дієздатність, що, без сумніву, є неприпустимим. Крім того, за допомогою тільки однієї цивільної правоздатності, якою забезпечується здатність мати необмежену абстрактну кількість цивільних прав та обов'язків, не забезпечується можливість набуття конкретних цивільних прав та обов'язків. Ця кількісна безмежність правових мо-

жливостей перетворюється у конкретні суб'єктивні права та обов'язки із визначеним змістом та обсягом саме завдяки цивільній дієздатності.

Окремі вчені цивільну правосуб'єктність трактували доволі широко, включаючи до неї, крім правоздатності та дієздатності, додаткові елементи. Так, на думку А. В. Міцкевича, зміст поняття «правосуб'єктність» складається не тільки з правоздатності та дієздатності, а й інших суб'єктивних прав та обов'язків. Це комплексна категорія, яка включає всі юридичні елементи, через які закріплюються відносини між державою та особою, відповідно до її місця в суспільстві [6, с. 12]. Вважаємо, що таке трактування правосуб'єктності може мати своїми наслідками ототожнення її із правовим статусом особи, що не привнесе ясності у розуміння даної категорії, а лише створить додаткову плутанину у правозастосовчій практиці.

Я. Р. Веберс вважав, що крім правоздатності та дієздатності, закон у певних випадках передбачає спеціальні вимоги до суб'єктів права. Правосуб'єктність передбачає визнання особи як суб'єкта правовідносин взагалі, а також його кваліфікацію як суб'єкта чи ймовірного суб'єкта конкретних суб'єктивних прав та обов'язків. Іншими словами, вона відображає суб'єктний склад у правових інститутах і можливість бути як суб'єктом права взагалі, так і конкретних прав та обов'язків [7, с. 24–26].

Хоча слід зазначити, що у юридичній літературі висловлюються також міркування щодо доцільності відмовитись від поняття «правосуб'єктність», оскільки воно є «штучним», не має реального змісту, а всю повноту характеристик суб'єкта цивільного права можна розкрити через цивільну правоздатність та цивільну дієздатність [8, с. 18].

З таким підходом, на нашу думку, погодитись досить важко, адже правосуб'єктність виступає чи не єдиним узагальнюючим поняттям, що виражає статус суб'єкта права в цілому. Категорія правосуб'єктності виступає в «якості закріплення кола осіб, які володіють здатністю виступати носіями суб'єктивних прав та обов'язків, визначає загальне правове положення, закріплене нормами цивільного права» [9, с. 14].

Варто зауважити, що юриспруденції в цілому та цивілістичній науці зокрема відомі категорії, які, якщо слідувати вищезазначеній позиції, можна віднести до «штучних», таких, що не мають реального змісту, поняття яких можна розкрити за допомогою їх елементів, навести інші доводи, що вказуватимуть на те, що вони є зайвими. Наведемо такі фундаментальні категорії цивілістики як, наприклад, «цивільне правовідношення», «цивільно-правова відповідальність», «суб'єктивне цивільне право», які також не мають нормативного закріплення, немає єдності у підходах науковців щодо змісту останніх, проте, тим не менше, важко уявити будову понятійного апарату цивілістики, а також повноту правових зв'язків між суб'єктами цивільного права без них. Такий стан речей не применшує ролі названих вище цивілістичних понять, а створює площину для подальшого наукового пошуку їх універсальних дефініцій, і на цій основі – подальшого нормативного закріплення.

Вважаємо, що слід погодитись із О. Я. Курбатовим, котрий зазначає, що потреба у використанні поняття «правосуб'єктність» у юридичній науці та правозастосовчій практиці обумовлена, по-перше, необхідністю розмежування правосуб'єктності як здатності суб'єкта мати права та нести обов'язки, а також набувати та реалізовувати ці права та виконувати обов'язки своїми діями із суб'єктивними правами та обов'язками у правовідношенні, де праву однієї особи кореспондує право іншої особи. По-друге, необхідністю розділення понять «обмеження прав як елементів правосуб'єктності» та «обмеження прав у правовідношенні», оскільки обмеження прав як елементів правосуб'єктності здійснюється не через обсяг кореспондуючих обов'язків, а через встановлення загальних заборон або обов'язків на користь необмеженого кола осіб, додержання яких є необхідним для того, щоб вступити у правовідношення [10, с. 7].

З приводу розуміння цивільної правосуб'єктності дуже влучно висловилась І. О. Михайлова, зазначивши, що термін «правосуб'єктність» не має в цивілістиці адекватного еквівалента, в силу чого саме він виступає як першооснова у формуванні понятійного апарату при аналізі цивільно-правового статусу особи, і заперечення цього факту може призвести до принципової неможливості такого аналізу [11, с. 84]. І це цілком правильно, адже цивільна правосуб'єктність за своїм змістом не вичерпується тільки її розумінням як сукупності елементів цивільної правоздатності та дієздатності, за її допомогою можна в цілому відобразити становище особи у приватноправовій сфері. А тому, видається, що захищені останнім часом дисертаційні роботи, присвячені дослідженню цивільно-правового становища тих чи інших суб'єктів цивільного права, не випадково у своїй назві вміщують термін «цивільна правосуб'єктність» як об'єднуючу категорію, яка є лаконічною та надає можливість одразу ж зрозуміти, на що саме акцентується увага у роботі, а, найголовніше. – якнайповніше характеризує особливості цивільно-правового статусу суб'єктів цивільного права.

Більше того, на думку О. О. Молчанова, категорія «правосуб'єктність» має усі передумови для включення її до ЦК України, оскільки саме правосуб'єктність здатна повною мірою виражати особливості правового становища суб'єкта цивільного права [12, с. 9]. Цілком погоджуючись із наведеною позицією, зазначимо, що рівноцінної заміни категорії «правосуб'єктність» не існує. Якщо звернутись до розуміння поняття правового статусу особи у теорії держави та права, то воно розглядається як система закріплених у нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, свобод, обов'язків, відповідальності, відповідно до яких індивід як суб'єкт права (тобто як такий, що має правосуб'єктність) координує свою поведінку в суспільстві [13, с. 311]. З огляду на це правосуб'єктність виступає складовим елементом правового статусу особи, і в цьому, на нашу думку, проявляється основна її цінність.

Розуміння цивільної правосуб'єктності як елемента правового статусу особи можна простежити у працях багатьох науковців. Так, зокрема, І. К. Кулікова, аналізуючи різні точки зору щодо розуміння правосуб'єктності, схиляється до думки, що цивільна правосуб'єктність виступає необхідним елементом правового статусу суб'єкта права [14, с. 13].

Д. А. Медведєв, аналізуючи суть категорії «правосуб'єктність», розуміє під нею таку характеристику особи як учасника правовідношення, за якої соціально-юридичні якості право- і дієздатності приурочуються до певного типу майбутніх суб'єктів права. При цьому

зміст категорії «правосуб'єктність», на думку зазначеного автора, є суворо галузевим, що виключає можливість появи так званої комплексної правосуб'єктності. Кожен суб'єкт права наділяється різними видами галузевих правосуб'єктностей, які утворюють певну сукупність, яку можна назвати правовим статусом [15, с. 8]. Ми цілком погоджуємось із позицією автора щодо недоцільності появи «комплексної» правосуб'єктності, адже це буде спричиняти «розмитість» правового статусу суб'єктів права за галузевою приналежністю, заважатиме «кристалізації» приватноправового та публічно-правового статусу особи.

На нашу думку, відсутність легального визначення поняття «правосуб'єктність» зовсім не означає, що потреби у даній категорії немає. На сьогодні є усі підстави для розуміння окресленої категорії у вузькому та широкому значеннях.

У вузькому розумінні – це категорія, що виступає об'єднуючим ланцюгом між цивільною право- та дієздатністю особи. Саме у вузькому значенні цивільну правосуб'єктність варто було б закріпити у ЦК України.

Щодо трактування правосуб'єктності у широкому значенні, то виходячи з точки зору об'єктивного права, остання збігається із поняттям «суб'єкт права». .Аналогічно й цивільну правосуб'єктність можна ототожнювати із поняттям «суб'єкт цивільного права». А тому закріплення у ст. 2 ЦК України суб'єктного складу цивільних правовідносин і буде виступати проявом цивільної правосуб'єктності у широкому її трактуванні.

Призначення категорії «правосуб'єктність» як загальної передумови участі в цивільно-правових відносинах полягає у тому, що за своєю роллю у механізмі правового регулювання цивільній правосуб'єктності належить роль засобу фіксації кола суб'єктів, які можуть виступати носіями суб'єктивних цивільних прав та обов'язків. Цивільну правосуб'єктність слід розкривати як соціально-правову можливість особи бути учасником цивільно-правових відносин, яка забезпечується та гарантується державою. Наділення суб'єкта цивільною правосуб'єктністю є логічним продовженням того нерозривного зв'язку, який існує між державою та особою та надає останній комплекс прав та обов'язків у відносинах приватноправової сфери.

Беручи за основу вищенаведені міркування, а також тезу щодо того, що правосуб'єктність – це характеристика, якість правового статусу, можна дійти висновку, що цивільна правосуб'єктність завжди включає в себе і цивільну правоздатність, і цивільну дієздатність, а тому у загальнотеоретичному аспекті цивільною правосуб'єктністю можна вважати таку характеристику особи, за якої право- та дієздатність виступають передумовою формування правового статусу останньої.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Толстой Ю. К.* К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л. : Изд-во Ленинградского ун-та. – 1959. – 88 с.

2. *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М. : Госюриздат, 1958. – 182 с.

3. *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. – М. : Госюриздат, 1950. – 367 с.

4. *Иоффе О. С.* Спорные вопросы учения о правоотношении / О. С. Иоффе // Очерки по гражданскому праву : сб. статей / Ленингр. гос. ун-т; отв. ред. О. С. Иоффе. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1957. – С. 21–64.

5. *Иоффе О. С.* Избранные труды по гражданскому праву : Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». – 2-е изд., испр. / О. С. Иоффе. – М. : Статут, 2003. – 782 с. (Серия «Классика российской цивилистики»).

6. *Мицкевич А. В.* Субъекты советского права / А. В. Мицкевич. – М. : Госюриздат, 1962. – 212 с.

7. *Веберс Я. Р.* Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве / Я. Р. Веберс. – Рига : Зинатне, 1976. – 231 с.

8. *Нечаева А. М.* Правоспособность и дееспособность физических лиц как субъектов гражданских прав / А. М. Нечаева // Субъекты гражданского права / Отв. ред. Т. Е. Абова. – М. : ИГП РАН, 2000. – С. 6–18.

9. *Лозовская С. О.* Правосубъектность в гражданском праве : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право, гражданский процесс, предпринимательское право, международное частное право» / С. О. Лозовская. – М., 2001. – 34 с.

10. *Курбатов А. Я.* Правосубъектность кредитных организаций : теоретические основы формирования и проблемы реализации : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец.: 12.00.03 «Гражданское право, гражданский процесс, предпринимательское право, международное частное право» / А. Я. Курбатов. – М., 2009. – 26 с.

11. *Михайлова И. А.* Гражданская правосубъектность физических лиц : проблемы законодательства, теории и практики : монография / Ирина Александровна Михайлова. – М. : Юрист, 2006. – 326 с.

12. *Молчанов А. А.* Гражданская правосубъектность коммерческих организаций : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03 / Молчанов Александр Александрович. – СПб., 2002. – 453 с.

13. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права. Підручник / Пер. з рос / О. Ф. Скакун. — Харків: Консум, 2001. – 656 с.

14. *Куликова И. К.* Гражданская правосубъектность унитарных предприятий : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец.: 12.00.03 «Гражданское право, гражданский процесс, предпринимательское право, международное частное право» / И. К. Куликова. – СПб., 2007. – 20 с.

15. *Медведев Д. А.* Проблемы реализации гражданской правосубъектности государственного предприятия : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право, гражданский процесс, предпринимательское право, международное частное право» / Д. А. Медведев. – Л., 1990. – 24 с.

This article is devoted to research of theoretical and legal problems connected with the concept of civil law subjectivity. It was concluded that the role of civil *law subjectivity* in the mechanism of legal regulation is that it serves as a means of fixing the range of subjects that may be carriers of subjective rights and duties.

В статье исследуются теоретико-правовые проблемы, связанные с определением сущности гражданской правосубъектности. Сделан вывод о том, что по своей роли в механизме правового регулирования правосубъектность выступает в качестве средства фиксации круга субъектов, которые могут быть носителями субъективных прав и обязанностей.

ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІСТУ СУБ'ЄКТИВНОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Стефанчук М. О.,

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

Розглядається особливість правової природи суб'єктивного цивільного права, аналізується його зміст та досліджуються окремі складові суб'єктивного цивільного права. Досліджувана категорія порівнюється із суміжними правовими явищами.

Ключові слова: суб'єктивне цивільне право, правоздатність, правосуб'єктність, правомочності.

Питання визначення поняття суб'єктивного права та його здійснення завжди займало одне з чільних місць у правовій науці. Основним дискусійним аспектом, щодо якого існує розбіжність поглядів серед науковців-цивілістів, є визначення поняття суб'єктивного цивільного права та його правової природи. З огляду на системність та взаємопов'язаність правових явищ, для найбільш повного дослідження поняття суб'єктивного цивільного права як цивільно-правової категорії слід встановити його співвідношення із найбільш суміжними, на нашу думку, поняттями, до яких варто віднести правоздатність, правовий статус, правомочність та інші, щоб виявити співвідношення між ними, встановити спільні та відмінні ознаки. Лише вирішивши це питання, ми зможемо дати відповідь щодо визначення місця суб'єктивного цивільного права в системі правових явищ в цілому.

Юридична література майорить різноманіттям поглядів та визначень суб'єктивного цивільного права. Але більшість вітчизняних цивілістів все таки дотримується «класичного» на їх думку підходу і визначає поняття суб'єктивного цивільного права як «міру можливої поведінки» [1, с. 92; 2, с. 9 – 13; 3, с. 26, 36; 4, с. 26, 36; 5, с. 5 – 6]. Вперше в радянській цивілістиці поняття суб'єктивного цивільного права сформулював С. М. Братусь. Він вказував на те, що суб'єктивним цивільним правом є визнана і забезпечена законом міра можливої поведінки особи [6, с. 35 – 36]. Відомий теоретик М. Г. Александров пропонував доповнити визначення С. М. Братуся вказівкою не лише на міру, а й на вид можливої поведінки, виходячи з того, що категорія «міра» характеризує суб'єктивне право лише з кількісної сторони [7, с. 176]. На підтвердження цього М. І. Матузов зазначив, що суб'єктивне цивільне право, з точки зору юридичної науки, є не лише можливість суб'єкта діяти, а діяти у відповідних межах (міра поведінки) та відповідним чином (вид поведінки) [8, с. 94].

Заперечуючи допустимість використання категорії «міра» у визначенні суб'єктивного права, С. Ф. Кечекьян відмічав: «Міра – поняття кількісне, що припускає співвідношення розміру різних величин. Тим часом можливості дії, забезпечувані законом, дуже різноманітні і зовсім непорівнянні», у зв'язку з цим він пропонує визначити суб'єктивне право як надану особі і забезпечену нормами права та відповідними обов'язками «можливість» діяти, тобто самостійно визначати засоби для власних цілей, у тому числі користуватись як засобами поведінки інших осіб [3 с. 26, 36] (що дуже схоже на поняття дієздатності). Однак із цим твердженням навряд чи можна погодитися. Використання категорії «міра» у визначенні суб'єктивного цивільного права переслідує іншу мету. Як справедливо зазначає Ю. К. Толстой, «про міру можливої поведінки говорять аж ніяк не для порівняння одного суб'єктивного права з іншим, а для визначення тих меж, у яких управомочена особа може діяти» [9, с. 41].

На нашу думку, категорія «міра» може бути застосована при визначенні суб'єктивного цивільного права, адже, з одного боку, вона характеризує суб'єктивне право як складне структурне утворення, що складається з ряду елементів, а з іншого – використовується і для якісної характеристики суб'єктивного права, оскільки сприяє розумінню останнього як можливості певної поведінки. Таким чином, позначення «міра можливої поведінки» вводиться у визначення суб'єктивного цивільного права для його кількісно-якісної характеристики. Тому використання у визначенні категорії «вид» можливої поведінки є зайвим.

Розглядаючи питання суб'єктивного цивільного права, звертаємо увагу на те, що попри свою зовнішню єдність, внутрішньо воно має власну структуру та складається із сукупності юридичних можливостей, наданих суб'єкту правовою нормою. З точки зору О. С. Іоффе, С. С. Алексєєва, Є. О. Суханова та інших, такі елементи суб'єктивного права слід називати правомочностями [10, с. 223 – 228; 11, с. 112; 12, с. 92]. При цьому суб'єктивне право в цілому розуміється не просто як правове утворення з визначеною кількістю складових частин, тобто не як проста сума правомочностей, а як єдність рівнозначних можливостей. Варто зазначити, що в науковій літературі сукупність правомочностей, які входять до суб'єктивного цивільного права, та їх структуру називають «змістом суб'єктивного цивільного права» [13]. Якщо ж виходити із того, що структурою є сукупність внутрішніх зв'язків, побудова, внутрішній устрій об'єкта [14, с. 686], а змістом – елементи і процеси, притаманні системі [15, с. 631], то структурою суб'єктивного цивільного права слід вважати ту кількість правомочностей, які його складають, а змістом – самі правомочності.

Аналізуючи складові суб'єктивного права – правомочності, потрібно відмітити, що правомочності, залежно від виду суб'єктивних цивільних прав, різні і повинні описуватися в співвідношенні між собою та суб'єктивним правом. Так, правомочності, що входять до складу суб'єктивного права в абсолютних правовідносинах, за своїм матеріальним змістом відмінні від правомочностей, які складають суб'єктивне право у відносних правовідносинах. При цьому спільною їх ознакою слід вважати те, що структура суб'єктивного цивільного права, яку складають правомочності, завжди буде однакова і складатиметься із рівної кількості правомочностей як для одних, так і для інших суб'єктивних цивільних прав. Якщо вести мову про структуру абсолютних та відносних суб'єктивних цивільних прав, то, як зазначає А. В. Власова, складається, принаймні,

з двох правомочностей: можливості обирати власну поведінку і можливості вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи [16]. Але деякі автори виділяють ще й третю правомочність – правомочність захисту свого права за допомогою засобів державного примусу [7, с. 176; 12, с. 92; 17, с. 82; 18, с. 32], цю правомочність розуміють як можливість правоволодільця вимагати примусового здійснення свого права попри волю зобов'язаної особи [19, с. 176]. Ми підтримуємо ту точку зору, що будь-яке суб'єктивне цивільне право складається із трьох правомочностей – правомочності на власну поведінку, правомочності вимоги поведінки від інших осіб і правомочності захисту свого суб'єктивного цивільного права, оскільки саме така структура суб'єктивного цивільного права є найповнішою та відображає усі види можливої поведінки, притаманні йому.

Тим часом у науковій літературі досить часто трапляються такі дефініції, у яких зміст суб'єктивного права зводиться лише до однієї із тих правомочностей, які містяться в ньому. Так, М. Д. Єгоров, визначаючи суб'єктивне цивільне право, включає до нього лише одну правомочність – «юридично забезпечену можливість управомоченої особи вимагати у встановлених межах визначеної поведінки від зобов'язаної особи» [20, с. 9]. Це визначення має певний недолік, який полягає в тому, що воно не охоплює зміст конкретних різновидів суб'єктивних цивільних прав. Воно, зокрема, зовсім не може бути застосоване до речових прав, наприклад, до права власності (оскільки не відображає належні власнику субправомочності з володіння, користування і розпорядження майном) і до прав на здійснення односторонніх дій, наприклад, до права утримання і права вибору предмета виконання в альтернативному зобов'язанні (оскільки не охоплює укладену в них правомочність правоволодільця на власні позитивні дії). Ю. К. Толстой, у свою чергу, відмічає, що суб'єктивне право може бути визначеним через дві правомочності – як закріплена за управомоченою особою з метою задоволення його інтересів міра можливої поведінки в даних правовідносинах, яка забезпечена покладанням обов'язків на інших осіб [9, с. 45 – 46]. Це визначення дає загальну уяву про суб'єктивне цивільне право та позбавлене тих недоліків (щодо універсальності застосування до всіх суб'єктивних прав), які наявні у визначенні М. Д. Єгорова. Справді, яку б із правомочностей суб'єктивного права ми не взяли, за своїм юридичним змістом вона є нічим іншим, як мірою можливої поведінки. Однак ця дефініція не відображає структуру суб'єктивного права і, як наслідок цього, не виявляє його зміст. З визначення Ю. К. Толстого логічно випливає, що суб'єктивне право в цілому і кожний із його елементів зокрема здійснюється поведінкою самого правоволодільця. Тим часом правомочність вимоги, що входить до складу будь-якого суб'єктивного цивільного права, може бути реалізовано тільки поведінкою зобов'язаної особи – поведінкою, що виступає частиною матеріального змісту відповідного суб'єктивного права. Отже, для того, щоб визначення суб'єктивного цивільного права відображало як юридичний, так і матеріальний зміст обумовленого явища, воно повинно фіксувати в собі правомочності на свої і чужі дії.

Якщо йдеться про правомочності на чужі дії, то тут варто відмітити, що така можливість забезпечується силою державного примусу. Примусовий характер суб'єктивного права є невід'ємною якістю допустимої поведінки і «в кожної особи існує можливість звернутись у необхідних випадках до примусової сили державного апарату не паралельно з іншими, закріпленими в суб'єктивному праві можливостями, а притаманна їм самим, оскільки без цього вони б не були «юридичними» можливостями», зазначав О. С. Іоффе [10, с. 223 – 228]. Це пояснюється тим, що суб'єктивне право надається особі з метою задоволення її інтересу. Але обов'язковою умовою належного здійснення суб'єктивного права, як зазначав О. Г. Певзнер, має бути встановлення того факту, що інтерес, який лежить в основі поведінки, є таким, що захищається державою [5, с. 5 – 6]. Зрозуміло, що в тих випадках, коли здійснення права власності грунтувалося на інтересі заподіяння шкоди особі, воно буде таким, що виходить за законні рамки. Абсолютно справедливо вказує С. С. Алексєєв на те, що врахування моменту інтересу в понятті суб'єктивного права надає можливість із більшою повнотою визначити значення права в системі суспільних відносин, його роль як юридичного засобу забезпечення життєвих інтересів і таким шляхом пов'язати аналіз суб'єктивних прав з реальними відносинами, а в кінцевому рахунку – з економічним базисом суспільства [21, с. 306 – 321]. Реалізація інтересу може відбутися лише в результаті адекватної поведінки сторін суспільних відносин. Так, задоволення інтересу власника у володінні, користуванні і розпорядженні своїм майном виражається через вольові акти власника і пасивну поведінку зобов'язаних осіб не порушувати це право третіх осіб. Тому для належного задоволення конкретного інтересу управомочена особа повинна мати можливість визначати не лише свою, а й чужу поведінку. Наслідком цього, вважає Є. О. Крашенінніков, є те, що будь-яке суб'єктивне цивільне право розділяється на дві основні правомочності: можливість обирати власну поведінку і можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи [22, с. 3 – 6]. Існує думка, що суб'єктивне право не може включати в себе менше цих двох правомочностей [23, с. 540], і лише при загрозі його повноцінного існування виникає третій елемент – захист. Обґрунтовується така позиція тим, що «примусова сила суб'єктивного права – це один із можливих станів, особливий момент в його розвитку, який може і не настати» [4, с. 26, 36]. Вважаємо, що будь-яке суб'єктивне право містить, принаймні, три вищезгадані правомочності, оскільки, як зазначив С. М. Братусь, в зміст суб'єктивного права входить не та поведінка, яка фактично вчиняється, а та, яка може бути вчиненою [6, с. 35 – 36].

У зв'язку із тим, що «суб'єктивне право є елементом правовідносин» [24, с. 217], то й зміст юридичних можливостей (правомочностей), закладених у суб'єктивному цивільному праві, залежить від характеру опосередковуваних цим правом суспільних відносин. Яскраве вираження правомочності на власні дії носія права і менш помітний обов'язок інших осіб утримуватися від порушення цього права притаманний правовідносинам пасивного типу. Внаслідок цього створюється ілюзія відсутності такого обов'язку і, відповідно, відсутності можливості вимагати певної поведінки в змісті самого суб'єктивного права. Тому виникає уявлення про можливість існування таких суб'єктивних прав поза правовідносинами. Але, як зазначає О. Г. Певзнер, таке уявлення є хибним, адже суб'єктивне

право є елементом змісту правовідносин, а без правовідносин не існує й самого суб'єктивного права [5, с. 5 – 6]. Задоволення інтересу управомоченої особи в таких правовідносинах опосередковується як поведінкою носія права, так і утриманням третіх осіб від вчинення визначеної поведінки. Отже, без покладання обов'язку *non facere* (утримання від дій) на суб'єктів, що протистоять управомоченій особі, здійснення суб'єктивного права було б неможливим. Прикладом таких правовідносин є відносини по здійсненню суб'єктивного цивільного права власності. Так, ст. 319 ЦК України передбачає, що власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд і водночас йому гарантується непорушність права приватної власності іншими особами (ч. 4 ст. 41 Конституції України).

У правовідносинах активного типу, елементом яких є відносні суб'єктивні права, навпаки, на перший план виступає правомочність вимоги. Тому в змісті суб'єктивного цивільного права виділяють часом лише одну цю правомочність. Подібна точка зору є досить поширеною у вітчизняній цивілістиці. Зокрема, зміст зобов'язання, що є різновидом відносних цивільних правовідносин, зазвичай, зводять лише до правомочності вимоги і кореспондуючого йому юридичного обов'язку боржника. Так, І. Б. Новіцький та Л. А. Лунц відмічають, що зміст зобов'язання складають правомочність кредитора вимагати вчинення (чи утримання від вчинення) боржником будь-яких дій і обов'язок боржника вчинити (чи не вчинити) їх [25, с. 54]. Подібні уявлення про зміст відносного суб'єктивного цивільного права в ряді випадків можна пояснити тим, що норми, які регулюють відповідні суспільні відносини, сконструйовані за зразком зобов'язуючих. Відповідно до цього О. С. Іоффе та М. Д. Шаргородський роблять висновок, що у відносних правовідносинах позитивний зміст правовідносин розкривається через обов'язки, а суб'єктивне право в зазначеній конструкції є правомочністю вимагати виконання активного обов'язку. Тому дії управомоченої особи, спрямовані на задоволення власного інтересу в такого роду правовідносинах (наприклад, дії по прийняттю виконання в натурі), розглядаються як засіб реалізації правомочності вимоги [10, с. 223 – 228]. Недосконалість такої позиції виявляється при дослідженні матеріального змісту правомочності вимоги в активних правовідносинах. Специфіка такої правомочності полягає в тому, що її неможливо реалізувати без одночасної реалізації кореспондуючого їй юридичного обов'язку. Це свідчить про єдність матеріального змісту правомочності вимоги і юридичного обов'язку, що лежить в основі конкретно визначених дій боржника. Іншими словами, як зазначав С. С. Алексєєв, об'єктом правомочності вимоги тут виступає поведінка зобов'язаної особи, і те, що повинна вчинити зобов'язана особа, є одночасно тим, що від неї може вимагати управомочений [21, с. 306 – 321]. Так, у зобов'язанні по відшкодуванню шкоди, що завдана життю і здоров'ю, правомочність вимоги реалізується діями заподіювача шкоди по виплаті відповідної компенсації. Водночас одних тільки дій заподіювача шкоди для задоволення інтересу потерпілої особи (в даному випадку кредитора) у своєчасній компенсації явно недостатньо. Здійснення заподіювачем шкоди дій на виконання юридичного обов'язку створює для кредитора лише можливість задоволення інтересу, що ще не збігається з його фактичним задоволенням. Останнє наступить лише після того, як кредитор прийме запропоноване йому виконання. Але дія кредитора по прийняттю виконання не може слугувати засобом реалізації його правомочності вимоги, тому що останнє завжди реалізується діями боржника, вважає Є. О. Крашенінніков та зазначає, що «… дія кредитора по прийняттю виконання може розглядатися лише як засіб здійснення правомочності на його власні позитивні дії» [22, с. 3 – 6].

Слід відмітити, що окремі вчені вважають суб'єктивні права по здійсненню односторонніх волевиявлень правомочностями, які входять до складу «основних» суб'єктивних прав як додаткові юридичні можливості [26, с. 29]. З такою думкою не можна повною мірою погодитись у зв'язку з тим, що ці права виникають за наявності спеціальних юридичних фактів, що не мають у більшості випадків нічого спільного з тими юридичними фактами, на яких грунтуються основні правовідносини. Крім того, вказаним правам кореспондуються юридичні обов'язки зовсім іншого характеру, ніж ті, які пов'язані з «основними» суб'єктивними правами. Так, право вибору предмета виконання в альтернативному зобов'язанні поєднується з обов'язком боржника сприйняти вибір кредитора належним чином, а не з тим обов'язком, що входить до змісту цього зобов'язання і є обов'язком *facere* (діяти). Зокрема, відповідно до ст. 14 Закону України «Про захист прав споживачів» споживач при виявленні недоліків чи фальсифікації товару протягом гарантійного терміну в порядку та строки, встановлені законодавством, і на підставі обов'язкових для сторін правил чи договору має право за власним вибором вимагати від продавця або виробника: а) безоплатного усунення недоліків товару або відшкодування витрат на їх виправлення споживачем чи третьою особою; б) заміни на товар аналогічної марки (моделі, артикулу, модифікації) належної якості; в) відповідного зменшення його купівельної ціни; г) заміни на такий же товар іншої марки (моделі, артикулу, модифікації) з відповідним перерахуванням купівельної ціни; д) розірвання договору та відшкодування збитків, яких він зазнав. Це свідчить про те, що права на здійснення односторонніх волевиявлень є самостійними відносними суб'єктивними цивільними правами, що також знаходить підтвердження у роботах Л. Еннекцеруса [27, с. 246 – 249].

Оскільки правомочність вимоги здійснюється винятково діями зобов'язаної особи, то поведінка правоволодільця не може становити матеріальний зміст цієї правомочності. С. С. Алексєєв не підтримує таку позицію і трактує правомочність вимоги як «можливість вимагати виконання чи дотримання юридичного обов'язку» [21, с. 306 – 321]. Однак автор не враховує тієї обставини, що дія управомоченої особи по пред'явленню вимоги не є засобом здійснення правомочності вимоги, оскільки це право може бути здійснене лише діями боржника. Тому слід погодитись із Є. О. Крашенінніковим, що заявляючи вимогу зобов'язаній особі, правоволоділець здійснює не свою правомочність вимоги, а належну йому можливість висунути цю вимогу, що входить до змісту його відносного суб'єктивного права як самостійний елемент [5, с. 5 – 6].

Таким чином, ми можемо стверджувати, що структура будь-якого суб'єктивного цивільного права складається із трьох елементів, змістом яких є: правомочності на вчинення позитивних дій самим правоволодільцем, правомочність вимоги вчинення дій (чи утримання від

них) іншими особами та правомочність захисту свого суб'єктивного цивільного права.

З урахуванням усього сказаного суб'єктивне цивільне право можна визначити як надану особі нормами права міру можливої поведінки з метою задоволення її законного інтересу, що включає в себе правомочності по вчиненню певної поведінки самою управомоченою особою, вимогу визначеної поведінки від зобов'язаної особи чи осіб та захист свого суб'єктивного цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права : в 2–х т. / С. С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1981. – Т. 1. – 355 с.
2. *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. – М.: Госюриздат, 1950. – 367 с.
3. *Кечекьян С. Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе / С. Ф. Кечекьян. – М. : Изд–во АН СССР, 1958. – 185 с.
4. *Матузов Н. И.* Субъективные права граждан СССР / Н. И. Матузов. – Саратов : Приволж. кн. изд–во, 1966. – 190 с.
5. *Певзнер А. Г.* Понятие и виды субъективных гражданских прав : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.712 / А. Г. Певзнер ; Моск. гос. ун–т. – М., 1961. – 16 с.
6. *Братусь С. Н.* О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав / С. Н. Братусь // Советское государство и право. – 1949. – № 8. – С. 30 – 37.
7. *Александров Н. Г.* Законность и правоотношения в советском обществе / Н. Г. Александров. – М. : Госюриздат, 1955. – 176 с.
8. *Матузов Н. И.* Субъективное право как мера свободы и форма осуществления правовых норм / Н. И. Матузов // Тезисы докладов и научных сообщений Всесоюзной конференции «Юридические гарантии правильного применения советских правовых норм и укрепление социалистической законности» 28–30 октября 1970 г. – К. : Наукова думка, 1970. – С. 92 – 95.
9. *Толстой Ю. К.* К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л. : Изд–во Ленингр. ун–та, 1959. – 88 с.
10. *Иоффе О. С.* Вопросы теории права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. – М. : Госюриздат, 1961. – 381 с.
11. *Алексеев С. С.* Общая теория социалистического права / С. С. Алексеев. – Свердловск : Сред.–Урал. кн. изд–во, 1964. – Вып. 2. – 226 с.
12. *Гражданское право* : [в 2-х т.] : учебн. / [В. С. Ем, И. А. Зенин, Н. И. Коваленко и др.] / Отв. ред. Е. А. Суханов. – М. : БЕК, 2000. – Т. 1. – 816 с.
13. *Агудов В. В.* Соотношение категорий «форма» и «структура» / В. В. Агудов // Философские науки. – 1970. – № 1. – С. 64 – 70.
14. *Леонов Н. Н.* Структура / Н. Н. Леонов // Новейший философский словарь / Сост. А. А. Грицанов. – Мн. : Изд–во В. М. Скакун, 1988. – 896 с.
15. *Грицанов А. А.* Содержание и форма / А. А. Грицанов // Новейший философский словарь / Сост. А. А. Грицанов. – Мн. : Изд–во В. М. Скакун, 1988. – 896 с.
16. *Власова А. В.* Структура субъективного гражданского права / А. В. Власова. – Ярославль : Ярослав. гос. ун–т им. П. Г. Демидова, 1998. – 115 с.
17. *Цивільне право* України : підручн. : [у 2-х кн.] / [О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.] / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – Кн. 1. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 736 с.
18. *Цивільне право* України : навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, С. В. Лозінська, С. Д. Русу та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука. – К. : Прецедент, 2004. – 448 с.
19. *Явич Л. С.* Общая теория права / Л. С. Явич. – Л. : Изд–во Ленингр. ун–та, 1976. – 285 с.
20. *Егоров Н. Д.* О понятии субъективного права / Н. Д. Егоров // Правосубъектность по гражданскому и хозяйственному праву. – Л. : Изд-во Ленингр. ун–та, 1983. – 197 с.
21. *Алексеев С. С.* Проблемы теории права : в 2–х т. / С. С. Алексеев. – Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. Ин-та, 1972. – Т. 1. – 396 с.
22. *Крашенинников Е. А.* Структура субъективного права / Е. А. Крашенинников // Построение правового государства: вопросы теории и практики. – Ярославль : Ярослав. гос. Ун-т, 1990. – С. 3 – 8.
23. *Белов В. А.* Гражданское право: общая часть . Учебник / В. А. Белов. – М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. – 639 с.
24. *Халфина Р. О.* Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – М. :Юрид. лит., 1974. – 351 с.
25. *Новицкий И. Б.* Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. – М. : Госюриздат, 1950. – 416 с.
26. *Певзнер А. Г.* Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав / А. Г. Певзнер // Ученые записки ВЮЗИ. – Вып. V. – М. : Госюриздат, 1958. – С. 3 – 34.
27. *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права / Л. Эннекцерус. – [в 2-х т.]. – М. : Иностр. лит., 1950. – Т. 1. – Полутом 1. – 436 с.

In this article the feature of the legal nature of subjective civil law, its contents some of the elements of subjective civil law is developed. This category is compared with related legal phenomena.

Рассматривается особенность правовой природы субъективного гражданского права, анализируется его содержание и исследуются отдельные составляющие субъективного гражданского права. Исследуемая категория сравнивается со смежными правовыми явлениями.

КОНДИКЦІЙНЕ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЯК УНІВЕРСАЛЬНИЙ СПОСІБ ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Берестова І. Е.,

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

Статтю присвячено розкриттю особливостей зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (кондикційного зобов'язання) при застосуванні його як універсального способу захисту суб'єктивних цивільних прав.

Ключові слова: кондиційне зобов'язання, зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, охоронно-поновлююча функція, захист суб'єктивного цивільного права, майнова сфера.

Підприємницька діяльність є основою економічної могутності і, відповідно, безпеки держави і визначається, насамперед, життєвим рівнем її населення. З урахуванням того, що на сьогодні Україна знаходиться у посткризових умовах, виникає чимало питань щодо значення, суті та особливостей застосування правових інститутів, спрямованих на впорядкування товарно-грошових відносин, у тому числі щодо наслідків неналежного виконання цивільно-правових зобов'язань усіма учасниками цивільного обороту.

Актуальність теми дослідження визначається серйозною практичною затребуваністю інституту кондикції. Незважаючи на те, що здатність кондикційного зобов'язання доповнювати спеціальну правову регламентацію інших способів захисту цивільних прав в даний час практично не заперечується, однак не можна не зазначити, що регулятивні можливості механізму кондикційного зобов'язання використовуються вкрай недостатньо порівняно з його потенційними можливостями.

Наукові пошуки за рідкісним винятком не поширюються далі наукових статей та коментарів до ЦК України. Разом з тим наукова дискусія російських дослідників, зокрема О. Л. Маковського, може стати тим орієнтиром, який надав би можливість вивести теорію безпідставного збагачення на новий рівень.

До сьогодні у вітчизняній правовій науці існує низка невирішених питань, пов'язаних з механізмом реалізації правил про безпідставне збагачення, що не йде на користь стабільності цивільного обороту. У колі питань, які потребують глибокого осмислення, важливе місце займають проблеми щодо місця кондикційного зобов'язання в системі цивільно-правових норм, щодо правової підставі збагачення та чисельних інших.

Нині чітко простежується позиція, в рамках якої роль інституту набуття, збереження майна без достатньої правової підстави зводиться лише до допоміжного механізму, який обслуговує інші охоронні інститути українського цивільного права.

Ці та деякі інші аспекти свідчать про наявність нагальної потреби всебічного вивчення місця інституту набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, що має сприяти не тільки розвитку даного правового інституту, а й формуванню іншого погляду на багато питань його застосування, у тому числі на природу кондикційної вимоги, як основної універсальної вимоги щодо відновлення порушеної майнової сфери.

Дослідженню проблем кондикційних зобов'язань наукова увага приділялася та приділяється з боку таких науковців: І. О. Дзери, В. М. Ігнатенка, Т. І. Ілларіонової, В. В. Луця, О. Л. Маковського, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Г. В. Пучкової, Є. О. Харитонова, В. В. Чернишева, А. А. Шамшова та інших.

Разом з тим проблема місця кондикційного зобов'язання та його характеру не отримало такої уваги, що і обумовлює актуальність проведення цієї наукової розвідки.

Метою цієї статті є з'ясування особливостей кондикційного зобов'язання при застосуванні його як універсального способу захисту суб'єктивних цивільних прав.

У рамках держави збагачення – це єдиний процес, який забезпечує нормальне функціонування держави, передбачає необхідність існування посередницьких ланок, фінансових інститутів, які можуть у будь-який момент підтримати зростання економіки за рахунок акумуляції коштів та їх перерозподілу з метою забезпечення фінансування суб'єктів підприємницької діяльності. Безперервний процес обороту капіталу впливає на збагачення всієї системи, кожного суб'єкта підприємницької діяльності та системи ринкової економіки в цілому.

Збагачення у правовому змісті завжди пов'язане з деяким приростом чи економією, що присутні у більшості цивільно-правових правочинів, коли переданню майна, виконанню робіт чи наданню послуг протистоїть зустрічне надання у вигляді коштів у розмірі, що перевищує реальну вартість майна (роботи чи послуги) та достатньому для задоволення інтересу продавця в широкому розмінні слова.

Природно, що процес збагачення не обмежується тільки рамками товарно-грошових відносин, а й має місце також у випадках, коли відбувається будь-який перехід вартості, у тому числі у вигляді безоплатного передання майна, наприклад за договором дарування чи позики, що приводить до збагачення суб'єкта.

На жаль, збагачення в економічному змісті не завжди приводить до виключно позитивного результату, коли розподіл майнових благ вважається справедливим. Існують ситуації, за яких відбувається порушення майнової рівноваги одних суб'єктів за рахунок неправомірних дій інших учасників цивільного обороту. Вказані дії в масштабі держави здатні призвести до економічного свавілля, господарської анархії та майновому хаосу.

У таких випадках необхідно вести мову про безпідставне збагачення – тобто перехід майнових благ від одних суб'єктів до інших, який не ґрунтується на жодній правовій підставі. Тобто набуття (приріст) та збереження (економія) певного матеріального блага є об'єктивно неправомірними як такі, що суперечать моральним засадам суспільства.

Так, порушення справедливої засади у перерозподілі майнових благ визначає необхідність захисту порушених майнових інтересів.

На цій підставі права в цілому та цивільне право зокрема повинні забезпечити стабільність майнового обороту не тільки шляхом врегулювання належної поведінки його учасників, а й шляхом надання достатніх захисних механізмів як речово-правового, так і зобов'язально-правового характеру, пріоритетна роль серед яких надається інституту безпідставного збагачення.

Цивільне законодавство, як відомо, передбачає два рівні регулювання способів захисту цивільних прав: перший рівень – способи захисту, які носять універсальний характер, внаслідок чого можуть застосовуватися для захисту будь-якого суб'єктивного цивільного права, та способи захисту другого рівня, які застосовуються для захисту лише певних видів цивільних прав.

Наведений перелік способів захисту цивільних прав та інтересів не є вичерпним і може доповнюватися іншими способами, що не суперечать загальним нормам законодавства: способи вказані в абз. 2. ч. 2 ст. 16 ЦК України – «…іншим способом, що встановлений договором або законом».

Серед усієї сукупності універсальних способів захисту цивільних прав, до яких можна віднести визнання права; визнання правочину недійсним; припинення дії,

яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди тощо, виокремлюється група способів, застосування яких має за мету поновити порушене право та компенсувати втрати, понесені у зв'язку з його порушенням. Такі способи є елементами єдиного механізму захисту прав учасників цивільного обороту від посягань на їх майнову сферу.

Згаданий механізм, у зв'язку зі спрямованістю на поновлення порушеної майнової сфери особи, покладає на порушника тягар несення різноманітних матеріальних витрат, пов'язаних як з поверненням неналежно отриманого, так і з поновленням інших додаткових витрат, здатних не лише компенсувати порушений майновий інтерес особи, а й максимально покарати порушника, виходячи з вимог добросовісності, розумності та справедливості.

Така охоронно-поновлююча роль механізму захисту суб'єктивного права в цілому властива лише кондикційному зобов'язанню. Це надає змогу стверджувати, що кондикційному зобов'язанню притаманні усі ознаки системоутворюючого елемента усього механізму захисту суб'єктивного права особи, чиє право порушено недозволеним втручанням у його майнову сферу.

Такий системоутворюючий елемент здатний робити універсальний вплив на реалізацію будь-якого іншого способу захисту, спрямованого на поновлення порушеного права. Це, в свою чергу, означає, що роль інституту набуття, збереження майна без достатньої правової підстави не обмежується лише сферою зобов'язального права та надає змогу визнати за цим правовим інститутом ознаку загальногалузевого інституту.

Зокрема, Т. І. Ілларіонова, яка досліджувала особливості системи цивільно-правових охоронюваних заходів, зазначала, що сукупність норм щодо безпідставного збагачення склалася як пограничний інститут, спрямований на вирішення конфліктів між особами, які раніше не перебували у правовідносинах, або між суб'єктами недійсних чи розірваних договорів. У суті застосування інституту набуття, збереження майна без достатньої правової підстави узагальнено ширше коло припиняючих дій, ніж в охоронюваних нормах інститутів угод чи захисту права власності: норми про безпідставне збагачення співвідносяться з охоронюваними нормами інституту угод та захисту права власності як загальногалузеві із заходами щодо спеціального характеру [1, с. 19].

На системоутворюючу роль кондикційного зобов'язання та загальногалузевий характер його норм вказує, хоч і не прямо, низка вчених. Так, О. Л. Маковський, здійснюючи коментар положення частини другої ЦК РФ щодо дій, які стосуються змін у регулюванні відносин внаслідок безпідставного збагачення, зазначав, що в основу змін законодавства покладено новий підхід до зобов'язання з безпідставного збагачення не як до окремого виду зобов'язань, а як до особливого їх роду та, можливо, специфічного (поновлюючого) способу захисту цивільних прав та розуміння того, що вказаний інститут належить до числа тих, які безпосередньо пов'язані із моральними засадами цивільного права [2, с. 591–592].

Також у правовій літературі радянського періоду траплялися погляди науковців, у яких ідея універсального характеру кондикційного зобов'язання простежувалася достатньо чітко.

Так, В. І. Чернишев відмічав, що кондикційні зобов'язання у своєму виникненні можуть поширюватися на всю сферу цивільних правовідносин, як статичних, так і динамічних, і за сферою свого застосування набувають, по суті, універсального характеру. Цей характер проявляється у тому, що правила, які встановлюють обов'язок повернути безпідставно отримане чи збережене майно, можуть знаходити власне застосування у результаті аномального руху будь-якого цивільного правовідношення за тими винятками, які прямо сформульовані в законі. Значення та сфера застосування кондикційних зобов'язань, на думку В. І. Чернишева, поширюється не лише на всі інститути цивільного права, а й на суміжні з ним галузі (наприклад, трудове, сімейне право), де вказані зобов'язання застосовуються з урахуванням специфіки предмета та методу регулювання цих галузей [3, с. 5–6]. Крім того, А. А. Шамшов вказує на те, що у випадку будь-якого невиправданого переміщення майна слід враховувати можливість подання кондикційного позову. Автор вказує, що хоча в кінцевому рахунку природа правовідношення виявляється іншою та пред'являється інший позов, проте в усіх цих ситуаціях переміщення майна є безпідставним, а зобов'язання виникає саме із безпідставного набуття, збереження майна, що свідчить про універсальність вимог із безпідставного збагачення як критерію, що відмежовує їх від інших вимог.

На притаманність кондикційним зобов'язанням характеру універсальності свідчить позиція О. Л. Маковського, висловлена ще під час розроблення нового ЦК РФ: вчений наполягав на перенесенні глави про безпідставне збагачення саме у загальну частину ЦК РФ: «не исключено, что надлежащее место этих своеобразных обязательств – в общей части обязательственного права (разд. III ГК) или даже в общих положениях ГК (разд. II)» [2, с. 603].

Г. В. Пучкова, досліджуючи особливості рецепції зобов'язань з безпідставного набуття чи збереження майна за римським правом та їх рецепції у сучасному українському цивільному праві, наполягає на розгляді досліджуваних зобов'язань як, головним чином, регулятивних і лише частково – охоронних, тобто опосередковано, але також веде мову про загальногалузевий (універсальний) характер кондикційних зобов'язань та поширення їх на усі інститути цивільного права [4, с. 8].

М. А. Смірнова, навпаки, не визнає за інститутом набуття, збереження майна без достатньої правової підстави характеру універсального та ставить під сумнів його субсидіарний характер, вказуючи на його виключно допоміжний характер. Авторка зазначає, що застосування правил про безпідставне збагачення до інших вимог може розглядатися як можливість супроводження деяких цивільно-правових вимог кондикційними вимогами, іншими словами, це означає кумулятивну конкуренцію таких вимог [5, с. 187–188].

Але, на нашу думку, така позиція не знижує актуальності загального питання про конкуренцію кондикційної, віндикаційної, деліктної і договірної вимоги. Універсальність кондикційної вимоги не тільки не зачіпає самостійності кожної з цих вимог, а навпаки, вирішує питання щодо того, які з цих вимог поглинаються родовим кондикцій-

ним зобов'язанням, а відносно яких має місце поновлювальне застосування норм про безпідставне збагачення.

Отже, можна зробити висновок, що кондикційне зобов'язання не є однопорядковим до інших окремих видів зобов'язань. Воно є універсальним для всіх випадків, коли особа набуває (зберігає) майно за рахунок іншої особи без правової підстави, і тому є родовим поняттям відносно всіх зобов'язань повернути майно, набуте, збережене без достатніх підстав.

Інша справа, що для кожного з конкретних випадків безпідставного збагачення можуть бути встановлені спеціальні правила в законі, в інших правових актах, а для деяких і в договорі, але ці спеціальні правила повинні мати пріоритет перед загальними нормами про безпідставне збагачення. Зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави як родовий інститут охоплює будь-які вимоги про повернення майна, набутого чи збереженого однією особою за рахунок іншої.

Норми гл. 83 ЦК України є специфічною загальною частиною – охоронні заходи спеціального характеру витісняють кондикцію як загальний засіб захисту, і йдеться лише про субсидіарне застосування до вказаних відносин деяких норм гл. 83 ЦК України.

Отже, субсидіарний (універсальний) характер норм про безпідставне збагачення, який виражається у можливості поновити чи доповнити будь-який охоронюваний інститут, одних вчених-правників приводить до думки про поновлювальний характер усього інституту безпідставного збагачення, а інших – до загальнородової засади кондикційного зобов'язання відносно охоронно-поновлювальної сфери в цивільному праві.

Зобов'язання з безпідставного збагачення займають самостійне місце серед інших зобов'язальних правовідносин, тому нерідко вони супроводжують зобов'язання, що виникають внаслідок інших підстав та таких, що мають іншу правову природу, набуваючи при цьому якості зобов'язань-супутників. При цьому вони не виступають акцесорними зобов'язаннями у суворому значенні слова, можуть також заповнювати прогалини при захисті суб'єктивних цивільних прав, коли захист здійснюється за допомогою інших речово-правових чи зобов'язальноправових вимог.

Підсумовуючи викладене, зупинимося на таких загальних висновках щодо ролі і характеру кондикційного зобов'язання.

Універсальність кондикційного зобов'язання проявляється у багатоаспектному характері категорії «універсальність», коли її зміст не обмежується лише можливістю субсидіарного застосування норм про безпідставне збагачення до окремих правових інститутів та визнання за кондикційними вимогами загальнородових ознак, правова регламентація яких поступається будь-якій спеціальній регламентації видової вимоги про захист цивільних прав. Проте саме кондикційні зобов'язання мають домінуючу роль при захисті будь-якого безпідставного переміщення майнового блага від потерпілого до набувача, що призвело як до безпідставного збагачення останнього, так і норм про безпідставне збагачення при поновленні будь-якої порушеної майнової сфери. Кондикційне зобов'язання є граничним способом захисту цивільних прав, воно застосовується з метою повного поновлення майнової сфери потерпілого.

Охоронно-поновлююча роль механізму захисту суб'єктивного права в цілому властива *лише* кондикційному зобов'язанню, внаслідок чого можна зробити висновок, що кондикційному зобов'язанню притаманні усі ознаки системоутворюючого елемента усього механізму захисту суб'єктивного права особи, чиє право порушено недозволеним втручанням у його майнову сферу.

Універсальний характер кондикційних зобов'язань не знімає питання про конкуренцію кондикційної, віндикаційної, деліктної і договірної вимоги. Універсальність кондикційної вимоги не тільки не зачіпає самостійності кожної з цих вимог, а й вирішує питання щодо того, які з цих вимог поглинаються родовим кондикційним зобов'язанням, а відносно яких має місце поновлювальне застосування норм про безпідставне збагачення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Илларионова Т. И.* Система гражданско-правовых охранительных мер: Автореф. дис. докт. юрид. наук. – Свердловск, 1985. – С. 19.
2. *Чернышев В. И.* Обязательства из неосновательного приобретения или сбережения имущества: Учеб. пособие. – Ярославль, 1977. – С. 5–6.
3. *Маковский А. Л.* Обязательства вследствие неосновательного обогащения (гл. 60) // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст, комментарий, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. – М., 1996. – С. 603.
4. *Пучкова Г. В.* Зобов'язання, що виникають внаслідок безпідставного набуття або збереження майна за римським приватним правом, та їх рецепція у цивільному законодавстві України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 [Електронний ресурс] / Г. В. Пучкова; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2007. – С. 8.
5. Смирнова М. А. Соотношение обязательственных требований в российском гражданском праве // В кн: Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 7 / Под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: Норма, 2003 – С. 187–188.

The article is devoted to disclosure obligations to purchase features, conservation of the property without sufficient legal grounds (kondikio liabilities) when applied as a universal way to protect subjective civil rights.

Статья посвящена раскрытию особенностей обязательства по приобретению, сбережению имущества без достаточного правового основания (кондикционного обязательства) при применении его в качестве универсального способа защиты субъективных гражданских прав.

УЧАСТЬ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА В ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ: ЗАСАДИ ТА ФОРМИ

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

Статтю присвячено дослідженню таких правових явищ як засади та форми участі в цивільних відносинах суб'єктів публічного права. Виокремлено кілька різновидів цих явищ та аргументовано потребу в удосконаленні чинного законодавства України.

Ключові слова: цивільні відносини, участь в цивільних відносинах, суб'єкти публічного права, юридичні особи публічного права, засади участі в цивільних відносинах, форми участі в цивільних відносинах.

У загальних положеннях ЦК України не виокремлюються ті явища, які б визначалися як засади участі тих чи інших учасників цивільних відносин в останніх. Подібний підхід законодавця у цілому не викликає істотних зауважень з огляду на те, що в окремих статтях ЦК України все ж таки містяться положення, які можна кваліфікувати як такі засади.

У першу чергу, йдеться про формулювання ст. 1 ЦК України, яка шляхом надання ознак сутнісно характеризує та, власне, виокремлює з-поміж інших правовідносин і цивільні відносини.

Можуть бути витлумачені в аспекті визначення основ участі в цивільних відносинах й положення ст. 3 ЦК України, зокрема, положення п. 3, 4 цієї статті стосовно свободи договору та свободи підприємницької діяльності [2, с. 47−50].

Нарешті, у випадку, коли йдеться про таких учасників цивільних відносин як юридичні особи публічного права, то на підставі тлумачення ст. 82, 329 ЦК України також можна дійти висновку про існування певних засад участі в цивільних відносинах цих учасників.

Разом з тим, аналізуючи зазначені та інші положення ЦК України щодо суб'єктів публічного права, доходимо висновку про існування певних особливостей, що з тих чи інших причин все ж існують як щодо тлумачення видів засад участі цих суб'єктів у цивільних відносинах, так і щодо змісту цих засад.

Так, однією з основоположних ознак цивільних відносин, а з точки зору засад участі, відповідно, й ознакою участі, є майнова самостійність учасників цивільних відносин. Проте подібне положення стосовно більшості суб'єктів публічного права, зокрема, органів державної влади, державних, казенних підприємств тощо потребує, щонайменше, хоча б відповідного тлумачення в сенсі того, що означає майнова самостійність для цих суб'єктів, які не є власниками, а наділені майном на різноманітних обмежених речових правах, існування яких, до того ж, не визначається чинним ЦК України та іншим цивільним законодавством.

Доволі спірним виглядає щодо суб'єктів публічного права й така ознака цивільних відносин як вільне волевиявлення, оскільки, по-перше, участь цих суб'єктів в цивільних відносинах є, радше, виконанням певного обов'язку (функції тощо), а не виявом вільної волі, по-друге, формування «волі» суб'єктів публічного права на участь в цивільних відносинах відбувається в межах публічно-правових відносин, що значно відрізняє подібний процес від перебігу процесу формування волі у фізичної особи чи навіть у юридичної особи приватного права.

Окрім того, незважаючи на те, що ч. 1 ст. 386 ЦК України передбачено положення щодо забезпечення державою рівного захисту усіх суб'єктів права власності, є зауваження стосовно можливості забезпечення цього конституційного положення з врахуванням того, що держава, тобто суб'єкт, який має забезпечувати рівність в захисті прав, є одним з таких «рівних» суб'єктів права власності. При цьому провокує несприйняття тези про рівність захисту різних суб'єктів наявність в чинному ЦК положень, які ставлять істинність цієї тези під сумнів.

Так, ч.1 ст. 203 ЦК України як загальна вимога до змісту правочину вказує на інтереси держави та суспільства і не вказує на інтереси особи приватного права, тобто приватний інтерес. Відповідно ж до ст. 215 ЦК порушення цієї вимоги може бути підставою для визнання правочину недійсним. Тобто визнання правочину недійсним є способом захисту прав учасника цивільних відносин (ч. 2 ст. 16 ЦК).

У ч. 1 ст. 228 ЦК України вказується на захист прав та свобод різних учасників цивільних відносин, однак вже в ч. 2 цієї самої статті згадується знову-таки лише про інтереси держави та суспільства.

Нарешті, ч.1 ст. 268 ЦК України, що визначає вимоги, на які не поширюється строки позовної давності, в 2004 році було доповнено п. 6, згідно з яким позовна давність (а зазначений строк є строком судового захисту прав учасників цивільних відносин) не поширюється на вимоги центрального органу виконавчої влади, що здійснює управління державним реєстром.

З яких міркувань законодавець імплементував у чинний ЦК України подібні норми, які фактично ставлять під сумнів рівність захисту прав учасників цивільних відносин, з самого тексту ЦК України не слідує, що залишає відповідне питання відкритим.

Таким чином, за відсутності прямого текстуального закріплення в ЦК України, зокрема в межах ст. 3, так званих засад участі в цивільних відносинах щодо окремих учасників цих відносин (йдеться про суб'єктів публічного права) починає формуватися самостійний режим участі цих суб'єктів у цивільних відносинах, що у випадку подальшого розвитку цієї тенденції призведе до згубних наслідків для статики й динаміки цивільного обороту.

Як засадничі положення (засади) участі осіб та інших учасників цивільних відносинах в останніх, на нашу думку, слід визначати:

− рівність прав на участь та під час участі в цивільних відносинах;

− рівність учасників цивільних відносин у застосуванні способів захисту;

− рівність підстав та обсягів цивільно-правової відповідальності учасників цивільних відносин;

− визначеність в цивільно-правовому титулі, на якому майно перебуває в учасника цивільних відносин;

− набуття суб'єктом цивільно-правового статусу учасника цивільних відносин або шляхом набуття статусу юридичної особи, або в силу прямої вказівки закону.

Частково зазначені положення заслуговують на своє текстуальне закріплення і в чинному ЦК України.

До речі, системний аналіз положень ЦК, зокрема ст.167−172 ЦК України, надає змогу вести мову про певне ототожнення в межах цих норм понять «участь у цивільних відносинах» та «дія у цивільних відносинах».

Разом з тим, на взірець того, як розмежовуються поняття право- та дієздатності, слід проводити розмежування й між поняттями *участі* та *дії* у цивільних відносинах

та виходити з того, що перше з цих понять є ширшим за своїм логічним обсягом порівнянно з другим та включає його до свого обсягу, оскільки брати участь в цивільних відносинах можна й пасивно, не вчинюючи при цьому активних дій зі здійснення належних учаснику таких відносин суб'єктивних прав чи виконання наявних у нього суб'єктивних обов'язків. У свою чергу, дія учасника цивільних відносин, безперечно, є активним проявом, власне, його участі в цих відносинах . Тобто участь у цивільних відносинах для певного суб'єкта може бути не лише наслідком його дії, а й мати прояв у його бездіяльності.

Слід визнати, що у вітчизняному цивільному праві, а навіть, радше, у вітчизняному законодавстві, склалася ситуація, за якої суб'єктів публічного права можна розподілити на дві групи. До першої групи можуть зараховуватися ті суб'єкти публічного права, які водночас є юридичними особами. Прикладами таких суб'єктів є велика кількість органів державної влади (міністерства, державні служби тощо) та органів місцевого самоврядування (місцеві ради, виконавчі комітети тощо). До другої – ті суб'єкти, що відповідно до чинного законодавства прямо не визнані як юридичні особи, хоча є учасниками цивільних відносин, наприклад, держава Україна та територіальні громади.

Правові форми участі суб'єктів публічного права, які є юридичними особами публічного права, у цілому відповідають тим звичним формам, що використовуються й юридичними особами приватного права.

Водночас певні особливості у визначенні правових форм участі в цивільних відносинах мають місце щодо тих суб'єктів публічного права, що прямо не визнані чинним законодавством як юридичні особи. В першу чергу, йдеться про таких суб'єктів як держава Україна та територіальні громади. Особливість участі цих суб'єктів у цивільних відносинах полягає у тому, що стосовно них є актуальним питання безпосередньої та опосередкованих форм участі в цивільних відносинах.

Цілком виправдано окремі науковці ставлять під сумнів саму можливість безпосередньої участі таких суб'єктів як територіальні громади в цивільних відносинах [1, с.117], однак участь у відносинах власності є статистикою цивільних відносин, а тому фактично не потребує для власника (зокрема й територіальної громади) представництва чи дії органів державної влади або органів місцевого самоврядування.

На підтвердження тези про можливість безпосередньої участі держави Україна чи територіальної громади в цивільних відносинах є те, що участь власника у відносинах власності не завжди вимагає від правоволодільця, тобто власника, активних дій. Наприклад, така правомочність власника як володіння може проявлятися й в його бездіяльності. Оскільки не все державне та комунальне майно передано у володіння органам державної влади, органам місцевого самоврядування або державним та комунальним підприємствам тощо і частина цього майна залишається у безпосередньому володінні самої держави Україна чи відповідної територіальної громади, то можемо стверджувати, що здійснення права власності у подібних випадках, хоча й у формі бездіяльності, відбувається не через відповідні органи влади чи інших осіб, а безпосередньо державою Україна або територіальною громадою, які є власниками певного майна.

Прикладами безпосередньої участі держави Україна або територіальних громад у цивільних відносинах, крім відносин власності, можуть бути також відносини з відшкодування шкоди, завданої внаслідок знищення чи пошкодження державного або комунального майна.

Враховуючи наведене, вважаємо, що участь територіальної громади та держави Україна в окремих видах цивільних відносин можлива й у формі безпосередньої участі. Водночас більш поширеними є випадки опосередкованої участі таких суб'єктів публічного права як держава Україна та територіальні громади в цивільних відносинах.

В ЦК України, а саме, ч. 2, 3 ст. 167, ч. 2, 3 ст. 168, ч. 2, 3 ст. 169, зосереджено увагу лише на двох правових формах участі територіальних публічно-правових утворень в цивільних відносинах.

Першою з цих правових форм є створення державою Україна, територіальною громадою юридичних осіб публічного та приватного права. Зазначена правова форма участі цих осіб умовно може бути позначена як «засновницька» або «установча». Другою правовою формою участі територіальних публічно-правових утворень в цивільних відносинах є їх участь в діяльності створених ними юридичних осіб приватного права. Зазначена форма може бути термінологічно позначена як «управлінська» або «корпоративна». Обидві форми передбачають лише опосередкований порядок участі держави України та територіальних громад в цивільних відносинах, тобто лише через юридичних осіб публічного та/або приватного права.

Разом з тим можна стверджувати про те, що вказані суб'єкти публічного права мають змогу брати участь в цивільних відносинах і в інших правових формах.

Так, з аналізу положень ст.167−169 ЦК України слідує те, що держава Україна та територіальні громади мають повноваження на створення органів влади, які мають статус юридичної особи публічного права.

Враховуючи назву глави 10 ЦК України, положення ст.173 щодо потенційних представників держави Україна та територіальних громад, серед яких також згадуються органи державної влади та органи місцевого самоврядування, можемо стверджувати про існування розподілу між органами влади на умовно «свої» органи влади та органи влади, що є лише представниками цих суб'єктів. Зазначений розподіл може бути здійснений стосовно конкретного територіального публічно-правового утворення.

Наприклад, для такого суб'єкта як держава Україна «своїми» органами влади є органи державної влади. Однак брати участь у цивільних відносинах держава Україна може й через інші органи влади. Такими «іншими» органами влади для держави Україна є органи місцевого самоврядування, які на підставі ст.173 ЦК України слід розглядати як представників держави Україна. В свою чергу, для територіальних громад «своїми» органами влади будуть відповідні ради та їх виконавчі органи, а представниками – органи державної влади чи органи місцевого самоврядування інших територіальних публічно-правових утворень.

Подібна правова форма опосередкованої участі держави Україна та територіальних громад у цивільних відносинах через органи влади – представників, в порядку ст. 173 ЦК України, може бути позначена як «представницька» або «делегована».

Зазначена форма участі територіального публічно-правового утворення в цивільних відносинах не тотожна формі, закріпленій в ч. 2 ст. 167, ч. 2 ст. 168, ч. 2 ст. 169 ЦК України, оскільки, якщо перша з них надає змогу лише визначити обсяг повноважень органу влади – представника в межах спеціального доручення, то згідно з другою обсяг повноважень органу влади визначається під час створення такого органу й, окрім того, держава Україна, територіальна громада мають повноваження на припинення створеного ними органу влади.

Достатньо поширеним прикладом представницької або делегованої форми участі територіального публічно-правового утворення в цивільних відносинах може бути участь всіх територіальних громад певної області (чи району) у відносинах спільної власності через відповідну обласну раду (чи районну раду) та органи державної влади, наприклад, управління комунального майна відповідної обласної (районної) державної адміністрації, якому ця рада делегує повноваження з управління чи навіть відчуження комунального майна, що перебуває у спільній власності всіх територіальних громад цієї області.

На підставі положень ст.173 ЦК України в наведеному прикладі обласну (районну) раду слід розглядати як представника всіх територіальних громад відповідної області (району). Зазначений представник для підтвердження легітимності своїх дій має одержати спеціальні доручення (в термінології ст.173 ЦК) від власників – територіальних громад цілої області (району), які мають прийняти відповідні рішення щодо делегування цій раді окремих повноважень власників.

Порівнюючи правові підстави представництва на наведеному прикладі, можемо вказати на те, що на відміну від обласної (районної) ради відповідна місцева рада є представницьким органом останньої, а тому підставою для її дій в інтересах територіальної громади буде не спеціальне доручення, а положення Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні».

Згідно зі ст. 173 ЦК України серед потенційних представників публічно-правового утворення можуть бути також фізичні та юридичні особи (ч. 1 ст. 2 ЦК України), тобто суб'єкти приватного права. Подібна форма участі держави Україна та територіальних громад не охоплюється положеннями ст.167−169 ЦК України, а тому може бути визнана такою, що розширює можливості територіального публічно-правового утворення до участі в цивільних відносинах й термінологічно позначена як «договірна».

Важливо й те, що використання зазначеної форми є актуальним не лише для таких суб'єктів як держава Україна та територіальні громади, а й для великої кількості юридичних осіб публічного права, які мають змогу укладати цивільно-правові договори не лише свого роду представницького змісту (доручення, комісії, управління майном), а й договори, що спрямовані на відчуження майна, передання його у користування тощо.

Твердження про договірний порядок взаємодії держави Україна, територіальних громад та фізичних і юридичних осіб як їх можливих представників ґрунтується на засадничому конституційному положенні, закріпленому в ст.19 Конституції України, згідно з яким суб'єкт приватного права не зобов'язаний діяти в інтересах інших осіб, у тому числі суб'єктів публічного права, крім випадків, передбачених законом або договором.

Разом з тим, незважаючи на договірну природу такого представництва, свобода укладення такого договору є обмеженою, оскільки згідно зі ст. 173 ЦК України укладенню такого договору (наданні спеціального доручення) має передувати встановлення законом випадків та відповідного порядку укладення такого договору (надання доручення).

Підсумовуючи викладене, зазначаємо, що участь в цивільних відносинах суб'єктів публічного права є певною правовою аномалією, яка для мінімізації ризиків негативного впливу на зміст цивільних відносин нагально потребує якісного рівня правового регулювання подібних випадків. Одним з шляхів досягнення подібної мети є закріплення в чинному ЦК окремих засад участі суб'єктів публічного права в цивільних відносинах та вказівку на більш широке коло правових форм, з використанням яких ці суб'єкти можуть брати участь в цивільних відносинах.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Музика Л. А.* Чи існують реальні суб'єкти права комунальної власності? // Право України.− 2002.− № 11.− С.116−119.

2. *Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар* (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т.1: Загальні положення / За ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Колісник А. А., 2010. – С. 40−55.

The article is devoted to research of such legal phenomenon as backgrounds and forms of participation in civil relations of subjects of public law. It is specificated several types of this phenomenon and given argumentation of necessity in improvement of acting legislation of Ukraine.

Статья посвящена изучению таких правовых явлений как основы и формы участия в гражданских отношениях субъектов публичного права. Выделяются несколько разновидностей этих явлений и аргументируется необходимость усовершенствования действующего законодательства Украины.

КОНСТРУЮВАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ У КРЕДИТНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Молодико К. Ю.,

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

У статті розглядаються сучасні підходи до правового регулювання споживчого кредитування, визначається обсяг споживчих правовідносин, аналізується можливість поширення «особливого захисту споживача» на юридичних осіб, а також обґрунтовується максимальна уніфікація цивільного законодавства за колом осіб.

Ключові слова: споживач, права споживачів, споживчий кредит, іпотека, фізична особа, юридична особа, комерційне використання, некомерційне використання.

Не таємниця, що існує істотне суспільне незадоволення діяльністю багатьох вітчизняних комерційних банків. Хоча найбільшу критику викликає, звичайно, неповернення комерційними банками депозитних вкладів, далеко не все гаразд і з кредитними правовідносинами, де мають місце чисельні випадки обману банками споживачів.

Зазначену проблему у поточному році нарешті усвідомили вітчизняні вищі державні інституції, що дуже позитивно. З невеликою перервою в часі спочатку Верховна Рада України 22.09.2011 року ухвалила зміни до Закону України «Про захист прав споживачів» [1] щодо споживчих кредитів, а далі й Конституційний Суд України 10.11.2011 р. ухвалив за конституційним зверненням громадянина А. М. Степаненка рішення № 15-рп/2011 у справі про захист прав споживачів кредитних послуг позичальників за договорами споживчого кредиту (далі – Рішення КСУ) [2].

На нашу думку, сфера захисту прав споживачів є такою, де Україна в законодавчому плані може пишатися лідерством у межах СНД. Адже першою саме Україна 12 травня 1991 року ухвалила Закон «Про захист прав споживачів» (далі – Закон про захист) [3], який став базою для аналогічних законів у інших державах СНД.

25 січня 2000 року в Москві в межах СНД було укладено Угоду про основні напрями співробітництва держав – учасниць Співдружності Незалежних Держав у галузі захисту прав споживачів (далі – Угода), яку Верховна Рада України ратифікувала 7 березня 2002 року [4].

У 2005 році Закон про захист ухвалено в новій редакції, фактично на базі відповідних директив ЄС, з тим застереженням, що Директиви ЄС, які стосувались захисту прав споживачів в процесі поширення рекламної інформації, були імплементовані в іншому законі, а саме, через внесення змін та доповнень до Закону України «Про рекламу» від 3 липня 1996 року № 270/96-ВР) [5]. Для порівняння, Росія ще й досі не здійснила аналогічного оновлення власного закону щодо захисту прав споживачів. Окремого законодавчого регулювання щодо прав позичальників за договорами споживчого кредиту в Росії немає, хоча є цікаві наукові доробки з цього питання та судова практика із «пристосування» загальних положень законодавства про захист прав споживачів до кредитних правовідносин. Особливо слід виділити два великих роз'яснення з відповідної тематики, які у вересні 2011 р. видав Вищий арбітражний суд РФ, що містять багато цікавих загальнотеоретичних позицій [6; 7].

На жаль, єдиною відомою нам докторською дисертацією із захисту прав споживачів, захищеною в Україні та Росії за останні 10 років, залишається праця О. О. Райляна [8].

З проблематики споживчого кредитування в Україні захистили кандидатські дисертації М. М. Казаков [9] та О. П. Бондар [10], але ці дослідження мають економічний характер та були захищені доволі давно, в умовах дії ще первісної редакції Закону про захист (це не виключає аналізу окремих позицій їх авторів, які не застарілі). В 2006 році, в умовах, коли нова редакція Закону про захист тільки набула чинності, захистила кандидатську дисертацію з права Г. А. Осетинська [11], але специфіка саме кредитних договорів докладно не досліджувалась. У кандидатській дисертації С. В. Семенка, захищеній в сфері державного управління [12], було розглянуто переважно організаційні аспекти системи інституцій, які мають захищати права споживача в Україні, тобто процедурні (процесуальні) аспекти цієї сфери, а не матеріально-правові.

Із наукових правових досліджень захисту прав споживачів кредитних послуг в Україні в аспекті євроінтеграції, імплементації відповідних міжнародно-правових стандартів, на нашу думку, доцільно виділити наробки О. Д. Мітяй [13], які, щоправда, поки що не набули дисертаційного вигляду.

Кращою є ситуація в Росії, де вже є нові кандидатські дисертації саме із споживчого кредитування, зокрема, О. В. Непомнящего [14], О. В. Пупиніної [15], І. В. Сарнакова [16], А. А. Алексєєва [17].

Зміст всіх зазначених досліджень (як юридичних, так і економічних, з державного управління) свідчить про те, що в них, хоч іноді і зачіпались, проте комплексно не досліджувались такі дуже важливі **проблеми, на яких нам би хотілось сконцентруватись у нашій статті:** в якій мірі права споживачів кредитних послуг – це права фізичних осіб, тобто, чи можна їх поширити на підприємницький обіг; для яких потреб має бути придбаний товар (робота, послуга), щоб підпадати під особливий захист, що надається державою споживачам, та в якій мірі права споживачів можна поширювати на іпотечні правовідносини?

Отже, відповідно до п. 22 ст. 1 Закону про захист споживач – це фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

Однак у статті 1 ратифікованої Україною Угоди [4] визначається, що для її цілей споживач – це громадянин, що має намір замовити або придбати або такий, що замовляє, придбаває або використовує товари (роботи, послуги) винятково для особистих (побутових) потреб, не пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності.

Отже, відразу є розбіжності: Закон про захист веде мову про фізичну особу, Угода – лише про громадянина. Але набагато серйозніше те, що в новій редакції Закону про захист були виключені слова «для власних побутових потреб», які визначали зміст споживчих правовідносин у первісній редакції Закону 1991 року, в Угоді ж ці слова залишаються. Крім того, наочною є розбіжність щодо ситуацій придбання товару (роботи, послуги) для виконання обов'язків найманого працівника.

Не можна також не зазначити, що, на жаль, залишається чинною Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів» від 12 квітня 1996 року № 5 [18], яка ґрунтується на застарілій редакції Закону про захист. У п.1 цієї постанови Пленум ще й досі орієнтує суди, кваліфікуючи договори як споживчі або неспоживчі, виходити з наявності «власних побутових потреб» споживача, хоча цей критерій давно в Законі про захист змінено. І навіть в період чинності старої редакції Закону про захист цей критерій обґрунтовано критикувався в доктрині через те, що незрозуміло, а що ж саме слід вважати такими потребами? [9, с.115].

У 2008 році в ЄС відбулося істотне оновлення правового регулювання споживчого кредитування, а саме, було

скасовано раніше чинну Директиву 87/102/ЄЕС [19] з цього питання та замість неї ухвалено нову Директиву Європейського парламенту та Ради № 2008/48/ЄС від 23 квітня 2008 року [20] (далі – Директива 2008/48/ЄС). На неї, до речі, обгрунтовано посилається і Конституційний Суд України в Рішенні, а також на важливе загальнометодологічне положення преамбули ще одного документа ЄС – Директиви 2005/29/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11 травня 2005 року щодо несправедливих видів торговельної практики про те, що фінансові послуги через їхню складність та властиві їм серйозні ризики потребують встановлення детальних вимог, включаючи позитивні зобов'язання торговця [21].

Так, відповідно до ст. 3 п. «а» Директиви 2008/48/ЄС термін «споживач» означає фізичну особу, яка в ході транзакцій, на які поширюється ця Директива, діє в цілях поза її діяльності, бізнесу або професії. Отже, тут також відразу ж видно розбіжність з поняттям «споживач» у вітчизняному Законі про захист щодо діяльності самозайнятих громадян (адвокатів, нотарусів, патентних повірених тощо), а також щодо іншої непідприємницької діяльності, яка приносить дохід, скажімо, надання на непостійній основі платних консультацій або читання лекцій на непідприємницьких засадах за цивільно-правовими договорами. За Директивою ЄС кредитні договори, спрямовані на обслуговування такої діяльності, будуть неспоживчими, за Законом про захист – споживчими.

У пп.13–15 преамбули та у ст. 2 основної частини Директиви 2008/48/ЄС докладно визначено сферу її регулювання. Те, що Директива надає захист лише фізичним особам, є очевидним фактом, але ніхто не перешкоджає окремим державам ЄС поширювати окремі елементи відповідних захисних механізмів і на позивальників – юридичних осіб. Таке часом і відбувається, про що докладніше буде викладено нижче.

Зрозуміло, що Директиви ЄС завжди є наслідком певного консенсусу, який нині є лише щодо саме фізичних осіб, щодо необхідності захисту юридичних осіб у кредитних правовідносинах такий консенсус відсутній. На нашу думку, це пов'язано з причинами не юридичного, а історикного характеру. Рух за права споживачів (консьюмеризм) виник на заході у 60 – 70-х роках XX ст. як відповідь на активну масовану рекламу (нерідко агресивну), спрямовану на широке коло покупців споживчих товарів, з боку їх виробників та продавців. Певною мірою, розпочалось будівництво «суспільства споживання», тобто стрімке зростання масових продаж. Громадський рух консьюмеризму якраз і ставив за мету ввести цю нову тенденцію у цивілізовані рамки, тобто щоб громадян при будівництві цього нового «суспільства споживання», принаймні, масово не ошукували. У торговельному обороті між суб'єктами підприємницької діяльності таких стрімких змін не відбувалось.

Науковець М. М. Казаков у зв'язку з цим зазначає, що однією з причин, що ускладнюють положення споживачів в економіці перехідного періоду, була лібералізація торгівлі з розвитком знеособленої системи масового споживання, що зорієнтована скоріше на виробництво безлічі товарів і видів діяльності, аніж на задоволення потреб конкретного споживача...Ринки ж у перехідний період характеризуються надзвичайно великим інформаційним дефіцитом [9, с.70].

О. О. Райлян звертає особливу увагу на суспільні тенденції, пов'язані з розвитком консьюмеризму: появу нових видів договорів, зростання сфери послуг та значущості договорів у цій царині, поширення договорів, що сполучають ознаки кількох видів [8, с. 88].

Питання про те, які кредити є «споживчими», по суті, є похідним від тлумачення економічної категорії «споживання». Щодо того, чи вважати кредити підприємствам споживчими, нам відомі такі позиції :

Позиція № 1. Ю. С. Крупнов [22, с. 54], а також О. І. Лаврушин [23, с. 185] та І. М. Лазепко [24, с. 412] вважають, що кредити юридичним особам можна визнавати споживчими в окремих випадках, а саме, коли вони безпосередньо спрямовані на цілі непродуктивного характеру, що не створюють нової вартості.

Схожою є позиція О. Д. Мітяй. Вона посилається на положення Хартії захисту споживачів, схваленою Резолюцією Консультативної Асамблеї Ради Європи від 17 травня 1973 року № 543 [25], де йдеться про захист прав споживачів – юридичних та фізичних осіб, що придбавають товар чи послугу для «private use», що, на нашу думку, доцільно перекласти як «для некомерційного використання». Ґрунтуючись на цьому, О. Д. Мітяй запропонувала визначати споживача як фізичну чи юридичну особу, яка має намір придбати чи замовити товар (роботу, послугу) для особистих (побутових) потреб, не пов'язаних з отриманням прибутку [13].

Усі зазначені позиції, на нашу думку, є уразливими, оскільки в реальному житті відповідні витрати підприємств (потенційно «прибуткові» чи потенційно «неприбуткові») неможливо чітко розмежовувати. Більше того, на собівартість виробництва товару (роботи, послуги) впливають фактично будь-які витрати підприємства, в тому числі соціальні, які воно намагається «відбити», сформувавши кінцеву вартість товару (роботи, послуги) з її собівартості плюс запланованого прибутку.

Можливо також, що Рада Європи у 1973 році у зазначеному документі рекомендаційного характеру намагалась розпочати поступове поширення прав споживачів, принаймні, на неприбуткові організації. Однак доказів наступної загальної підтримки такої правової ідеології немає. З точки зору сучасного етапу розвитку цивільного обороту було б явно незрозумілим та навряд чи справедливим, якщо б при придбанні одних і тих самих товарів (робіт, послуг), скажімо, благодійні фонди, політичні партії, інші громадські організації отримали б істотно більший рівень захисту при придбанні товарів (робіт, послуг) порівняно з підприємницькими організаціями.

Позиція № 2, висловлена Е. Корніловим. Вона частково перегукується з першою позицією та фактично полягає в тому, що споживчими можна визнавати правовідносини в окремих ситуаціях придбання товарів (робіт, послуг) неприбутковими організаціями, таких як їх придбання споживчим кооперативом для власних членів чи, наприклад, придбання побутового холодильника ЖЕКом для потреб власних співробітників [26].

Позиція № 3, яка належить Т. Крохмаль, про принципову можливість поширення прав споживачів на юридичних осіб, висловлена у формі виступу на науковій конференції [27]. Підтримуючи таку позицію по суті, зазначимо, що її розгорнутих аргументів з цього питання ми не знайшли.

Позиція № 4 належить О. О. Райляну та О. П. Бондару, які повністю заперечують можливість поширення прав споживачів на юридичних осіб. Так, О. О. Райлян у своїй докторській дисертації аргументує, що у разі такого поширення зникла б користь від особливого спеціального правового регулювання, яке захищає слабку сторону відповідних правовідносин. У наявній нині ситуації презюмується, що «професіонал», тобто виробник (продавець, виконавець роботи чи послуги), має більші комерційні, технічні знання, фінансові можливості ніж покупець (замовник). У разі ж поширення відповідних захисних механізмів на обіг між юридичними особами це могло б призводити до ситуацій, що особливий захист буде надаватися покупцям, реальна ринкова цінність яких навіть вища ніж у продавців. Одночасно О. О. Райлян зазначає, що хоча у Франції дійсно пішли шляхом поширення деяких споживчих прав фізичних осіб на юридичні особи, але він вважає правильним, що російський парламент відхилив законопроект, який грунтувався на аналогічній ідеології [8, с. 356 – 362].

Вітчизняний науковець О. П. Бондар також висловився проти визнання кредитів підприємцям споживчими, посилаючись на те, що історична традиція є іншою, а також на те, що при цьому буде дуже важкою технологія кредитування в таких її аспектах як оцінка застав, методики кредитування, контроль, бухгалтерський облік [10, с. 32]

Наша позиція на предмет дискусії є такою. Не викликає сумніву, що мета законодавства про захист прав споживачів – захистити слабого, як це зазначено в мотивувальній частині Рішення КСУ – забезпечити реальну, а не формальну рівність сторін цивільного договору [2]. Саме споживач вважається слабкою стороною відповідних правовідносин, про що чітко й зазначив КСУ, аналізуючи положення Закону про захист у взаємозв'язку з приписами частини 4 статті 42 Конституції України. Про необхідність захистити клієнта комерційного банку як слабку сторону відповідних правовідносин зазначав свого часу і Конституційний Суд Росії [28], щоправда, в аспекті банківських депозитів, але принципової різниці в аспекті дослідження тут немає.

Наша держава взяла на себе обов'язок захищати за особливими правилами (частково відмінними від загальноцивільних) громадянина як споживача навіть тоді, коли він є висококласним юристом та чудово розуміє зміст відповідного договору, або є технологом з виробництва відповідного товару та може вичерпно оцінити його споживчі якості, або є дуже заможним (набагато заможнішим за виробника та продавця товару (роботи, послуги) разом узятих) та легко може найняти відповідних фахівців для фахової перевірки як якості відповідного об'єкта цивільного обороту, що придбавається, так і юридичного змісту відповідного договору. Проте законодавець нівелює тут різницю між окремими громадянами, розраховуючи законодавство на «середнього» громадянина – «пересічного» громадянина. Адже перевіряти кваліфікацію кожного споживача в умовах масового споживчого ринку на практиці неможливо. Логіка законодавця така: хай може деякі особливо обізнані громадяни і отримують дещо незаслужені «привілеї», проте буде захищеним широке коло «пересічних» громадян, яким відповідний захист дійсно необхідний.

Адже, як справедливо зазначає В. В. Данілов [26, с. 83], споживачі в найменшій мірі володіють інформацією про вузькоспеціальні вимоги, що встановлені для виробників товарів (робіт, послуг), у зв'язку з чим потребують особливого захисту своїх прав.

Однак зауважимо, що так само як більшість громадян не є «обізнаними професіоналами», ними не є й підприємці щодо придбання конкретного товару (роботи, послуги). Кожен суб'єкт підприємницької діяльності добре розбирається в своїй справі, якою він безпосередньо займається. Громадянин може не розбиратися в реальній якості бензину в момент його придбання на АЗС для власного автомобіля, але так само в ньому не розбирається і підприємство з продажу продуктів, яке придбаває бензин на цій самій АЗС для перевезень власних товарів. В чому ж різниця між ними? Ні в чому. І оскільки законодавство про захист прав споживачів розкриває, деталізує, що є обманом та помилкою в цивільно-правовому розумінні, то так само і юридичні особи повинні мати можливість не бути обманутими та не помилятись. Звичайно, вони несуть підвищені підприємницькі ризики помилок, але яких саме помилок? На наше переконання, ці ризики мають пов'язуватися із помилковою оцінкою ними змін ринкової кон'юнктури, але не із зловживанням їхньою довірою.

Насправді, фактично елементи захисту прав споживача вже «зайшли» в цивільне законодавство «під виглядом» особливих механізмів захисту сторони договорів приєднання. Такий захист згідно зі ст. 634 ЦК України одночасно поширюється як на юридичну, так і на фізичну особу. І чомусь нікому не спадає на думку, що це неправильно, що у разі приєднання треба захищати лише фізичних осіб – непідприємців як «слабких», а юридичні особи та фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, що опинились в такій само ситуації, – не слабкі і захищати їх не треба.

Так, у Рішенні КСУ [2] єдиний орган конституційної юстиції в Україні не випадково посилається у тому числі й на ст. 634 ЦК України щодо договорів приєднання, тим самим опосередковано пов'язуючи її із захистом прав споживачів.

А Президія Вищого арбітражного суду РФ роз'яснила, що оскільки позичальник, який виступав як приватний підприємець, при укладенні кредитного договору був фактично позбавлений можливості впливати на зміст договору, проект якого був розроблений банком та містив у собі умови, які істотно порушували баланс інтересів сторін, суд вправі застосувати до такого договору положення ст. 428 ЦК РФ щодо договорів приєднання. Проте захист від дискримінаційних умов у формулярах (інших стандартних формах для приєднання) договорів – це типовий інститут законодавства про захист прав споживачів!

У цьому ж інформаційному листі Президії Вищого арбітражного суду РФ розглянуто й інший випадок, коли суди визнали дискримінаційними з посиланням на зловживання правом дії банку, який свавільно (без будь-яких порушень кредитного договору з боку позичальника) збільшив суб'єкту підприємницької діяльності вдвічі відсоткову ставку за кредитом та зменшив йому строк користування кредиту з 3 років до 5 місяців [7, пункти 2 ,3]. Попри те, банк формально використав надане йому договором право (не викликає сумніву, що позичальник на наявність у договорі цих умов ніяк впливати не міг), суди обмежили свободу договору в даному випадку фактично за такою самою ідеологією, яка застосовується у захисті прав споживачів кре-

дитних послуг. Адже якщо б суд виходив із загальноцивільної ідеології «свободи договору», він вважав би, що банк правий, адже має бути так, як формально, «вільно» зазначено сторонами в кредитному договорі.

Слід зауважити, що, на жаль, умови кредитних договорів про право банку довільно зменшувати кредитну лінію за розміром та строком користування за відсутності жодних порушень договору позичальником – типова практика і в Україні. На нашу думку, такі умови кредитних договорів потребують безпосередньої заборони законом.

Так, Велика Британія вже пішла шляхом надання підприємницьким кредитам до 25000 фунтів стерлінгів (далі – ф.ст.) таких само захисних механізмів, як і непідприємницьким [17, с.128].

Не принижуючи високого рівня докторської дисертації О. О. Райляна, слід враховувати, що у разі перспективного поширення більш жорсткого (порівняно із загальноцивільним) правового регулювання споживчих правовідносин на юридичних осіб, розуміння правових механізмів захисту прав споживачів (у матеріально-правовій їх частині) як складової саме цивільного права, просто нівелюється його концепція щодо «наявності споживчого права як окремої галузі права». Саме для штучного обґрунтування того, що це, начебто, окрема галузь права, а не підгалузь цивільного права, і потрібно цілком штучно виділяти фізичних осіб – непідприємців у цивільному обороті!

Ми ж є принциповими противниками поділу цивільного законодавства на «законодавство для підприємців» та «законодавство для непідприємців». Якщо вже так історично склалося, що окремі позитивні правові механізми виникли в сфері правочинів підприємців з непідприємцями з фізичними особами, то цей позитивний досвід просто треба поширити й на правочини між суб'єктами підприємницької діяльності. На нашу думку, немає жодних юридичних, економічних чи моральних підстав для дискримінації юридичних осіб. Так, дійсно буде відносно більше обмежена «свобода цивільного договору», але, можливо, таке обмеження є потребою часу ? Ще на початку 90-х років XX ст. О. М. Зіменкова висловила тезу, що нерівність має наслідком те, що принцип «свободи договору» у споживчих договорах не може застосовуватися взагалі, чи, принаймні, застосовуватися із значними змінами [30, с. 59 – 60]. Звичайно, повна відсутність «свободи договору» – це явне перебільшення, але модифікація такої свободи дійсно матиме місце. Це є необхідним для того, щоб уникнути притаманним, за словами професора М. І. Кулагіна, класичному буржуазному зобов'язальному праву фікції рівності сторін та свободи договору, позбавлення більш слабкої сторони можливості не лише обговорювати умову контракту, а й відмовитись від його укладення [31, с. 7].

Тим більше не можна визнати обґрунтованими зазначені вище аргументи О. П. Бондара про неможливість захисту позичальників – підприємців за правилами Закону про захист через поточні внутрішні кредитні технології банків. Якщо банки і так вже освоїли ці процедури під час роботи з фізичними особами, то не буде жодних проблем поширити їх і на юридичних осіб.

Вважаємо за доцільне також звернути увагу на те, що «споживачем» є особа, яка використовує товар (роботу, послугу), при цьому необов'язково, що вона отримала їх безпосередньо від торговця, виробника чи виконавця. Проте в доктрині з цього питання також є істотні розбіжності.

Так, В. В. Данілов вважає, що споживач – це не лише той, хто придбав товар (роботу, послугу), а й той, хто їх використовує за плату. Він не визнає статусу споживача за обдарованими особами [29, с. 28 – 29].

О. О. Райлян також стверджує, що на відміну від загальноцивільних відносин споживчі завжди оплатні, тобто він фактично визначив права тих, хто щось отримав за безоплатним правочином, з кола прав споживачів. Безоплатні правочини, скажімо, безоплатне надання медичних, освітніх послуг, на його думку, не регулюються законодавством про захист прав споживачів [8, с. 331, 402, 405].

Перед критикою цих позицій хотілося б зазначити, що у західних країнах є поділ споживчих потреб фізичної особи (розглянемо це питання на прикладі фізичних осіб) на короткострокові та довгострокові, а матеріальних благ – на такі, що забезпечують матеріальні фізичні потреби особи (продукти харчування, одяг, житло, техніка тощо) та інтелектуальні потреби (освіта, підвищення культурного та творчого потенціалу) [10, с. 12 – 14].

Не можемо погодитися з позиціями О. О. Райляна та В. В. Данілова про непоширення захисту прав споживачів на безоплатні правочини. Якщо людина придбала телевізор і подарувала другові на день народження, а він виявився неякісним та наступного дня згорів, то чому ж обсяг прав споживача у обдарованого буде меншим ніж у дарувальника?

В ситуаціях з медичними та освітніми послугами дійсно можуть виникати накладки конституційно-правових правовідносин та цивільно-правових, адже захист прав споживачів є інститутом і конституційного права, і цивільного. Але це не може позбавляти особу можливості посилатись на законодавство про права споживачів. (Конституційний Суд РФ свого часу цілком обґрунтовано визнав медичні послуги державних медичних закладів такими, що надаються в режимі односторонньої публічної цивільно-правової оферти (ухвала від 6 червня 2002 року № 115-О за заявою громадянки О. З. Мартинової [32]). Було б, принаймні, дивним, якщо б у студентів державного вузу чи хворих у лікарні були б неоднакові права на якісне лікування (навчання) залежно від того, сплатили за відповідні послуги вони (їх батьки) чи держава в межах державного фінансування діяльності медичних та освітніх закладів. Якщо керуватися такою логікою, то можна навіть дійти абсурдного висновку, що якщо держава надає пільги при кредитуванні (скажімо, повністю чи частково відшкодовує проценти за іпотечними кредитами молодим родинам), то споживчих прав у цих родин буде відносно менше порівняно з позичальниками, які повністю сплачують за кредитом самі. При цьому менше таких споживчих прав буде одночасно за всіма пов'язаними договорами – і за кредитним, і за іпотечним чи договором про навчання. Є очевидною абсурдність такого твердження.

Важко уявити, що виключення безоплатних правочинів із сфери дії Закону про захист сприяло б таким рисам сучасного суспільного життя, що мають враховуватися в правовому регулюванні, як посилення соціалізації та гуманізації сучасної ринкової економіки, орієнтація всіх її структур на інтереси індивіду, надання економічній діяльності людського обличчя [33, с. 31].

О. О. Райлян у питанні оплатності відповідних правовідносин для споживача суперечить сам собі, адже

він одночасно стверджує, що права споживачів таки існують у разі використання придбаного товару членами родини набувача, чи навіть його домашніми тваринами, які споживають придбане для них спеціальне харчування [8, с. 365 – 366, 374 – 375]. Але є ж очевидним, що і члени родини набувача, і, тим більше, домашні тварини використовують придбане безоплатно.

О. В. Пупиніна запропонувала особливо зауважити в законодавстві, що споживчим є кредит, що надається для соціально значущої діяльності (благодійної, культурної, освітньої, екологічної) [15, с.14, 38]. Звичайно, якщо позичальник використовує придбане в кредит майно для досягнення гуманітарних, соціально корисних цілей – це слід вітати. Але проблема тут ширша і пов'язана з тим, що багато речей, які придбаваються, можуть мати подвійне призначення, тобто підприємницьке і непідприємницьке.

Проблема поділу кредитування на споживче та неспоживче досліджувалась ще в радянські часи, хоча мала там інше навантаження – ефективний розподіл державних кредитних ресурсів, а не захист прав споживачів. Так, у 80-х роках XX ст. Ю. С. Крупнов стверджував, що слід вважати неспоживчими кредити на садівництво, городництво, ведення підсобного особистого господарства [22, с. 54]. Пізніше, вже в 90-і роки, О. П. Бондар, навпаки, запропонував визнавати ці кредити споживчими, адже вони мають більш споживчий характер, аніж виробничий, а джерелом їх погашення є особисті доходи громадян [10, с. 31].

На нашу думку, в умовах чинного законодавства (яке все ж поки що визнає підприємницький оборот неспоживчим) якості відповідних товарів (робіт, послуг) фактично мають подвійний характер. Адже їх корисні властивості явно можна як споживати самому, так і реалізовувати на ринку. Більше того, рішення про напрям використання може бути прийнято, виходячи з поточної життєвої ситуації позичальника, через тривалий час після отримання кредиту, зокрема після збору урожаю.

Проте на етапі отримання кредиту нерідко заздалегідь неможливо передбачити, як буде використовуватися товар (робота, послуга), що придбавається за кредитні кошти. Більше того, у майбутньому характер використання може безкінечно змінюватись. Тобто сьогодні майно використовується у непідприємницьких цілях, згодом в підприємницьких, потім знов у непідприємницьких... На нашу думку, юридична кваліфікація таких ситуацій є питанням факту, а не права. Нині (хоча, сподіваємось, ця ситуація зміниться) за чинним законодавством на особі, що придбаває майно в кредит, дійсно лежить обов'язок не використовувати його в підприємницьких цілях. Якщо доведено використання майна в підприємницьких цілях, то особа позбавляється права на захист через особливі механізми Закону про захист, при цьому одночасно за обома пов'язаними договорами – кредитному та основному, на розрахунок, за яким був наданий кредит.

Разом з тим автор переконаний, що фактична можливість використання майна з різною метою після придбання та неможливість забезпечення контролю у скільки-небудь значущих масштабах за підприємницьким чи непідприємницьким характером використання відповідного майна є додатковими аргументами щодо визнання в майбутньому споживчих кредитів, що видаються на підприємницькі цілі.

Ще більші (і мабуть, найбільші) суперечки щодо віднесення до категорії споживчих викликають іпотечні кредити. Частково аргументи вчених з цієї проблеми аналогічні вже наведеним вище щодо розмежування споживчих та неспоживчих правовідносин. Так, О. П. Бондар [10, с. 30] та І. В. Сарнаков [16, с. 12, 34 – 35] стверджують, що іпотечні кредити слід вважати споживчими, якщо предмет іпотеки використовується не для підприємницьких цілей.

Крім того, важливо, що традиційно в економіці існує поділ на інвестиції та споживчі блага, і нерухомість історично завжди відносилась, звичайно, до перших. У західних країнах аргументація щодо невизнання кредитів під іпотеку договорів споживчими мотивувалась їх довгостроковим характером, значним розміром, виробничою спрямованістю [10, с .10-11, 30].

Вважаємо, що саме історичний розвиток відповідних правовідносин є причиною того, що в Директиві 2008/48/ЄС [20] є посилання на те, що всі іпотечні кредити, а також всі кредити на суму понад 75000 євро вилучені зі сфери її дії. Проте, на нашу думку, це свідчить лише про відсутність консенсусу в межах держав ЄС з цього питання. Це ніяк на означає, що держави-члени не можуть надавати позичальникам за іпотечними кредитами захист за правилами споживчих кредитів.

Саме така тенденція спостерігається в окремих західних країнах (і не лише в межах ЄС) , зокрема в США та Великій Британії.

Так, у США існує доволі складна та розгалужена система критеріїв віднесення (чи навпаки невіднесення) договорів до споживчих. Наведемо лише деякі з них. Споживчими вважаються кредити до 25000 доларів США для особистих, сімейних домашніх потреб, у тому числі купівлі-продажу з розстрочкою платежу, у більшості штатів – також і для сільськогосподарських потреб. Визнання (чи невизнання) іпотечного кредиту споживчим залежить від сукупності таких критеріїв, як : відсоткова ставка, чи є предмет іпотеки основним місцем проживання позичальника, загального рівня доходів та вартості майна позичальника та деяких інших обставин [16, с.57; 17, с. 124 – 128]. Отже, іпотечний кредит може, залежно від конкретних обставин, вважатися споживчим чи ні.

У Великій Британії у першій редакції Consumer Credit Act 1974 року споживчими вважались кредити до 5000 ф. ст., у 1985 році планку підняли до 15000 ф. ст., у 1998 році – до 25000 ф. ст. У 2006 році планка не змінилась, але положення закону були поширені на підприємницькі кредити в межах цієї ж суми. Захисні механізми поширюються і на кредити, пов'язані з нерухомістю, сума яких не перевищує 25000 ф. ст., але щодо цих кредитів є деякі винятки не на користь позичальника, скажімо, більш жорсткі правила відмови від договору безпосередньо після його укладення [17, с. 128 – 129; 34, с. 212]. Цей концептуальний підхід частково запозичений і вітчизняним Законом про захист, в якому, зокрема, у випадках іпотечних кредитів, які, за загальним правилом, вважаються споживчими, відсутнє право позичальника на відмову від договору протягом 14 днів після надання згоди на одержання кредиту (пп. 1, 2 ч. 7 ст. 11 Закону про захист).

Таким чином, зробимо такі висновки:

1. Необхідна уніфікація поняття «споживач», оскільки встановлене нині у вітчизняному законодавстві визначен-

ня цього поняття містить розбіжності як з міжнародною договірною базою України в межах СНД, так і з правом ЄС. Доцільніше імплементувати поняття «споживача», що міститься в праві ЄС, а саме, в ст. 3 п. «а» Директиви 2008/48/ЄС.

2. В деяких країнах світу спостерігається тенденція до поступового поширення прав споживачів, у тому числі у сфері споживчого кредитування, на підприємницький оборот. Таку тенденцію треба визнати позитивною. Доцільно намагатися уніфікувати правове регулювання в сфері кредитування для підприємницького та непідприємницького обігу, оскільки для розбіжностей між ними немає жодних об'єктивних підстав. Слід прагнути до поширення захисних механізмів законодавства про захист прав споживачів, які довели свій позитивний вплив на цивільний оборот, на правочини між суб'єктами підприємницької діяльності, а згодом – і до єдиного правового регулювання підприємницьких та непідприємницьких цивільних правочинів.

3. В умовах чинного законодавства споживче призначення товару (роботи, послуги), на придбання яких надається кредит, перевіряється на етапі укладення договору. Але якщо надалі здійснюється їх підприємницьке використання, позичальники позбавляються права на особливі механізми захисту, передбачені законодавством про захист прав споживачів.

4. Принципово іпотечні кредити є споживчими, хоча в ЄС немає єдності та уніфікації з цього питання.

Найближчі перспективи подальших наукових досліджень в сфері споживчого кредитування полягають в оцінці результатів застосування судами, іншими державними органами правових позицій рішення Конституційного Суду України від 10.11.2011 року № 15-рп/2011, а також положень нового закону від 22 вересня 2011 року № 3795-VI.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Закон України* «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання відносин між кредиторами та споживачами фінансових послуг» від 22 вересня 2011 року № 3795-VI // Голос України. – 2011. – № 193.

2. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Степаненка Андрія Миколайовича щодо офіційного тлумачення положень пунктів 22, 23 статті 1, статті 11, частини восьмої статті 18, частини третьої статті 22 Закону України «Про захист прав споживачів» у взаємозв'язку з положеннями частини четвертої статті 42 Конституції України (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) від 10 листопада 2011 року № 15-рп/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=129742

3. *Відомості* Верховної Ради Української РСР. – 1991. – № 30. – Ст. 379.

4. *Урядовий* кур'єр. – 2002 . – № 66.

5. *Урядовий* кур'єр. – 1996. – № 137 – 138.

6. *Обзор* судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011. – № 146 [Электронный рессурс]. – Режим доступа: http://www.arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/39104.html

7. *Обзор* судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 года №147. Режим доступа http://www.arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/39383.html.

8. *Райлян А. А.* Теоретические основы потребительского права Росии: цивилистическое исследование. Дис. док. юрид. наук. – Казань, 2007. – 540 с.

9. *Казаков М. М.* Методичні особливості розбудови механізму захисту прав споживачів. Дис. канд. екон. наук. – К., 2004. – 208 с.

10. *Бондар О. П* Кредитування населення на споживчі потреби. Дис. канд. екон. наук. – К, 2002. – 210 с.

11. *Осетинська Г. А.* Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України. Дис. канд. юрид. наук. – К., 2006. – 220 с.

12. *Семенко С.В.* Механізми удосконалення державної системи захисту прав споживачів. Дис. канд. держ. управл. – К., 2008. – 211 с.

13. *Митяй Е. Д.* Потребитель как сторона правоотношений в современных условиях. [Электронный ресурс]. – Режим доступа http://www.icp-ua.com/ru/node/1194.

14. *Непомнящий А. В.* Потретибельское кредитование в России и роль банков в его развитии. Дис. канд. экон.наук. – М., 2008. – 175 с.

15. *Пупынина Е. В.* Кредитный договор на удовлетворение потребительских нужд. Дис. канд. юрид.наук. – М., 2009. – 165 с.

16. *Сарнаков И. В.* Правовое регулирование договора потребительского кредита. Дис. канд. юрид. наук. – М., 2009. – 238 с.

17. *Алексеев М. М.* Правовое регулирование банковского кредитования физических лиц. Дис. канд. юрид. наук. – М.., 2008. – 188 с.

18. [Електронний ресурс]. – Режим доступу http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0005700-96.

19. *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. // *OJ L 42. – 1987. – P. 48–53.*

20. *Directive* 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC // OJ L 133, 22.5.2008.

21. *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) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') (Text with EEA relevance) // OJ L 149, 11.6.2005. – P. 22–39.

22. *Крупнов Ю. С.* Проблемы планирования долгосрочного кредита в СССР. Дис. канд. экон. наук. – М., 1987. – 211 с.

23. *Деньги*, кредит и банки // Учебник под ред. О. И. Лаврушина. – М, 1998. – 448 с.

24. *Гроші* та кредит: підручник // За заг. ред. М. І. Савлука. – К., 2001. – 602 с.

25. *Consultative* Assembly of the Council of Europe Resolution 543 (1973) on a Consumer Protection Charter. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta73/ERES543.htm .

26. *Корнилов Э.* Вопросы совершенствования законодательства о защите прав потребителей // Хозяйство и право. – 1999. – № 4. – С. 67 – 68; Корнилов Э. Закон о защите прав потребителей // Законность. – 1999. – № 12. – С. 36 – 39.

27. *Крохмаль Т.* Охрана интересов потребителей / Актуальные проблемы российского права на рубеже XX-XXI векав: сборник материалов научно-практической конференции. – Пенза, 2002. – С.134 – 136.

28. *Постановление* Конституционного Суда Российской Федерации № 4-П от 23 февраля 1999 года по делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года «О банках и банковской деятельности» в связи с жалобами граждан О. Ю. Веселяшкиной, А. Ю. Веселяшкина и Н. П. Лазаренко. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.ksrf.ru

29. *Данилов В. В.* Защита прав потребителя в системе конституционных прав человека в Росиии. Дис. канд. юрид.наук. – М., 2009. – 207 с .

30. *Зименкова О.Н.* О защите прав потребителей. Аналитический обзор законодательства зарубежных стран // Законодательство и экономика. – 1993. – № 3 – 4. – С.59 – 63.

31. *Кулагин М. И.* Основные направления развития буржуазного права: Обязательственное право. Уч. пособие. / Под ред. В. К. Пучинского, М. И. Кулагина. – М., 1989. – С. 5 –15.

32. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ksrf.ru.

33. *Дочинець Н. М.* Організаційно-економічні основи захисту інтересів споживачів. Дис. канд. екон. наук. – Львів, 2007. – 238 с.

34. *Вишневский А. А.* Банковское право Англии. – М., 2000. – 300 с.

The article's author examines the modern legal regulation of consumer credit contracts, determination of "consumer legal relationships", possibility of distribution of concept «the special defence of consumers» to legal entities and proves the necessity of maximal standardization of civil legislation for the commercial and non-commercial contracts.

В статье рассматриваются современные подходы к правовому регулированию потребительского кредитования, определяется объем потребительских правоотношений, анализируется возможность распространения «особой защиты потребителя» на юридических лиц, а также обосновывается максимальная унификация гражданского законодательства по кругу лиц.

ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «МЕДИЧНА ДІЄЗДАТНІСТЬ ПАЦІЄНТА»

Миронова Г. А.,

кандидат філософських наук, провідний науковий співробітник відділу теорії та історії приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В статті досліджується проблема компетентності пацієнта як суб'єкта рішень щодо медичного втручання. Доводиться необхідність правового визначення спеціальної медичної дієздатності та розроблення юридичних засобів охорони прав недієздатних пацієнтів.

Ключові слова: згода на медичне втручання, компетентність пацієнта, медична дієздатність, некомпетентні пацієнти.

Право на вибір методів лікування та згоду на медичне втручання є одним з найважливіших прав людини. Сучасна доктрина інформованої згоди пацієнта основана на принципі поваги до гідності людини, її права на самовизначення, на самостійне прийняття рішень з важливих питань стосовно життя та здоров'я. Автономія або самовизначення пацієнта в контексті цих принципів означає, що хворі мають бути тими, хто приймає остаточні рішення, які стосуються них самих. Умовами правомірності згоди на медичне втручання за міжнародними правовими стандартами є інформованість, добровільність, компетентність пацієнта**.** Під компетентністю слід розуміти «встановлену законодавством можливість пацієнта приймати рішення про згоду чи відмову від медичного втручання» [1, с. 274].

Законодавство України не містить визначення ключового поняття «згода на медичне втручання», а також правових ознак добровільності згоди та компетентності (дієздатності) осіб, відносно яких здійснюється медичне втручання. Також не розроблено на законодавчому рівні правові процедури надання/отримання/відкликання згоди пацієнта, немає переліку невідкладних випадків, в умовах яких згода на медичне втручання не потрібна. Також в українському медичному законодавстві немає дефініції поняття дієздатності пацієнта, не визначено особливі правові режими щодо згоди на медичне втручання для окремих груп пацієнтів, не передбачено диференціацію некомпетентних пацієнтів на рівні міжнародних та європейських правових і клінічних стандартів. Не піднімаються ці питання й у сучасних вітчизняних цивілістичних дослідженнях. Внаслідок таких доктринальних та нормативних прогалин у практиці правового регулювання відносин з приводу медичного втручання виникає багато питань, пов'язаних із втіленням концепції інформованої згоди. Отже, актуальною для практики правового регулювання відносин з приводу медичного втручання в Україні є проблема визначення компетенції хворого приймати медичні рішення, зокрема, правових та клінічних аспектів медичної дієздатності особи.

Компетентність / некомпетентність пацієнта становить специфічну проблему цивільно-правового регулювання відносин медичної сфери, розв'язання якої передбачає створення спеціальних правових механізмів прийняття повноцінного рішення, що не суперечить волевиявленню пацієнта. Саме тому о**б'єктом** ініціативного дослідження, окремі результати якого представлені у статті, автор обрав **правовідносини з приводу згоди на медичне втручання**, що виникають між пацієнтом та медичним персоналом, а п**редметом — проблему визначення компетентності пацієнта** стосовно прийняття рішень щодо медичного втручання як специфічного типу цивільної дієздатності фізичної особи та її правових критеріїв. Метою цієї праці є привертання уваги до найбільш проблемних питань цивільно-правового забезпечення права пацієнта на вибір методів лікування в Україні, зокрема, постановка питання стосовно необхідності правового визначення компетентності пацієнта, введення до цивільно-правового інструментарію окремого виду спеціальної дієздатності — «медичної дієздатності», а також відсте-

ження шляхів та перспектив застосування нового поняття у цивільному праві та медичному законодавстві України.

Аксіомою теорії цивільного права є положення, що «правоздатність може бути реалізована лише через дієздатність суб'єкта — власну або його представника». Дієздатність — це «властивість суб'єкта права, яка означає його можливість самостійно реалізовувати свою правоздатність, тобто своїми діями набувати суб'єктивних прав і створювати для себе юридичні обов'язки та нести відповідальність» [2]. Дієздатність є самостійною властивістю і водночас логічним продовженням, фрагментом правосуб'єктності, що забезпечує суб'єкту права реальну правову автономію, незалежність і самостійність, можливість вільної ініціативної діяльності. С. Архипов розглядає дієздатність «як стадію розвитку правосуб'єктності, правову зрілість. Вона передбачає здатність особи самостійно здійснювати функції суб'єкта права» [3]. Дієздатність характеризує фізичну особу з боку її потенційної можливості та фактичної спроможності бути учасником правовідносин. На засадах концепції дієздатності можна індивідуалізувати конкретну фізичну особу як носія суб'єктивних прав та типізувати групу осіб за базовими для даного типу дієздатності ознаками. «Зв'язок дієздатності та правового статусу є безпосереднім, адже зі змінами характеристик дієздатності конкретної фізичної особи змінюється правовий статус, який на неї поширюється» [4, с. 27].

Дієздатність поділяється на загальну та спеціальну [5, с. 144]. Загальна дієздатність регламентується цивільним законодавством, її змістом є здатність особи реалізувати свої суб'єктивні права безвідносно до особливостей правового та соціального статусу або особистісних характеристик. Спеціальна дієздатність виникає в осіб, які, крім зазначених загальних, володіють спеціальними ознаками, з моменту набуття ними відповідної ознаки. Наприклад, спеціальним може бути статус особи як представника тієї чи іншої соціальної групи, відокремленої за певним юридико-значущим началом (родом діяльності, віком та ін.). Цей статус обумовлюється особливостями потреб і функціональної спеціальної активності осіб та підтверджується відповідними нормативними актами, що надають спеціальні додаткові права і обов'язки для певного кола осіб. Спеціальний статус доповнює або обмежує загальний правовий статус та на відміну від загального статусу, який є постійним, має минущий характер.

Момент виникнення спеціальної дієздатності різними галузями права визначається по-різному, що залежить від характеру регульованих галуззю права суспільних відносин та особливостей суб'єкта права. Так, спеціальною є заповідальна дієздатність [6, с. 8], яка являє собою визначену законом можливість повнолітньої фізичної особи висловити свою волю щодо розпорядження належним їй майном на випадок смерті. Обов'язковим елементом земельної дієздатності [7] є громадянство України, а додатковими складовими земельної дієздатності є спеціальна сільськогосподарська кваліфікація або досвід роботи в сільському господарстві. «Сімейна дієздатність — це здатність виступати самостійним учасником сімейних відносин та вчиняти у цій сфері дії з правовими наслідками» [8]. Також дослідники виокремлюють: спеціальну дієздатність члена парламенту [9, с. 6], трудову дієздатність фізичної особи [4], спеціальну дієздатність в праві соціального забезпечення [10] тощо.

Загальна дієздатність фізичної особи в Україні регламентується цивільним законодавством. Відповідно до Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) видами цивільної дієздатності є повна, часткова, неповна і обмежена. Ці категорії використовуються законодавцем для визначення часу виникнення дієздатності, а також її обсягу. Умовою правомірності медичного втручання за українським законодавством є згода дієздатного пацієнта, що відповідає певним критеріям (ст. 284 ЦК України, ст. 43 Основ законодавства України з охорони здоров'я). Повнолітні дієздатні особи мають право на вибір методів лікування та відмову від медичного втручання. Стосовно пацієнтів віком до 14 років (малолітньої дитини) медичне втручання здійснюється за згодою їх законних представників, що означає, що згоду та відмову щодо медичного втручання надає виключно представник (батьки, опікуни). Діти від 14 років мають компетенцію давати згоду на медичне втручання, але не компетентні давати відмову, методи лікування застосовуються за погодженням із батьками (іншими представниками).

Двома чинниками, що впливають на обсяг здатності фізичної особи приймати рішення щодо медичного обслуговування (медичної дієздатності) за українським законодавством є вік та стан психічного здоров'я. Медична дієздатність пов'язується законом із досягненням особою віку 14 та 18 років та відсутністю судових визначень стосовно обмеження дієздатності. Особливі режими щодо згоди хворих стосуються, зокрема, лікування дітей, психічнохворих осіб, здійснення медичної допомоги у невідкладних ситуаціях (також недобровільного та обов'язкового медичного втручання, що не є предметом дослідження). Прив'язка законодавця до досягнення певного віку та визначеного психічного стану особи є зрозумілою умовністю, що викликана потребами встановлення загальних правил та впровадження єдиного підходу для ідентифікації характеристик певних груп пацієнтів. Однак цей підхід є занадто формалізованим та не враховує важливих особливостей прояву компетентності пацієнтів різних категорій.

Особливий характер медичної компетенції як спеціальної дієздатності проявляється в тому, що передбачає, з одного боку, здатність особи 1) розуміти основні процеси, що відбуваються у власному організмі, специфіку та причинно-наслідковий зв'язок подій медико-біологічного значення; 2) усвідомлювати власні потреби та наслідки того чи іншого вибору; 3) виявляти волю, а саме: керувати власними діями, приймати та висловлювати логічно аргументовані рішення, дотримуватися послідовності дій, пов'язаних із власним вибором, брати тягар відповідальності за свій вибір.

То ж дієздатність особи пацієнта має як суб'єктивну, так і об'єктивну складові. Суб'єктивна сторона як фактична здатність, спроможність адекватно сприймати, оцінювати інформацію щодо власного стану, здійснювати акти волевиявлення — завжди індивідуальна, гнучка, рухома. Водночас об'єктивна сторона — як система ознак та індикаторів (в тому числі юридичних), на підставі яких виявляється, ідентифікується та унормовується така компетентність, — має бути статичною за визначенням. Звідси завдання права полягає в тому, щоб, з одного боку, забезпечити (у максимально можливій мірі) умови для адекватного для кожного окремого випадку волевиявлення

суб'єктів відносин, з іншого — поставити (наскільки це можливо) заслін для помилок та зловживань. Оскільки метою правого регулювання є не індивідуалізація, а уніфікація та формалізація, таке балансування між юридичною та фактичною складовими є нелегким, але важливим та в принципі реальним завданням, що необхідно розв'язувати нам в Україні в контексті вже існуючих міжнародних стандартів та відповідного практичного досвіду.

Загальні принципи щодо правового регулювання відносин з приводу медичного втручання та спеціальних режимів надання/отримання згоди на медичне втручання містяться у низці міжнародних правових документів. Так, відповідно до європейських правових стандартів добровільність лікування має стосуватися всіх медичних процедур за винятком обставин, спеціально вказаних у нормах законодавства. У *Декларації про політику в галузі забезпечення прав пацієнтів в Європі* (Амстердам 1994 р.) стосовно принципу згоди на медичне втручання містяться такі положення : 3.2, *пацієнт має право відмовитись від медичного втручання* чи призупинити його проведення; 3.5, у випадках, коли потрібна згода законного представника дитини чи дорослого, все-таки *необхідно залучати пацієнта до процесу прийняття рішення в тій мірі, в якій дозволяє його стан*; 3.7, в усіх випадках, коли пацієнт не в змозі надати інформовану згоду, необхідно зробити все можливе, щоб *процес прийняття рішення був повноцінним*, з урахуванням того, що відомо по даному випадку, а також того, що можна передбачити відносно побажань пацієнта; 6.4, у випадках, коли сам пацієнт не може скористатися своїми правами, їх повинен здійснити його *законний представник або особа, уповноважена на це пацієнтом.*

Відповідно до Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (Ов'єдо 1997 р.) (далі — Конвенція Ов'єдо), яку підписала держава Україна, «будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватись тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи» (стаття 5). «Думка неповнолітньої особи враховується як визначальний чинник, важливість якого збільшується пропорційно віку та ступеню зрілості цієї особи. Особа, що хворіє на психічне захворювання, у міру можливості бере участь у процедурі надання дозволу» (стаття 6); «якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше» (стаття 9).

У *Пояснювальній доповіді до Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини* (Страсбург 1997 р.) (далі —Пояснювальна доповідь до Конвенції Ов'єдо) у пункті 42 вказано, що Конвенція не має на меті встановити єдину для всієї Європи юридичну систему, але покликана *передбачити загальні стандарти захисту осіб, які не здатні надати згоду*. Внутрішнє право кожної країни має визначити норми і правила стосовно дієздатності осіб щодо надання згоди на медичне втручання, враховуючи такі вихідні положення: «*нездатність надавати згоду необхідно розуміти в контексті конкретного втручання*»; «*позбавляти певних осіб права на самостійний вибір лікування слід тільки в тих випадках, коли цього потребують найкращі інтереси відповідних осіб*».

Як видно, у європейських етичних кодексах та правових актах з питань прав пацієнтів дієздатність пацієнта набуває спеціального статусу, отже відрізняється від загальної концепції дієздатності фізичної особи. Проблема дієздатності у медичних правовідносинах пов'язана із необхідністю оцінити психічну компетенцією особи, її спроможність до розуміння різних аспектів життя та здатність приймати адекватні рішення, що стосуються медичного втручання у сферу здоров'я. Така здатність може бути зниженою внаслідок віку, хвороби, певного функціонального стану. Тому групи хворих, які некомпетентні (або обмежено компетентні) приймати рішення за себе, за європейськими стандартами це: діти, особи у певних психіатричних чи неврологічних станах, тимчасово непритомні та такі, що перебувають у стійких вегетативних станах. Ці хворі потребують особливих правових режимів визначення компетентності та отримання згоди.

Неповнолітні пацієнти. Упорядкування правовідносин у сфері прийняття рішень стосовно лікування дітей спрямоване на забезпечення прав та гідності дитини. Загальні засади стосовно прав дітей, які необхідно взяти до уваги у зв'язку із розробленням проблеми медичної дієздатності дитини, викладено, зокрема, у Конвенції про права дитини (ООН 1989 р.), де задекларовано, що держави-учасниці «зобов'язуються поважати право дитини на збереження індивідуальності» (стаття 8), «забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що торкаються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю» (стаття 12); «поважають право дитини на свободу думки, совісті та релігії» (стаття 14); «вживають всіх необхідних законодавчих, адміністративних, соціальних і просвітних заходів з метою захисту дитини від усіх форм фізичного та психологічного насильства, образи чи зловживань» (стаття 19). Одним з керівних принципів, що закріплено у Преамбулі Європейської конвенції про здійснення прав дітей (1996 р., набрання чинності для України з 01.04.2007) є положення, що «думкам дитини має приділятися належна увага». Відповідно до статті 6 цієї Конвенції під час розгляду справи, що стосується дитини, перед прийняттям рішення судовий орган, якщо внутрішнім законодавством дитина визнається такою, що має достатній рівень розуміння, надає можливість дитині висловлювати її думки, приділяє належну увагу думкам, висловленим дитиною».

Сімейний кодекс України надає дитині певне коло прав (стаття 152), зокрема, дитина має право противитися неналежному виконанню батьками своїх обов'язків щодо неї; звернутися за захистом своїх прав та інтересів до органу опіки та піклування, інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій; звернутися за захистом своїх прав та інтересів безпосередньо до суду, якщо вона досягла чотирнадцяти років. За нормою статті 10 Закону України «Про охорону дитинства»: «кожній дитині гарантується право на свободу, особисту недоторканність та захист гідності».

У зв'язку із медичним втручанням стосовно дитини у пункті 45 Пояснювальної доповіді до Конвенції Ов'єдо дається роз'яснення, що з метою збереження самостійності пацієнтів «думку неповнолітньої особи слід брати до уваги як чинник, який набуває дедалі більшої сили із урахуванням віку та розумової зрілості дитини. Це означає, що згода неповнолітнього має обов'язково братися до уваги, принаймні, при деяких втручаннях».

В контексті реалізації наведених принципів низкою авторів висловлюється думка, що вказаний в ЦК України перелік можливостей, які включаються до часткової дієздатності малолітньої фізичної особи, є недостатнім для її повноцінного фізичного, духовного та соціального розвитку. Так Р. Стефанчук піднімає питання про «необхідність включення до даного переліку низки особистих немайнових прав малолітнього; права власності на створену малолітнім річ; права на захист порушених прав та охоронюваних законом інтересів малолітньої фізичної особи, особливо за умови, коли таке порушення здійснене з боку його законних представників тощо» [11, с. 76]. На думку Я. Радиша та А. Віденського, «варто передбачити реалізацію права дитини на самозахист не тільки у випадку неналежного виховання, а й у випадку порушення батьками права на належну медичну допомогу» [12, с. 12].

Така постановка питання виглядає своєчасною в контексті останніх наукових висновків стосовно темпів та особливостей соціально-психологічного розвитку сучасної дитини. Наприклад, «північноамериканська традиція передбачає усвідомлення дітьми з 8-річного віку основних процесів, які перебігають у дитячому організмі» [12, с. 12]. Отже, є вагомі підстави конкретизувати права дитини також в руслі надання юридичних прав відносно її впливу на вибір чи обмеження методів медичного втручання в організм. Принаймні, згода або відмова неповнолітнього має обов'язково братися до уваги при деяких втручаннях. Зокрема, в ситуаціях, якщо відмова пов'язана із світоглядними та релігійними переконаннями неповнолітнього пацієнта та аргументовано висловлюється психічно та соціально зрілою дитиною, що має достатній рівень розуміння.

Пацієнти із психічними чи неврологічними розладами, які згідно із існуючими критеріями небезпечні для себе або для інших, викликають складні етичні та юридичні питання, що актуалізує необхідність адекватних правових засобів для реалізації прав та захисту гідності осіб цієї вразливої категорії. У спеціальному законодавстві та практиці відносин з надання медичної психіатричної допомоги в Україні тріумфує лікарський патерналізм, який, як правило, не передбачає участі особи пацієнта та його представників (законних або добровільних) у лікувальному процесі. Так, згідно зі ст. 12 *Закону України «Про психіатричну допомогу»* амбулаторна психіатрична допомога може надаватися *без усвідомленої згоди особи або без згоди її законного представника* у разі встановлення у неї тяжкого психічного розладу. Відповідно до ст. 14 особа, яка страждає на психічний розлад, може бути госпіталізована до психіатричного закладу *без її усвідомленої згоди або без згоди її законного представника*.

Однак такої правової категоричності не спостерігається у провідних міжнародних актах, якими встановлюються етичні та правові стандарти регулювання відносин за участю психічнохворих пацієнтів. Загальні принципи стосовно застосування примусових заходів медичного характеру до психіатричних пацієнтів викладені у *Положенні та поглядах Всесвітньої психіатричної асоціації про права та захист психічних хворих* (Афіни 1989 р.) та юридично закріплені у *Конвенції «Про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування»* (Конвенцію ратифіковано Україною із застереженням). В цих документах, зокрема, зазначено, що примусове медичне втручання є грубим порушенням прав людини і пацієнта, отже, потребує суворої регламентації на рівні національного законодавства — особливих критеріїв та гарантій при застосуванні. Примусове медичне втручання повинно здійснюватись *відповідно до правила найменшого обмеження прав людини*, виключно на основі рішення суду чи іншого компетентного незалежного органу.

У Пояснювальній доповіді до Конвенції Ов'єдо дається роз'яснення відносно застосування у національному праві концепції статті 6 щодо участі окремих категорій хворих у прийнятті медичних рішень. У пункті 43 вказано, що «з метою захисту прав людини та запобігання дискримінаційних критеріїв необхідно взяти до уваги причини, з яких повнолітня людина може вважатися не здатною на згоду: внаслідок розумової відсталості, психічного захворювання, хвороби чи аналогічних причин. Термін «хвороба» належить до таких ситуацій, як нещасний випадок, стан коми, коли пацієнт не здатен висловити або передати свою волю. Якщо доросла людина вважається нездатною, але в певний момент не страждає від зниження розумових здібностей (наприклад, під час полегшення), вона має особисто давати згоду відповідно до статті 5 Конвенції». Пункт 46 Пояснювальної доповіді також містить положення, що «не можна виключати повністю участь дорослих, що нездатні давати згоду, у прийнятті рішень. Це передбачає необхідність у міру можливості залучати дорослого до процедури отримання згоди».

За словами керівника з етики Світового Лікарського Товариства Джона Р. Вілл'ємса, серед іншого, важливо поважати такі права цієї категорії хворих, як право на свободу, недоторканність, на повагу до гідності у найбільш можливій мірі. Зокрема, необхідно «зробити розмежування між недобровільним ув'язненням і примусовим лікуванням», а також «визнати право цих людей на відмову від лікування, якщо воно зрештою може бути обмежене. Законною причиною для відмови може бути болісний досвід лікування в минулому, серйозні побічні ефекти психотропних ліків. Коли використовуються замісні приймальники рішень для таких пацієнтів, лікарі повинні впевнитись, що пацієнти дійсно становлять небезпеку для себе або для інших, а не тільки незручності. Вони повинні спробувати з'ясувати уподобання пацієнтів відносно лікування, а також причини цих уподобань, навіть якщо в кінцевому випадку ці уподобання не можуть бути виконані» [13, с. 53—54].

Виходячи із наведеного аналізу, можна говорити про специфіку прояву та визначення медичної дієздатності психічнохворих та осіб, визнаних недієздатними у порядку цивільного судочинства. Так, на виконання ст. 6 Конвенції Ов'єдо в деяких європейських країнах здатність пацієнта надавати згоду окремо визначається у кожному випадку медичного втручання, в інших — процедура побудована на принципі обмеження дієздатності на один або декілька видів лікувальної допомоги. Це питання стоїть на порядку денному і в Україні.

Непритомні пацієнти в клінічних умовах невідкладного медичного втручання. У невідкладних випадках (за наявності реальної загрози життю фізичної особи) українське законодавство передбачає, що згода хворого або його законних представників на медичне втручання не потрібна (ст. 284 ЦК України, ст. 43 Основ, ст. 6 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів

людини»). У клінічній практиці це положення трактується у такий спосіб, що тільки сам факт загрози ситуації для життя є підставою для медичного втручання без згоди пацієнта, та, можливо, всупереч його позиції. Прикладом такого розуміння є висловлювання практикуючих лікарів: «якщо за суб'єктивною оцінкою лікаря відмова від проведення маніпуляції або госпіталізації загрожує життю пацієнта, то вони повинні бути проведені» [14] без згоди пацієнта. Така практика не відповідає прийнятим європейським стандартам. Так, у пунктах 60—62 Пояснювальної доповіді до Конвенції Ов'єдо надається роз'яснення щодо випадків, коли дієздатні особи, які є компетентними висловити свої побажання щодо медичного втручання, заздалегідь виражають власну згоду або відмову у зв'язку із конкретними обставинами, які можна передбачити. Тут зазначено, що положення статті 9 Конвенції Ов'єдо («якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше») передбачають, що необхідно «брати до уваги» завчасно висловлені побажання пацієнта стосовно лікування та догляду.

Алгоритм прийняття рішень щодо медичного втручання у невідкладних ситуаціях за європейськими етико-правовими стандартами є особливим, але в його основі лежить мета прийняття повноцінного рішення, що не суперечить волевиявленню пацієнта. Зокрема, механізм прийняття рішень у невідкладних ситуаціях, обтяжених втратою свідомості пацієнта, пропонується у *Декларації «Про права пацієнта»* Світового лікарського товариства: «Якщо хворий знаходиться у непритомному стані або з інших причин не може висловити свою волю, (1) інформована згода має бути отримана, коли це можливо, від легально уповноваженого представника. Якщо легально уповноваженого представника немає, але медичне втручання ургентно необхідне, (2) згода хворого може бути припущена, допоки вона не очевидна, на основі попереднього твердого вираження хворого або переконаності в тому, що він/вона відмовиться дати згоду на втручання в цій ситуації». (3) «*Головними критеріями, які будуть використовуватись для рішень щодо лікування для недієздатного хворого, є його побажання, якщо вони відомі. Побажання можуть бути знайдені у попередніх директивах або, можливо, були доведені до призначеного замісного приймальника рішення, лікаря або іншого члена медичної групи*. (4) Коли уподобання недієздатного хворого не відомі, рішення щодо лікування повинні бути засновані на найкращому інтересі хворого. Найкращий інтерес хворого характеризується такими індикаторами: а) діагноз і прогноз захворювання; б) відомі цінності хворого; в) інформація, отримана від осіб, які мають важливе значення в житті хворого; г) аспекти культури та релігії хворого, які будуть впливати на рішення щодо лікування. Цей підхід є менш певним, ніж у випадку, якщо хворий залишив особливі інструкції з приводу лікування, але дозволить зробити висновок, який у світлі інших виборів зробив би хворий» [13, с.51].

У *Декларації «Про права пацієнта»* Світового лікарського товариства також пропонується легалізувати та стандартизувати *інститут замісного приймальника рішень щодо медичного обслуговування*, який є реальною альтернативою лікарського патерналізму. Закони деяких країн встановлюють відповідних замісних приймальників рішення у низхідному порядку: представник, уповноважений пацієнтом; чоловік або дружина; дорослі діти; брати і сестри (тощо). Лікарі приймають рішення за хворих лише тоді, коли призначений замісник не може бути знайдений, як це буває, наприклад, у надзвичайних ситуаціях. Принципи і процедури для інформованої згоди так само застосовуються щодо замісного суб'єкта прийняття рішення, як і до хворих, які приймають власні рішення. Замісний приймальник рішень та лікарі повинні спробувати з'ясувати уподобання пацієнтів відносно лікування, а також причини цих уподобань.

У демократичних країнах із традиційно впливовим інститутом прав людини та розвиненим медичним законодавством склався стандартизований правовий алгоритм прийняття рішення за некомпетентних хворих, який ґрунтується на положенні, що зобов'язує брати до уваги відомі уподобання хворого, наскільки це можливо. Правовий механізм прийняття рішень за хворих, що нездатні висловити свою волю, містить важливу складову — попередні розпорядження щодо методів лікування та догляду, які є ефективним додатковим засобом реалізації прав некомпетентних пацієнтів.

Правовий статус попередніх розпоряджень пацієнта у національному законодавстві європейських країн дуже різний. В країнах*, в яких були прийняті спеціальні закони, що надають юридично обов'язкову силу завчасно висловленим побажанням (Австрія, Бельгія, Велика Британія, Іспанія, Нідерланди, Угорщина, Фінляндія), завчасна відмова від лікування здебільшого має саме таку силу, як відмова, зроблена компетентним пацієнтом у теперішній час. Проте, щоб бути дійсними, попередні директиви мають бути складені у письмовій формі та не суперечити закону та належній клінічній практиці.

Країни, в яких немає юридично легітимної сили завчасно складених документів (Німеччина, Франція, Швейцарія), але які планують впровадити спеціальне законодавство, попередні розпорядження мають консультативне значення, як один з елементів серед можливих медичних рішень. В країнах, в яких немає спеціального законодавства та відсутній законний статус попередніх директив (Греція, Італія, Литва, Норвегія, Португалія, Сербія, Словакія, Туреччина, Україна — крім останньої всі ратифікували Конвенцію Ов'єдо), в принципі немає перешкод для того, щоб дефакто скласти заповіт про медичні умови доживання або призначити довірену особу з питань охорони здоров'я за аналогією із цивільно-правовими інститутами заповіту, доручення, представництва. Але у більшості з цих країн попередні розпорядження в медичній практиці практично не використовуються через сильний патерналізм, який домінує у відносинах між лікарем і пацієнтом, та юридичні проблеми — у ситуаціях, коли пацієнт не може висловити свої уподобання щодо лікування, пріоритет переважно віддається бажанням членів сім'ї. Питання попередніх медичних розпоряджень та представництва пацієнта в українському законодавстві також невнормоване. Юридично не

* Вибір країн обмежено оглядом, який представлено у доповіді для Ради Європи за матеріалами Дослідницького семінару з попередніх розпоряджень, організованого 18 – 22 червня 2008 року Інститутом медико-біологічної етики Цюріхського університету за підтримки Європейського наукового фонду (ESF).

визнається завчасна відмова, яка застосовується, коли пацієнт стає не в змозі прийняти рішення, не існують законні можливості скласти заповіт про доживання, а також призначити довірену особу з охорони здоров'я.

Таким чином, як було зазначено, загальна проблема регулювання правовідносин за участю уразливих категорій пацієнтів в українському законодавстві корениться у відсутності відповідних теоретичних розробок та нормативних засад. Зокрема, в українській цивілістичній науці, як і медичному законодавстві, не передбачено диференціацію некомпетентних пацієнтів, як цього вимагають міжнародні стандарти стосовно прав пацієнтів. На фоні активних дискусій та пошуків зарубіжних колег з питань індикаторів, критеріїв, методик визначення дієздатності та психічної компетенції окремих категорій пацієнтів дивує суцільна байдужість в українській правовій думці. Така ситуація найгіршим чином відбивається на якості нормативного матеріалу регулювання відповідної сфери правовідносин.

Фактично на порядку денному стоїть завдання розроблення найскладнішої та найважливішої компоненти правового регулювання відносин медичної сфери − концепції компетентності пацієнта (медичної дієздатності). Проблема компетентності пацієнта набуває особливої гостроти, оскільки медичні відносини стосуються вторгнення в делікатну приватну сферу тілесного та духовного буття людини. Отже, зачіпають сферу абсолютних цінностей людини, найдорожче, що в неї є, — власне тіло, духовність, моральні цінності. Саме тому медичну дієздатність необхідно виокремити як спеціальну, що означає, що формальні межі дієздатності пацієнта мають бути, з одного боку, спеціально визначеними, з іншого — гнучкими та адаптованими до конкретної ситуації. На практиці це може означати, що деякі категорії хворих можуть бути юридично не компетентними (у сенсі цивільної дієздатності), але їхні уподобання повинні бути взяті до уваги, особливо коли рішення стосовно лікування будуть прийматися за них. Саме через визначення поняття «медична дієздатність» та розроблення відповідного категоріального та правового інструментарію можна надати специфічний правовий статус для певних груп пацієнтів та запропонувати адекватні юридичні засоби охорони прав та гідності недієздатних пацієнтів якісно різних категорій.

Таким чином, виходячи з викладеного вище, робимо такі висновки:

1. Основою спеціальної дієздатності є сукупність ознак — соціальних, фізичних, психічних якостей людини, необхідних для здійснення певної групи суб'єктивних прав. Стосовно медичної дієздатності вирішальне значення набувають інтелектуальні та вольові якості особи, які виявляють її спроможність бути автономним суб'єктом медичних рішень. Виходячи з цього фізичні особи — пацієнти виокремлюються за критерієм здатності розуміти і утримувати інформацію та приймати рішення, основані на раціональних мотивах (який не завжди збігається із критеріями цивільної дієздатності). То ж медична дієздатність не прив'язана однозначно до вікової межі та визначеного психічного захворювання, отже, жорстко не корелює із цивільною дієздатністю. Але в українській інтерпретації вони фактично збігаються.

2. З точки зору права фізичної особи на вибір методів лікування доцільно виокремити спеціальну дієздатність пацієнта та у зв'язку із цим — спеціальні правові режими отримання згоди на медичне втручання стосовно різних груп пацієнтів. Окремий блок юридичних проблем утворюють питання визначення компетентності та отримання згоди на лікування стосовно осіб, що є недієздатними чи обмежено дієздатними: малолітніх, неповнолітніх, осіб, що хворіють на психічні захворювання. До таких питань, що потребують юридичного супроводження, також належать: право на вибір методів лікування та дієздатність підлітків; отримання згоди від дітей, що страждають на психічні розлади; цивільно-правовий механізм захисту прав осіб, що згідно із законодавством підлягають недобровільному та примусовому лікуванню; прецедентний вплив рішень стосовно уразливих категорій пацієнтів на практику правозастосування.

3. Також спеціальними повинні бути процедури визнання особи недієздатною стосовно волевиявлення щодо медичного втручання із використанням типових верифікованих методик вимірювання особистісних ознак в контексті їхнього впливу на здатність особи діяти в правових умовах медичного втручання та з урахуванням специфіки конкретної ситуації. Якщо є хоча б найменша можливість констатувати наявність у пацієнта здатності до прийняття раціональних рішень та якщо немає обмежень, які конкретно передбачені у спеціальному законі з метою захисту заінтересованих осіб та охорони публічного інтересу, то всі інші міркування доцільності мають поступитися на користь рішень пацієнта.

Отже, визнання спеціального статусу медичної компетенції особи ґрунтується на тій аксіомі сучасної правової теорії, що людина як суб'єкт правовідносин з приводу медичного втручання має виключне право на розпорядження своїм тілом, життям і здоров'ям, отже її аргументи, в першу чергу, мають бути взяті до уваги, навіть якщо вони видаються незрозумілими та не збігаються із поширеними в даній культурі позиціями.

Проведений аналіз надає змогу констатувати необхідність визначення на доктринальному та нормативному рівнях юридичних та клінічних критеріїв правосуб'єктності фізичних осіб як учасників відносин з приводу медичного втручання. Стосовно осіб, що є відповідно до визначених критеріїв некомпетентними приймати рішення щодо медичного втручання, необхідно розробити спеціальні правові механізми прийняття рішень, які ґрунтуватимуться на засадах спеціальної медичної дієздатності. Відповідні положення доцільно помістити у спеціальному законодавстві, що регулюватиме такі правовідносини.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Сенюта І.* Право людини на особисту недоторканність у контексті надання медичної допомоги // Медичне право України: проблеми становлення та розвитку. Матеріали І Всеукраїнської науково-практичної конференції 19—20 квітня 2007 р. м. Львів. — 350 с.

2. *Марчук В. М., Ніколаєва Л. В.* Нариси з теорії права: навч. посіб. — К.: Істина, 2004. — 304 с. // www.jenessi.net/narisi_pravo/696-15.2.-subkti-pravovdnosin-ta-kh-pravov.html.

3. *Архипов С. И.* Субъект права в центре правовой системы // Государство и право. — 2005. — № 7. — С. 3—23.

4. *Пивовар В.* Трудова дієздатність фізичної особи // Підприємництво, господарство і право. — 2011. — №7. — С. 26-29.

5. *Теорія держави і права* / Р. А. Ромашов, Н. М.Пархоменко, С. М. Легша. — К., 2007. — 216 с.

6. *Заіка Ю.О.* Становлення і розвиток спадкового права в Україні / Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня докт. юрид. наук. — 2007. — 25 арк.

7. *Гайворонський В. М., Жушман В. П.* Аграрне право України. Підручник. Харків: Право, 2003 // http: ebk.net.ua/Book/law/gayvoronskiy_apu/part16/1605.htm.

8. *Харитонов Є. О., Старцев* О. В. Цивільне право України. Підручник., 2007 // all-books.biz/pravo-grajdanskoe/subekti-tsivilnih-pravovidnosin.html.

9. *Радченко О. І.* Статус народного депутата України: проблеми теорії і правового регулювання / Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук. – Х.,2005. – 16 арк.

10. *Чутчева О.* Громадяни як суб'єкти соціально забезпечувальних правовідносин: теорія і практика // Право України. — 2003. — № 7. — С. 65-69.

11. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України*: У т. / За відповід. ред.. О. В. Дзери , Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — Т.1. — 832 с.

12. *Радиш Я.Ф., Віденський А. Б.* Правове регулювання медичного забезпечення дитячого населення в Україні // Современная педиатрия. — 2009. — № 4. — С. 8—14.

13. *Підручник з лікарської етики*. Переклад з другого англійського видання 2009 року за редакцією академіка АМН України Любомира Пирога. — 140 с.

14. *Беденко Е. А., Серегин А. Ю.* Правовое регулирование оказания помощи пациентам, которые находятся в угрожающих жизни состояниях / Медицина неотложных состояний. 2007. — № 3 // urgent.mif-ua.com/archive/issue-108/article-275.

The problem of competence of the patient as a subject of decisions in relation to medical interference is probed in the article. The author argues the necessity of legal definition of special medical capacity and development of legal protection of incapacitated patients.

В статье исследуется проблема компетентности пациента как субъекта решений по поводу медицинского вмешательства. Доказывается необходимость правового определения специальной медицинской дееспособности и разработки юридических средств охраны прав недееспособных пациентов различных категорий.

СПОСОБИ ПРОТИДІЇ ЗЛОВЖИВАННЮ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ПРАВОМ: ЕФЕКТИВНІСТЬ ТА ПРІОРИТЕТИ

Гайдулін О. О.,

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

У статті досліджується дискусійне питання вибору оптимальних засобів протидії та попередження зловживання процесуальним правом. На основі аналізу різних законодавчих способів розв'язання цієї проблеми пропонується переглянути основні існуючі пріоритети. Як свідчить судова практика європейських країн, найефективніше протидіє зловживанню правом не звуження правомочностей учасників процесу, а навпаки, їх розширення на договірній основі.

Ключові слова: третейські суди, зловживання процесуальним правом, зловживання процесуальними правами, третейська (арбітражна) угода.

У модернізації процесуального законодавства помітною є тенденція до розширення дискреційних, диспозитивних, змагальних засад судочинства, можливостей договірного регулювання процесуальних відносин [1, с. 92 – 96]. Однак головна аргументація противників лібералізації процесуального законодавства зводиться до того, що зменшення питомої ваги імперативних процесуальних норм за рахунок збільшення відповідних диспозитивних норм, поширення сфери суддівського розсуду та дискреційних повноважень учасників процесу неминуче створює сприятливе середовище для зловживання процесуальним правом. З'ясування ефективності засобів, що застосовує законодавець для подолання подібних проявів зловживання правом, а також визначення пріоритетності вибору таких засобів і є **головною метою дослідження**, результати якого викладені в даній статті.

Питання протидії зловживанням процесуальним правом є одними з найбільш актуальних у сучасному правознавстві. У нашій країні ці проблеми в різні роки досліджували С. В. Андрощук, Л. Г. Лічман, В. Б. Руденко, А. В. Смітюх, М. О. Стефанчук, О. С. Фонова, М. М. Хміль. В Росії ця проблематика була в центрі уваги таких вчених як: Є. В. Васьковський, Я. В. Грель, В. П. Грибанов, А. Н. Єрмаков, Н. А. Шебанова. Серед досліджень останніх років, присвячених проблемам зловживання процесуальними правами, є праці А. В. Юдіна [2; 3; 4]. Зловживання, спрямовані на маніпуляції з підсудністю, досліджуються А. Р. Султановим [5, с. 103–119].

Загальновизнане визначення зловживання процесуальним правом ґрунтується на розумінні класиком цивільного процесу Є. В. Васьковським цього неприпустимого здійснення процесуального права як такого, що робить розгляд справи неправильним, несвоєчасним, несправедливим [6, с. 677]. Таке тлумачення «процесуальних» зловживань корелює з класичною у цивілістиці дефініцією зловживання правом, яке наводить В. П. Грибанов.: «Зловживання правом – це особливий тип цивільного правопорушення, вчиненого уповноваженою особою при здійсненні нею приналежного їй права, пов'язаний з використанням недозволених конкретних форм у рамках дозволеного їй законом загального типу поведінки» [7, с. 47].

Близькими за змістом до зловживання цивільним правом є поняття шикани (від німецького Schikane – причіпка), як дій з прямим наміром завдати шкоди іншій особі, а до поняття зловживання процесуальним правом – термін «процесуальні диверсії» [8, с. 103].

Детальний аналіз суті зловживання процесуальним правом виходить за межі предмета даної публікації. Тому зосередимо основну увагу на тому, яким із можливих способів протидії зловживанням у сфері правосуддя в нашій країні віддається пріоритет.

Необхідно зазначити, що основним таким способом убачається вдосконалення процесуального законодавства. Причому головним напрямом протидії зловживанню процесуальним правом є подолання таких правопорушень у сфері діяльності третейських судів в Україні.

Про це свідчить ухвалення Верховною Радою України 3 лютого 2011 року трьох законів, які змінюють та доповнюють низку правил здійснення третейського судочинства в Україні.

Цим законодавчим діям передувала тривала аналітична робота з вивчення стану дотримання законності, добросовісності, розумності та справедливості як третейськими, так і державними судами. Так, для всіх практикуючих та академічних цивілістів України не залишилося непомітним те, як Верховний Суд України у 2009 році узагальнив правозастосовну практику щодо реалізації норм Закону України «Про третейські суди» від 11 травня 2004 року [9].

У відповідному документі, який має назву *Узагальнення Верховного Суду України від 11.02.2009 «Практика застосування судами Закону України «Про третейські суди»* [10], червоною ниткою проходить думка про якусь «патологічну» схильність третейських судів до різного виду зловживань, які визнаються такими, що «мають масовий і системний характер».

На думку укладачів документа, третейські суди «часто фактично не вирішують спори, а в обхід передбачених законом процедур задовольняють певні суб'єктивні інтереси, нерідко з порушеннями при цьому прав третіх осіб та держави».

Найбільш типові зловживання, які вчиняють третейські суди, класифікують так:

1. Визнання дійсності договорів про відчуження нерухомого майна, при укладенні яких певні особи уникають дотримання вимог закону щодо нотаріальної форми таких договорів.

2. Визнання права власності на земельні ділянки, у тому числі щодо відчуження та визнання права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення осіб, які за законом таких прав не мають.

3. Визнання права власності на самочинно збудовані або незаконно реконструйовані об'єкти з метою отримання рішення, яке б зобов'язувало відповідні органи здійснити дії з його оформлення.

4. Розв'язання спорів на користь осіб, метою яких є захоплення контролю над юридичними особами, тощо.

5. Безпідставне визнання за однією особою права власності на майно іншої особи.

6. Залучення як відповідачів не юридичних осіб, а їх керівників – фізичних осіб.

7. Штучне залучення як сторони третейської угоди осіб, які, по суті, не є відповідачами. Внаслідок цього особа, яка по суті спору має виступати належним відповідачем, до розгляду справи не залучається, однак третейський суд у рішенні покладає на неї певні обов'язки.

8. Обхід норм законодавства, які встановлюють підвідомчість справ третейським судам.

Підкреслюється, що дуже високою при таких зловживаннях є питома вага рішень не постійнодіючих третейських судів, а судів ad hoc, діяльність яких регламентується виключно третейською угодою, до якої законодавством не встановлено спеціальних вимог. Вбачається, що головною причиною такої схильності третейських судів ad hoc до зловживань правом є відсутність ефективного правового регулювання їхньої діяльності.

Все це спонукало укладачів Узагальнення дійти висновку, що перелік та характер зловживань, які допускають третейські суди, виявляються дуже значними.

Через це державні суди визнаються заручниками цієї проблеми, оскільки нерідко змушені при буквальному застосуванні чинного законодавства фактично «узаконювати» сумнівні рішення третейських судів.

Так, виявлено непоодинокі випадки, «коли суди не звертали уваги на грубі недоліки третейської угоди, наявної у матеріалах справи, які в цілому дають підстави для сумнівів у правомірності третейського розгляду і законності рішення третейського суду». У цьому контексті також підкреслюється, що серед справ, що розглядаються судами загальної юрисдикції, особливо виділяється категорія справ про визнання третейської угоди недійсною. При цьому визнається правомірність практики місцевих судів, які при розгляді питання про визнання недійсною третейської угоди з власної ініціативи вирішують також і питання про скасування третейської угоди.

Необхідно зауважити, що недобросовісні судові рішення ухвалювалися через буквальне дотримання судами положень Закону України «Про третейські суди». Саме апелюючи до Закону, суди не знаходили підстав для відмови у видачі виконавчого документа на рішення третейського суду та підстав для скасування рішення третейського суду навіть за наявності явних зловживань з боку цих «недержавних незалежних органів». Таким чином, недобросовісне дотримання букви Закону призводить до порушення принципу вищої справедливості та невиконання конституційного завдання суду щодо захисту прав і свобод людини і громадянина (ст. 55 Конституції України).

Необхідно визнати, що, як свідчить суперечлива судова практика, ставлення державних суддів до суддів третейських важко прогнозувати. Воно часто залежить від конкретних обставин і осіб, а в окремих випадках є, м'яко кажучи, поблажливим щодо явних процесуальних помилок своїх партикулярних колег. На відміну від державних суддів, український законодавець більш послідовний у своїй інтенції на «презумпцію недобросовісності» третейських судів.

Так, на основі сформованого в лютому 2009 р. Верховним Судом України відповідного законодавчого мотиву рівно через два роки Верховною Радою було ухвалено:

1. Закон України «Про внесення зміни до статті 6 Закону України «Про третейські суди» (щодо підвідомчості справ у сфері захисту прав споживачів третейським судам)», яким із підвідомчості третейських судів вилучено справи у спорах щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки) [11].

2. Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України (щодо оскарження рішення третейського суду та отримання виконавчого листа)», яким доповнено Господарський процесуальний кодекс України новим розділом XVI «Провадження у справах про скасування рішень третейських судів та видачу виконавчих листів за рішенням третейських судів» [12].

3. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо оскарження рішення третейського суду та видачі виконавчих листів за рішенням третей-

ських судів». Цей Закон доповнює Цивільний процесуальний кодекс України новим розділом VII-1 «Провадження у справах про оскарження рішень третейських судів та видачу виконавчих листів за рішенням третейських судів» [13].

На перший погляд, справедливість тріумфує, перекрито ще один канал для зловживань процесуальним правом. Однак при цьому викликає занепокоєння тенденція, яка проявляється, головним чином, у діях законодавчого органу щодо дедалі більшого нормативного обмеження підвідомчості справ третейським судам, що передбачено у ст. 6 Закону України «Про третейські суди».

Загалом стаття 6 Закону України «Про третейські суди» має бути визнана як «така, що стрімко розвивається». Доречно відслідкувати динаміку змін та доповнень до неї. Так, на день набуття чинності Законом (16 червня 2004 року) ця стаття містила вісім груп «винятків» з обсягу підвідомчості справ третейським судам. Нині один з пунктів, у яких зазначено обмеження третейської підвідомчості, зазнав змін, а сама стаття у 2009 [14] та 2011 [11] роках помітно «підросла» ще на шість пунктів.

Виправдовується такий масштабний наступ на компетенцію третейських судів (цих порушників державної монополії на правосуддя), зазвичай, через апеляцію до публічних інтересів Українського народу, які постійно зазнають утисків з боку «ненажерливих» підприємців, які вступили у змову з третейськими судами. І така зловмисна домовленість беззастережно презюмується, коли однією з головних причин внесення останніх змін до Закону України «Про третейські суди» називається «розповсюдження практики нав'язування споживачам третейських угод під загрозою ненадання послуг». Далі слідує логічний «стрибок»: «Така практика підриває основу основ третейського розгляду – добровільність. І, як результат, породжує недовіру до третейських судів у суспільстві в цілому» [15].

Залишимо філософсько-правові роздуми стосовно ефективності протидії зловживанням правом шляхом посилення ригоричності та казуальності приписів законодавства – такі міркування явно виходять за межі формату цієї публікації. На це питання переконливо відповідає не лише вітчизняна, а й зарубіжна провозастосовча практика. Відповідь ця, на жаль, негативна – помірковані та «безкорисливі» законодавці ніде й ніколи не встигають за недобросовісними та «винахідливими» підприємцями (будемо відвертими, часто-густо від спритних підприємців не відстають і нечесні споживачі).

Отже, констатуємо лише безспірний факт – компетенція третейських судів в Україні безупинно стискається, немов шагренева шкіра. Це значно (майже в два рази) збільшує простір маневру сторін для визнання третейської угоди недійсною на підставі того, що її зміст суперечить вимогам чинного законодавства, а саме – ст. 6 Закону, яка встановлює підвідомчість справ третейським судам. Зрозуміло, що угода, найістотнішою умовою якої є передача певного спору до відповідного третейського суду, завжди буде незаконною, якщо ця справа законом визнається як така, що непідвідомча жодному третейському суду.

До цієї загальної тенденції вписується і скасування статті 112 Цивільного процесуального кодексу України («Договірна підсудність»). Статтю вилучено на підставі Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року [16]. Слід зазначити, що з моменту скасування цієї статті (3 серпня 2010 року) умови всіх укладених договорів щодо визначення територіальної підсудності визнаються недійсними.

Як відомо, сам інститут договірної підсудності існував ще в попередньому Цивільному процесуальному кодексі України від 18 липня 1963 року (ст. 129). Отже, за сторонами визнавалося право договірним порядком (письмово) змінити територіальну підсудність цивільної справи (зміна родової і виключної підсудності, звичайно, не передбачалася). Такий порядок був спрямований на забезпечення сторонам можливості самим визначити суд, де зручніше могла б розглядатися їхня справа. Угода про підсудність укладалася як одна з умов основного договору або при виникненні спору з цього договору.

Вбачається, що ця зміна в законодавстві на користь споживачів, які укладають договори приєднання з банками, страховими компаніями та іншими юридичними особами. Таким чином, «великі» підприємці втрачають можливість зловживати своїм правом через нав'язування «дрібним» споживачам невигідної та «обтяжливої» для них територіальної підсудності, чим ускладнювався доступ споживачів до правосуддя, якщо ті проживали далеко від головного офісу підприємства.

Такий підхід до вибору засобів подолання зловживання процесуальним правом явно контрастує з загальносвітовою тенденцією лібералізації цивільного процесу через збільшення питомої ваги договірних підстав здійснення процесуальних дій. Спроба виключити зловживання суб'єктивними правами через скасування цих прав дивує, принаймні, з двох міркувань. По-перше, держава не надає особі суб'єктивних прав, а лише визнає їх. Suum cuique – кожному своє. По-друге, образно кажучи, гільйотина хоча і може, на перший погляд, ефективно позбавити від лупи окрему людину, але для людства в цілому не є недостатньо оптимальним засобом лікування з огляду на те, що не може взагалі ліквідувати лупу як явище. Ad impossibilia lex non cogit – закон не вимагає неможливого.

Справа в тому, що подібні «викривлення» добросовісної практики з боку підприємців поширені не тільки у нас. Як же ці питання розв'язуються в судовій практиці європейських країн? Передусім, через встановлення судом (арбітражем) факту зловживання правом. Якщо такий факт має місце, то угода про зміну підсудності завжди буде визнана недійсною і територіальна підсудність визначатиметься за нормами законодавства.

До речі, українські споживачі в подібних випадках можуть скористатися правом на обрання альтернативної підсудності, передбаченої статтею 110 Цивільного процесуального кодексу України (тому не було потреби так рішуче скасовувати статтю 112 цього нормативно-правового акта). Однак для цього необхідна одна дуже важлива умова – воля споживача на захист своїх прав від зловживань з боку контрагентів. У зв'язку з цим варто згадати відому максиму римського права – *beneficia non obtruduntur – добродійства не нав'язують.*

Отже, із зазначеного вище доходимо таких висновків:

1. Для попередження та уникнення зловживання процесуальними правами далеко не завжди доцільно законодавчо встановлювати зобов'язуючу норму або скасовувати правовстановлюючу. Не вирішить питання й запровадження штрафних санкцій за зловживання правом, як це пропо-

нують деякі дослідники [17, с. 197]. Необхідно передбачити адекватний механізм перешкоджання таким діям.

2. Складовими такого механізму мають стати норми, які розширюють повноваження не лише державних, а й третейських судів (арбітражів), а також такі норми, які ефективно врегульовують процес укладення третейських (арбітражних) угод і, передусім, тих, які передбачають розгляд спору в третейських судах ad hoc, а також за процедурою примирення (медіації).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Елисеев Н. Г.* Процессуальные договоры / Николай Георгиевич Елисеев // Цивилист. – 2006. – № 1. – С. 92 – 96.
2. *Юдин А. В.* Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. / Андрей Владимирович Юдин. – СПб.: Издательский Дом Санкт-Петербургского гос. ун-та, изд. юрид. фак. Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2005. – 360 с.
3. *Юдин А. В.* Искусственное создание и изменение подведомственности и подсудности экономического спора суду как форма злоупотребления процессуальными правами // Хозяйство и право. 2007. – №1. – С. 102–109.
4. *Юдин А. В.* Злоупотребление процессуальными правами при рассмотрении дел в арбитражных судах: проблемы теории и практики // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. – 2007. – № 7. – С. 44–59.
5. *Султанов А. Р.* Манипуляции с подсудностью / Айдар Рустэмович Султанов // Закон. – 2008. – № 9. – С. 103–119.
6. *Васьковский Е. В.* Курс гражданского процесса / Е. В. Васьковский. – М. : Изд. Башмаковы, 1915. – Т. 1. – 691 с.
7. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. : изд. 3. 2-е, стереотип / В. П. Грибанов . – М.: Статут, 2001. – С. 411.
8. *Смітюх А.* Щодо змісту поняття «Процесуальна диверсія» / А. В. Смітюх // Підприємництво, господарство та право. – 2006. – № 2. – С. 103–105.
9. *Закон України* від 11 травня 2004 року №1701-IV «Про третейські суди» // Відомості Верховної Ради України, 2004. – № 35. – Ст. 412.
10. *Узагальнення* Верховного Суду України від 11.02.2009 «Практика застосування судами Закону України «Про третейські суди» // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 10.
11. *Закон України* від 3 лютого 2011 року № 2983-VI «Про внесення зміни до статті 6 Закону України «Про третейські суди» щодо підвідомчості справ у сфері захисту прав споживачів третейським судам» / Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 33. – Ст. 334.
12. *Закон України* від 3 лютого 2011 року № 2980-VI «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо оскарження рішення третейського суду та видачі виконавчого документа на примусове виконання рішення третейського суду / Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 33. – Ст. 331.
13. *Закон України* від 3 лютого 2011 року № 2979-VI «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо оскарження рішення третейського суду та видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду» / Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 33. – Ст. 330.
14. *Закон України* від 5 березня 2009 року № 1076-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо діяльності третейських судів та виконання рішень третейських судів» / Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 30. – Ст. 421.
15. *«Прооперований»* третейський суд: думки знавців // Правовий тиждень: щотижнева інформаційно-правова газета. – № 6–7 (236–237). – 15 лютого 2011.
16. *Закон України* від 7 липня 2010 року № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів» / Відомості Верховної Ради України, – 2010. – № 41–42. – № 43, № 44–45. – Ст. 529.
17. *Фонова О. С.* Зловживання процесуальними правами учасниками господарського процесу / О. С. Фонова // Соц.-ек. проблеми сучас. періоду України. – 2008. – Вип. 6 (74). – С. 187– 99.

The paper analyzes the debatable issue of choosing the best means of combating and preventing abuse of process law. The propositions to revise the existing main priorities are based on the analysis of different legal ways of solving this problem. According to the court practice in the European countries, most effectively counteracts abuse of the law is increase the competence of the parties on a contract basi s.

В статье рассматривается дискуссионный вопрос выбора оптимальных средств противодействия и предотвращения злоупотребления процессуальным правом. На основе анализа различных законодательных путей решения этой проблемы предлагается пересмотреть существующие основные приоритеты. Согласно судебной практике в европейских странах, наиболее эффективно противодействует злоупотреблению правом именно расширение компетенции сторон на договорной основе.

УСТАЛЕНІСТЬ І ВАРІАТИВНІСТЬ ЯК ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ЮРИДИЧНОЇ ТЕРМІНОЛОГІЇ

Янчук І. А.,

старший науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті аналізуються підходи та засоби щодо реалізації і застосовування однозначної термінології, визначення окремої семантики терміна в аспектах парадигматичних і синтагматичних зв'язків термінологічної одиниці.

Ключові слова: однозначність і усталеність, сполучуваність, мовні засоби реалізації окремої семантики терміна.

Усталеність як загальна ознака та вимога до терміна загалом не викликає сумнівів. Проте розгляд термінології на шляхах формування, розвитку та функціонування має враховувати вивчення, співставлення, збіг або конкурування термінологічних одиниць, що, принаймні, може певною мірою пояснити деякі переваги (пріоритети) чи зневажання щодо термінологічного вжитку. Однозначність терміна не виключає того, що за певних мовних і соціальних умов від-

бувається відбір найбільш вдалого термінологічного найменування з-поміж існуючих позначень суспільних явищ і відносин. Це є показником динамічних зрушень, які стосуються семантики терміна, що є, щонайменше, відбиттям процесів, спрямованих саме на формування сталих термінологічних ознак. Зважаючи на це, мало хто зможе заперечити той факт, що усталеність терміна є більше бажаною ознакою і вимогою, ніж об'єктивною мовною реальністю. Строката картина соціодинаміки неминуче породжує не менш строкату картину динаміки мовної, співіснування різних мовних смаків, стильових засобів, поглядів на стан і перспективи розбудови української мови, передусім її лексикону, – підкреслюють автори дослідження «Фундаментальні орієнтири науки» [1].

Як правило, сталий характер термінологічної номінації, спрямованої на позначення різних сфер суспільного життя, може бути порушений вже тому, що мова в змозі запропонувати або більше, ніж одну лексичну номінацію, або відразу кілька термінологічних лексичних одиниць на позначення навіть перевіреного часом усталеного суспільного поняття. Апріорі спрацьовує той факт, що мова довговічніша за будь-яку форму суспільної організації [2], тому терміни в процесі функціонування і застосовування сприймаються, як правило, у сукупності всіх зв'язків, які існують, так би мовити, в межах вертикальних і горизонтальних відношень і зв'язків з іншими одиницями термінологічної системи та лексичними одиницями загального вжитку в її межах. Місце кожного терміна визначено в межах терміносистеми: виокремлено зміст, окреслена сполучуваність терміна з іншими словами; зафіксовано набір ознак і вимог до конкретного термінологічного утворення. Це ще раз свідчить, що у підходах до застосовування терміна варто, насамперед, взяти до уваги, що термін не існує як ізольоване слово, він сприймається невід'ємно від мовного оточення, з усім набором асоціативних зв'язків, які існують відносно нього в аспектах парадигматичних і синтагматичних зв'язків.

Виникнення (поява), застосування, вжиток відбуваються з лексичними одиницями (і термінологічними у тому числі) в процесі відбору, принаймні, в двох аспектах – парадигматичному і синтагматичному, які утримують слово, так би мовити, в двох вимірах, не порушуючи зв'язків, які виникають між словами на вертикальному та горизонтальному зрізах. Саме у сукупності парадигматичних і синтагматичних зв'язків термінологічні найменування у вигляді слів, словосполучень, конструкцій (як їх називають у юридичній галузі), які об'єднуються у пам'яті мовців, фахівців юридичної галузі, користувачів професійної лексики, створюють термінологію як систему пов'язаних між собою компонентів.

Парадигматика як системний аспект надає можливість розпізнавати термінологічні одиниці як структурні елементи, пов'язані відношеннями спільної відмінності, протиставлення, опозиції тощо. На парадигматичному рівні терміни об'єднані та протиставлені за семантичною ознакою. Мовні процеси, пов'язані з розвитком семантики та змісту, спрямовані, передусім, на збереження лексичної одиниці з урахуванням всіх тенденцій стильового та галузевого розвитку. Такою особливістю, принаймні, можна пояснити збереження синонімічних зв'язків в межах термінологічної системи, що фіксуються сучасними термінологічними словниками. Так, Словник юридичних термінів [3] зберігає парадигматичні зв'язки переважно всіх номінацій, які застосовуються в юридичній галузі знань: *безпідставність / необґрунтованість; безстроковий / безтерміновий; відшкодування / оплата / покриття / повернення / компенсація; вада / дефект; добросовісність / сумлінність; доведеність / доказаність; житло / оселя / помешкання; зростання / збільшення; істинний / правдивий / справжній / дійсний; результати / наслідки / підсумки; неправильний/ невірний/ помилковий; місцеперебування / місцезнаходження; непостійний / несталий / хиткий; спричиняти / викликати / призвести; правильність / вірність / правдивість; припущення / передбачення; заподіяння / спричинення / завдання* тощо. Загалом, синонімія як семантичне явище не є бажаним у межах термінології. Проте існує кілька об'єктивних причин на користь існування цього явища. Суттєвим є те, що термінологія як складова мовної системи не може не засвоювати загальні мовні особливості, тенденції, засади мовного розвитку тощо. Тому, враховуючи відкритий характер юридичної термінології (до її складу входять цілі масиви суспільно-політичної, економічної, виробничої та побутової лексики), синоніми активно функціонують у межах термінологічної системи, як і в будь-якій лексичній системі мови. Незважаючи на те, що терміни-синоніми є небажаним явищем, деякі синонімічні зв'язки є настільки стійкими в системі, що говорити про її упорядкування шляхом усунення одного з синонімів означає не рахуватися із закономірностями розвитку мови. Імперативними заборонами за таких умов ситуацію не виправиш. У подібних мовленнєвих ситуаціях залишається єдине правильне рішення – дотримуватися мовних підходів і норм у вирішенні таких не завжди простих термінологічних завдань щодо однозначності терміна. Насамперед, треба пам'ятати, що, позначаючи одне явище, терміни-синоніми підкреслюють і виділяють, передусім, різні відтінки значень, характерні ознаки, стилістичну маркованість, окремі відмінності та якості, що стосуються змісту юридичного поняття. Тому, передбачаючи застосування юридичного терміна в однозначному розумінні, з дотриманням усіх вимог до його значення, слід враховувати той об'єктивний факт, що термін як частина загальної мовної системи здатен виявляти синонімію, семантичні розбіжності, протиставлення, збіг у значенні тощо. Розуміння таких закономірностей дає відповідь на багато запитань стосовно термінологічного вжитку.

Головним у мовному фаховому вжитку залишається зміст терміна, визначення найбільш вдалого термінологічного найменування. Зумовлюється це мовною нормою, характерними ознаками якої є вибірковість, стійкість, обов'язковість. Тому вибір найбільш вдалого терміна передбачає кілька напрямів, де слід дотримуватися чітких вимог: однозначна відповідність терміна поняттю, раціональна стислість та забезпечення внутрішньомовної згармонізованості термінології на однозначну зрозумілість і, що є важливою складовою, здатність та вміння подолати негативні семантичні неточності та нашарування.

Найбільш ефективним засобом формування однозначного терміна є залучення синтагматичних зв'язків термінологічної одиниці. Зважаючи на це, в процесі вибору однозначного терміна варто звернути увагу на синтагматику визначеного терміна. Так, у багатьох активно застосовуваних юридичних термінологічних одиницях, незва-

жаючи на синонімічність, виявляються семантичні розбіжності, якщо враховувати їх синтагматичні характеристики: *поширення* відомостей але *розповсюдження* друкованої продукції; *стан* (безпорадний, хворобливий, небезпечний; *стан* справ, здоров'я), але *становище* (зловживати своїм службовим *становищем*, скрутне *становище*); *положення* як зведення правил, законів (*положення* про вибори, теоретичні *положення*), але *положення* як розташування, розміщення (географічне *положення*); *переконливість /обґрунтованість* (доказів), але *слушність* (думки); *розпис* (державного майна), але *список* (речей); *підприємливий* (вчинок), але *практичний* (підхід, захід), *діловитий* (характер), але *винахідливий* (проект); *вигода* (упущена, взаємна), але *користь* (спортивних занять) тощо. Ефективність такого підходу очевидна. Виходячи з лексичної сполучуваності на синтагматичному рівні, термін набуває окремої семантики, тобто стає однозначним. Синтагматика – відношення між послідовно розташованими мовними одиницями в їх поєднанні в реальному потоці мовлення. Відповідно до цього саме закономірності сполучуваності термінологічної одиниці повною мірою виявляються у мовленнєвому потоці, в уявленні мовця, який залежно від мети застосування має зробити вибір того термінологічного найменування, яке має стати однозначним у визначеній ситуації, смисловому контексті щодо позначуваного поняття юридичної галузі.

Будь-яке сполучення мовних елементів спирається на мовний вибір, а будь-який вибір мовної одиниці реалізується у певних словосполученнях. Тому варто враховувати зв'язки і можливості у синтагматиці саме тих термінів, які викликають певні труднощі в застосовуванні, перекладі з однієї мови на іншу, науковому обігу тощо. Так, рос. «отношение» має, принаймні, такі українські відповідники як *відношення* і *ставлення*, виходячи зі словосполучень: це має *відношення* до справи, в усіх *відношеннях*, але: уважне *ставлення* до людей. Залучаючи синтагматичні зв'язки, які простежуються у терміна в певних словосполученнях, поєднаннях слів, можна з упевненістю з'ясувати відтінки значень, окрему семантику, термінологічну однозначність залежно від спрямувань застосування. Так, застосовуючи такий підхід, знаходимо правильні відповідники, позначення конкретних наукових понять: російське *выражаться* (*обнаруживаться*) – українське *виявлятися*; російське *выражение* – українське *вислів* (*слово, фраза*) та *вираз* (обличчя); російське *цель* – українське *ціль* (якщо стріляти) та *мета* (якщо *мати на меті, поставити за мету*) тощо.

Труднощі терміновживання представлені в Російсько-українсько-англійському словнику правничої термінології [4]. Зокрема, терміни розрізняються за вживанням у словосполученнях відповідно до теоретико-методологічних підходів, наукового обігу, юридичної практики тощо. Так, російське слово *исключение* має кілька аналогів в українській мові, які вживаються залежно від значення у відповідних контекстах. Але на позначення «видалення чого-небудь звідкись, із складу чогось» слід віддати перевагу слову *вилучення*. Слово *виключення* функціонує на позначення «виведення зі складу якоїсь організації, колективу, позбавлення права вчитися у навчальному закладі» (*виключити* з інституту). А на позначення «відхилення від звичайного, від загального правила» слід вживати слово *виняток*. Відповідно, маємо такі близькі за змістом, але відмінні за відтінками значень терміни: *вилучення* (речей з майнового обороту), *виключення* (з організації), *виняток* (із загального правила). В українській мові такі терміни як *чинність*, *сила*, *дія* стосовно юридичної практики розрізняються за вживанням у словосполученнях. Термін *чинність* – це «діяння за певних умов, набуття юридичної сили», вживається там, де виконання закону обов'язкове (*набирати, набрати, набувати, набути чинності*, тобто ставати законним, чинним). Термін *сила* вживається у значенні «дієвість», має своє коло словосполучень і співвідноситься у цьому значенні з російським словом *сила*. Вживання терміна *дія* пропонується обмежити зазначенням процесу постійного функціонування закону. Відповідно, маємо близькі за змістом, але досить різні за застосовуванням у різних словосполученнях (конструкціях) юридичні терміни: *чинність* як діяння за певних умов, набуття юридичної сили; *сила* як юридична сила, зворотна сила; *дія* як процес постійного функціонування закону. Враховуючи ці відмінності, термінологічні сполучення *чинний закон і діючий закон* мають особливості щодо термінологічного вжитку: визначення *чинний* вбирає, окрім значення «який діє» ще й значення «який має юридичну силу», що й відповідає поняттю «действующий закон». Відповідно, *чинний закон* (який має юридичну силу) та *діючий закон* (який постійно функціонує).

Виходячи з практики використання термінологічних одиниць у різних комунікативних аспектах, синтагматичних контекстах, включаючи лексико-семантичні зв'язки між термінами та словами загального вжитку, в юридичній теорії і практиці, науковому обігу на шляхах застосовування правових понять і визначень, зазначимо, що термін поза конкретної мовленнєвої ситуації або контексту несе загальну інформацію, так би мовити потенційну однозначність, бажану та теоретично виважену. Свою семантичну конкретизацію термін одержує за конкретних умов як лексичного, так і синтагматичного контексту, який сприймається, насамперед, як мовні умови застосовування терміна.

Такі контекстні умови лексичної сполучуваності можуть стати засобом відбору потрібного значення і засобом актуалізації термінологічного значення. Ця закономірність стосується не тільки загальновживаних слів, які мають кілька значень, а й термінологічних одиниць, які є потенційно однозначними і мають, реалізовуючи свою семантику за певних контекстних умов, підтверджувати свою однозначність, конкретизуючи та актуалізуючи своє значення. На синтагматичному рівні в процесі сполучуваності слів відбувається, таким чином, специфікація значення, яка ґрунтується на знаннях про поняття, реалії, і тому, на нашу думку, не є виключно лінгвістичним явищем. Усталена та однозначна юридична термінологія визначається, передусім, тенденцією застосовування на синтагматичному рівні термінологічних одиниць в контекстних умовах сполучуваності, яка разом із позамовними чинниками, зумовленими об'єктивною відкритістю юридичної галузі, всіляко сприяє виявленню, правильному вибору та залученню до активного вжитку окремої семантики певного терміна.

Такі підходи щодо процесів відбору, застосовування і функціонування однозначного терміна в контекстних умовах лексико-семантичної сполучуваності, спрямованої на конкретизацію семантики, значною мірою звужують і, од-

ночасно, спрямовують пошук необхідного термінологічного відповідника в правильному напрямі. Вибір і застосовування терміна, відповідно, здійснюється в межах термінологічної системи із залученням і використанням таких засобів, як контекстні умови, парадигматичні відношення, лексико-семантична сполучуваність слів, мовні асоціації, знання, смаки та уподобання, які в цілому впливають на правильність вибору однозначної термінологічної лексики.

Очевидним є той факт, що невизначеність або нечітке визначення правових і юридичних понять потребує роз'яснення, уточнення, а, загалом, і розмежування термінів, що їх позначають, за різними сферами застосовування з урахуванням екстралінгвістичних чинників, фахових вимог і навіть часу використовування термінів, який може бути віддаленим або максимально наближеним до реального функціонування терміна. Варто зазначити, що за будь-яке віддалення у часі мовні засоби і підходи виявляють можливості щодо забезпечення виявлення, збереження і повернення, за певних умов, того чи іншого термінологічного найменування до активного вжитку. Треба визнати, що засобами лексикографічної інтерпретації слова за будь-яке віддалення у часі залишаються об'єктивно існуючі мовні явища парадигматичного та синтагматичного рівнів. Такий підхід до визначення термінів надає змогу показати витлумачений термін не ізольовано, а в його зв'язках з іншими словами як складову частину лексико-семантичної системи мови, що в цілому відповідає одному із завдань юридичної галузі – визначити, окреслити, розтлумачити і, відповідно, сприйняти термінологію певної юридичної галузі як систему. За таких підходів у мовній системі (і термінологічній у тому числі) зберігається необмежена кількість термінологічних найменувань, здатних позначити відповідну кількість правових понять, незважаючи на те, що такі термінологічні одиниці можуть знаходитися у пасивному слововжитку, проте можуть бути залучені до активного застосовування, виходячи з потреб і спрямувань галузі. Так, старі лексикологічні джерела зберігають такі словосполуки: *вбитися в силу; взяти міць* (про закон); *довід упав* (утратив силу), *закон не має зворотної сили*; *закон назад не чинить*; *правна сила; правоміць* тощо.

Загалом, сполучуваність як універсальний мовний засіб виконує кілька важливих функцій щодо відбору термінологічних одиниць. Насамперед, утримує в межах термінологічної системи необмежену кількість терміносполучень, які віддалені в часі та, відповідно, знаходяться у пасивному слововжитку, спираються багато в чому на старі реалії, традиції, явища суспільного життя, характерні особливості старих часів тощо. Проте за об'єктивних обставин ця частина пасивного вжитку термінологічної лексики може бути відновлена та повернута в активний словообіг (*чин, чинити, нікчемний*). Крім того, синтагматичні відношення сприяють виокремленню певного значення, окремої семантики терміна, яка є вкрай важливою для розвитку всіх галузей права, юридичної практики, законодавства, юридичної освіти в цілому. На синтагматичному рівні термін разом із окремою семантикою набуває своєї сполучуваності з іншими словами як термінологічного, так і загального вжитку (*нікчемний правочин, безхазяйна річ, складений капітал* тощо). Більше того, принципи або закономірності сполучуваності (відповідно до яких сполучатися можуть лексеми, в яких є збіг семантики) допускають тавтологічні звороти, які є досить поширеним явищем в юриспруденції: за договором *поруки поручитель поручається* та ін. Водночас закономірності сполучуваності надають можливість створювати досить близькі за змістом термінологічні конструкції, які, в свою чергу, дають змогу уникати тавтології, збагачуючи професійну фахову мову синонімічними елементами з метою досягнення правильного розуміння та однозначного тлумачення *(суспільна думка / громадська думка*; *добросовісність виконання / сумлінність виконання* обов'язків; *тривалий час /довгий час*; *правильне рішення / безпомилкове рішення*; основні *засади / підстави*, на яких базується теорія тощо). Проте, враховуючи тенденції і закономірності мовного розвитку, випадків повного збігу сполучуваності синонімів майже немає, тому абсолютна синонімія – надзвичайно рідкісне явище. Навіть такі вищенаведені приклади дуже близьких за змістом синонімічних термінологічних конструкцій різняться за своїми характеристиками, тобто кожного разу, в кожному новому контексті підтверджують своє значення, необхідне для точного фахового визначення, а часом – кращого тлумачення, виходячи з вимог та потреб галузі. Шляхи та механізми здійснення термінологічної номінації, тобто оформлення, функціонування, відбір і застосовування необхідної термінологічної лексики пролягають через віднесення терміна до певного парадигматичного та синтагматичного аспектів. Це означає, передусім, з'ясовування і врахування певних особливостей як мовного, так і позамовного (екстралінгвістичного) спрямування. Позамовний вплив на можливості застосовування тих чи інших термінів – це, переважно, традиції узусу, уподібнення, смаки, вимоги часу, розвиток галузі та багато екстралінгвістичних чинників, які вбирають у себе загальні та спеціальні знання, досвід, практику, напрацювання попередніх дослідників, суб'єктивні фактори тощо. Мовні механізми виокремлення термінологічного змісту полягають, у свою чергу, в таких підходах, де враховуються значеннєві особливості слова, які зумовлюються парадигматичними та синтагматичними відношеннями в цілому, а конкретно – сполучуваністю, яка виявляє окрему семантику, фахове застосовування, функціонування і межі термінологічного вжитку, де відбувається реалізація однозначного терміна залежно від вимог і потреб юридичної галузі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Фундаментальні* орієнтири науки: – Київ: Видавничий Дім «Академперіодика», 2005. – 355 с.

2. *Теорія* та прагматика термінологічної лексики: Тези доповідей республіканської науково-методичної конференції. – К.: НМК ВО, 1991. – 112 с.

3. *Словник* юридичних термінів (російсько-український). Укладачі: Андерш Ф., Винник В., Красницька А., Полешко А., Юрчук О. – Юрінком – Редакція «Бюл. закон. та юрид. прак. Укр.» – 1994. – 322 с.

The article analyzes the approaches and methods to achieve terminological aspects of uniqueness in the paradigmatic and syntagmatic relations. Determined by the semantics of the term, its compatibility with other words within the system, especially the use and selection.

В статье анализируются подходы и способы достижения терминологической однозначности в аспектах парадигматических и синтагматических связей. Определяется семантика термина, его сочетаемость с другими словами в пределах системы, особенности употребления и выбора.

НЕОДНАКОВЕ ЗАСТОСУВАННЯ СУДАМИ НОРМИ МАТЕРІАЛЬНОГО ПРАВА ЩОДО ВИПЛАТИ ЧАСТКИ (ВКЛАДУ) УЧАСНИКУ КОЛЕКТИВНОГО ПІДПРИЄМСТВА

Саракун І. Б.,

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

У статті проведено науковий аналіз судових рішень щодо правильності застосування судами норми матеріального права в подібних правовідносинах, що передбачають виплату частки майна колективного підприємства, у зв'язку із різними підставами припинення трудової участі у ньому.

Ключові слова: частка, вклад, колективне підприємство, вартість майна колективного підприємства, трудова участь.

На сьогодні в Україні продовжує фукціонувати низка колективних підприємств (далі – КП), основою діяльності яких є трудова участь його членів. Стаття 2 Закону «Про підприємства в Україні» [1] визначала, що колективне підприємство – це підприємство, засноване на власності трудового колективу підприємства, кооперативу, іншого статутного товариства, громадської та релігійної організації. Закон України «Про власність» [2] фактично визнавав саме колективне підприємство суб'єктом права власності, а Закон України «Про підприємства» визначав ним трудовий колектив. Таке підприємство створювалося шляхом перетворення орендного або державного підприємства в колективне.

Після втрати чинності цими законами та відсутності регулювання правовідносин у сфері діяльності колективних підприємств діє Конституція України [3] та Цивільний кодекс України [4] , що визначено ст. 4 та ч. 3 ст. 5 цього Кодексу, а також статут підприємства в тій частині, де він не суперечить вимогам чинного законодавства.

Поряд із цим навіть в сучасних умовах розвитку вітчизняного законодавства не втрачають своєї актуальності практичні питання, пов'язані з діяльністю цих підприємств та їх майновою базою. Одним із таких є відносини щодо виплати вкладу члену цього підприємства у зв'язку з припиненням його трудової участі.

Як за часів дії законодавства, що втратило чинність, так і сьогодні не припиняються дискусії навколо неоднозначного тлумачення Законом України «Про власність» визначення розміру вкладу члена трудового колективу. Пунктом 2 ст. 23 цього Закону передбачається, що розмір вкладу працівника в майні КП визначається залежно від його трудової участі в діяльності державного або орендного підприємства, а також участі у збільшенні майна колективного підприємства після його створення, а на цей вклад нараховуються і виплачуються проценти в розмірі, що визначається трудовим колективом, виходячи з результатів господарської діяльності підприємства, і працівник, який припинив трудові відносини з підприємством, а також спадкоємці померлого працівника мають право на отримання вартості вкладу.

При цьому законодавець не врегулював питання щодо того, як повинен визначатися вклад: у вигляді ідеальної величини (частки або відсотка) чи у вигляді певної грошової суми. Провідний фахівець у галузі організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права І. М. Кучеренко, досліджуючи діяльність таких підприємств, зробила висновок про те, що з аналізу ст. 23 Закону України «Про власність» випливає, що розмір вкладу члена КП визначається у грошовому еквіваленті і не може виражатися у процентах до загальної власності майна підприємства, оскільки у випадку прийняття на роботу нових працівників вони будуть позбавлені права на вклад, бо всі 100 % вкладів будуть розподілені між працівниками підприємства, які працювали на час створення КП, і це буде порушенням вимог ст. 23 Закону [5, с. 208].

Аналізуючи судову практику зі вказаних питань, доходимо висновку про неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції норми матеріального права у подібних правовідносинах і в умовах дії чинного цивільного законодавства.

Так, згідно з дослідженими матеріалами судових рішень щодо різних підстав припинення трудової участі в колективному підприємстві та стягнення вартості частки (вкладу) майна колективного підприємства встановлено, що суди не завжди розуміють, що саме є тим грошовим еквівалентом, який підлягає виплаті члену КП: 1) у справі за позовом М.О.В. до Вінницького колективного підприємства (далі – КП) громадського харчування − це стягнення *вартості вкладу* в майні підприємства, що належить йому в результаті прийняття спадщини від батька, який був учасником цього КП [6; 7; 8]; 2) у справі за позовом Б.М.П. до Вінницького спеціалізованого колективного підприємства 549 (далі – ВСКП) – це *стягнення вартості частки*, яку він набув у результаті укладання договорів про відступлення права вимоги з іншими засновниками, яких було виключено з цього товариства [9; 10].

Суди при врегулюванні спірних відносин застосовують ч. 3 ст. 358 і ст. 1218 ЦК України і зазначають, що при виході з членів КП повинна виплачуватися вартість частини майна, пропорційна його частці в статутному фонді, з врахуванням вартості майна підприємства на час розгляду справи.

Зауважимо також, що в законодавчих актах, які втратили чинність, йдеться про необхідність виплати *вартості вкладу*. Водночас на момент чинності даних нормативно-правових актів у законодавстві не передбачалося належного *розмежування понять «вклад» і «частка»*, що й викликало застосування судами у подібних правовідносинах різної термінології. У сучасному розумінні під *вкладом* мають на увазі матеріальні і нематеріальні активи, що вносяться для формування статутного фонду підприємств; а *частка* у майні – це вартість частини майна, пропорційна його частці в статутному фонді, яка відображає окрім зазначеного ще й відповідні нарахування як одержаного підприємством прибутку від його діяльності, певних відсотків, що перераховуються на особовий рахунок відповідного члена КП.

Так, із наведених положень законодавства у першому з них згадується про те, що «…працівник та спадкоємці померлого працівника мають право на отримання вартості вкладу», хоча *мається на увазі виплата частки*, оскільки тут же вказується, що «розмір вкладу працівника визначається залежно від його трудової участі … у збільшенні майна колективного підприємства після його створення, а

на цей вклад нараховуються і виплачуються проценти в розмірі, що визначається трудовим колективом, виходячи з результатів господарської діяльності підприємства».

В останньому випадку рішенням апеляційного суду Вінницької області від 03.07.09 р. позовні вимоги задоволено та стягнуто на користь Б.М.П. вартість вкладу (із матеріалів справи цілком зрозуміло, що це вартість частки – див. далі за текстом) в майні колективного підприємства в сумі 359256 грн. 25 коп. та всі пов'язані з розглядом справи судові витрати. При цьому в касаційній скарзі ВСКП ставило питання про скасування зазначеного рішеня апеляційного суду, посилаючись на неправильне застосування судом норм матеріального та порушення норм процесуального права, залишення в силі рішення суду першої інстанці. Однак Верховний Суд України (далі – ВСУ) визнав законним та обгрунтованим рішення апеляційного суду Вінницької області про стягнення на користь Б.М.П. вартості вкладу в майні колективного підприємства та відмовив ВСКП у задоволенні касаційної скарги через відсутність порушень матеріального та процесуального права судами попередніх інстанцій у цій справі.

Необхідність виплати саме *часток* була передбачена Статутом цього підприємства.

Щодо першого випадку позивач подав заяву про перегляд ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 серпня 2011 року у справі №6-2480.

Підставами позову М.О.В. стало те, що 25 листопада 1993 р. загальними зборами трудового колективу Вінницького обласного комерційного виробничо-торговельного підприємства громадського харчування було прийнято рішення про подання заяви на приватизацію цілісного майнового комплексу підприємства, створення товариства покупців, укладення угоди про спільну діяльність, обрання виконавчого органу товариства покупців. Наказом від 26.11.1993 р. № 40-ТП Фонду державного майна Вінницької області було зареєстровано товариство покупців, що підтверджується свідоцтвом про державну реєстрацію покупців № 004. Списком учасників товариства покупців членів трудового колективу на придбання об'єкта приватизації визначено персональний склад товариства покупців із зазначенням розміру часток у майбутньому об'єкті приватизації. Батько позивача входив до складу товариства покупців «Харчування» із часткою в майні підприємства у розмірі 1, 7 %.

Згідно з виданим свідоцтвом про право власності від 25.07.04 року цілісний майновий комплекс Вінницького обласного комерційного виробничо-торговельного підприємства є власником будівель, вказаних у свідоцтві.

5 травня 1996 року батько позивача звільнився з роботи у Вінницькому обласному колективному підприємстві громадського харчування. Однак Положення про розподіл колективної власності серед членів трудового колективу підприємства, в якому згідно зі статутом має бути визначено квартальний приріст колективної власності, – не було розроблено та запроваджено, про що свідчать рішення попередніх інстанцій.

Відповідно до п. 6.3 статуту в редакції на день звільнення М.В.П. – батька позивача, працівник, який виявить бажання вийти зі складу колективного підприємства за власним бажанням, одержить грошову компенсацію своєї *долі*, яка є на його особистому рахунку (вживане поняття «доля» є тотожним поняттю «частка»).

Батько позивача після звільнення не звертався до відповідача за отриманням належної йому частки. Згідно з діючим на той час Законом «Про підприємства в Україні» його звільнення тягне за собою припинення членства у колективному підприємстві. Проте це не припиняє його майнового права на отримання вартості частки.

16 серпня 2004 р. М.В.П. помер, а його єдиним спадкоємцем став син – М.О.В.

Висновки відповідних експертиз встановили, що ринкова вартість транспортних засобів, які були зареєстровані за відповідачем на час виходу М.В.П. зі складу підприємства, в цінах на час проведення дослідження (15.06.2010 р.), складає 234 883, 99 грн. При проведенні експертизи бралася до уваги лише ринкова вартість об'єктів нерухомого майна, які були зареєстровані за Вінницьким обласним КП громадського харчування станом на момент виходу учасника − 05.05.1996 р. в цінах на час проведення дослідження. Інакше кажучи, ця сума є виразом дійсної вартості лише вкладу, і *не* відображає вартості нарахованого на момент виходу прибутку.

Водночас експертною установою визначено, що *частка*, яка належала померлому М.В.П., який був членом Вінницького обласного КП громадського харчування, у розмірі 1, 7 % у грошовому виразі відповідно складає 271 692, 89 грн. І саме її *на момент виходу* згідно з положенням Статуту колективне підприємство *зобов'язане було виплатити при припиненні членства* (трудової участі) його батька.

По даній справі суди враховують положення нового ЦК України і вважають, що з положень ст. 356 випливає, що майно у колективному підприємстві належить *на праві спільної часткової власності його членам*. Згідно з ч. 3 ст. 358 ЦК України кожен із співвласників має право на надання йому у володіння та користування тієї частки спільного майна в натурі, яка відповідає його частці у праві спільної часткової власності. У разі неможливості цього він має право вимагати від інших співвласників, які володіють і користуються спільним майном, відповідної матеріальної компенсації. Відповідно до вказаних норм ЦК України та встановлених обставин при виході особи з членів КП йому повинна виплачуватися вартість частини майна, пропорційна його частці в статутному фонді, з урахуванням вартості майна підприємства на час розгляду справи.

Проаналізувавши неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції норм матеріального права у подібних правовідносинах, вважаємо, що в обох випадках необхідно застосовувати норму матеріального права щодо виплати належної частки.

На нашу думку, не слід однозначно стверджувати про регулювання діяльності колективного підприємства ЦК України і беззастережно вважати, що вона підпадає під дію положень про спільну часткову власність. Її не слід вважати такою в чистому вигляді, оскільки визначальною специфікою діяльності колективних підприємств була саме їх трудова участь. У зв'язку з такою участю члену КП нараховувалися і виплачувалися проценти в розмірі, що визначався трудовим колективом, виходячи з результатів господарської діяльності підприємства. Із припиненням участі припинялося й нарахування зазначених відсотків. Тому суд правильно пов'язав момент виходу учасника із вартістю належної йому на цей момент частки.

Коментуючи існування на сьогодні колективних підприємств, важко не вдатись до критичного ставлення до їх функціонування в умовах відсутності адекватного правового регулювання. Адже потреба їх реорганізації з вказівкою законодавця на необхідність такої у відповідному Законі є очевидною. Інша справа, що це вигідно їх членам (засновникам), оскільки такий вид підприємства передбачає у зв'язку з цим можливість різноманітних зловживань та (в конкретному випадку) підміну понять. Зокрема, члену, який вибув, вигідніше виплачувати вартість вкладу, яка передбачає значно меншу кількість виплат порівняно із часткою. Тож з огляду на достатньо значну майнову базу, що продовжує залишатися у власності КП, зазначені питання потребують свого законодавчого закріплення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Закон України* «Про підприємства в Україні» − втратив чинність 01.01.2004 р.

2. *Закон України* «Про власність» − втратив чинність 27.04.2007 р.

3. *Конституція України* від 28 червня 1996 року.

4. *Цивільний кодекс* України № 435-IV від 16 січня 2003 року.

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

6. *Ухвала* Апеляційного суду Вінницької області від 09.06.2011р. № 22ц-1124/2011 р. за позовом М.О.В. / Матеріали Єдиного державного реєстру судових рішень // www.reyestr.court.gov.ua.

7. *Ухвала* Верховного Суду України від 12.10.2011 р. у справі за позовом М.О.В.

8. *Заява про перегляд* Ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.08.2011 року № 6-2480 за позовом М.О.В. / Матеріали Єдиного державного реєстру судових рішень // www.reyestr.court.gov.ua.

9. *Рішення* апеляційного суду Вінницької області від 3 липня 2011 року у справі № 22-1375/2009 за позовом Б.М.П. / Матеріали Єдиного державного реєстру судових рішень // www.reyestr.court.gov.ua.

10. *Ухвала* Верховного Суду України від 21 вересня 2009 року на рішення за позовом Б.М.П.

In the article the scientific analysis of court decisions is conducted in relation to the rightness of application of norm of material right courts in similar legal relationships which foresee payment of part of property of collective enterprise, in connection with the different grounds of stopping of the labour participating in him.

В статье проведен научный анализ судебных решений относительно правильности применения судами нормы материального права в подобных правоотношениях, предусматривающих выплату части имущества коллективного предприятия, в связи с разными основаниями прекращения трудового участия в нем.

ВИМОГИ, ЩО РОЗГЛЯДАЮТЬСЯ В НАКАЗНОМУ ПРОВАДЖЕННІ, ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА КРАЇН СНД

Короленко В. М.,

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

У статті досліджуються вимоги, за якими може видаватись судовий наказ у цивільному судочинстві України та країн СНД.

Ключові слова: наказне провадження, судовий наказ.

Згідно зі ст. 1 ЦПК України завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Статтею 157 ЦПК України передбачено, що суд розглядає справи протягом розумного строку, але не більше двох місяців з дня відкриття провадження у справі, а справи про поновлення на роботі, про стягнення аліментів – одного місяця. Як бачимо, законодавець розмежовує розумні строки та граничні строки розгляду справи, встановлені законом. При цьому у доктрині цивільного процесуального права своєчасний розгляд та розгляд у визначений законом строк традиційно розуміються як тотожні поняття.

Необхідність розгляду справ у розумні строки передбачено не лише чинним ЦПК України, а й міжнародним правом. Зокрема, ч. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом [1].

Однак саме своєчасний розгляд цивільних справ часто залишається поки лише бажаним. Як свідчать статистичні дані Державної судової адміністрації України, вищих спеціалізованих судів, оперативність розгляду цивільних справ у 2010 р. порівняно з 2009 р. хоч дещо покращилась, але залишає бажати кращого. Так, кількість розглянутих місцевими загальними судами справ і заяв у порядку цивільного судочинства понад встановлені положеннями ст. 157 ЦПК України строки у 2010 р. становила 232,37 тис., або 9,14 % загальної кількості. При цьому, якщо справ позовного провадження було розглянуто 87,5 %, то наказного провадження – 96,96 %. Тобто розгляд судами заяв про видачу судового наказу є дещо ефективнішим з точки зору дотримання встановлених строків, ніж вирішення спорів у позовному провадженні. Однак справи наказного провадження становили лише 16,59 % усіх справ, що розглядалися у порядку цивільного судочинства. Скасовано ж було лише близько 4,5% судових наказів [2].

З огляду на високу ефективність наказного провадження, з метою з'ясування можливостей розширення кола вимог, з якими може видаватись судовий наказ, потребує дослідження правове регулювання наказного провадження в Україні, досвід сусідніх країн щодо запровад-

ження і регулювання цього виду провадження. На основі проведеного дослідження необхідно сформулювати науково обґрунтовані пропозиції щодо оптимізації цивільного процесу в Україні.

Питанням оптимізації цивільного процесу загалом і наказному провадженню зокрема присвячено роботи таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як М. І. Балюк, М. В. Вербіцька, Я. П. Зейкан, В. М. Кравчук, Д. Д. Луспеник, В. І. Тертишніков, Г. П. Тимченко, О. І. Угриновська, І. В. Уткіна, С. Я. Фурса, К. А. Царєгородцева, М. А. Черьомін, Д. М. Чечот, С. І. Чорнооченко, М. Й. Штефан, С. В. Щербак. Однак порівняльно-правового дослідження наказного провадження із вивченням досвіду його правового регулювання законодавствами країн – учасниць СНД не проводилось. Водночас таке дослідження є цікавим з точки зору виявлення спільних та відмінних рис наказного провадження у країнах, які ще донедавна не мали такого інституту, а їх цивільно-процесуальне законодавство було майже ідентичним.

Теорія цивільного процесу розглядає наказне провадження як один із видів спрощеного провадження, покликаний надавати вимогам безспірного характеру законної сили та придатності до примусового виконання, в порядку, передбаченому Законом України «Про виконавче провадження». При цьому, поряд із заочним рішенням, розглядом справи за відсутності відповідача, наказне провадження відносять до форм прискорення і спрощення цивільного процесу.

Наказне провадження є досить новою процесуальною формою у вітчизняному цивільному законодавстві. Воно хоч і було відомим цивільному процесу союзних республік на початку 20-х років минулого століття, проте цивільні процесуальні кодекси, які були чинними на момент одержання союзними республіками незалежності, наказного провадження не передбачали.

Принаймні, довгий час відповідне провадження не передбачалось законодавством України (як і Української РСР). Наказне провадження було запроваджено із прийняттям у 2004 році Цивільного процесуального кодексу України (ЦПК України).

Концепція модельного Кодексу цивільного судочинства для країн – учасниць СНД, прийнята на XXI пленарному засіданні МПА СНД Постановою № 21-6 від 16 червня 2003 року, не містить якихось принципових положень щодо наказного провадження чи судового наказу. Натомість структура такого модельного Кодексу, визначена тією самою постановою МПА СНД, передбачає главу 24 «Прискорене провадження з виданням судового наказу», яку включено до розділу третього «Позовне провадження в суді першої інстанції». Така структурна побудова модельного Кодексу викликає заперечення з точки зору віднесення наказного провадження до позовного провадження в суді першої інстанції. Адже наказне провадження за його змістом, стадіями, наслідками не можна порівнювати з позовним. І за структурою більшості національних Цивільних процесуальних кодексів СНД наказне провадження до позовного не належить. Наприклад, ЦПК України взагалі наказне провадження визначає окремим розділом, а ЦПК Республіки Молдова закріплює наказне провадження, поряд із позовним провадженням, як підрозділ розділу другого «Провадження у першій інстанції». Хоча є й винятки. Так, ЦПК Азербайджану норми про наказне провадження містить у главі 23, яку включено до підрозділу першого «Позовне провадження» розділу другого «Провадження у суді першої інстанції».

Як уже зазначалось, наказне провадження не виконує функції, які покладено на позовне, тому відносити норми, що регулюють цей особливий вид спрощеного провадження, до видів позовного провадження є, щонайменше, спірним. Тому, видається, доцільно відносити наказне провадження до проваджень у суді першої інстанції, не включаючи при цьому норми, які його регулюють, до структурних підрозділів ЦПК, якими регулюється позовне провадження. У зв'язку з таким висновком на сьогодні не є необхідним змінювати структур ЦПК України, адже вона не має чітко вираженого «інстанційного» забарвлення.

У першій редакції чинного ЦПК України судовий наказ визначався як особлива форма судового рішення про стягнення з боржника грошових коштів або витребування майна за заявою особи, якій належить право такої вимоги. Редакція ст. 95 ЦПК України, чинна з 07.07.2010 р., визначає судовий наказ як особливу форму судового рішення, що видається судом за результатами розгляду вимог, передбачених ст. 96 цього Кодексу. Тобто жодних ознак судового наказу, окрім переліку вимог, за якими він може видаватись, чинна дефініція не містить.

ЦПК Республіки Білорусь визначає наказне провадження як провадження за заявою про стягнення грошової суми або витребування рухомого майна у боржника без проведення судового засідання і виклику сторін. У визначенні також зазначено, що таке провадження може здійснюватись лише за певним переліком вимог.

Стаття 121 ЦПК Російської Федерації визначає судовий наказ як судову постанову, винесену суддею одноособово на підставі заяви про стягнення грошових сум або витребування рухомого майна у боржника за вимогами, передбаченими ст. 122 цього Кодексу.

Характер вимог, на виконання яких може видаватись судовий наказ, є важливою ознакою наказного провадження. Усі дефініції судового наказу або наказного провадження, вміщені в ЦПК країн – учасниць СНД, передбачають, що судовий наказ може видаватись за вимогою про стягнення грошових сум або витребування майна. При цьому ЦПК Російської Федерації, Киргизької Республіки, Республіки Білорусь, Республіки Таджикистан та Республіки Узбекистан передбачають, що вимога про витребування може стосуватись лише рухомого майна. Такий підхід загалом є зрозумілим, адже нерухоме майно має важливе значення для економіки у цілому, для місцевої громади і безпосередньо для людини. Тому вирішення його юридичної долі без дослідження всіх обставин справи може призвести до надмірних затрат як матеріальних, так і процесуальних ресурсів.

У визначеннях судового наказу, закріплених у ЦПК Республіки Казахстан та Республіки Узбекистан, передбачено, що вимоги повинні бути безспірними. Безспірність в даному разі передбачає, що вимоги підтверджені належними доказами. Проте боржник може в подальшому заперечити таку вимогу і розгляд справи за бажання кредитора буде здійснюватись у позовному провадженні після подання відповідної позовної заяви.

У першій редакції ЦПК України було передбачено видачу судового наказу у таких випадках: 1) заявлено вимогу, яка ґрунтується на правочині, вчиненому у письмо-

вій формі; 2) заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати; 3) заявлено вимогу про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника. Цей перелік не був виключним, оскільки передбачалась видача судового наказу і в інших випадках, встановлених законом.

Згідно зі змінами, внесеними до ст. 96 ЦПК України Законом України від 07.07.2010 р. № 2453-VI, судовий наказ може бути видано у разі, якщо: 1) заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати; 2) заявлено вимогу про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника; 3) заявлено вимогу про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення з урахуванням індексу інфляції та трьох відсотків річних, нарахованих заявником на суму заборгованості; 4) заявлено вимогу про присудження аліментів на дитину в розмірі тридцяти відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших зацікавлених осіб; 5) заявлено вимогу про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів. При цьому стаття не передбачає видачі судового наказу в інших, передбачених законом, випадках. Тобто перелік розширився (навіть з урахуванням вилучення п. 1 ч. 1 ст. 96 у першій її редакції), але він став виключним. Цілком позитивним видається включення до переліку вимог, за якими видається судовий наказ, передбачених п. 4 та 5 ст. 96 ЦПК. Так, можливість видачі судового наказу про присудження аліментів для дитини полегшує їй та її законним представникам забезпечення належного життєвого рівня дитини. Так само і можливість видачі судового наказу за рішенням суду про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухваленим на користь невизначеного кола осіб, посилює гарантії захисту прав споживачів та може забезпечити значну економію процесуальних засобів. Однак видається недоцільним обмежувати видачу судового наказу за рішеннями суду на користь невизначеного кола осіб лише вказаними категоріями справ про захист прав споживачів. Навіть якщо на сьогодні не передбачено інших можливостей звернення до суду за захистом прав та інтересів невизначеного кола осіб, це не значить, що у подальшому такі можливості не будуть передбачені змінами до чинного законодавства. Тому п. 5 ч. 1 ст. 96 ЦПК України слід викласти у такій редакції:

«5) заявлено вимогу, яка ґрунтується на рішенні суду, ухваленому на користь невизначеного кола осіб».

Заперечення викликає відхід вітчизняного законодавця від концепції судового наказу за вимогами, які ґрунтуються на письмовому правочині, до моделі судового наказу за вимогами про стягнення заборгованості за окремі види послуг. Перша модель відповідає принципу рівності сторін, хоча, загалом, і могла стати інструментом певних зловживань. Однак друга модель, коли судовий наказ видається за вимогою про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг телебачення та радіомовлення, видається дискримінаційною (п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК України). Незрозумілим є критерій, за яким провайдери саме цих видів послуг мають привілейоване становище порівняно з іншими учасниками цивільних та цивільних процесуальних правовідносин. Якщо суб'єкти, на захист прав та інтересів яких спрямовано п. 1 та 4, є соціально вразливішими та економічно слабкішими від своїх опонентів, а вимоги п. 2 та 5 фактично випливають із рішень суду, які набрали законної сили, то постачальники житлово-комунальних та телекомунікаційних послуг є стороною явно економічно сильнішою за споживача, а їх вимоги не повинні обов'язково ґрунтуватися на прийнятих раніше рішеннях суду. При цьому п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК України передбачає і можливість стягнення з боржника боргу з урахуванням індексу інфляції та трьох відсотків річних, нарахованих на суму заборгованості. Отже, з огляду на спрощеність процедур видачі судового наказу, споживачі житлово-комунальних та телекомунікаційних послуг можуть бути поставлені у невиправдано скрутне становище. Крім того, договори про надання житлово-комунальних послуг сьогодні не підписані значною кількістю споживачів. Часто самі житлово-експлуатаційні організації не бажають підписувати такі договори, а договори, які вони пропонують споживачам для підписання, не відповідають встановленим постановами Кабінету Міністрів України формам. Тому внесені до переліку вимог наказного провадження та до дефініції самого судового наказу зміни видаються свідомо спрямованими на створення умов для порушення прав споживачів житлово-комунальних послуг.

Така небезпечна для простого громадянина ситуація складається на фоні відходу вітчизняного законодавця від концепції видачі судових наказів лише за безспірними вимогами. Адже, якщо у первісній редакції ст. 95 ЦПК України вказувалось, що судовий наказ видається за заявою особи, якій таке право належить, то у чинній редакції судовий наказ визначається як особлива форма судового рішення, що видається судом за результатами розгляду вимог, передбачених ст. 96 цього Кодексу. Крім того, ст. 97 не передбачено зазначення у заяві про видачу судового наказу доказів, на яких ґрунтується вимога, а лише таких обставин.

У Російській Федерації становлення наказного провадження відбувається дещо іншим шляхом. Так, ст. 122 ЦПК Російської Федерації від 14.11.2002 № 138-ФЗ (далі – ЦПК РФ) на сьогодні передбачає видачу судового наказу за вимогами: а) що ґрунтується на нотаріально завіреному правочині; б) що ґрунтується на правочині, вчиненому у простій письмовій формі; в) що ґрунтується на вчиненому нотаріусом протесті векселя по несплаті, неакцепті і недатуванні акцепту; г) про стягнення аліментів на неповнолітніх дітей, не пов'язане зі встановленням батьківства, оспорюванням батьківства (материнства) чи необхідністю залучення інших осіб; д) про стягнення з громадян недоїмок з податків, зборів та інших обов'язкових платежів; е) про стягнення нарахованої, але не виплаченої заробітної плати; є) органів внутрішніх справ про стягнення витрат, пов'язаних із розшуком відповідача, боржника або дитини, відібраної у боржника за рішенням суду. Примітно, що первісний перелік вимог, за якими згідно з ЦПК РФ міг видаватись судовий наказ, не містив вимог, які ґрунтуються на письмовому (простої і нотаріальної форми) пра-

вочині. Таким чином, якщо український законодавець відмовився від такої підстави видачі судового наказу як вимога, яка ґрунтується на письмовому правочині, то російський законодавець її запровадив.

Взагалі, наказне провадження в цивільному судочинстві України є унікальним на теренах СНД з огляду на відсутність у переліку вимог, за якими видається судовий наказ, вимог, які ґрунтуються на письмовому правочині. Адже ЦПК всіх країн – учасниць СНД передбачають видачу судового наказу про виконання вимоги, яка ґрунтується на письмовому правочині. І тільки в одному з них – ЦПК Республіки Білорусь такі вимоги обмежуються тими, які ґрунтуються на правочині, посвідченому нотаріально.

Зазначимо, що і в питанні виділення вимоги про стягнення житлово-комунальних платежів ЦПК України є певною мірою унікальним. Адже на теренах СНД лише у ЦПК Республіки Білорусь так само передбачено окремим пунктом стягнення за судовим наказом заборгованості з комунальних платежів та платежів за послуги зв'язку.

З огляду на викладене вдалим видається формулювання п. 2 ч. 1 ст. 238-2 ЦПК Республіки Узбекистан, яким передбачено видачу судового наказу, коли вимога ґрунтується на письмовому правочині, в тому числі якщо заявлено вимогу про стягнення заборгованості з оплати житлово-комунальних платежів. Запропоноване формулювання видається таким, що не порушує рівності процесуальних прав сторін житлово-комунальних відносин.

Тому видається за доцільне повернути до ЦПК України первісну редакцію п. 1 ч. 1 ст. 95, якою передбачалась видача судового наказу за вимогою, яка ґрунтується на письмовому правочині. Крім того, це положення можна було б доповнити словами: «в тому числі якщо заявлено вимогу про стягнення заборгованості з оплати житлово-комунальних послуг і послуг зв'язку». Таке положення надало б можливість значною мірою зекономити процесуальні засоби і виконати функцію, покладену на наказне провадження.

Вимога про призначення аліментів, коли вона не пов'язана з установленням батьківства, так чи інакше передбачена у ЦПК всіх країн – учасниць СНД. Так само у наказному провадженні в усіх країнах – учасницях СНД може задовольнятись вимога про стягнення нарахованої, але не виплаченої заробітної плати. Проте, якщо деякі ЦПК передбачають стягнення коштів виключно в межах заробітної плати, то інші допускають стягнення за судовим наказом й інших коштів, прирівняних до заробітної плати.

Поширеним в межах СНД є стягнення за судовим наказом вимог про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника. Відповідної підстави не передбачено лише ЦПК Республіки Узбекистан.

Так само поширеною на теренах СНД є видача судового наказу за вимогою, яка ґрунтується на протесті векселя у неплатежі або у неакцепті, вчиненому нотаріусом. Крім України, така підстава для видачі судового наказу не передбачена і ЦПК Республіки Узбекистан.

Прогресивною є передбачена п. 5 ч. 1 ст. 96 ЦПК України можливість видачі судового наказу за вимогою про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів. У ЦПК жодної з країн – учасниць СНД не передбачено такої підстави для видачі судового наказу. Однак, попри свою прогресивність, така норма не надає змоги повною мірою реалізувати потенціал наказного провадження щодо економії процесуальних засобів. Так, якщо передбачити видачу наказу за будь-якою вимогою, яка ґрунтується на рішенні суду, прийнятому на захист заздалегідь не встановленого кола осіб, в подальшому, за умови розвитку інституту групових позовів у цивільному судочинстві, можлива значна процесуальна економія.

Переважна більшість ЦПК країн – учасниць СНД передбачає видачу судового наказу на стягнення недоїмки з податків, інших обов'язкових платежів, в тому числі і з обов'язкового соціального і медичного страхування. Така характеристика не властива наказному провадженню лише в Україні і Узбекистані. Наявність можливості розгляду такої публічно-правової вимоги в порядку цивільного судочинства пояснюється особливостями судоустрою інших держав: там не створено систему адміністративних судів, через що у порядку цивільного судочинства розглядається низка справ, які випливають з публічних правовідносин.

Найширший перелік вимог наказного провадження передбачено у ЦПК Республіки Білорусь. Так, окрім вказаних вище, згідно зі ст. 394 цього кодексу судовий наказ видається коли:

− заявлено вимогу страховика (страхової організації) про стягнення заборгованості за договором страхування;

− заявлено вимогу орендодавця про стягнення заборгованості за договором прокату;

− заявлено вимогу про стягнення на користь територіальних медичних об'єднань засобів, витрачених на лікування потерпілих по розглянутих кримінальних справах;

− заявлено вимогу про стягнення витрат, понесених державою на утримання дітей, які перебувають на державному утриманні, з особи, зобов'язаної відшкодовувати такі витрати, яка працює чи не працює, але не в повному обсязі протягом шести місяців відшкодовує в добровільному порядку за її заявою вказані витрати. У випадку, коли місце проживання такої особи невідоме, стягнення з неї таких витрат здійснюється в порядку позовного судочинства;

− заявлено вимогу про стягнення з наймача, власника житлового приміщення, члена організації громадян-забудовників та членів їхніх сімей заборгованості по оплаті за користування житловим приміщенням, технічне обслуговування і комунальні послуги, по відрахуванням коштів на капітальний ремонт житлового будинку.

З наведеного переліку видно, що частина з вказаних вимог може бути віднесеною до вимог, які ґрунтуються на правочині, вчиненому у простій письмовій формі. Однак ЦПК Республіки Білорусь, як вказувалось вище, не передбачає видачі судового наказу за такими вимогами. Інші ж вимоги зумовлюються особливостями системи соціального захисту та медичної допомоги в цій державі. Тому запозичення досвіду Республіки Білорусь у цій частині регулювання наказного провадження на даний час видається недоцільним.

Отже, наказне провадження є доволі новою цивільною процесуальною формою для країн СНД. Хоча ЦПК деяких союзних республік передбачали наказне провадження, однак такі кодекси діяли лише в 20-х роках минулого століття. Сучасне правове регулювання видачі судового наказу в цивільному процесі почало форму-

ватись після розпаду СРСР. На сьогодні наказне провадження передбачено у цивільних процесуальних кодексах переважної більшості країн – учасниць СНД. Відсутній такий вид спрощеного провадження лише в Туркменистані, де до цього часу діє ЦПК Туркменської РСР, та у Вірменії, де передбачено прискорений розгляд справ, який має певні як спільні, так і відмінні ознаки із наказними провадженнями в інших країнах.

Регулювання наказного провадження в країнах – учасницях СНД хоч і має певні розбіжності, проте дає можливість сформулювати визначення судового наказу, яке б вказувало на всі істотні ознаки цього документа. Так, судовий наказ можна визначати як *судове рішення, прийняте суддею одноособово без виклику сторін і судового розгляду, на задоволення безспірних вимог кредитора про стягнення з боржника грошових коштів або витребування майна*.

Основною ознакою наказного провадження в цивільному процесі у країнах – учасницях СНД є те, що воно має сприяти виконанню безспірних вимог кредитора. Такий підхід надає змогу максимально реалізувати потенціал цього виду спрощеного провадження з метою економії процесуальних засобів. Як правило, ЦПК містять вичерпний перелік вимог, за якими може видаватись судовий наказ. Переважно такі вимоги ґрунтуються на письмовому правочині, однак у ЦПК Україні законодавець відійшов від такої концепції і змінив перелік вимог, виключивши з нього ті, які ґрунтуються на письмовому правочині, натомість включивши вимоги, які випливають із окремих видів відносин, як то надання комунальних та телекомунікаційних послуг. При цьому не ставиться умова наявності відповідного письмового договору, що ставить під загрозу права та інтереси споживачів таких послуг. Тому наказне провадження в Україні видається надто звуженим і таким, що не відповідає вимогам процесуальної економії, рівності сторін тощо.

Усунути цей недолік можна повернувши первинну редакцію ст. 96 ЦПК України. В такому разі, якщо постачальник комунальних послуг виконав вимоги чинного законодавства щодо укладення за встановленою формою договорів зі споживачами, стягнення заборгованості з оплати за комунальні послуги так само буде можливим за судовим наказом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конвенція* Ради Європи від 04.11.1950 р. «Про захист прав людини і основоположних свобод» / Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – С. 270.

2. *Аналіз роботи* судів загальної юрисдикції у 2010 р. (за даними судової статистики) // http://court.gov.ua/sudova _statystyka/4667884568/.

This article examines the demands which may be issued a court order in civil proceedings in Ukraine and CIS countries.

В статье исследуются требования, по которым может издаваться судебный приказ в гражданском судопроизводстве Украины и стран СНГ.

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ОСІБ

Лапечук П. І.,

провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглянуто приватноправові проблеми законотворчої діяльності та шляхи її удосконалення з метою забезпечення цивільних прав осіб.

Ключові слова: цивільні права осіб, законотворчість, об’єкти правового регулювання, публічний захист.

Визнаючи в Україні найвищою соціальною цінністю людину, її життя та здоров’я, честь та гідність, недоторканність та безпеку (ст. 3 Конституції України [1]), держава намагається створити для неї гідні умови життєдіяльності. Однією з таких умов є реалізація та охорона приватних прав осіб, а тому слід визначити коло проблем, які існують у законотворчій діяльності як динамічному процесі створення належних нормативно-правових регуляторів у дусі верховенства права.

Основну увагу ми приділяли вивченню питань захисту цивільних прав громадян на природокористування, оскільки ст. 13 Конституції України визначено, що земля, її надра, а також атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об’єктами права власності Українського народу.

Слід згадати про проект Закону України «Про Загальнодержавну програму використання та охорони земель» (реєстраційний № 3310 від 23.10.2008), який мав на меті прийняття Загальнодержавної програми використання та охорони земель (далі – Програма), що визначає напрями впровадження державної політики, спрямовані на мінімізацію негативного впливу на земельні ресурси, захист ґрунтів від деградації, забруднення та виснаження, раціональне використання земель, а також визначення головних напрямів дій щодо невиснажливого використання, охорони та відтворення земельних ресурсів.

Проте вивчення і аналіз шляхів і способів розв’язання проблеми, визначеної проектом Програми, засвідчили, що вони не продумані і не обґрунтовані як з економічної, так і організаційної, фінансової, екологічної, правової точок зору. Склалося враження, що автори законопроекту не врахували право приватної власності на землю і конституційне право кожного громадянина вільно і самостійно господарювати на власній землі, а шляхи і способи розв’язання проблеми побудовані виключно на декларативних засадах.

Зокрема, на першому етапі Програмою передбачено «розроблення нормативно-правових актів і документів, необхідних для виконання програми», а на другому– «удосконалення правової та нормативно-технічної бази», тобто передбачається створення завідомо недосконалих актів. Іншим аспектом є фінансування програми, яке має здійснюватися в основному за рахунок коштів землевласників і землекористувачів (за їх згодою), оскільки кошти державного бюджету становлять лише 7 відсотків загальної суми і витрачатимуться на розробку лише чергових «паперових» заходів.

Тим самим правові норми Програми значно впливають на приватні права осіб, а у разі їх невиконання жодної відповідальності не передбачено. Певне, що за черговими реформаторськими кроками приховуються свідомі обмеження приватних прав осіб. НДІ приватного права і підприємництва було внесено пропозицію про відхилення зазначеного проекту Програми, і, мабуть, це стало одним із аргументів того, що законопроект 07.07.2011 було знято Верховною Радою з розгляду.

Серйозні зауваження виникли до проекту Закону України «Про внесення змін до статті 23 Кодексу України про надра щодо видобування підземних вод для технологічних потреб» (реєстраційний № 7559 від 13.01.2011).

Проектом зазначеного закону передбачалося внести зміни до статті 23 Кодексу України Про надра, які нададуть змогу, на думку авторів, лише певним надрокористувачам (які мають дозвіл на геологічне вивчення надр, у тому числі дослідно-промислову розробку на видобування корисних копалин) видобувати підземні води без отримання спеціальних дозволів та гірничого відводу, але залежно від їх потреб та об'єму використання води (300 куб. м на добу).

Вивчивши наведені пропозиції, а також стан підземних вод у державі та проблеми водопостачання населення питною водою, відзначимо, що прийняття цього законопроекту, а також прийнятого Закону України «Про внесення змін до статті 23 Кодексу України про надра щодо видобування підземних вод» від 22.12.2010 № 2849-VI порушує конституційні права громадян, а саме, права осіб на рівні умови водокористування.

Враховуючи те, що запаси підземних вод в Україні обмежені, а в південних, східних і лісостепових областях їх обсяги критичні, неконтрольоване їх використання на технологічні та господарські потреби поставить населення, особливо у Луганській, Донецькій, Харківській, Херсонській, Кіровоградській областях, на межу виживання.

Нині майже 1200 населених пунктів, в основному у зазначених областях, частково та повністю забезпечуються привізною питною водою. Отже, якщо, суб'єкти господарювання і громадяни неконтрольовано будуть використовувати 300 куб. м підземних вод на добу, основна маса фізичних осіб не зможе їх використовувати на життєво-необхідні питні потреби.

Звертаємо увагу на те, що з урахуванням територіального фактора концентрація водоспоживання в містах перевищує європейські норми її в селах у 4,1 раза, а стосовно всієї території країни – в 11 разів.

Враховуючи необґрунтованість та шкідливість правових норм щодо використання підземних вод, НДІ приватного права і підприємництва запропоновано відхилити зазначений законопроект, проте нашу думку поки що не враховано, а проект до порядку денного не включено (06.09.2011).

Вважаємо, що прийнятий Верховною Радою України Закон України «Про внесення змін до статті 23 Кодексу України Про надра щодо видобування підземних вод» від 22.12.2010 № 2849-VI [9], до якого подавалися негативні висновки як у минулому, так і поточному році, який дає безконтрольне право землевласникам та землекористувачам в межах наданих їм земельних ділянок без спеціальних дозволів та гірничого відводу видобувати підземні води для власних господарсько-побутових потреб, нецентралізованого та централізованого господарсько-побутового водопостачання, за умови, що продуктивність водозаборів підземних вод не перевищує 300 куб. м на добу, значно ускладнить загальну ситуацію щодо використання підземних вод.

Неконтрольоване буріння свердловин підземних вод, їх використання на будь-які господарські потреби може призвести до виснаження підземних вод, повного їх зникнення у криницях, особливо у сільській місцевості, ускладнить і без того загрозливу ситуацію з водоспоживанням населення якісною питною водою.

Слід зазначити, що такі ситуації ми вже переживали за радянських часів, коли не виважені дії зі зрошенням сільськогосподарських культур за рахунок підземних вод призвели до їх виснаження у південних районах України, особливо у степовому Криму, але завдяки вжитим заходам вдалося уникнути їх остаточного виснаження.

Іншим, не менш важливим питанням є правовий режим об'єктів, які підлягають особливій правовій охороні. Зокрема, був вивчений проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про природно-заповідний фонд України» (щодо дозволу мисливства в зоні антропогенних ландшафтів)» (реєстраційний № 7421 від 02.12.2010) (далі – Проект № 7421), яким передбачалося надання дозволу на мисливство у зонах антропогенних ландшафтів як механізм реалізації права Українського народу користування природними ресурсами України.

Слід зазначити, що останніми змінами до Закону України «Про природно-заповідний фонд України» (Закон України № 1826-VI від 21.01.2010) вдосконалено порядок створення територій та об'єктів природно-заповідного фонду та врегульовано питання щодо порядку здійснення природоохоронних заходів з моменту створення установи та об'єкта природно-заповідного фонду; посилено систему державного контролю у сфері додержання вимог до режиму територій та об'єктів природно-заповідного фонду; вдосконалено організацію функціонування природних заповідників, біосферних заповідників, національних природних парків, регіональних ландшафтних парків, ботанічних садів, дендрологічних парків, зоологічних парків, інших установ природно-заповідного фонду загальнодержавного значення, здійснено природоохоронні заходи тощо.

Проте, автори Проекту № 7421, у свою чергу, намагалися під реалізацією права Українського народу користуватися природними ресурсами змінити вдосконалений режим природно-заповідного фонду України, який полягає в особливій охороні, навіть не оцінивши результату попередніх змін.

Так, біосферні заповідники (яких в Україні лише чотири) включаються в установленому порядку до Всесвітньої мережі біосферних резерватів у рамках програми ЮНЕСКО «Людина і біосфера». Натомість у законопроекті з позиціюванням мисливства як «засобу для життя» передбачалося дозвіл мисливства в зонах антропогенних ландшафтів, які є частиною структури території біосферного заповідника, на території якого забороняється будь-яка господарська та інша діяльність, що суперечить цільовому призначенню заповідника, порушує природний розвиток процесів та явищ або створює загрозу шкідливого впливу на його природні комплекси та об'єкти.

Таким чином, зазначеним законопроектом нівелюється сама мета створення природно-заповідного фонду – охоро-

на та ефективне його використання, збереження природної різноманітності ландшафтів, генофонду тваринного і рослинного світу, підтримання загального екологічного балансу. Наукова позиція щодо цього законопроекту була очевидною – законопроект підлягав відхиленню, а 03.03.2011 саме таке рішення і прийняв парламент.

У продовження думки про особливості правового режиму окремих об'єктів, слід згадати про проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Червону книгу України» (щодо посилення заходів з охорони рідкісних видів тварин і рослин, занесених до Червоної книги України)» (реєстраційний № 6472 від 02.06.2010)

Запропонований законопроект був спрямований на вдосконалення заходів з охорони рідкісних видів тварин і рослин, занесених до Червоної книги України, а його завдання – посилення охорони рідкісних видів тварин і рослин, занесених до Червоної книги України.

Зазначене доповнення мало відбутися відповідно до списків Конвенції про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення (Конвенція СІТЕС) [2].

Вивчивши законопроект, співробітники НДІ приватного права і підприємництва звернули увагу на те, що відповідно до ст. 2. Закону України «Про Червону книгу України» завданням законодавства про Червону книгу України є регулювання суспільних відносин у сфері охорони, використання та відтворення рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тваринного і рослинного світу, занесених до Червоної книги України, з метою попередження зникнення таких видів із природи, забезпечення збереження їх генофонду.

Натомість мета Конвенції СІТЕС полягає у гарантуванні того, щоб міжнародна торгівля дикими тваринами і рослинами не створювала загрози їх виживанню, а сам договір надає різні ступені захисту для понад 33000 видів тварин і рослин. Таким чином, Закон України «Про Червону книгу України» [17] та Конвенція СІТЕС мають різні предмети правового регулювання, а запропоновані зміни призведуть до негативних наслідків.

Так, внесення об'єктів тваринного світу, які в Конвенції СІТЕС мають визначення «зразок» (п. b ст. 1), призведе до того, що будь-яка реалізація на території України продуктів тваринного та рослинного світу (осетрова ікра, деревина тощо) буде незаконною, що лише стимулюватиме знищення окремих видів рослин та тварин і посилить браконьєрство.

Отже, положення цього законопроекту не витримують жодної критики, оскільки Червона книга України охороняє види тварин та рослин, а не їх частини та похідну від них продукцію. Як результат, не розмежовані об'єкти, які підлягають державній охороні, та об'єкти, які перебувають у цивільному обороті. Таким чином, з остаточного висновку слідує, що наведений законопроект необхідно повернути на доопрацювання, що і було зроблено 01.03.2011.

Попередній законопроект розроблявся як спосіб імплементації окремих міжнародних норм у національне законодавство. Проте, здійснюючи подібне удосконалення, слід звернути особливу увагу на чинне нормативно-правове регулювання правових відносин в Україні.

Так, проектом Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про мисливське господарство та полювання» (щодо покращення охорони деяких видів тварин, внесених до Конвенції 1979 року про охорону дикої флори і фауни та природних середовищ існування в Європі) (реєстраційний № 4628 від 24.09.2009) передбачалося включення рідкісних видів птахів, які підлягають повній охороні згідно з додатком II «Конвенції 1979 року про охорону дикої флори і фауни та природних середовищ існування в Європі», вилученням зі ст. 33 Закону вовка, грака, сойки і сороки щодо їх відстрілу та відлову.

Розглянувши законопроект, звернемо увагу на те, що Законом України «Про приєднання України до Конвенції 1979 року про охорону дикої флори і фауни та природних середовищ існування в Європі» від 29 жовтня 1996 року № 436/96-ВР [15] допускається в обмеженій кількості за умов відповідного контролю вибіркове регулювання чисельності вовків з метою запобігання негативному впливу їх на популяції інших видів, серйозній шкоді худобі та іншим об'єктам власності.

Таким чином, з огляду на чинне регулювання ст. 33 Закону України «Про мисливське господарство та полювання» [11] такий відстріл вовка здійснюється відповідно до застережень, зроблених Україною до Конвенції 1979 року. Інші ж види птахів (лебідь-кликун, кам'янушка, козарки та інші), визначені проектом вказаного закону (у абз. 2 ст. 19), підлягають особливій охороні, а тому не можуть бути включені до об'єктів полювання, як це зроблено у проекті, що суперечить його меті.

На нашу думку, проект підлягав доопрацюванню, адже автор не розмежував об'єкти тваринного світу, які підлягають охороні, а які є об'єктами полювання, а підстава законодавчої ініціативи не відповідає її предмету. Врешті-решт, проект 12.05.2011 було відхилено.

Окрім аналізу приватноправових законопроектів співробітники НДІ приватного права і підприємництва також вивчили і проекти, що мають публічно-правовий вплив на охорону навколишнього природного середовища та можуть вплинути на цивільні права та обов'язки природокористувачів.

Прикладом удосконалення публічного впливу на захист громадян є проект Закону України «Про техногенну безпеку» (реєстраційний № 8346 від 06.04.2011), предметом якого є забезпечення на території держави умов найбільш безпечного проживання людини, захисту її життя та здоров'я і довкілля від шкідливого впливу техногенно-небезпечних об'єктів, визначення основних правових, економічних та організаційних засад забезпечення техногенної безпеки, регулювання відносин між суб'єктами господарювання, у власності чи користуванні яких знаходяться об'єкти підвищеної небезпеки та потенційно небезпечні об'єкти, органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, їх повноваження, іншими фізичними та юридичними особами незалежно від виду їх діяльності та форм власності, і порядок діяльності у цій сфері.

Метою прийняття та головним його завданням є законодавче визначення основних засад техногенної безпеки, державного нагляду та експертної діяльності у сфері техногенної безпеки.

Проте авторами законопроекту не було визначено співвідношення предметного регулювання цього проекту з чинними законами України «Про правові засади

цивільного захисту» [18], «Про об'єкти підвищеної небезпеки» [13] та іншими.

При визначенні поняття «техногенно-небезпечний об'єкт» використовується його заміна поняттями «потенційно небезпечні об'єкти», «об'єкти підвищеної небезпеки» та «небезпечні території», що породжує складність його розуміння та створює бланкетність норми.

Крім того, наведений законопроект мав впливати і на права та обов'язки суб'єктів господарювання у сфері забезпечення техногенної безпеки (ст. 43) і передбачати: укладення угод на постійне обслуговування державними аварійно-рятувальними службами об'єктів та окремих територій, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України (п. 13); створення матеріальних та фінансових резервів для попередження та ліквідації надзвичайних ситуацій техногенного характеру (п. 15). У першому випадку цей обов'язок не співвідноситься з обов'язками відповідних державних органів та служб, які утримуються за рахунок державного бюджету, а у другому випадку – немає критерію визначення розміру описаного резерву. В цілому ці обов'язки спричинять зловживання з боку органів державної влади, їх комерціалізацію та необґрунтованість здійснення витрат суб'єктів господарювання.

Окремо зупинимося на змінах до чинного законодавства, які пропонуються законопроектом. Так, викликають занепокоєння зміни до Закону України «Про захист населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру» [10], оскільки проектом передбачено передавати захисні споруди в оренду у мирний час (ст. 10) (але ж проект і розрахований на мирний час), то втрачається сенс такої передачі. Крім того, передбачається організація виконання заходів щодо утримання та використання захисних споруд, їх облік на державних та комунальних підприємствах (ст. 31), однак не зрозумілий такий самий облік та необхідність захисту на приватних підприємствах, оскільки саме останні за кількістю значно переважають державні та комунальні.

Таким чином, законопроект містить суттєві недоліки, які можуть порушити суб'єктивні права осіб та внести колізії у правове регулювання у сфері техногенної безпеки, а також призведуть до комерціалізації державних органів та збільшення можливості до зловживань з боку посадових та службових осіб. У законопроекті також немає чіткої позиції щодо предметності регулювання. Зважаючи на викладене, ми внесли пропозицію щодо суттєвого доопрацювання цього законопроекту.

Окрім публічного впливу на охорону екологічних прав громадян на сьогодні набуває актуальності діяльність громадських формувань як інституту громадянського суспільства.

У проекті Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» (щодо захисту екологічних прав громадян)» (реєстраційний № 7393 від 22.11.2010), на думку авторів, передбачалося значною мірою розширити та доповнити екологічні права громадян України, гарантувати їх захист, посилити роль громадських інспекторів з охорони навколишнього природного середовища шляхом введення нових та вдосконалення чинних положень у ст. 3, 9, 10, 21, 36, 60 Закону.

Відповідно до положень Конституції в Україні визначається та діє принцип верховенства права (ст. 8), а правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством (ст. 19).

Таким чином, в Основному Законі вже врегульовано положення щодо захисту не лише екологічних, а й інших прав громадян, а також встановлено принципи правопорядку та законності в Україні. Доповнення ж Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» словами «законність та правопорядок у сфері охорони навколишнього природного середовища» з точки зору юридичної техніки є недоцільним та призводить до словоблуддя та зайвого повторення вже закріплених норм.

Пропозиції щодо зміни у ст. 10, 21 Закону стосовно розширення прав громадських організацій є недосконалими, оскільки на сьогодні відсутній правовий механізм реалізації екологічних прав громадян громадськими об'єднаннями у галузі охорони навколишнього природного середовища, які не є їх членами, зокрема, щодо звернення таких організацій до суду для захисту громадських (публічних) прав та інтересів.

Крім того, доповнення ст. 36 Закону щодо розширення законодавчих прав громадських інспекторів з охорони навколишнього природного середовища (особливо щодо вилучення знарядь та продукції), а також надання їм адміністративних повноважень, які повинні належати виключно органам державної влади та їх посадовим особам, призведе до зловживань з їх боку, анархії та свавілля при здійсненні екологічного контролю.

На нашу думку, законопроект не актуальний та підлягає відхиленню, оскільки не стосується захисту екологічних прав громадян та їх громадських об'єднань, що і було здійснено 14.03.2011.

Насамкінець, слід звернути увагу на найвагомішу проблему, яка виникає при створенні законодавчих актів, – предмет приватного права: особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників та принципи приватного права, які знайшли своє відображення у ст. 3 Цивільного кодексу України: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність [6].

Предмет та принципи цивільного права є не лише ознаками, що надають змогу відокремити цю галузь права від інших, а й механізмами, фундаментом участі осіб у приватних відносинах, а тому прийняття нормативно-правових актів, які не узгоджуються з наведеними вище положеннями, є недопустимим.

Наприклад, надаючи висновки та пропозиції до проекту Закону України «Про громадські організації» (реєстраційний № 7262-1), що був прийнятий у першому читанні 17.05.2011, зверталася увага, що слід детальніше визначити права та обов'язки громадських організацій без статусу юридичної особи. Так, у законопроекті, як і чинному Законі України «Про об'єднання громадян», існує лише вказівка на можливість та порядок їх створення. Тим самим відсутність інших положень фактично виключає їх

здатність бути учасниками правовідносин, оскільки чинне законодавство слідує шляхом визнання суб'єктами правовідносин лише осіб (фізичних та юридичних). Як результат, громадські формування, які не матимуть статусу юридичних осіб, за відсутності визначення кола їх приватних прав та обов'язків породжуватимуть юридичну нерівність учасників приватних відносин.

Окрім описаних проблем, які впливають на якість законотворчої діяльності, варто було б відмітити і окремі аспекти, що можуть вплинути на ефективність охорони приватних прав осіб. Так, заслуговують на увагу проблеми структурованості нормативно-правового акта, питання нормотворчої техніки, залучення громадськості до обговорення, які часом залишаються поза увагою суб'єктів законодавчої ініціативи.

На нашу думку, для уникнення можливих колізій, прогалин чи обмежень у приватних правах осіб слід вирішувати також питання систематизації нормативно-правових актів, а не вносити десятки доповнень та поправок до чинних кодифікованих актів. Крім того, доцільно з урахуванням наукових розробок та практичних рекомендацій створити концепцію розвитку приватного законодавства, яка визначить пріоритети розвитку галузі та межі законодавчого регулювання приватних відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конституція України* від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. *Конвенція* про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення (Конвенція CITEC) 03.03.1973 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.nau.ua/doc/?code=%39%39%35%5F%31%32%39.

3. *Цивільний кодекс* України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

4. *Закон України* «Про внесення змін до статті 23 Кодексу України про надра щодо видобування підземних вод» від 22.12.2010 № 2849-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 27. – Ст. 232.

5. *Закон України* «Про захист населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру» від 08.06.2000 № 1809-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 40. – Ст. 337

6. *Закон України* «Про мисливське господарство та полювання» від 22.02.2000 № 1478-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 18. – Ст. 132

7. *Закон України* «Про об'єкти підвищеної небезпеки» від 18.01.2001 № 2245-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 15. – Ст. 73

8. *Закон України* «Про приєднання України до Конвенції 1979 року про охорону дикої флори і фауни та природних середовищ існування в Європі» від 29 жовтня 1996 року № 436/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 50. – Ст. 278.

9. *Закон України* «Про Червону книгу України» від 07.02.2002 № 3055-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 30. – Ст. 201

10. *Закону України* «Про правові засади цивільного захисту» від 24.06.2004 № 1859-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 39. Ст. 488. – С.1498.

The article deals with problems legislative activity in private law and ways of improving it to ensure the persons' civil rights.

В статье рассматриваются частноправовые проблемы законотворческой деятельности и пути её усовершенствования с целью обеспечения гражданских прав лиц.

ЦИВІЛЬНА ПРАВОЗДАТНІСТЬ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ ЯК ОЗНАКА УЧАСНИКА ПРИВАТНИХ ВІДНОСИН

Кочин В. В.,

молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглядаються проблеми, пов'язані з наданням юридичним особам загальної (універсальної) правоздатності, а також розкриваються питання спеціальних прав та обов'язків, пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності.

Ключові слова: юридична особа приватного права, правоздатність, спеціальна правосуб'єктність.

Цивільне право є тією галуззю права, яка регулює, певне, щонайширше коло суспільних відносин. На сьогодні можуть виникати запитання стосовно співвідношення цивільного права та цивільного законодавства, необхідності виділення в окремі кодифіковані акти норм житлового, сімейного права, а також здійснення правового регулювання суміжних галузей, таких як земельне, трудове, природоресурсне право.

Однак до наукового та практичного вирішення таких проблем як дуалізм у приватному праві, відмирання «старих» та окреслення нових категорій, інститутів та підгалузей предмет цивільного права залишатиметься окресленим лише особистими немайновими та майновими відносинами. Ці фундаментальні відносини і повинні бути предметом традиційного цивільного права, незважаючи на динамічний розвиток його інститутів.

До інститутів, що піддаються змінам відповідно до потреб часу, без сумніву, можна долучити інститут юридичної особи, який, з одного боку, покликаний брати участь у суто цивільних відносинах, з іншого – як у приватних, так і публічних при здійсненні підприємницької (комерційної господарської) діяльності. В останньому випадку проявляється подвійність чинного правового регулювання, що породжує неоднозначність поглядів на правосуб'єктність цих учасників відносин.

У межах окресленої статті здійснюється спроба визначити необхідність закріпленого у ЦК України положення про загальну (універсальну) цивільну правоздатність юридичних осіб приватного права та пояснити, у чому полягає сукупність їх спеціальних прав та обов'язків, які виходять за межі приватноправового регулювання.

Останні наукові дослідження та публікації щодо вказаної проблеми здійснили: В. І. Борисова, О. І. Зозуляк, С. О. Іванов, при цьому не варто забувати і про праці таких вчених як: С. С. Алексєєв, С. М. Братусь, Я. Р. Веберс, В. П. Грибанов, О. О. Красавчиков, І. В. Єлісєєв, а також теоретиків права як: В. К. Бабаєв, О. Р. Дашковська, В. В. Лазарєв, Є. М. Трубецькой, М. В. Цвік та інших.

Таким чином, на основі загальнотеоретичних положень про правосуб'єктність учасників правових відносин необхідно обґрунтувати доцільність у приватному праві такої ознаки його учасників як загальна (універсальна) правоздатність юридичних осіб приватного права.

За допомогою інституту юридичної особи особливим чином реалізується участь у правових відносинах як окремих фізичних осіб чи їх груп, так і участь таких утворень як територіальна громада чи держава. Так, на думку Є. М. Трубецького, неважко переконатися у корисності та необхідності існування таких колективних осіб, які можуть задовольняти особисті або громадські (суспільні) потреби [13, с. 175].

Однак самого лише об'єднання людей або капіталу не достатньо для існування юридичної особи, оскільки воно має набути публічного підтвердження (визнання) відповідними уповноваженими органами, а сама її організація має відповідати встановленим ознакам та вимогам для можливості бути учасником правових відносин.

Відповідно до загальнотеоретичних положень юридичної науки суб'єкт правовідносин – такий учасник суспільних відносин, який виступає як носій юридичних прав і обов'язків, які він реалізує завдяки наявності у нього правосуб'єктності, що є можливістю і здатністю особи бути суб'єктом правовідносин з усіма правовими наслідками [4, с. 338, 340]. Складовими цієї властивості є право-, діє- та деліктоздатність разом узяті.

Під правоздатністю розуміється абстрактна здатність суб'єкта права мати суб'єктивні права та юридичні обов'язки. Вона притаманна усім учасникам правовідносин, хоч вони не повинні обов'язково реалізовувати усі надані їм права; це не просто сума будь-яких прав, не кількісне їх відображення, а необхідний і постійно діючий стан [4, с. 341].

Теоретики права поділяють правоздатність на загальну і спеціальну [4, с. 341], або ж всю правосуб'єктність також на загальну та спеціальну [11, с. 245]. Підстава для цього єдина – можливість володіння загальними (будь-якими) правами та обов'язками або ж можливість мати окремі права та обов'язки, пов'язані з набуттям особливих властивостей (йдеться про людину – знання, вік, кваліфікаційні вимоги).

Ці складові є тими необхідними властивостями, які надають змогу бути суб'єктом правовідносин, оскільки є очевидним, що для такої можливості достатньо мати лише абстрактні права – тобто правоздатність. Натомість поширювати ці теоретичні положення на всі галузі права є невиправдним, зважаючи на предмети правового регулювання, а також їх принципи.

Так, предмет цивільно-правового регулювання становлять на сьогодні дві групи відносин: особисті немайнові та майнові (цивільні відносини), які засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників (ст. 1 ЦК України). Це означає, що останні можуть діяти на власний розсуд та самостійно вирішувати питання про засоби та межі реалізації своїх прав.

Одним з принципів цивільного права (засад цивільного законодавства) є юридична рівність учасників цивільних відносин. Він не випадково стоїть на першому місці, бо рівність – основа приватного права, самостійність у прийнятті тих чи інших рішень [13, с. 22]. У такому разі кожен учасник цивільних відносин повинен мати такий обсяг цивільної правосуб'єктності, який надасть йому можливості бути рівним з іншими суб'єктами. На противагу приватним відносинам, основою публічних відносин є принцип влади та підпорядкування [7, с. 11], а тому і галузева правосуб'єктність учасників публічних правовідносин буде спеціальною.

У дисертаційному дослідженні О. І. Зозуляк проаналізовано погляди науковців на поняття цивільної правосуб'єктності юридичних осіб [5]. Так, автор робить висновок, що сучасна цивілістика розглядає правосуб'єктність як соціально-правову можливість особи бути учасником цивільно-правових відносин, яка забезпечується і гарантується державою. Це твердження ґрунтується на різноманітних поглядах вчених, зокрема [5, с. 12–13]: 1) ототожнення правоздатності та правосуб'єктності (С. М. Братусь); 2) основоположність правоздатності у правосуб'єктності та доповнення останньої дієздатністю (О. О. Красавчиков); 3) правосуб'єктність як складова правового статусу (С. С. Алексєєв); 4) відображення правосуб'єктності суб'єктивного складу у правових інститутах і можливість бути як суб'єктом права взагалі, так і конкретних прав та обов'язків (Я. Р. Веберс).

Законодавець не використовує поняття «цивільна правосуб'єктність» або ж «цивільна деліктоздатність». Натомість передбачено, що юридична особа здатна мати такі самі цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині (ч. 1 ст. 91 ЦК України), а отже, рівні цивільні права та обов'язки (ч. 1 ст. 26 ЦК України), що забезпечує описаний вище принцип рівності учасників.

Таким чином, цивільне законодавство України закріплює принцип універсальної правосуб'єктності (універсальної правоздатності, якщо точніше, що, на нашу думку, є безумовним надбанням вітчизняної наукової думки.

Незважаючи на це, існують думки, що окремі (або навіть й усі) юридичні особи мають спеціальну правоздатність, що полягає у можливості мати права та обов'язки, які не повинні виходити за її межі, а отже, обґрунтовується концепція, що була закріплена у ст. 26 ЦК УРСР 1963 р. щодо «статутної правоздатності» [2, с. 79; 3, с. 120; 5, с. 8].

Вважаємо, що спеціальна правоздатність суперечить принципу рівності учасників цивільних відносин, а тому не може бути застосована до юридичних осіб приватного права як до характерних його учасників. Для доведення цієї позиції слід звернути увагу на такі положення.

Принцип «спеціальності» (principe de la specialite) виник в адміністративній, державній практиці Франції тільки на початку XIX ст., а до цього часу юридичні особи мали загальну правоздатність [14, с. 129], тобто він виник за межами цивільно-правового регулювання. Таке обмеження використовувалося для унеможливлення різних махінацій, яке дістало назву доктрини ultra vires («поверх сили», чи навіть «поверх влади»).

Так, С. О. Іванов стверджує, що названий принцип має бути застосований лише щодо діяльності юридичних

осіб публічного права, зокрема тих, які є відповідними публічними органами та діють на основі публічного правопорядку [6, с. 303–309]. При цьому слід погодитися з автором, що такі обмеження можуть стосуватися спеціальної дієздатності, а не правосуб'єктності загалом.

В юридичній літературі В. І. Борисова висловлює позицію, відповідно до якої не всі юридичні особи повинні мати загальну правоздатність, оскільки: 1) існують підприємницькі товариства, які займаються виключними видами діяльності; 2) надання непідприємницьким товариствам загальної правоздатності не узгоджується з цільовим характером їх діяльності [1, с. 28–29]. Таким чином, підставою визначення обсягу правоздатності є можливість участі у підприємницькій діяльності. Однак виникає запитання: яка мета вступу у цивільні відносини?

Так, О. Д. Крупчан наголошує, що цивільне право надає певні права громадянам і організаціям з урахуванням, насамперед, приватних інтересів, а їх реалізація здійснюється на стадії реалізації немайнових і майнових прав у сфері виробництва, обігу та споживання соціальних благ, як правило, у сфері підприємницької діяльності та інших цивільних правовідносинах [7, с.13].

Дійсно, сучасний розвиток суспільства не надає можливості виокремити суто цивільні та суто підприємницькі відносини, що призводить до так званої комерціалізації цивільного права, а межа між цими галузями права стала умовною [14, с. 9]. Але, незважаючи на це, з усього кола прав та обов'язків все ж можна виокремити господарську (підприємницьку) правосуб'єктність, що визначатиметься через господарську компетенцію [14, с. 13]. Слід вести мову, мабуть, не про спеціальну цивільну правоздатність (чи цивільну правосуб'єктність), а про спеціальну господарську правоздатність (чи господарську (підприємницьку) правосуб'єктність) юридичних осіб. Така думка спричинена такими міркуваннями:

по-перше, інститут юридичної особи виник не для участі у підприємницькій діяльності. Зокрема, визнання юридичними особами церковних установ та Церкви взагалі відбулося значно раніше, ніж становлення підприємницьких юридичних осіб (теорія фікції папи Інокентія IV виникла у XIII ст. та удосконалена Ф. К. фон Савіні [9, с. 5–6], а виникнення підприємницьких організацій – XVI ст. з появою торгових компаній [8, с. 3–4]);

по-друге, передумовами існування юридичної особи є: 1) визначення мети; 2) виділення матеріального субстрату (майна та/або осіб); 3) юридичне визнання [12, с. 175–177]. До цього можна лише додати, що метою створення є не ті завдання, які ставлять засновники, а можливість участі у правових відносинах як першооснова реалізації цих завдань та мети;

по-третє, принцип спеціальної правоздатності характерний для чітко централізованої системи управління господарством (економікою) [2, с. 79], а отже, в його основі лежить публічний елемент – той самий principe de la specialite та доктрина ultra vires, які були згадані вище;

по-четверте, цивільне законодавство розмежовує загальну правоздатність як сукупність усіх прав та обов'язків (ч. 1 ст. 91 ЦК України) та спеціальні права та обов'язки – ліцензовану діяльність (ч. 3 ст. 91 ЦК України). На нашу думку, не доречне виділення цієї спеціальної частини загальної правоздатності у приватноправовому акті, адже існує публічно-правовий акт, який врегульовує ці відносини в межах господарської правосуб'єктності – Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Більше того, цивільна правосуб'єктність (приватноправова ознака) та господарська компетенція (публічно-правова ознака) не тотожні.

Так, звернемося до сфери договірних відносин, у якій виокремлюють договори (контракти) у підприємницькій діяльності. В. В. Луць наголошує, що у сфері господарської діяльності реалізується державна регуляторна політика, що має ґрунтуватися на принципах доцільності, адекватності, ефективності, збалансованості, передбачуваності, прозорості [10, с. 21], а договір є універсальною та найдоцільнішою формою опосередкування ринкових відносин [10, с. 22], тобто автор вказує на економічні принципи регулювання та їх правове забезпечення.

Здійснення підприємницької діяльності окремих юридичних осіб пов'язується з укладенням, головним чином, суто підприємницьких договорів, таких як: договір роздрібної купівлі-продажу (ст. 698 ЦК України), договір постачання енергетичними чи іншими ресурсами через приєднану мережу (ст. 714 ЦК України), договір прокату (ст. 787 ЦК України), договір побутового підряду (ст. 865 ЦК України), кредитний договір (ст. 1054 ЦК України), договір банківського вкладу (ст. 1058 ЦК України), договір банківського рахунка (ст. 1066 ЦК України), договір факторингу (ст. 1077 ЦК України). У наведених договорах має місце публічний елемент, оскільки держава охороняє вразливу категорію осіб – споживача або публічний порядок у певній сфері суспільних відносин (наприклад, економічні відносини у банківській справі). Отже, за допомогою такого державного впливу забезпечується певний правопорядок, але ніяк не обмежується чи спеціалізується цивільна правоздатність особи.

Законодавець, тим часом, дозволяє відійти від цієї публічності шляхом впровадження принципу свободи договору, і за відсутності порушень цивільних прав та обов'язків особам така публічність може бути і непотрібною. В протилежному випадку, вже матиме місце не тільки цивільне правопорушення, а й адміністративне (відповідно до глави 12 КУпАП «Адміністративні правопорушення в галузі торгівлі, громадського харчування, сфері послуг, в галузі фінансів і підприємницької діяльності») або навіть кримінальне (відповідно до розділу VII КК України «Злочини у сфері господарської діяльності»).

Таким чином, в межах приватних правовідносин контрагент може і не з'ясовувати обсяг так званої «статутної» правоздатності, оскільки його більше цікавитиме реальна можливість участі сторони у відносинах, зокрема зобов'язальних. За відсутності «належного обсягу» правоздатності відбуватиметься виключно порушення норм публічного права (звісно, якщо не говорити про зобов'язання, які виникають у зв'язку з заподіянням шкоди), оскільки саме наведені вище публічно-правові елементи (публічна караність окремих діянь) забезпечують стабільне функціонування приватних відносин, однак не впливають на цивільну правоздатність.

Підсумовуючи викладені позиції, доходимо висновку, що для забезпечення принципу рівності учасників цивільних відносин юридичні особи приватного права отримують універсальну (загальну) правоздатність, тобто сукупність абстрактних прав та обов'язків, окремими з яких

вони можуть навіть і не скористатися. Будь-які обмеження цієї правоздатності, передбачені ліцензуванням чи наданням інших дозволів, є публічно-правовим, а не приватноправовим впливом на учасників цих відносин і лише за умови провадження ними окремих видів діяльності.

З огляду на це проблема загальних та спеціальних прав та обов'язків юридичних осіб має визначатися відповідно до розмежування галузевого законодавства. Певне, на сьогодні вже варто говорити не про «спеціальну цивільну правоздатність», а про «спеціальну підприємницьку (комерційну господарську) правосуб'єктність», що є зовсім іншим поняттям, яке охоплюватиме як приватні, так і публічні права та обов'язки юридичних осіб. Наприклад, фізична особа має загальну цивільну правоздатність, а спеціальні права та обов'язки у сфері господарювання вона отримує лише після набуття статусу фізичної особи – підприємця, тобто при здійсненні підприємницької діяльності.

Вважаємо, що виходом із цієї теоретичної та практичної проблеми може бути гармонізація приватних та публічних відносин, а також узгодженість норм цивільного та суміжних галузей законодавства (зокрема, господарського або ж підприємницького права). Однак при цьому слід зважати на те, що у суто приватних відносинах (позбавлених публічного втручання) його суб'єкти будуть рівними, а отже, матимуть однакову за обсягом сукупність абстрактних прав (універсальну правоздатність).

Отже, пропонуємо частину 2 ст. 9 ЦК України викласти в такій редакції: «Законом можуть бути передбачені особливості регулювання відносин у сфері підприємництва».

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Борисова В.* Інститут юридичної особи у праві України // Право України. – 2010. – № 12. – С. 25–31.
2. *Гражданское* право. В 2-х томах. Том 1. Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. – М.: Издательство БЕК, 1994. – 384 с.
3. *Гражданское* право. Учебник. Часть I. Издание второе, переработанное и дополненное. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: «ПРОСПЕКТ», 1997. – 600 с.
4. *Загальна* теорія держави і права: [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. док. юрид. наук , проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук , проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Харків: Право, 2011. – 584 с.
5. *Зозуляк О. І.* Договір як правова форма реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Зозуляк Ольга Ігорівна. – К., 2010.– 225 с.
6. *Іванов С. О.* Доктрина Ultra vires в діяльності юридичних осіб публічного права / С. О. Іванов // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 303–310 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11icoopp.pdf.
7. *Крупчан О. Д.* Проблеми взаємозв'язку приватного та публічного в цивільному праві України // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. 29-30 квітня 2004 р., м. Харків. – К.: Академія правових наук, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. – 908 с. – С. 7–14.
8. *Курс* предпринимательства. Учебник для вузов / В. Я. Горфинкель, В. А. Швандер, Е. М. Купряков и др.; Под ред. проф. В. Я. Горфинкеля, проф. В. А. Швандера. – М.: Финансы, ЮНИТИ, 1997. – 439 с.
9. *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: Монографія. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – 328 с.
10. *Луць В. В.* Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с.
11. *Теория* права и государства. Учебник / Под ред. проф. В. В. Лазарева. – 2-е, перераб. и доп. изд-е. – М.: Право и закон, 2001. – 576 с.
12. *Трубецкой Е. Н.* Энциклопедия права: СПб.: Издательство «Лань», 1999. – 224 с.
13. *Цивільне* право України: Підручник: У 2-х т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – 480 с.
14. *Щербина В. С.* Суб'єкти господарського права. Монографія / В. С. Щербина. – К. Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.

The article discusses the problems associated with the provision of legal entities of general (universal) capacity and opens items of special rights and responsibilities related to business activity.

В статье рассматриваются проблемы, связанные с предоставлением юридическим лицам общей (универсальной) правоспособности, а также раскрываются вопросы специальных прав и обязанностей, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРЕДМЕТА ІПОТЕКИ У ВИПАДКУ НЕВИКОНАННЯ БОРЖНИКОМ ЗАБЕЗПЕЧЕНОГО ІПОТЕКОЮ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Корнієнко Ю. І.,

науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В статті аналізуються питання, пов'язані з реалізацією предмета іпотеки шляхом застосування процедури продажу або шляхом проведення прилюдних торгів у випадку порушення іпотекодавцем грошових зобов'язань за договором іпотеки.

Ключові слова: застереження в іпотечному договорі, процедура продажу предмета іпотеки, прилюдні торги предмета іпотеки.

Застава є одним із засобів забезпечення виконання зобов'язань, найповніше врегульованих законодавством. Крім норм Цивільного кодексу України (ст. 572 – 593), відносини застави регулюються законами про заставу (в

частині, що не суперечить нормам ЦК), про іпотеку, а також іншими актами цивільного законодавства.

Дослідження проблем реалізації предмета іпотеки у випадку невиконання іпотекодавцем зобов'язань за договором були предметом дискусій та наукових досліджень таких науковців та юристів-практиків як І. І. Пучковська, Р. А. Майданик, О. Сітарчук, О. М. Щелкунов, О.Чуєва тощо.

Метою даної статті є дослідження спірних, дискусійних, не розв'язаних положень, пов'язаних з реалізацією предмета іпотеки шляхом застосування процедури продажу або шляхом проведення прилюдних торгів у випадку порушення іпотекодавцем грошових зобов'язань за договором іпотеки.

Відповідно до ст. 572 ЦК України в силу застави кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставодавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави). ЦК України не дає вичерпного переліку видів застав, в ст. 575 якого вказано на існування іпотеки (застави нерухомого майна) та закладу як окремих видів застав.

З наведеними нормами ЦК кореспондується і ст. 1 Закону України «Про іпотеку», відповідно до якої іпотека – це вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким 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 у порядку, встановленому цим Законом.

Відповідно до ст. 33 Закону України «Про іпотеку» у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання іпотекодержатель (у даному випадку – кредитор) вправі задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки.

Звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя [1, с. 99].

Правовими наслідками порушення обов'язків іпотекодавця, встановлених іпотечним договором, згідно із ч. 1 ст. 12 цього Закону є те, що іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, а в разі його невиконання – звернути стягнення на предмет іпотеки. Одночасно ст. 33 вказаного Закону визначено, що у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання іпотекодержатель вправі задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки. У разі порушення провадження у справі про відновлення платоспроможності іпотекодавця, визнання банкрутом або при ліквідації юридичної особи – іпотекодавця іпотекодержатель набуває право звернення стягнення на предмет іпотеки незалежно від настання строку виконання основного зобов'язання [2]. При цьому слід враховувати, що згідно зі ст. 37 вказаного Закону договір про задоволення вимог іпотекодержателя, який передбачає передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання, є правовою підставою для реєстрації права власності іпотекодержателя на нерухоме майно, що є предметом іпотеки.

Стаття 38 Закону України «Про іпотеку», яка містить норму, згідно з якою іпотекодержатель має право, якщо це передбачено рішенням суду або договором про задоволення вимог іпотекодержателя (відповідним *застереженням в іпотечному договорі*), продати предмет іпотеки будь-якій особі-покупцеві. При цьому іпотекодержатель зобов'язаний за 30 днів до укладення договору купівлі-продажу письмово повідомити іпотекодавця та всіх осіб, які мають зареєстровані у встановленому законом порядку права чи вимоги на предмет іпотеки, про свій намір укласти цей договір. При цьому дії щодо продажу предмета іпотеки та укладання договору купівлі-продажу здійснюються іпотекодержателем від свого імені на підставі іпотечного договору, який містить застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, що передбачає право іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки без необхідності отримання для цього будь-якого окремого уповноваження від іпотекодавця.

Таким чином, чинне цивільне законодавство встановило, що право застави не тільки забезпечує виконання основного зобов'язання, а й визначає можливі способи здійснення іпотекодержателем захисту його прав та інтересів у основному зобов'язанні [3].

Необхідно підкреслити, що в разі порушення позичальником грошових зобов'язань за договором іпотеки кредитор реалізує предмет іпотеки шляхом застосування *процедури продажу* або шляхом проведення *прилюдних торгів*.

Як зазначалося вище, іпотекодержатель, що реалізовує своє право продажу переданого в іпотеку боржником (майновим поручителем) нерухомого майна в рамках застережень, що містяться в іпотечному договорі, діє від власного імені та не обтяжений обов'язком вимагати від власника такої нерухомості будь-яких інших доказів надання йому права продажу переданого в іпотеку майна (наприклад, довіреності чи іншого повноваження). Таким чином, наявність в іпотечному договорі письмових застережень щодо можливості продажу іпотекодержателем переданого в іпотеку майна у разі невиконання забезпеченого іпотекою зобов'язання є достатнім повноваженням останнього для вчинення такого роду правочину.

Слід зауважити, що зазначеного формулювання ст. 38 Закону України «Про іпотеку» набула лише відповідно до Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» від 25.12.2008 р. № 800-VI, який набув чинності з 14.01.2009 р.

Уточнення в ст. 38, що «дії щодо продажу предмета іпотеки та укладання договору купівлі-продажу здійснюються іпотекодержателем від власного імені, на підставі іпотечного договору, який містить застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, що передбачає право іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки, без необхідності отримання для цього будь-якого окремого уповноваження іпотекодавця», якщо і є практично значущим, також неможна вважати принциповою зміною, бо, насправді, принципова остання частина про договір купівлі-продажу як підставу реєстрації права власності жодних змін не зазнала. Відсутність потреби в згоді іпотекодавця й без того з очевидністю слідує зі ст. 38, зокрема з положення про те, що іпотекодавець (боржник) має право ви-

конати основне зобов'язання протягом тридцятиденного строку, вказаного в частині першій статті [3].

У зв'язку з цим Міністерством юстиції України 23.12.2008 р. було надано роз'яснення, згідно з яким здійснення позасудового звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі договору іпотеки можливе лише не підставі рішення суду. Примусити боржника здійснювати дії, спрямовані на відчуження предмета іпотеки чи застави, не вправі ніхто інший, окрім суду. Але вже 18.02.2009 р. вказане роз'яснення Міністерством юстиції України було відкликано.

Отже, з викладеного вище можна дійти висновку, що як попередня редакція ст. 38 Закону України «Про іпотеку», так і змінена 25.12.2008 р. її редакція надавали можливості іпотекодержателю продати предмет іпотеки у разі невиконання або неналежного виконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання від власного імені, якщо відповідні застереження містилися в іпотечному договорі, без рішення суду [4].

Відповідно до ст. 38 Закону України «Про іпотеку» іпотекодержатель зобов'язаний за тридцять днів до укладення договору купівлі-продажу письмово повідомити іпотекодавця та всіх осіб, які мають зареєстровані в установленому законом порядку права чи вимоги на предмет іпотеки, про свій намір укласти такий договір із зазначенням ціни та інших умов, на яких продається предмет іпотеки. У разі невиконання цієї умови іпотекодержатель несе відповідальність перед такими особами за відшкодування завданих збитків. Протягом тридцятиденного строку з дня отримання такого повідомлення особа має зареєстровані права чи вимоги на предмет іпотеки, вона вправі письмово повідомити іпотекодержателя про свій намір купити предмет іпотеки. З дня отримання іпотекодержателем такого повідомлення вказана особа набуває переважне право на придбання предмета іпотеки у іпотекодержателя. Якщо таких повідомлень надійшло декілька, право на придбання предмета іпотеки у іпотекодержателя належить особі, яка має вищий пріоритет своїх зареєстрованих прав чи вимог. Якщо особи, які мають зареєстровані права чи вимоги на предмет іпотеки, не висловили наміру його придбати, іпотекодрежатель вправі продати предмет іпотеки будь-якій іншій особі на власний розсуд [1, с. 104].

Щодо ціни продажу предмета іпотеки в цьому випадку слід зазначити таке. Відповідно до Закону України «Про іпотеку» ціна продажу предмета іпотеки встановлюється за згодою між іпотекодавцем та іпотекодержателем або на підставі оцінки майна суб'єктом оціночної діяльності на рівні, не нижчому за звичайні ціни на цей вид майна. В разі невиконання цієї умови іпотекодержатель несе відповідальність перед іншими особами згідно з пріоритетом та розміром їх зареєстрованих прав чи вимог та перед іпотекодавцем в останню чергу за відшкодування різниці між ціною продажу предмета іпотеки та звичайною ціною на нього [2]. Водночас не менше питань виникає і з приводу процедури оцінки предмета іпотеки, оскільки Закон не передбачає хоча б будь-якого формального залучення іпотекодавця до процедури оцінки вартості предмета іпотеки.

В разі незгоди з результатами оцінки предмета іпотеки іпотекодавець може оскаржувати оцінку в суді відповідно до ст. 33 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні». Ціна продажу предмета іпотеки встановлюється за згодою між іпотекодавцем та іпотекодержателем або на підставі оцінки майна суб'єктом оціночної діяльності на рівні, не нижчому за звичайні ціни на цей вид майна. При цьому, знову ж таки, Закон не встановлює якогось особливого порядку погодження ціни предмета іпотеки між іпотекодавцем і іпотекодержателем та участі іпотекодавця в проведенні оцінки предмета іпотеки.

В разі, якщо за результатами продажу майна та задоволення вимог іпотекодержателя залишились кошти, вони повертаються іпотекодавцю.

Таким чином, фактично іпотекодержатель може реалізувати предмет іпотеки за замовленою ним оцінкою на підставі договору іпотеки (якщо договір містить застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя), попередньо письмово повідомивши іпотекодавця про свій намір укласти такий договір за 30 днів. Договір купівлі-продажу предмета іпотеки, укладений відповідно до цієї статті, є правовою підставою для реєстрації права власності покупця на нерухоме майно, що було предметом іпотеки [5].

Отже, з наведеного вбачається, що чинний Закон України «Про іпотеку» передбачає досить суперечливу процедуру продажу предмета іпотеки.

Відповідно до ст. 41 Закону України «Про іпотеку» реалізація предмета іпотеки, на який звертається стягнення за рішенням суду або за виконавчим написом нотаріуса, проводиться, якщо інше не передбачено рішенням суду, шляхом *продажу на прилюдних торгах* у межах процедури виконавчого провадження з дотриманням вимог цього Закону. Організація продажу предмета іпотеки покладається на спеціалізовані організації, що створені і діють відповідно до закону. Право вибору спеціалізованої організації належить іпотекодержателю. Місце проведення прилюдних торгів визначається спеціалізованою організацією за погодженням з іпотекодержателем [2].

Примусова реалізація предмета іпотеки за виконавчими документами здійснюється відповідно до умов іпотечного договору. Відчуження предмета іпотеки здійснюють органи державної виконавчої служби. Для здійснення реалізації предмета іпотеки орган державної виконавчої служби укладає договір із суб'єктом підприємницької діяльності, який має право здійснювати операції з нерухомістю. Право вибору такого суб'єкта підприємницької діяльності та визначення умов реалізації предмета іпотеки належить іпотекодержателю. Відповідно до ст. 66 Закону України «Про виконавче провадження» спеціалізована організація проводить прилюдні торги за заявкою державного виконавця, в якій зазначається початкова вартість майна, що виставляється на торги за експертною оцінкою.

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» при здійсненні іпотекодержателем продажу майна, що є предметом іпотеки, у разі недосягнення згоди між іпотекодержателем, іпотекодавцем щодо ціни продажу предмета іпотеки іпотекодержатель укладає з незалежним оцінювачем договір про оцінку предмета іпотеки і продаж предмета іпотеки здійснюється за ціною, не нижчою за встановлену незалежною оцінкою. Розподіл виручки від продажу предмета іпотеки між іпотекодержателем, іншими особами, які мають зареєстровані права та вимоги на предмет іпотеки, та іпотекодавцем здійснюється відповідно до порядку, передбаченого у ст. 9 цього Закону.

Стаття 8 Закону України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» зазначає:

− у разі реалізації предмета іпотеки іпотекодержателем відповідно до вимог ст. 6 цього Закону правовою підставою для реєстрації у встановленому законом порядку права власності покупця на нерухомість є договір купівлі-продажу;

− у разі реалізації предмета іпотеки відповідно до вимог ст. 7 цього Закону складається протокол, який підписують суб'єкт підприємницької діяльності, що організував реалізацію предмета іпотеки, та покупець предмета іпотеки.

У протоколі зазначаються: опис придбаного покупцем предмета іпотеки; ціна реалізації предмета іпотеки; інформація про покупця предмета іпотеки; дата, до якої покупець повинен повністю сплатити суму коштів за придбаний предмет іпотеки; банківський рахунок суб'єкта підприємницької діяльності, який організував реалізацію предмета іпотеки, для внесення покупцем суми коштів за придбаний предмет іпотеки. Копія протоколу надсилається іпотекодавцю, іпотекодержателю та органу державної виконавчої служби, який здійснює відчуження предмета іпотеки протягом п'яти днів з дати його реалізації. Покупець протягом десяти днів після підписання протоколу сплачує кошти за придбаний предмет іпотеки на зазначений у протоколі банківський рахунок суб'єкта підприємницької діяльності, який організував реалізацію предмета іпотеки. Суб'єкт підприємницької діяльності, який організував реалізацію предмета іпотеки, протягом п'яти днів після отримання коштів від покупця предмета іпотеки надсилає органу державної виконавчої служби повідомлення про здійснення такої оплати. Протягом п'яти днів з моменту отримання повідомлення про оплату придбаного предмета іпотеки орган державної виконавчої служби складає акт про реалізацію предмета іпотеки. В акті про реалізацію предмета іпотеки зазначаються: положення про те, що реалізація предмета іпотеки відбулась із дотриманням вимог цього Закону; ким, коли і де проводилася реалізація предмета іпотеки; характеристика реалізованого предмета іпотеки за даними служби, яка реєструє права власності на нерухомість; прізвище, ім'я та по батькові (найменування юридичної особи), адреса покупця; сума коштів, внесена за придбаний предмет іпотеки; відомості про документ, на підставі якого право власності на предмет іпотеки належало іпотекодавцю.

Орган державної виконавчої служби не може відмовити у видачі акта про реалізацію предмета іпотеки, якщо така реалізація відбулася відповідно до вимог цього Закону. У разі відмови видати акт про реалізацію предмета іпотеки орган державної виконавчої служби повинен протягом п'яти днів повідомити про це суб'єкта підприємницької діяльності, який організував реалізацію предмета іпотеки, іпотекодавця, іпотекодержателя та покупця. Повідомлення має містити посилання на підстави відмови. Відмова органу державної виконавчої служби видати акт про реалізацію предмета іпотеки може бути оскаржена в суді [2].

Відповідно до ст. 62-2 Закону України «Про виконавче провадження» після повного розрахунку покупця за придбану нерухомість на підставі протоколу про реалізацію предмета іпотеки та документів, що підтверджують розрахунок за придбану нерухомість, державний виконавець складає акт про реалізацію предмета іпотеки.

Затверджений начальником (заступником начальника) відділу державної виконавчої служби акт державний виконавець видає покупцеві, а копії акта надсилає стягувачеві і боржникові. На підставі копії цього акта нотаріус видає покупцеві свідоцтво про придбання нерухомого майна.

Свідоцтво про придбання нерухомого майна є правовою підставою для реєстрації у встановленому законом порядку права власності покупця на придбану нерухомість. У разі реалізації предмета іпотеки, який включає майнові права щодо нерухомості, зокрема права оренди (користування) нерухомості, таке свідоцтво є підставою для переведення на нового власника прав і зобов'язань іпотекодавця за договором, який визначає умови надання і здійснення таких прав.

Відповідно до ст. 48 Закону України «Про іпотеку» іпотекодержатель, іпотекодавець, боржник та будь-який учасник прилюдних торгів має право протягом трьох місяців з дня проведення торгів оскаржити їх результати в суді за місцезнаходженням нерухомого майна.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Сітарчук О.* Договір іпотеки та його наслідки для позичальника / О. Сітарчук // Юридичний журнал. – № 5 (107). – 2011. – С. 97 – 104.

2. *Щелкунов О. М.* Ризики, пов'язані з реалізацією заставленого майна при виконанні виконавчих документів. – [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://www.minjust.gov.ua/0/6625.

3. *Юристи* вважають дозвіл на позасудове стягнення іпотечних квартир незрозумілим. – [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://ukr-pravo.com.ua/index.php?option=com_content&view =article&id=243:2009-02-19-09-12-21& catid=4:faq&Itemid=6.

4. *Чуєва О.* Продаж предмета іпотеки іпотекодержателем в порядку ст. 38 Закону України «Про іпотеку» / О. Чуєва // Мала енциклопедія нотаріуса. Науково-практичний журнал, 2011. – № 1 (55).

5. Салатюк Д. Позасудове звернення стягнення на предмет іпотеки / Д. Салатюк // Юридична газета, 2009. №11 (192).– С. 13.

The article analyzes the issues related to the sale of the mortgage by the procedure of sale or by public auction in the event of mortgagor's monetary obligations under the contract of mortgage.

В статье анализируются вопросы, связанные с реализацией предмета ипотеки путем применения процедуры продажи или путем проведения публичных торгов в случае нарушения ипотекодателем денежных обязательств по договору ипотеки.

СПІВВІДНОШЕННЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ТА ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПОЗИТИВНІ ТА НЕГАТИВНІ АСПЕКТИ

Хіміч С. П.,

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

У статті аналізуються загальні позитивні та негативні аспекти співвідношення Земельного та Цивільного кодексів України.

Ключові слова: Земельний кодекс, Цивільний кодекс, Житловий кодекс, договір купівлі-продажу, земельна ділянка, житловий будинок, будівля, споруда, відчуження житлового будинку, нежитлові будинки.

Внаслідок стрімкого розвитку ринку нерухомості, який спостерігається на сьогодні, питання, які виникають у зв'язку із порядком переходу права власності покупця будівлі або споруди на земельну ділянку, на якій вона розташована, є надзвичайно актуальними.

Якщо основний порядок придбання будівлі не викликає запитань у більшості осіб, які з ним стикаються, врегулювання земельних відносин, які безпосередньо стосуються придбання або користування такої будівлі, на жаль, є суперечливим і недостатньо врегульованим чинним законодавством України.

Отже, звернемось до основних законодавчих актів, які регулюють це питання.

Відповідно до п. 1 ст. 377 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України особа, яка придбала житловий будинок, будівлю або споруду, автоматично набуває право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення, у розмірах, встановлених договором. У випадку, якщо відповідний договір про відчуження житлового будинку, будівлі або споруди не визначає конкретного розміру земельної ділянки, до набувача переходить право власності на ту частину земельної ділянки, яка зайнята житловим будинком, будівлею або спорудою, та на частину земельної ділянки, яка є необхідною для їх обслуговування [3].

Водночас згідно зі ст. 120 Земельного кодексу (далі – ЗК) України зазначається, що при переході права власності на будівлю і споруду власність на земельну ділянку або її частину може переходити на підставі цивільно-правових правочинів, а право користування – на підставі договору оренди [2]. Безумовно, ЗК України є спеціальним законодавчим актом відносно ЦК України, який, врегульовуючи земельні правовідносини, забороняє автоматичне набуття покупцем будівлі права власності на землю. Крім того, слід зважати на те, що земля та споруда, розташована на ній, є окремо визначеними законодавством об'єктами правовідносин.

Слід зазначити, що питання переходу права власності на земельні ділянки, на яких розташовані нежитлові будинки та споруди, не викликає суперечок, оскільки зазначене положення ЦК України не поширює на них своєї дії.

Отже, вагомим кроком на шляху будівництва української правової системи є прийняття кодексів. Саме узгодженість між собою кодифікованих актів зумовлює ефективність роботи як правової системи, так і системи державного управління. А недоліки і колізії між статтями кодексів створюють проблеми та труднощі не лише для безпосередніх учасників правовідносин, а й гостро відображаються на процесах державного управління. Саме тому проблема впливу ЗК і ЦК, а також Житлового кодексу (далі – ЖК) України на ефективність державного управління актуальна і потребує вивчення. Поставлена проблема тісно пов'язана з ефективністю державного управління, а саме, з необхідністю визначення шляхів її подолання для можливості будівництва розвинутої системи державного управління в сфері земельних, цивільних та житлових відносин.

Кодекс – це єдиний, звідний, юридично й логічно цільний, внутрішньо узгоджений нормативний акт, який, як правило, уособлює та очолює галузевий підрозділ цієї структури; це стосується як профілюючих, так і комплексних галузей права. Тим часом кодекс є основним, найбільш розвинутим, відповідним природі самого права результатом основного виду правотворчості – кодифікаційної правотворчості.

Отже, кодекс, як основна форма правотворчості, має відповідати певним принциповим вимогам, а саме: а) виражати конституційні засади законодавчої діяльності; б) забезпечувати відповідність певній закономірно існуючій провідній або вторинній галузі права; в) бути системною, упорядкованою, внутрішньо узгодженою, узагальнюючою сукупністю норм права; г) мати загальну й особливу частини, які уособлюють загальний та диференційований характер цих норм.

На жаль, законодавчий процес в Україні часто не відповідає зазначеним вимогам. У законодавчому процесі панує стихійний підхід. Наукою та практикою недостатньо розроблені проблеми співвідношення змісту та форми права; системи права та принципів її формування; взаємозв'язку системи права і системи кодифікації; забезпечення стабільності законодавства та гарантій його реалізації; законодавчої техніки тощо.

Із цими загальними проблемами істотно та тісно пов'язані також конкретні проблеми поняття кодексу, закономірності його змісту, співвідношення між різними кодексами, послідовність їх прийняття, які також залишаються неповно розробленими як у загальній теорії законодавства, так і в теорії галузевих наук. Як наслідок, кодекси, прийняті з грубим порушенням процедури їх прийняття; з безсистемним розміщенням кодифікаційного матеріалу; наявністю багатьох відсильних норм і просто безпідставно пропущених розділів. У свою чергу, з цими факторами пов'язана поширена недолуга практика прийняття численних змін і доповнень до щойно прийнятих кодексів, що значно ускладнює їх застосування.

Наприклад, на даний час існує неузгодженість між окремими нормами ЦК України щодо права власності чи права користування земельною ділянкою при переході права власності на нерухомість, що на ній розміщена, з нормами ЗК України з цих питань, який є основним в системі земельного законодавства України.

Так, чинна редакція ст. 377 ЦК України «Право на земельну ділянку при придбанні житлового будинку, будівлі або споруди, що розміщені на ній» встановлює, що «до особи, яка придбала житловий будинок, будівлю або споруду, переходить право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення, у розмірах, встановлених договором» [3].

Отже, з цього випливає, що право власності на об'єкти нерухомості є первинним і має перевагу над правом власності на земельну ділянку, на якій розміщена нерухомість. Тобто земля є приналежністю об'єктів нерухомості і має «слідувати» за ними як основною річчю (об'єктом) нерухомості, а право власності на земельну ділянку при цьому стає похідним (вторинним) від права власності на нерухомість [8].

Закріплена в ст. 377 ЦК України норма суперечить ст. 373 цього ж Кодексу, і що найсуттєвіше, ст. 14 Кон-

ституції України [1], в якій визначено, що «земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону». За таких обставин земля (земельна ділянка) не повинна розглядатися як приналежність розміщеній на ній нерухомості.

Правовідносини, які виникають при набутті права володіння, користування чи розпорядження землею (земельною ділянкою), регулюються ЗК України. Всі інші закони України з цих питань можуть застосовуватися лише в тому випадку, якщо вони не суперечать нормам ЗК України, у ст. 120 якого «Перехід права на земельну ділянку при переході права на будівлю і споруду» закріплено, що [2]:

– при переході права власності на будівлю та споруду право власності на земельну ділянку або її частину може переходити на підставі цивільно-правових правочинів, а право користування – на підставі договору оренди;

– при відчуженні будівель і споруд, які розташовані на орендованій земельній ділянці, право на земельну ділянку визначається відповідно до договору оренди земельної ділянки;

– у разі переходу права власності на будинок або його частину від однієї особи до іншої за договором довічного утримання право на земельну ділянку переходить за умов, на яких вона належала попередньому власнику;

– при переході права власності на будівлю та споруду до кількох осіб право на земельну ділянку визначається пропорційно частками осіб у вартості будівлі та споруди, якщо інше не передбачено договором відчуження будівлі та споруди;

– при переході права власності на будівлю або споруду до громадян або юридичних осіб, які не можуть мати у власності земельні ділянки, до них переходить право користування земельною ділянкою, на якій розташована будівля чи споруда.

На відміну від ЗК України, у ст. 381 ЦК України «Садиба як об'єкт права власності» зазначається, що у разі відчуження житлового будинку садиби, вважається, що відчужується вся садиба, тобто земельна ділянка разом із розташованим на ній будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними та підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями тощо [3].

Отже, зазначена норма ст. 381, як і ст. 377, про що зазначено вище, не відповідає нормам ст. 120 ЗК України.

Наприклад, при здійсненні купівлі-продажу як житлового, так і нежитлового будинку, будівлі або споруди слід окремими положеннями договору визначати порядок передачі права власності на земельну ділянку, на якій вона розташована, або укладати окремий договір купівлі-продажу. У випадку не врегулювання таких правовідносин під час продажу житлового будинку, право власності на відповідну земельну ділянку залишається за продавцем, що згодом може призвести до негативних наслідків, зокрема спорів між сторонами таких правовідносин (адже в майбутньому продавець матиме право розпоряджатися земельною ділянкою на власний розсуд, незважаючи на інтереси покупця, якому належатиме будівля).

Окремим питанням є момент переходу права власності на земельну ділянку та будівлю, яка на ній розташована.

Так, відповідно до положень ЗК України (ст. 125) право власності та право постійного користування на земельну ділянку виникає після одержання її власником чи користувачем документа, що посвідчує право власності чи право постійного користування земельною ділянкою, та його державної реєстрації. Згідно із положеннями цього ж нормативно-правового акта право власності на земельну ділянку посвідчується державними актами, які можуть бути отримані покупцем лише на підставі документа про оплату вартості ділянки за відповідним договором. Отже, сам момент укладення договору купівлі-продажу земельної ділянки не є одночасно моментом виникнення права на землю.

Водночас моментом виникнення права власності на будівлю (споруду) згідно зі ст. 182 ЦК України є момент державної реєстрації такого нерухомого майна [5; 6].

Отже, ми знову стикаємося із законодавчим регулюванням правовідносин, яке своїм формулюванням викликає значні неузгодженості при практичному його застосуванні. Адже із зазначених положень випливає, що моментом переходу набуття права власності на обидва об'єкти є момент їх державної реєстрації. Однак на практиці ми часто стикаємося із відмовою державних органів здійснити реєстрацію будівлі до моменту пред'явлення покупцем документів, які посвідчують його право власності або користування земельною ділянкою, на якій розташована відповідна будівля, через що виникає проблема неможливості одночасного набуття права власності покупцем на зазначені об'єкти продажу. Як наслідок, існування такого часового непорозуміння між моментом посвідчення права власності покупця на земельну ділянку та переходу до нього права власності на будівлю, яка на ній розташована, часто тягне за собою низку суперечностей між сторонами, а нерідко і є підґрунтям для грошових махінацій.

Існуючі проблеми законотворчого процесу безпосередньо залежать від ефективності державного управління, саме тому недоліки нині чинних кодексів виводять з-під компетенції органів державного управління питання, які вони мають вирішувати відповідно до кола своїх обов'язків. Виникнення потреби втручання судової влади роблять процедури довшими та дорожчими, що викликає незадоволення осіб діяльністю як окремих органів влади, так і владою в цілому. Тому усунення перешкод в ефективному функціонуванні механізму державного управління необхідно починати із удосконалення процедури розроблення кодифікованих актів.

ЗК України прийнято 25.10.2001 р., який набув чинності з 01.01.2002 р., ЦК України прийнято 16.01.2003 р., який набув чинності з 01.01.2004 р., а на підході вже в 2012 році ЖК України, проект якого розглядається у Верховній Раді України.

Вже ця хронологія не досконала: коло суспільних відносин, які регулюються цивільним законодавством, є значно ширшим, аніж тих, що регулюються земельним законодавством, а тому ЦК України мав би бути прийнятий раніше ЗК України. А якщо враховувати ту важливу обставину, що ЦК України є основним кодифікованим нормативним актом, який закріплює провід-

ні – ринкові суспільні відносини, то слід дійти висновку, що ЦК України слід було прийняти одразу після прийняття Конституції України.

Деякі суперечності стосовно права власності на земельні ділянки також виникають під час придбання споруд, розташованих на земельних ділянках, що знаходяться в державній або комунальній власності. Продаж таких ділянок регулюється ч. 2 ст. 127 ЗК України, в якій, відповідно, визначається окремий статус земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що є власністю покупців цих ділянок – продаж таких ділянок є винятком із загального правила, за яким землі державної та комунальної власності можуть продаватися громадянам та юридичним особам лише на конкурентних засадах (аукціон, конкурс). Однак при такому формулюванні норми закону, знову ж таки, виникає колізія – покупець не може отримати свідоцтво про право власності на будівлю до моменту отримання державного акта реєстрації земельної ділянки, на якій вона розташована. В свою чергу, продаж такої ділянки за виняткових умов неможливо здійснити, якщо покупець не є власником будівлі (тобто не має вказаного свідоцтва) [4; 5].

Зазначені раніше кодифікаційні вади в тій або іншій формах притаманні як ЗК України, так і ЦК України. Проте, крім розглянутих загальних причин деякої їх недосконалості та нечіткості розмежування, є більш конкретні причини, недостатнє теоретичне розроблення яких також позначилось на якості обох кодексів.

Земельний кодекс у своїй основі є спеціальним кодексом, що, використовуючи загальні засади цивільного законодавства та спеціалізуючи їх, регламентує широку сферу сучасних земельних відносин.

Водночас слід зазначити, що окремі норми основних положень ЦК України потребують земельно-правової спеціалізації. Так, суб'єкти земельних відносин не завжди підпорядковані засадам їх юридичної рівності. Це, насамперед, стосується відносин першого етапу приватизації земельних ділянок внаслідок реорганізації колективних сільськогосподарських формувань і паювання земель, яке здійснювалося переважно на адміністративно-правових засадах.

Також відсутність чіткого законодавчого регулювання відчуження земель сільськогосподарського призначення робить із питань іпотеки, кредитування, оподаткування складну проблему та виводить їх з-під компетенції органів державного управління.

Однак більшість зазначених проблем носить загальний характер, тобто уособлює недоліки законотворчого процесу та зумовлює шляхи їх подолання. Грубе порушення процедури прийняття кодексів, безсистемне розміщення кодифікаційного матеріалу, наявність багатьох відсильних норм і безпідставне пропущення важливих розділів створюють і практичний бік проблеми, яким є колізії між статтями кодексів.

Отже, проведений аналіз зазначених проблем свідчить про нагальність потреби внесення змін до існуючих нормативно-правових актів, які регулюють розглянуті нами питання (зокрема, Цивільний та Земельний кодекси України), з метою уніфікації чинного законодавства, а також створення оновленої спеціальної законодавчої бази, в якій не існуватиме білих плям.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конституція* України від 28 черв. 1996 р. Із змінами, внесеними згідно із Законом України від 01 лютого 2011 р. № 2952-VI // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. *Земельний* кодекс України від 25 жовтня 2001 р.: станом на 5 лютого 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 10. – С. 40. – Ст. 449, код акта 54796/2011.

3. *Науково-практичний* коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т. 2. – 1088 с.

4. *Про відчуження* земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності : Закон України від 17 листопада 2009 р. : станом на 7 серпня 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 1. – Ст. 2.

5. *Про стан дотримання* законодавства України щодо видачі державних актів на право власності на землю, сертифікатів на право на земельну частку (пай) та їх обігу; про дотримання законодавства України щодо виділення в натурі (на місцевості), використання та обігу земельних ділянок сільськогосподарського призначення : Постанова Верховної Ради України від 22 травня 2003 р. № 882-IV // Голос України. – 2003. – № 115. – 24 червня.

6. *Про державну* реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень : Закон України від 1 липня 2004 р.: станом на 29 січня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553. Із змінами, внесеними згідно із Законом України від 15 грудня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 13. – Ст. 110.

7. *Житлове* будівництво в Україні: законодавство і судова практика // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2003. – № 12.

8. *Галянтич М. К.* Житлове право України. – К., 2008. – С. 206–210.

9. *Аврамова О. Є.* Конституційне право на житло // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 76. – С. 75–77.

The general positive and negative aspects of correlation of the Landed and Civil codes of Ukraine are analysed in the article.

В статье анализируются общие позитивные и негативные аспекты соотношения Земельного и Гражданского кодексов Украины.

ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ РІШЕНЬ З ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ ВЕРХОВНИМ СУДОМ УКРАЇНИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Бесарабчик В. О.,
молодший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню окремих положень Цивільного процесуального кодексу України та Закону України «Про судоустрій та статус суддів» з питань перегляду судових рішень з цивільних справ Верховним Судом України.

Ключові слова: Верховний Суд України, перегляд судових рішень, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ.

Актуальність теми дослідження. Проблеми, пов'язані з переглядом судових рішень, незважаючи на важливе теоретичне та практичне значення, не привертають особливої уваги вчених на глибокому доктринальному рівні. Окремі питання перегляду справ у зв'язку із винятковими обставинами були висвітлені, головним чином, на конференціях у тезах доповідей, у статтях, в окремих главах посібників і підручників з цивільного процесу України та в розділах науково-практичних коментарів до чинного Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України).

Прийняття Закону України «Про судоустрій та статус суддів» 7 липня 2010 року (далі – Закон) ознаменувало початок нової судової реформи. Складний та тривалий процес формування в Україні правової держави та прийняття нового Закону викликало необхідність дослідити зміни, запроваджені у вітчизняне цивільне процесуальне законодавство, дати їм науково обґрунтований аналіз та відповідну правову оцінку. Так, прийняття вказаного Закону не залишило незмінним інститут перегляду справ у зв'язку із винятковими обставинами, який у результаті внесених змін перетворився на інститут перегляду судових рішень Верховним Судом України. Окрім самої назви таке провадження значно змінило свій зміст.

Тож, метою цієї наукової статі є здійснення правового аналізу повноважень та функцій Верховного Суду України із визначенням та розв'язанням теоретичних та практичних проблем перегляду судових рішень Верховним Судом України.

Верховний Суд України переглядає судові рішення у цивільних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених ЦПК України. З прийняттям Закону України «Про судоустрій та статус суддів» докорінно змінилася система повноважень Верховного Суду України при розгляді цивільних справ. Одним із актуальних питань нового Закону є повноваження вказаного суду під час перегляду судових рішень за діючим ЦПК України.

Відповідно до ст. 38 Закону Верховний Суд України є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції. В ч. 2 цієї статті визначено такі функції Верховного Суду України:

1) перегляд справи з підстав неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції однієї й тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах у порядку, передбаченому процесуальним законом;

2) перегляд справи у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом;

3) надання висновку про наявність чи відсутність у діяннях, в яких звинувачується Президент України, ознак державної зради або іншого злочину; внесення за зверненням Верховної Ради України письмового подання про неможливість виконання Президентом України своїх повноважень за станом здоров'я;

4) звернення до Конституційного Суду України щодо конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України [1].

Таким чином, за Верховним Судом України закріплено статус найвищої судової установи та окреслено коло його функцій. Проте норма наведеної статті практично виключає участь Верховного Суду України при перегляді переважної більшості цивільних справ. До повноважень вказаного суду відтепер не віднесено перегляд справ у касаційному порядку.

Натомість прийнятий Закон передбачив створення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, який відтепер нарівні з Вищим господарським судом України і Вищим адміністративним судом України функціонує як суд касаційної інстанції.

Згідно із Законом Верховний Суд України складається з 20 суддів (по 5 суддів від цивільної, адміністративної, господарської і кримінальної юрисдикцій). При цьому ліквідовано судові палати і Президію Верховного Суду України і значно скорочено його повноваження. Тепер він переглядає рішення судів касаційної інстанції лише з двох підстав: неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції однієї й тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах та у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

Перегляд може здійснюватися лише за умови, що відповідний вищий спеціалізований суд, рішення якого оскаржується, допустить заяву учасника процесу до перегляду у Верховному Суді України. При цьому немає механізму оскарження, наприклад, невмотивованої відмови вищого спеціалізованого суду у допуску справи до провадження у Верховному Суді України. Тобто, щоб особа могла оскаржити до Верховного Суду України рішення суду касаційної інстанції, потрібно отримати згоду на таке оскарження у самому суді касаційної інстанції. Але навіть у випадках, коли вищий суд надасть таку згоду, а Верховний Суд України за наслідками перегляду судового рішення задовольнить заяву, ухвалити нове рішення він не зможе.

У такому випадку він лише зможе скасувати рішення і направити справу на новий розгляд. На нашу думку, такий механізм викликає серйозні недоліки з огляду на Рішення Конституційного Суду від 11 березня 2010 року про те, що Верховний Суд України не є касаційною інстанцією відносно вищих судів, тобто такою, що скасовує рішення, проте не має право ухвалювати нове рішення [2].

Відповідно до ст. 32 Закону до повноважень Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ віднесено:

1) розгляд справи відповідної судової юрисдикції в касаційному порядку згідно з процесуальним законом;

2) у випадках, передбачених процесуальним законом, розгляд справи відповідної судової юрисдикції як суд першої або апеляційної інстанції;

3) аналіз судової статистики, вивчення та узагальнення судової практики;

4) надання методичної допомоги судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової статистики; надання спеціалізованим судам нижчого рівня рекомендаційних роз'яснень з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції;

5) здійснення інших повноважень, визначених законом [1].

Виходячи з наведеного, констатуємо, що Верховний Суд України практично втратив свій статус суду як такого і має можливість переглядати рішення судів лише за нововиявленими обставинами.

Із внесенням змін до ЦПК України принципово змінилася і процедура розгляду ВСУ скарг осіб про перегляд судових рішень за винятковими обставинами та його повноваження щодо їх вирішення. Так, у ст. 354 ЦПК України зазначено право на звернення із заявою про перегляд судових рішень. Заява про перегляд справи Верховним Судом України (ст. 353 ЦПК України) подається до Верховного Суду України через Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ, який вирішує питання про допуск цієї заяви до розгляду Верховним Судом. Йдеться про те, що саме колегія суддів цього вищого спеціалізованого суду відтепер буде приймати постанову щодо наявності підстав для перегляду оскаржуваного рішення Верховним Судом України [3].

Таким чином, Верховний Суд України фактично позбавлений права самостійного визначення підсудності відповідних категорій справ, а межі його юрисдикції потрапляють у пряму залежність від правової позиції суддів вищих спеціалізованих судів.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ в обов'язковому порядку здійснює перевірку заяви про перегляд судового рішення Верховним Судом України на відповідність вимогам ЦПК України. Необхідно зауважити, що Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ здійснює перевірку заяви про перегляд судового рішення лише на відповідність вимогам статей 357 і 358 ЦПК України, і лише за результатами цієї перевірки виносить ухвалу про допуск чи відмову в допуску до провадження заяви Верховним Судом [4].

У ч. 4 ст. 359 ЦПК України встановлено вичерпний перелік підстав, за яких заява про перегляд судового рішення Верховним Судом України повертається заявнику Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Так, заява повертається заявнику, якщо:

1) заявник не усунув недоліки протягом установленого строку;

2) заяву подано особою, яка не має права на подання такої заяви;

3) заяву підписано від імені особи, яка не має повноважень на ведення справи;

4) є ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про відмову у допуску справи до провадження за наслідками її розгляду, прийнята з аналогічних підстав.

Вирішення питання про допуск заяви про перегляд судового рішення на практиці залежить від тієї підстави, з посиланням на яку подано таку заяву. Якщо підставою для подання заяви є визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України, то заява допускається до розгляду в обов'язковому порядку. Якщо підставою для перегляду є неоднакове застосування норм закону, то скарга допускається лише на розсуд колегії суддів Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ, хоча в обох випадках питання про допуск справи до провадження вирішується цією колегією.

Питання про допуск заяви про перегляд судового рішення до провадження або відмову у цьому вирішується ухвалою, яка оскарженню не підлягає. Ухвала про допуск заяви до провадження разом із заявою про перегляд судового рішення та доданими до неї документами надсилається до Верховного Суду України протягом п'яти днів з дня її постановлення. Копія ухвали про допуск справи надсилається разом із копією заяви особам, які беруть участь у справі, а в разі відмови у допуску особі, яка подала заяву. Після проведення усіх перелічених дій справа розглядається Верховним Судом України на його засіданні.

Слід наголосити, що перевірка відповідності заяви вимогам ЦПК України у вітчизняному процесуальному законодавстві виписана достатньо чітко із викладенням повної процедури дій суду у ст. 359–360 ЦПК України.

Я. П. Зейкан з цього приводу зазначає, що якщо скаргу визнають допущеною до провадження, то ухвала про це і про витребування справи направляється до відповідного суду. Копію такої ухвали надсилають учасникам, які беруть участь у справі. Якщо допуску скарги до провадження відмовлено, копія ухвали направляється тільки особі, яка подала скаргу [5, с. 431].

Проте слід зазначити, що після розгляду касаційної скарги в сторони, що вважає рішення касаційної інстанції незаконним, з'являється шанс переглянути це рішення та добитися справедливості, і це не може розглядатися як негативний чинник. Водночас терміни руху конкретної справи значною мірою знижуються при подвійній касації. Тим часом доцільно зауважити, що добитися перегляду справи, розглянутої в касаційному порядку, дуже важко. Відсоток справ, що переглядається в порядку виключного провадження, залишається наразі дуже низьким [6].

На нашу думку, позитивними змінами до Закону є визначення обов'язковості рішень Верховного Суду України, прийнятих за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правові акти, що містять зазначену норму права, та для всіх судів України.

Відповідна норма, за умови надання вищими спеціалізованими судами можливості ВСУ реально здійснювати правосуддя, забезпечить однакове застосування норм права не лише судами, а й органами державної влади. Однак вважаємо за необхідне передбачити в повноваженнях ВСУ забезпечення однакового застосування норм матеріального та процесуального права.

Слід погодитись із позицією Л. В. Юрченка, Д. С. Дударева, що автори Закону позбавили Верховний Суд

повноважень давати судам роз'яснення з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики [7, с. 279]. Новий Закон зберіг за вищими спеціалізованими судами повноваження давати роз'яснення судам нижчого рівня щодо застосування законодавства. Водночас таких повноважень було позбавлено Верховний Суд України. Такий «розподіл» повноважень, на нашу думку, суперечить Конституції України і може призвести до створення різноманітної практики застосування одних і тих самих положень законодавства судами різної спеціалізації, що врешті-решт може призвести до правового свавілля.

Так, у Спільному експертному висновку щодо проекту Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ухваленому Венеціанською комісією 12–13 березня 2010 року, зазначається, що «…система судів виглядає непотрібно громіздкою. Оскільки вищі спеціалізовані суди мають діяти як касаційні інстанції й, відтак, виконуватимуть функції, які, зазвичай, належать Верховному Суду, постає питання про те, чи не слід було би злити ці два рівні (вищі спеціалізовані суди та Верховний Суд) в один і в такий спосіб хоча б спробувати спростити систему, позбавивши її зайвої бюрократії та адміністративного тягаря… Крім того, Венеціанська комісія підкреслила, що «хоча наразі Верховний Суд вочевидь є перевантаженим, виходом із ситуації в більш віддаленій перспективі навряд чи може бути утворення додаткових рівнів судочинства, радше потрібно спростити процедури й зробити їх більш ефективними» [8].

Визнання судових рішень міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України, може бути підставою для перегляду судових рішень у цивільній справі Верховним Судом. Міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, є Європейський Суд з прав людини.

Перегляд на цій підставі хоч і може мати більш формальний характер, оскільки рішення Європейського суду підлягають безпосередньому виконанню без «імплементації», однак це важливо для відновлення справедливості і авторитету національної судової системи. Ця підстава для перегляду випливає з Рекомендації № К (2000) 2 щодо перегляду справ і відновлення провадження у справі на внутрішньодержавному рівні у зв'язку з рішеннями Європейського суду з прав людини, схваленої Комітетом міністрів Ради Європи 19 січня 2000 року.

Особа має право оскаржувати рішення судів України до Європейського Суду з прав людини лише після того, як було вичерпано всі національні засоби правового захисту відповідно до загальновизнаних норм міжнародного права і впродовж шести місяців від дати прийняття остаточного рішення (ст. 35 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р.).

Будь-яке рішення, прийняте Верховним Судом України за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення, є остаточним і може бути оскаржене тільки в одному випадку: у разі, якщо міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, буде встановлено факт порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

Це пов'язано з тим, що попри остаточність рішень Верховного Суду як найвищої судової інстанції в системі судів загальної юрисдикції, відповідно до ст. 55 Конституції України кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, зокрема до Європейського суду з прав людини, прийняття яким рішення про встановлення факту порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом України і буде підставою для оскарження постанови Верховного Суду.

Слід зазначити, що вагомим недоліком, який не сприяє здійсненню ефективного судочинства в Україні, є відсутність у Верховного Суду України повноваження щодо постановлення нового рішення з урахуванням висновків Європейського суду та закриття провадження у справі в тому випадку, коли скасовані судові рішення на підставі рішення Європейського суду.

Тож, виходячи з викладеного, слід констатувати, що вказана проблема щодо перегляду судових рішень є актуальною для вітчизняного цивільного процесуального права, а також є перспективним та необхідним напрямом законотворчої діяльності та наукових пошуків.

Таким чином, розглядаючи законодавство України про перегляд судових рішень Верховним Судом України, ми дійшли висновку, що Верховний Суд України, який відповідно до ст. 125 Конституції України має статус найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції, позбавлений ефективних можливостей щодо уніфікації практики цих судів – позбавлення права на ухвалення остаточного рішення у справі, збереження можливості перегляду судових рішень у разі різного застосування лише норм матеріального, а не процесуального права, і тільки тоді, коли такий перегляд допустить відповідний вищий спеціалізований суд, рішення якого оскаржується.

Вважаємо, що раціональніше було б вдосконалити роботу палат Верховного Суду України, без втрати цим органом функцій найвищої судової інстанції, а також передбачити у повноваженнях Верховного Суду України забезпечення однакового застосування норм матеріального, а також процесуального права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Про судоустрій* і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 року № 2453-VI. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua.

2. *Рішення Конституційного* Суду України від 11 березня 2010 року № 8-рп/2010. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg =v008p710-10.

3. *Відкрите звернення* до Президента України щодо ветування Закону України «Про судоустрій і статус суддів» // Режим доступу: http://helsinki.org.ua/index. php?id=1279436602.

4. *Теліпко В. Е.* Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. Станом на 01.11.2010 р. / За ред. Притики Ю. Д. – К.: Центр учбової літератури, 2011. – 696 с.

5. *Зейкан Я. П.* Захист у цивільній справі. Науково-практичний коментар. – К.: КНТ, 2009 – С. 431.

6. *Новели Закону* України «Про судоустрій і статус суддів». – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://legal-help.com.ua/?p=1277.

7. *Юрченко Л. В., Дударев Д. С.* Повноваження Верховного Суду України з перегляду судових рішень у кримінальних справах // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – Серия «Юридические науки». – 2010. – Том 23 (62). – № 2. – С. 279.

8. *Лист Голови* Верховного Суду України до Голови Верховної Ради України з приводу розгляду парламентом проекту Закону України «Про судоустрій України і статус суддів». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://tema.in.ua/article/5598.html.

The article is devoted research of separate positions of Civil code of procedure of Ukraine and Law of Ukraine «About sudoustriy and status of judges» on questions the revision of court decisions from civil cases by Supreme Court of Ukraine.

Статья посвящена исследованию отдельных положений Гражданского процессуального кодекса Украины и Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» по вопросам пересмотра судебных решений по гражданским делам Верховным Судом Украины.

КЛАСИФІКАЦІЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ДИТИНИ

Резнік Г. О.,

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

У статті розглядаються різні наукові підходи щодо класифікації особистих немайнових прав; досліджується поняття «особисті немайнові права дитини». Зокрема, проаналізовано основні види прав дитини.

Ключові слова: особисті немайнові права, класифікація особистих немайнових прав, особисті немайнові права дитини, види особистих немайнових прав дітей.

Правовий захист інтересів дітей – є однією з важливих функцій будь-якого суспільства.

Права дитини, за своєю суттю, відрізняються від прав дорослих змістом, значенням, походженням. Кожне право дитини слід розглядати з позиції наданих державою можливостей розвиватися, набувати певних навичок для формування дорослої особистості.

Національне законодавство не виділяє прав дитини в окрему категорію декларуючи, що права дітей є похідними від загальних прав людини, а тому права, закріплені в основних нормативно-правових актах, відносяться і до дітей.

У більшості випадків особисті немайнові права дитини не залежать від її волі, оскільки через свій вік дитина не може самостійно їх здійснювати. А тому особисті немайнові права дитини є залежними від волі батьків або осіб, що їх замінюють, ними ж, переважно, здійснюються і реалізуються.

Необхідність особливої турботи про дітей, через їх фізичну та розумову незрілість, формулює принципово важливі думки про конкретизацію прав такої специфічної та найбільш вразливої групи населення. А тому виділення прав дитини в окрему категорію надасть можливість створити більш дієвий механізм захисту цих прав.

Особисті немайнові права, їх ознаки, види, місце в системі цивільного права України завжди обговорювалися українськими вченими. Разом з тим особисті немайнові права дитини не виділяються в окрему категорію, а тому і не класифікуються.

Вивченню питань, пов'язаних з особистими немайновими правами та їх видами, присвятили свої роботи такі провідні українські вчені-юристи: О. В. Дзера, В. В. Луць, З. В. Ромовська, Р. О. Стефанчук та ін. У наукових працях згаданих авторів зосереджено увагу на розумінні терміна «особисті немайнові права» та окремих видах особистих немайнових прав.

Аналіз вітчизняної літератури із зазначеного питання свідчить про відсутність на сьогодні комплексних досліджень, предметом яких є особисті немайнові права дитини, і, зокрема, їх види. Проте окремі питання особистих немайнових прав дітей, зокрема і їх види, розглядалися у працях В. І. Борисової, І. В. Жилінкової, Л. А. Ольховик та ін. Проте у працях зазначених авторів окремо не висвітлювалися питання щодо класифікації особистих немайнових прав дітей.

Відсутність єдності у поглядах вітчизняних науковців з приводу необхідності класифікувати особисті немайнові права дитини та відсутність чітких критеріїв їх класифікації актуалізують досліджуване питання.

Тому метою даної статті є аналіз основних видів особистих немайнових прав фізичних осіб та формування власної класифікації особистих немайнових прав дитини на основі проведеного дослідження.

Вперше серед вітчизняних науковців визначення особистих немайнових прав дитини, в рамках дисертаційної роботи, дала Л. А. Ольховик. Зокрема, авторка визначила особисті немайнові права дитини як природні, невід'ємні права, що виникають із приводу благ немайнового характеру, які позбавлені економічного змісту та грошової оцінки, тісно пов'язані з особою носія, індивідуалізують її, не передаються і не відчужуються, мають специфічні підстави виникнення та припинення, мають строковий характер, належать усім без винятку батькам та дітям у рівному обсязі, захищаються батьками та іншими особами, регулюються переважно ЦК та СК України [1, с. 8].

Неможливо надати єдине визначення поняттю «особисте немайнове право». Однак авторське бачення цього поняття є таким – особисті немайнові права дитини, спрямовані на виховання та розвиток кожної дитини, є природними, невід'ємними правами, що надають їй можливість (самостійно або через батьків чи осіб, що їх замінюють) реалізовувати свої духовні, соціальні, біологічні потреби, як потреби розвитку.

Дуже важливою для пізнання природи та сутнісних характеристик особистих немайнових прав, визначення

значення та місця їх системи в праві, відмежування її від схожих систем є їх класифікація [2, с. 109].

Особисті немайнові права дитини, зрозуміло, потребують власної класифікації. Саме дослідження системи немайнових прав потрібне для того, щоб більш детально вивчити ознаки та відмінності прав, які ми розглядаємо, виявити особливості захисту прав дитини.

Як зазначила І. Г. Король: «сенс класифікації особистих немайнових прав полягає в тому, щоб на основі визначеного критерію поділяти права на групи, що об'єднані єдиним юридичним змістом» [3, с. 67].

Відповідно до норм цивільного законодавства система особистих немайнових прав складається з особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, та особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи (гл. 21, 22 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України) [4].

Л. В. Федюк, розглядаючи види особистих немайнових прав, запропонувала таку їх класифікацію: 1) за суб'єктами: особисті немайнові права, що належать лише фізичній особі; права, що належать юридичній особі; права, що можуть мати як фізичні, так і юридичні особи; 2) за сферою суспільного життя: гуманітарні; особистісні; інформативні; соціально-культурні; демократизаторські; 3) за призначенням: первинні; похідні; 4) за галузями законодавства: конституційні; адміністративні; трудові; сімейні; житлові; екологічні; цивільні [2, с. 122].

Серед вітчизняних цивілістів найбільш повну класифікацію цих прав дав Р. О. Стефанчук, який визначив два типи особистих немайнових прав: а) універсальні (загальні) особисті немайнові права (які носять фундаментальний характер та належать усім без винятку фізичним особам); б) окремі (спеціальні) особисті немайнові права, якими наділені лише окремі фізичні особи внаслідок здійснення ними певних дій, наділення їх певним спеціальним правовим статусом (правовим модусом), або за інших підстав, прямо передбачених законом. При цьому Р. О. Стефанчук встановив, що перший тип універсальних особистих немайнових прав поділяється на дві групи. Перша група – універсальні (загальні) особисті немайнові права, що забезпечують фізіологічне (природне) існування фізичної особи – має у своєму складі, в свою чергу, такі роди: а) права, що забезпечують природну (біопсихічну) цілісність фізичної особи; б) права, що забезпечують відтворюваність фізичної особи; в) права, що забезпечують природну відособленість фізичної особи. Друга група – універсальні (загальні) особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи, поділяється на такі роди: а) права, що забезпечують індивідуалізацію фізичної особи в суспільстві; б) права, що забезпечують соціальний статус фізичної особи; в) права, що забезпечують свободу соціального буття; г) права, що забезпечують особисту інформованість фізичної особи; д) права, що забезпечують приватність фізичної особи. При цьому кожен із цих родів особистих немайнових прав фізичних осіб має свій додатковий видовий поділ. Вчений довів, що другий тип особистих немайнових прав фізичної особи поділяється на такі групи: а) спеціальні (окремі) особисті немайнові права фізичної особи у сфері інтелектуальної діяльності; б) спеціальні (окремі) особисті немайнові права фізичної особи у сфері сімейних відносин; в) спеціальні (окремі) особисті немайнові права фізичної особи у сфері медичних відносин; г) спеціальні (окремі) особисті немайнові права дітей та інших фізичних осіб, що мають вади у дієздатності; д) посттанативні особисті немайнові права фізичних осіб. Кожна із груп має додатково внутрішню родову та видову диференціацію [5, с. 7–8].

У цьому контексті варто звернути увагу на різномаїття приведених класифікацій особистих немайнових прав особи та відсутність конкретної класифікації особистих немайнових прав дитини.

І. Г. Король, досліджуючи особисті немайнові права дитини за сімейним правом Російської Федерації, зазначає, що російський законодавець не розмежовує нематеріальні блага та особисті немайнові права, а тому благо існує незалежно від того, визнане воно державою чи ні. Таким чином, як випливає із даного положення, можна виділити блага, що охороняються законом, та блага, що не вказані в законі і правом не охороняються. Разом з тим у зв'язку з галузевою належністю особисті немайнові права дитини авторка класифікує на: матеріальні та процесуальні особисті немайнові права [3, с. 54, 74].

Як уже зазначалося, із вітчизняних вчених єдину класифікацію особистих немайнових прав дитини дала Л. А. Ольховик, яка за цільовою спрямованістю розділила останні на:

– особисті немайнові права, спрямовані на забезпечення фізичного та психічного благополуччя дитини (право на життя, право на здоров'я, право на сім'ю);

– особисті немайнові права, спрямовані на забезпечення соціального буття дитини (право на реєстрацію народження, право на індивідуалізацію особи в суспільстві, право на освіту) [1, с. 71].

Враховуючи наведені класифікації особистих немайнових прав і надану лише Л. А. Ольховик систему особистих немайнових прав дитини, вважаємо за доцільне розробити та обґрунтувати власну класифікацію.

Особливістю особистих немайнових прав неповнолітніх осіб є виникнення прав з настанням певних подій, таких як: народження, досягнення дитиною певного віку або на підставі, передбаченій законом. Саме тому можна виділити особисті немайнові права дітей за способом виникнення на:

1) особисті немайнові, що виникають з моменту народження (право на життя, ім'я, здоров'я та ін.);

2) особисті немайнові права, що виникають у процесі розвитку дитини (набуті права), (право на інформацію, свободу творчості та ін.);

3) особисті немайнові права, що виникають з підстав, визначених у законі (право на зміну імені, прізвища, по батькові, право на самостійний виїзд за межі країни та ін.).

Виховання дітей є природним обов'язком батьків, що передбачає реалізацію можливості батьків виховувати дитину на власний розсуд, спрямовуючи дитину, проте не нав'язуючи своєї думки. Державна влада не втручається у процес сімейного виховання неповнолітніх осіб. Проте є предмети виховання, які вважаються надто важливими для держави і суспільства зокрема, а тому визначаються обов'язковими для кожної дитини. У сучасному світі таким предметом виступає освіта. Відповідно, пропонуємо класифікувати особисті немайнові права за предметом виховання на:

1) особисті немайнові права, що виникають з обов'язку батьків виховувати дітей і сприяти їх в отриманні освіти, у тому числі за кордоном;

2) особисті немайнові права що виникають з обов'язку держави на забезпечення освіти і виховання неповнолітніх громадян (дошкільна, шкільна, середня обов'язкова, вища освіта).

Варто зазначити, що особисті немайнові права дітей існують незалежно від того, закріплені вони у законодавстві чи ні, і такі права існують навіть якщо вони взагалі не регулюються правом. До таких прав належать: право дітей на повагу та любов батьків, їх довіру, прихильність, турботу, догляд. З викладеного матеріалу є можливість класифікувати особисті немайнові права залежно від нормативного закріплення на:

1) особисті немайнові права, закріплені законом;

2) особисті немайнові права, що існують незалежно від правового регулювання (не визначені та не закріплені законом).

Конституція України [6] закріпила рівність усіх у своїх правах. Проте реалії сучасного життя доводять нам, що є діти, які потребують більшої уваги та захисту – діти-сироти, діти-інваліди, неповнолітні, що перебувають у спеціальних виховних установах, тощо. Тому залежно від несприятливих умов, в яких опинилася дитина, немайнові права можна класифікувати на:

1) особисті немайнові права дітей, що залишилися без батьківського піклування (право на спеціалізовану медичну, психологічну допомогу, право на соціальну реабілітацію, право на повноцінне життя в умовах, що забезпечують гідність дитини, право на включення в активне суспільне життя);

2) особисті немайнові права дітей-інвалідів та дітей з особливостями психофізичного розвитку (право на особливу турботу, утримання, спеціальне виховання та ін.);

3) особисті немайнові права дітей, що постраждали від стихійних лих, аварій, катастроф (право на відселення із зони стихійного лиха, право на об'єднання з сім'єю та ін.);

4) особисті немайнові права дітей-біженців (право на захист своїх інтересів, турботу з боку держави (допомога у розшуку родичів, медична допомога);

5) особисті немайнові права дітей, що перебувають у спеціальних виховних установах (право на гуманне ставлення, побачення з батьками та ін.).

З моменту народження дитина, перш за все, вступає у відносини з батьками, у яких виникають обов'язки перед дитиною. Однак, розвиваючись, дитина дорослішає і починає взаємодіяти з суспільством за ймовірності настання несприятливих умов.

Залежно від системи відносин, у які вступає дитина, або обставин, що виникають незалежно від волі дитини, можна виділити:

1) особисті немайнові права дітей, що виникають в сім'ї (право на проживання, спілкування, ім'я та ін.);

2) особисті немайнові права дитини, що виникають при взаємодії дитини з суспільством (право на освіту, відпочинок, свободу об'єднання та ін.);

3) особисті немайнові права дитини, що виникають при настанні несприятливих умов та екстремальних ситуацій (право на особливу турботу, утримання, виховання та ін.).

Особисті немайнові права дітей уявляється доцільним класифікувати залежно від зв'язку немайнових прав з майновими на:

1) особисті немайнові права неповнолітніх, пов'язані з майновими (особисті права авторів у галузі науки, літератури та ін.);

2) особисті немайнові права неповнолітніх, не пов'язані з майновими (право на ім'я, право на інформацію та ін.).

Як правило, матеріально-правові норми встановлюють права та обов'язки різних суб'єктів суспільних правовідносин. Натомість процесуальні норми встановлюють процедуру здійснення прав або виконання обов'язків, закріплених у матеріальних нормах, та визначають оптимальний порядок застосування норми матеріального права. ЦК України є нормативно-правовим актом, що містить, перш за все, норми матеріального права. Характеризуючи процесуальні норми, згадаємо Сімейний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Кримінально-процесуальний кодекс України, процесуальні норми яких спрямовані на захист прав дітей. Виходячи з цього, особисті немайнові права дитини можна класифікувати за галузевою належністю на:

1) матеріальні особисті немайнові права (право на ім'я, право на спілкування з батьками, право жити та виховуватись у сім'і та ін.);

2) процесуальні особисті немайнові права (право на захист та представництво, право бути вислуханим під час судового засідання, в тому числі за участю законних представників).

Особисті немайнові права неповнолітніх настільки різноманітні, що регулюються різними галузями права. Відповідно до вищевикладеного особисті немайнові права дитини можна класифікувати за предметом правового регулювання на:

1) немайнові права дитини, урегульовані конституційним правом;

2) немайнові права дитини, урегульовані цивільним правом;

3) немайнові права дитини, урегульовані сімейним правом;

4) немайнові права дитини, урегульовані іншими галузями права.

За колом осіб особисті немайнові права дітей можна поділити на:

1) загальні;

2) спеціальні (поширюються на дітей, позбавлених батьківського піклування, дітей-інвалідів та ін).

Особливої уваги заслуговують так звані потенційні права дитини. Потенційними правами є права, які, можливо, з'являться у дитини в майбутньому і стануть фактичними (реальними) за умов настання певних подій.

Нагадаємо, що в силу свого віку дитина не просто не має можливості самостійно реалізовувати надані законом права, а значну частину цих прав набуває лише після досягнення певного віку. Відповідно, період від народження до досягнення дитиною повноліття умовно включає в себе різні вікові групи: новонароджений, малолітній, підліток, неповнолітній. А тому, зростаючи, досягаючи певного віку, дитина набуває нових прав, які відрізняються за змістом, обсягом, віковими потребами і т. д.

Вікові обмеження набуття та можливості реалізації прав дитини встановлені законодавчими актами України. Наприклад, право на шкільну освіту може бути реа-

лізоване з шестирічного (семирічного) віку, оскільки відповідно до Закону України «Про дошкільну освіту» [7] з двомісячного віку до трьох років дитина відвідує ясла, а від трьох років і до шести (семи) – дитячий садок, отримуючи, тим самим, дошкільну освіту.

Очевидно, що віковий критерій багато в чому визначає можливість дитини бути учасником певних правовідносин.

Запропоновану нами класифікацію не можна вважати завершеною в силу розмаїття особистих немайнових прав дитини, проте вона може допомогти детальніше охарактеризувати цю специфічну категорію прав дитини.

Результати проведеного дослідження свідчать, що особисті немайнові права неповнолітніх настільки багатогранні і багаторівневі, що класифікувати їх лише за одним критерієм неможливо. Саме тому вважаємо за доцільне надати власну класифікацію: 1) за способом виникнення: особисті немайнові, що виникають з моменту народження; особисті немайнові права, що виникають в процесі розвитку дитини (набуті права); особисті немайнові права, що виникають з підстав, визначених у законі; 2) за предметом виховання: особисті немайнові права, що виникають з обов'язку батьків виховувати дітей; особисті немайнові права що виникають з обов'язку держави виховувати неповнолітніх громадян; 3) залежно від нормативного закріплення: особисті немайнові права закріплені законом; особисті немайнові права, що існують незалежно від правового регулювання (не визначені та не закріплені законом); 4) залежно від несприятливих умов, у яких опинилася дитина: особисті немайнові права дітей, що залишилися без батьківського піклування; особисті немайнові права дітей-інвалідів та дітей з особливостями психофізичного розвитку; особисті немайнові права дітей, що постраждали від стихійних лих, аварій, катастроф; особисті немайнові права дітей-біженців; особисті немайнові права дітей, що перебувають у спеціальних виховних установах; 5) залежно від системи відносин, у які вступає дитина, або обставин, що виникають незалежно від волі дитини, можна виділити: особисті немайнові права дітей, що виникають в сім'ї; особисті немайнові права дитини, що виникають при взаємодії дитини з суспільством; особисті немайнові права дитини, що виникають при настанні несприятливих умов та екстремальних ситуацій; 6) залежно від зв'язку немайнових прав з майновими на: особисті немайнові права неповнолітніх, пов'язані з майновими; особисті немайнові права неповнолітніх, не пов'язані з майновими; 7) за предметом правового регулювання на: немайнові права дитини, урегульовані конституційним правом; немайнові права дитини, урегульовані цивільним правом; немайнові права дитини, урегульовані сімейним правом; немайнові права дитини, урегульовані іншими галузями права; 8) за колом осіб: загальні та спеціальні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Ольховик Л. А.* Особисті немайнові права дитини за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Ольховик Л. А. – Х., 2006. – 219 с.
2. *Федюк Л. В.* Система особистих немайнових прав у цивільному праві. Монографія. – Івано-Франківськ : ВДВ ЦІТ, 2007. – 148 с.
3. *Король И. Г.* Личные неимущественные права ребёнка по семейному праву Российской Федерации : научно-практическое пособие. – Москва : Проспект, 2010. – 160 с.
4. *Цивільний кодекс України* від від 16.01.2003 // Голос України від 12.03.2003 – № 45.
5. *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03 / Стефанчук Р. О. – К., 2008. – 242 с.
6. *Конституція України* від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України від 23.07. 1996 . – № 30. – Ст. 141.
7. *Закон України «Про дошкільну освіту»* // Відомості Верховної Ради України від 07.12.2001 р. – № 49. – Ст. 259.

The article highlights the different scientific approaches to the classification of the moral rights; study the notion of «moral rights of the child". In the above privacy, analyzed the fundamental rights of the child.

В статье рассматриваются разные научные подходы относительно классификации личных неимущественных прав; исследуется понятие «личные неимущественные права ребёнка». В часности, проанализированы основные виды прав ребёнка.

ЗАХИСТ ОСОБИСТОГО НЕМАЙНОВОГО ПРАВА ПОДРУЖЖЯ НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ

Лобанова Т. В.,

молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено дослідженню особливостей захисту особистого немайнового права подружжя на свободу та особисту недоторканність. Значну увагу приділено проблематиці встановлення режиму окремого проживання подружжя та попередження насильства в сім'ї в контексті захисту особистого немайнового права подружжя на свободу і особисту недоторканність.

Ключові слова: особисте немайнове право, права подружжя, захист, право на свободу, право на особисту недоторканність, сім'я, окреме проживання, місце проживання, насильство в сім'ї.

Право особи на свободу та особисту недоторканність закріплюється і гарантується нормами конституційного [1, ст. 29], цивільного законодавства [2, ст. 288, 289], міжнародно-правовими актами, а саме, Загальною декларацією прав людини, Міжнародним пактом про громадянські і політичні права [3, с. 40, с. 56], Європейською Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод [3, с. 540] тощо.

Чоловіку та дружині гарантоване право на свободу і особисту недоторканність, яке згідно зі ст. 56 СК України передбачає право на вибір місця свого проживання, право на вжиття заходів, які не заборонені законом і не

суперечать моральним засадам суспільства щодо підтримання шлюбних відносин, право на припинення шлюбних відносин.

Слід погодитись з тим, що право чоловіка та жінки на свободу не обмежується зазначеними правами, оскільки інші аспекти права подружжя на свободу одержали своє регулювання у нормах інших нормативних актів, які поширюються на всіх громадян України, незалежно від їх сімейного стану [4, с. 68].

Згідно зі ст. 33 Конституції України кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом. Статтею 2 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» встановлено: громадянам України, а також іноземцям та особам без громадянства, які на законних підставах перебувають в Україні, гарантуються свобода пересування та вільний вибір місця проживання на її території, за винятком обмежень, які встановлені законом. У розумінні вказаного закону свобода пересування – це право громадянина України, а також іноземця та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають в Україні, вільно та безперешкодно за своїм бажанням переміщатися по території України у будь-якому напрямку, у будь-який спосіб, у будь-який час, за винятком обмежень, які встановлюються законом. Вільний вибір місця проживання чи перебування розуміється як право громадянина України, а також іноземця та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України, на вибір адміністративно-територіальної одиниці, на території якої вони хочуть проживати чи перебувати [5].

Необхідно зазначити, що в нормальному стані сама родина найбільш заінтересована у спільному проживанні, адже саме спільне проживання створює необхідні передумови для розвитку сім'ї та здійснення її функцій [6, с. 98]. Але існують випадки, коли спільне проживання подружжя є неможливим. Саме тоді подружжя може скористатись своїм правом на свободу, згідно з яким зміна місця проживання одним із подружжя не тягне за собою виникнення у другого із подружжя обов'язку також змінити місце проживання.

Однак постійне окреме проживання подружжя не буде сприяти зміцненню сім'ї та належному вихованню дітей обома батьками. Тому вважається, що можливість окремого проживання подружжя носить характер тимчасовості, адже постійне тривале окреме проживання може призвести до втрати сімейних зв'язків і розірвання шлюбу. Тому важко переоцінити роль спільного проживання подружжя і слід погодитись з тим, що сім'я може ефективно виконувати свою соціальну роль і функції за умови спільного проживання подружжя [7, с. 108].

Важливим є те, що ч. 1 ст. 56 СК України, закріплюючи право на вільний вибір подружжям свого місця проживання, не встановлює жодних обмежень такого права у вигляді наявності поважних причин для прийняття рішення про роздільне проживання. Право вирішувати, яку форму подружнього життя обрати, належить лише чоловіку і дружині.

І. В. Апопій вважає, що існує певна неузгодженість між ч. 1 ст. 56 СК України та ч. 2 ст. 3 СК України, згідно з якою подружжя вважається сім'єю в тому разі, коли подружжя не проживає разом певний час з поважних причин [8, с. 51]. Можна погодитись, що говорячи про поважність причин для окремого проживання, СК України певним чином суперечить нормі, яка передбачає право на вільний вибір подружжям свого місця проживання і не передбачає жодних обмежувальних умов для його здійснення.

СК України розглядає спільне проживання як право подружжя та передумову створення сім'ї. Дещо інший підхід містить законодавство Франції, де спільне проживання є обов'язком подружжя. Стаття 215 Французького Цивільного кодексу встановлює, що подружжя зобов'язується проживати разом [9, с. 70]. Наявність у законодавстві Франції обов'язку подружжя проживати разом пояснюється тим, що Французький Цивільний кодекс датується 1804 роком і, незважаючи на зміни і доповнення, які були до нього внесені, цей документ все ж таки зберіг певні архаїчні норми. Подібну норму містить і Цивільний кодекс Японії, де передбачено, що чоловік та жінка зобов'язані проживати разом та надавати одне одному взаємну підтримку та допомогу [10, с. 976].

Одним із методів захисту права подружжя на свободу є встановлення так званого режиму сепарації, тобто режиму окремого проживання подружжя. Необхідно зазначити, що режим «сепарації» знайомий не лише українському законодавству. Так, режим окремого проживання подружжя притаманний законодавству Франції, Швейцарії, Бельгії, Іспанії, Португалії, Данії, Фінляндії, Норвегії, Польщі, окремих штатів США тощо. В кожній країні існують свої моделі встановлення режиму «сепарації», серед яких виділяють такі: 1) модель, яка має на увазі «сепарацію» та розірвання шлюбу як дві окремі категорії; 2) модель, яка передбачає однакові підстави для «сепарації» та розірвання шлюбу, але різні наслідки; 3) модель, яка розглядає встановлення режиму «сепарації» як обов'язкову передумову розірвання шлюбу [11, с. 78]. Режим окремого проживання, передбачений ст. 119 СК України, належить до першої моделі встановлення режиму «сепарації».

Існує правова позиція, яка стверджує, що СК України, з одного боку, закріплює особисте немайнове право подружжя на свободу та особисту недоторканність, а з іншого – порушує це право, передбачаючи режим окремого проживання подружжя. На підтримку такої позиції існують такі доводи: відповідно до ч. 1 ст. 119 СК України суд, за заявою подружжя або за позовом одного із подружжя, може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання у разі неможливості чи небажання чоловіка та (або) дружини проживати спільно; це положення суперечить не тільки ч. 1 ст. 56 СК, яка закріплює право подружжя на вибір місця свого проживання, а й ч. 1 ст. 33 Конституції України, в якій зафіксоване право особи на свободу пересування та вільний вибір місця свого проживання [12, с. 143]. Слід не погодитись з вказаною позицією, оскільки інститут «сепарації» – це саме та можливість, яка дозволяє уникнути, можливо, найтяжчого стресу для сім'ї – розлучення. Крім того, вважаємо, що сам інститут «сепарації» передбачає її встановлення за згодою подружжя. Режим «сепарації» встановлюється або за спільною заявою подружжя, або за позовом одного із подружжя, в разі незгоди з яким інший з подружжя може здійснити своє право на розірвання шлю-

бу, якщо ж він цього не робить, то виражає згоду проживати роздільно. Тому слід підтримати позицію З. В. Ромовської, яка стверджує, що встановлення режиму окремого проживання не порушує права подружжя, а є юридичним закріпленням одного з проявів права кожного з подружжя на особисту свободу [13, с. 259]. Зазначену позицію поділяють також такі відомі науковці як С. М. Лепех [11, с. 82], І. В. Жилінкова [4, с. 171] та інші.

Отже, встановлення режиму окремого проживання подружжя є способом захисту права подружжя на вибір місця свого проживання, а також одночасно можливим шляхом здійснення права подружжя на вжиття заходів, які не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства щодо підтримання шлюбних відносин.

Разом з тим, говорячи про позитивну роль режиму окремого проживання подружжя в питаннях захисту особистого немайнового права подружжя на особисту недоторканність, необхідно відмітити і певну недосконалість вказаного інституту. Так, згідно зі ст. 119 СК України подружжю можна встановити режим окремого проживання за рішенням суду. Припинення ж такого режиму можливе як за рішенням суду, так і в разі фактичного поновлення сімейних відносин. Встановлення режиму окремого проживання подружжя породжує низку наслідків. У разі встановлення режиму окремого проживання майно, набуте в майбутньому дружиною та чоловіком, не вважатиметься набутим у шлюбі, а дитина, народжена дружиною після спливу десяти місяців, не вважатиметься такою, що походить від її чоловіка.

Однією з проблем, яка може виникати в процесі застосування норм СК України про встановлення режиму окремого проживання, є реєстрація дитини, народженої подружжям, яке фактично знаходиться у режимі «сепарації», але фактично поновило подружні стосунки. Цілком логічно, що органи РАЦС в цьому випадку будуть вимагати від батька дитини заяви про визнання батьківства, і в разі відмови батька дитини таку заяву надати, мати буде змушена визнавати батьківство в судовому порядку. Виникнення такої ситуації є результатом прогалини в сучасному законодавстві і можна погодитись з авторами, які пропонують внести відповідні зміни до Сімейного кодексу України, встановивши, що режим роздільного проживання подружжя припиняється за рішенням того самого органу, який його постановив, тобто суду [14, с. 128-130].

Порушенням права чоловіка та дружини на свободу та особисту недоторканність вважаються примушування до збереження чи припинення шлюбних відносин, примушування до статевого зв'язку за допомогою фізичного або психічного насильства.

На охорону права подружжя на особисту недоторканність спрямовані положення Закону України «Про попередження насильства в сім'ї» [15]. Під насильством в сім'ї розуміють будь-які умисні дії фізичного, сексуального, психологічного чи економічного спрямування одного члена сім'ї відносно іншого члена сім'ї, якщо ці дії порушують конституційні права і свободи члена сім'ї як людини та громадянина і наносять йому моральну шкоду, шкоду його фізичному чи психічному здоров'ю. В Україні діє ціла система органів публічної влади, яка має на меті попередження насильства та усунення реальної загрози вчинення насильства в сім'ї, забезпечення здійснення членами сім'ї своїх прав на особисту недоторканність. До вказаних органів належать: спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань попередження насильства в сім'ї – Міністерство соціальної політики України, відповідні підрозділи органів внутрішніх справ, органи опіки і піклування, кризові центри для членів сімей, в яких вчинено насильство в сім'ї, центри медико-соціальної реабілітації жертв насильства в сім'ї.

Необхідно зауважити, що основні засоби захисту подружжя від насильства в сім'ї знаходяться в сфері публічно-правового регулювання суспільних відносин, разом з тим, не згадавши їх, ми не зможемо повністю розкрити тему особливостей захисту права подружжя на особисту недоторканність.

З метою захисту немайнового права подружжя на особисту недоторканність законодавцем було введено поняття офіційного попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї. Згідно з ч. 1 ст. 10 Закону України «Про попередження насильства в сім'ї» члену сім'ї, який вчинив насильство в сім'ї, за умови відсутності в його діях ознак злочину, виноситься попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї. В разі якщо особа, що отримала офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї, повторно вчиняє таке насильство, ця особа направляється до кризового центру для проходження корекційної програми, яка спрямована на формування гуманістичних цінностей та ненасильницької моделі поведінки в сім'ї особи, яка вчинила насильство [15, ст. 10].Одним із можливих шляхів здійснення чоловіком та дружиною особистого немайнового права на особисту недоторканність є отримання захисного припису відповідно до ст. 13 Закону України «Про попередження насильства в сім'ї». Захисний припис може бути винесено особі, яка є членом сім'ї, вчинила насильство в сім'ї та отримала офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї. Захисним приписом особі, стосовно якої він винесений, може бути заборонено чинити певну дію чи дії відносно жертви насильства в сім'ї протягом строку, визначеного приписом, але не більше ніж 90 календарних днів. Так, може бути заборонено чинити конкретні акти насильства в сім'ї, отримувати інформацію про місце перебування жертви насильства, розшукувати жертву насильства в сім'ї, якщо вона за власним бажанням перебуває у місці, що невідоме особі, яка вчинила насильство, відвідувати жертву насильства, якщо вона тимчасово перебуває не за місцем спільного проживання членів сім'ї, вести телефонні переговори з жертвою насильства в сім'ї тощо.

Разом з тим норми, що стосуються правил винесення захисного припису, як засобу охорони особистого немайнового права подружжя на особисту недоторканність, потребують вдосконалення. Так, необхідно погодитись з тим, що порушення вимог захисного припису тягне за собою адміністративну відповідальність, яка є неадекватною. Наприклад, у справі № 3-1145/10[9] про порушення вимог захисного припису та погрози застосувати насильство до колишньої дружини порушник відбувся штрафом у 85 грн. [16, с.117 – 118].

Отже, по суті, захисний припис не вирішує проблем того з подружжя, хто виявився жертвою насильства, і слід погодитись з пропозицією змінити форму захисного припису по суті, а саме: встановити, що вказаний

припис видається судом жертві насильства як «охоронний ордер» з обов'язковим ознайомленням кривдника з покладеними на нього обмеженнями [16, с. 119].

Засобом захисту права подружжя на свободу та особисту недоторканність є можливість розірвання шлюбу. По суті, розірвання шлюбу є універсальним способом захисту особистих немайнових прав подружжя, що застосовується в разі неможливості вирішити розбіжності, що виникли у подружжя. В разі використання розірвання шлюбу як засобу захисту прав подружжя, факт порушення особистого немайнового права подружжя буде слугувати підставою для його розірвання.

Підсумовуючи сказане, слід відмітити, що цінність права подружжя на свободу виявляється, перш за все, у гарантованій державою можливості кожного із подружжя самостійно обирати місце проживання, а одним із методів захисту права подружжя на свободу є встановлення режиму окремого проживання подружжя.

Захист права подружжя на особисту недоторканність є необхідною передумовою становлення здорового суспільства. На жаль, заходи, які передбачені спеціальним законодавством та спрямовані на захист членів сім'ї від будь-яких проявів насильства, є недостатніми та неадекватними цінності такого соціального явища як сім'я. Отже, законодавчі норми, що стосуються питань захисту особистого немайнового права подружжя та інших членів сім'ї на особисту недоторканність, потребує подальшого удосконалення, спрямованого на розробку нових превентивних заходів та посилення відповідальності порушника.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конституція України* // Відомості Верховної Ради України – 1996 – № 30. – Ст. 141.
2. *Цивільний кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. Ст. 356.
3. *Международные акты* о правах человека. Сборник документов. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА М, 1998. – С. 40, 56.
4. *Сімейний* кодекс України: науково-практичний коментар / За ред. Жилінкової І. В. – Х.: Ксилон, 2008. – С. 168.
5. *Закон України* «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 232.
6. *Сімейне* право України : підручник / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін..; за заг. ред.. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – С. 98.
7. *Пчелинцева Л. М.* Семейное право России. – 4-е изд., перераб. / Л. М. Пчелинцева. – М.: Норма, 2006. – С. 108.
8. *Апопій І. В.* Сімейне право України. 2-ге вид. пер. та доп. Навч. посіб. / Апопій І. В. – К.: Центр учбової літератури, 2011. – С. 51.
9. *Нечаева А. М.* Семейное право: учеб. пособие для бакалавров / А. М. Нечаева. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2012. – С. 70.
10. *Личные* неимущественные права: проблемы теории и практики применения: сб. статей и иных материалов / Под ред. Р. А. Стефанчука. – К.: Юринком Интер, 2010. – С. 956.
11. *Лепех С. М.* Сімейне право України : навч. посібник/ С. М. Лепех. – Львів: Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка, 2010. – С. 78.
12. *Сімейне* право України. Підручник / За ред. Ю. С. Червоного. – К., 2004. – С.143.
13. *Ромовська З. В.* Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. Видавничий дім «Ін Юре», 2006. – С. 259.
14. *Лепех С. М.* Інститут сепарації: проблеми застосування // Право України. – № 3 – 2003. – С. 128 – 130.
15. *Закон України* «Про попередження насильства в сім'ї» // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 10. – Ст. 70.
16. *Моніторинг* стану виконання законодавства України щодо протидії насильству в сім'ї. 2001 – 2011 роки / Кол. авт.: О. М. Бандурка, О. Ф. Бондаренко, В. О. Брижик та ін.; заг. ред. О. М. Бандурки, К. Б. Шевченко. – Х.: Видавництво «Права людини», 2001. – С. 117 – 118.

The article is devoted to research of features of defence of the personal unproperty right for the married couples on freedom and bodily security. Separate attention is spared to the range of problems of establishment of the mode of separate residence of the married couples and warning of violence in family in the context of defence of the personal unproperty right for the married couples on freedom and bodily security.

Статья посвящена исследованию особенностей защиты личного неимущественного права супругов на свободу и личную неприкосновенность. Отдельное внимание уделено проблематике установления режима раздельного проживания супругов и предупреждения насилия в семье в контексте защиты личного неимущественного права супругов на свободу и личную неприкосновенность.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПІДСУДНОСТІ ТРУДОВИХ СПОРІВ

Непочатих В. О.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено розкриттю особливостей цивільно-процесуальної підсудності та підвідомчості індивідуальних та колективних трудових спорів при розгляді справ у суді першої інстанції.

Ключові слова: індивідуальний трудовий спір, колективний трудовий спір, цивільна юрисдикція, підсудність, підвідомчість, цивільний процес.

Право на працю (й інші трудові права) є таким же природним, властивим людині нашого часу, як і право на життя. Від того, наскільки реальне це право, залежить реальність інших прав соціально-економічного характеру. Трудові права, як найбільш важливі соціально-економічні права людини, гарантуються не тільки Україною, а й усім світовим співтовариством. Визнання і гарантії даних прав були проголошені в таких основних міжнародних доку-

ментах як Загальна декларація прав людини і Міжнародний Пакт про економічні, соціальні і культурні права.

Зміна політичних, економічних і соціальних умов у державі призвели до корінних перетворень в Україні, в тому числі і в сфері трудових прав працівників. Світова економічна криза також негативно позначилися на сфері трудових відносин у контексті дотримання роботодавцями своїх обов'язків щодо гарантування працевлаштування та інших їх обов'язків.

Наслідком недотримання таких обов'язків, а також інші проблеми, які можуть виникнути під час виконання працівниками своїх обов'язків, є настання трудових конфліктів, котрі згодом можуть трансформуватися у трудовий спір, що належить вирішувати у суді, визначившись попередньо із підвідомчістю такого спору.

Виходячи з того, що сфера правосуддя у цивільних справах визначається об'єктом судового захисту, а діюча Конституція України закріпила необмеженість судової юрисдикції, передбачивши, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст. 124), надзвичайно актуальною стає проблема реалізації права на судовий захист стосовно таких фундаментальних прав, якими є трудові права громадян.

Питання вирішення судами трудових спорів стали предметом досліджень цілої низки вітчизняних науковців – представників як науки цивільного процесу, так і трудового права, серед яких В. Я. Бурак, С. В. Васильєв, І. В. Дашутін, С. М. Коссак, В. В. Лазор, С. В. Лозовой, П. Д. Пилипенко, Н. А. Плахотіна, Б. С. Стичинський.

Проблеми підвідомчості та підсудності у цивільному процесі досліджувались такими вченими та практиками, як С. С. Бичкова, Г. І. Давиденко, В. В. Комаров, Г. П. Тимченко, Ю. С. Червоний, М. Й. Штефан, А. Г. Ярема та ін.

Отже, метою цієї статті є визначення поняття та специфіки підсудності трудових спорів.

Статтею 221 чинного КЗпП України встановлено, що трудові спори розглядаються: 1) комісіями по трудових спорах; 2) районними, районними у місті, міськими чи міськрайонними судами. При чому установлений порядок не поширюється на спори про дострокове звільнення від виборної платної посади членів громадських та інших об'єднань громадян за рішенням органів, що їх обрали, а особливості розгляду трудових спорів суддів, прокурорсько-слідчих працівників, а також працівників навчальних наукових та інших установ прокуратури, які мають класні чини, встановлюється законодавством.

З прийняттям у 1996 р. Конституції України досудовий розгляд індивідуальних трудових спорів став необов'язковим для всіх їх категорій. Конституція України гарантує кожному право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Як правильно підкреслює С. В. Лозовой, з прийняттям Конституції України судова модель урегулювання трудових спорів набула якісно нового змісту, оскільки надала можливість особі (працівнику) безпосередньо, нехтуючи досудовою процедурою вирішення трудових спорів, якою є комісії по трудових спорах, звертатись до суду [12, с. 70 – 71].

Отже, підвідомчість індивідуальних трудових спорів судам встановлено КЗпП України. Однак індивідуальними розбіжностями спори між сторонами трудових відносин не вичерпуються. Окрім індивідуальних трудових спорів чинне законодавство, наука та практика виділяють також колективні трудові спори, тобто спори щодо встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту, укладення чи зміни колективного договору, угоди, їх виконання, невиконання вимог законодавства про працю. Ці спори розглядаються в окремому порядку спеціальними суб'єктами згідно з положеннями Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» [7].

Не всі ці види трудових спорів ми можемо віднести до колективних. Так, коли роботодавцем не виконуються умови колективного договору (угоди), які визначають умови праці, порушуються права конкретного працівника або індивідуальні права групи працівників. Тому невиконання колективних договорів (угод) у цій частині призводитиме до виникнення індивідуального трудового спору або кількох індивідуальних трудових спорів.

Натомість колективний трудовий спір може виникати з приводу невиконання роботодавцем умов колективного договору (угоди) в частині запровадження тих чи інших умов праці (наприклад, певної системи оплати праці чи охорони праці, створення побутових умов на підприємстві) або неприйняття органами влади нормативно-правових актів, прийняти які вони зобов'язалися за умовами угоди відповідного рівня. Так само і при порушенні законодавства про працю працівник може звернутися до комісії по трудових спорах чи суду за вирішенням індивідуального трудового спору.

Стосовно колективних трудових спорів передбачено розгляд у судовому порядку заяви власника або уповноваженого ним органу (представника) про визнання страйку незаконним. У чинному законодавстві не міститься чіткої вказівки на те, в порядку якого судочинства здійснюється розгляд таких заяв. Лише ст. 23 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» передбачено, що справа щодо заяви про визнання страйку незаконним повинна розглядатися судом, включаючи строки підготовки цієї справи до судового розгляду, не пізніше як у семиденний строк. В. Я. Буряк зазначає, що справа про визнання страйку незаконним розглядається місцевим судом у порядку позовного провадження. Однак практика свідчить, що такі справи розглядаються і в порядку адміністративного судочинства. Наприклад, 23 січня 2008 року Южноукраїнський міський суд Миколаївської області, розглянувши у відкритому судовому засіданні в залі суду в місті Южноукраїнську справу № 2А-39/2008 р. [15] в порядку адміністративного провадження за позовом АТВТ «Южноукраїнський домобудівний комбінат» до профспілкової організації АТВТ «Южноукраїнський домобудівний комбінат» про визнання страйку незаконним, керуючись ст. 159, 160, 161, 162, 163 Кодексу адміністративного судочинства України [10] (далі – КАС України), визнав страйк незаконним. На жаль, у своєму рішення про визнання страйку незаконним суд не вказав, на яких законних підставах він розглядав справу у порядку адміністративного судочинства.

Проте здебільшого справи про визнання страйку незаконним розглядаються все-таки у порядку цивільного судочинства. Так, 30 грудня 2009 року Орджонікідзевський міський суд Дніпропетровської області, розглянувши у відкритому судовому засіданні в м. Орджонікідзе цивіль-

ну справу № 2-702/09 за позовом ВАТ «Орджонікідзевський гірничо-збагачувальний комбінат» про визнання страйку незаконним, задовольнив позов та визнав незаконним страйк працівників залізничного цеху ВАТ «Орджонікідзевський гірничо-збагачувальний комбінат», що тривав з 8 години 22 липня 2009 року до 11 години 28 липня 2009 року [14].

Крім того, в ухвалі колегій суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 7 травня 2009 р. у справі № 6-22269св08 зазначено, що можливість судового порядку розгляду колективних трудових спорів ЦПК України та Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» не передбачена, крім визначених законом випадків. Такими випадками є: а) розгляд заяви власника або уповноваженого ним органу про визнання страйку незаконним (ст. 23 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)»; б) розгляд заяви Національної служби посередництва і примирення про вирішення колективного трудового спору (конфлікту) у випадках, передбачених ст. 24 цього Закону, і коли сторонами не враховано рекомендації Національної служби посередництва і примирення щодо вирішення колективного трудового спору (конфлікту) (ст. 25 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)»); в) оскарження профспілками неправомірних дій або бездіяльності посадових осіб, винних у порушенні умов колективного договору чи угоди (ч. 5 ст. 20 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»); г) невиконання роботодавцем обов'язку щодо створення умов діяльності профспілок, регламентованих колективним договором (ч. 2, 4 ст. 42 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності») [17]. Однак залишається запитання, до якої юрисдикції віднесено розгляд колективних трудових спорів, підвідомчих судам?

Судова система України складається з Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції. У свою чергу, суди загальної юрисдикції, створюючи єдину систему, поділяються на три гілки: загальні, адміністративні, господарські суди. Як вказувалось вище, юрисдикція кожного з цих видів судів визначається законом про судоустрій та, насамперед, у відповідних процесуальних кодексах.

Згідно зі ст. 18 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [8] суди загальної юрисдикції спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення.

Відповідно до ст. 15 ЦПК України суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи щодо: 1) захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин; 2) спорів з приводу призначення, обчислення, перерахунку, здійснення, надання, одержання пенсійних виплат, соціальних виплат непрацездатним громадянам, виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням та інших соціальних виплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг, речового майна, пайків або грошової компенсації замість них; 3) інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства.

Такі справи можуть розглядатись у порядку позовного, наказного та окремого провадження. Позов є універсальним засобом захисту прав суб'єктів правовідносин, а позовне провадження – найпоширенішим видом провадження по вирішенню цивільних справ. Коло справ, які розглядаються у позовному провадженні, неможливо вмістити до вичерпного переліку.

Трудові спори за чинним цивільним процесуальним законодавством підлягають розгляду у порядку позовного провадження, а у випадках, коли заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої заробітної плати – у наказному провадженні. При цьому до юрисдикції загальних судів віднесено всі індивідуальні трудові спори та, у деяких випадках, колективні трудові спори.

Як зазначає С. М. Коссак, враховуючи вимогу трудового законодавства чи волю заінтересованої особи, яка звертається до суду за захистом трудових прав, можна виділити, відповідно, виключну чи альтернативну підвідомчість справ, що виникають з трудових правовідносин. Суть виключної підвідомчості трудових справ полягає в тому, що ст. 232 КЗпП відносить вирішення певних трудових спорів виключно до компетенції суду. Це трудові спори про поновлення на роботі незалежно від підстав припинення трудового договору, зміну дати і формулювання причин звільнення, оплату за час вимушеного прогулу або виконання нижчеоплачуваної роботи; про відмову у прийнятті на роботу тощо. Альтернативна ж підвідомчість трудових справ має місце в тих випадках, коли один і той самий трудовий спір може бути вирішений як судом, так і КТС. При альтернативній підвідомчості позивач вирішує на власний розсуд, до якого органу звертатися. Виникнення такого виду підвідомчості справ, що виникають з трудових правовідносин, зумовлене тим, що Пленум Верховного Суду України своєю постановою «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» заборонив судам відмовляти особі у прийнятті позовної заяви лише на тій підставі, що її вимоги можуть бути розглянуті в передбаченому законом порядку. Тому звертатися до КТС – це право, а не обов'язок заінтересованої особи [11, с. 5 – 6].

Для визначення конкретної ланки судової системи, на яку покладається вирішення трудового спору, недостатньо встановити підвідомчість правовідносин та юрисдикцію, до якої їх віднесено.

Для виникнення цивільного процесу необхідно рішення судді про прийняття заяви про відкриття цивільної справи. Суддя приймає заяву, якщо у особи, яка звертається до суду, є право на пред'явлення позову, яке зумовлюється певними передумовами, вказаними у законі. Поряд з цим цивільне процесуальне законодавство передбачає і те, що право на пред'явлення позову повинне здійснюватись у визначеному процесуальному порядку. Якщо зацікавлена особа володіє правом на пред'явлення позову, то для його реалізації повинні дотримуватись певні умови, які в теорії цивільного процесуального права називаються умовами здійснення (реалізації) права на пред'явлення позову. До таких умов належить, серед іншого, і підсудність [2, с. 36].

А. Г. Гойхбарг зазначав, що недостатньо з'ясувати, що даний спір підвідомчий судовим установам. Необхідно установити, яким саме судовим установам він підсудний [3, с. 160]. Як вказував Є. Й. Домбровський, визначені у законі правила підсудності цивільних справ мають важли-

ве значення. Вони розмежовують компетенцію різних ланок судової системи, точно визначають, в який саме суд необхідно звертатись для законного вирішення тієї чи іншої цивільної справи. Автор зазначав, що підсудністю називається підвідомчість справи тому чи іншому суду, а про підсудність справ йдеться лише тоді, коли справа підлягає розгляду в судових органах [5, с. 4].

С. Н. Абрамов підсудністю називав визначення компетенції того чи іншого суду чи розмежування компетенції між судовими органами [1, с. 131].

О. Ф. Клейнман підсудністю називав розподілення всіх підвідомчих судовим органам справ між окремими ланками судової системи, визначення компетенції даного суду. Він зазначав, що слід розрізняти підсудність: 1) за родом справ; вона називається родовою підсудністю; 2) за територією, тобто за районом діяльності суду, за місцем проживання тієї чи іншої сторони; вона називається територіальною підсудністю. Крім того, він розрізняв підсудність законну, котру встановлено законом, та підсудність договірну, котру встановлено угодою сторін.

У свою чергу, законну підсудність він поділяв на: 1) загальну, котра застосовується як загальне правило, 2) особливу, котра застосовується як виключення із загального правила, у випадках, спеціально передбачених законом; інакше вона називається альтернативною, оскільки позивачеві надається право вибору між загальною і особливою підсудністю; 3) виключну, коли законом встановлюється обов'язкова підсудність окремих категорій справ окремому суду: за місцем знаходження майна, за місцем отримання продукції. Підсудність називається виключною тому, що виключає застосування будь-якої іншої підсудності [13, с. 142, 143].

Якщо підвідомчість, зазначав К. С. Юдельсон, визначаючи повноваження кожного державного (і громадського) органу, надає змогу відмежувати компетенцію суду від інших органів, уповноважених на вирішення спорів про права та інших справ, то підсудність визначає коло відання кожного судового органу, надає змогу відмежувати, по-перше, повноваження однієї ланки судової системи від інших, по-друге, територіально розмежувати повноваження судових органів однієї і тієї самої ланки судової системи. При цьому вказувалось, що процесуально-правові норми про підсудність розподіляють підвідомчі судовим органам справи як між різними ланками судової системи, так і між судовими органами однієї і тієї самої ланки. Звідси автор виводить два види підсудності: родову (предметну) та територіальну. Призначення родової підсудності науковець вбачав у розмежуванні повноважень судових органів на розгляд підвідомчих їм справ по вертикалі, тобто знизу вверх (або навпаки) між наступними ланками судової системи: народними судами, обласними (і відповідними їм), верховними судами союзних республік, Верховним Судом СРСР [19, с. 184]. Очевидно, що особливості родової підсудності, перш за все, залежать від системи судоустрою, притаманної тій чи іншій державі.

Далі автор зазначав, що підсудність, яка розмежовує повноваження на розгляд справ між ланками судової системи, називається родовою через те, що розмежування здійснюється за родом справ. Інакше, даний вид підсудності називають родовим. Для з'ясування родової підсудності науковець вважав за необхідне мати на увазі чотири ознаки: а) хто являється однією зі сторін у даній справі; б) хто – іншою стороною; в) рід справи; г) факультативно (не по всіх справах) ціну позову, тобто грошовий вираз майнового інтересу позивача. Тільки при правильному аналізі за цими ознаками кожної справи, наголошував автор, можна уникнути помилкового визначення підсудності [19, с. 184].

Територіальна підсудність, стверджував К. С. Юдельсон, розмежовує повноваження між судами однієї ланки (по горизонталі). Якщо визначено, наприклад, що справа підсудна народному суду (родова підсудність), а в даному населеному пункті їх кілька, то виникає необхідність визначити, якому з них вона підсудна; не виключено також, що справа підсудна народному суду, який знаходиться в іншій місцевості. Таким чином, процесуально-правові норми про територіальну підсудність визначають просторову компетенцію судових органів. Безумовність загального правила територіальної підсудності не поширюється на окремі категорії справ, до якого процесуальне право установлює можливість вибору підсудності позивачем (альтернативна підсудність) [19, с. 189].

Підсудність спору даному суду М. А. Гурвіч називав суттєвою умовою дійсності здійснення права на пред'явлення позову. При цьому він застерігав, що підсудність не є передумовою самого права на звернення до суду, а саме, питання про належну підсудність виникає лише за наявності такого. Але від дотримання вимог підсудності може залежати дійсність пред'явлення позову. Ця залежність не безумовна, адже якщо з порушенням правил підсудності справу було прийнято у провадження, то виявлення цієї обставини саме по собі ще не руйнує процес [4, с. 88].

Розмежування компетенції між окремими ланками судової системи і між судами однієї ланки щодо розгляду і вирішення підвідомчих їм цивільних справ називається підсудністю, вказував М. Й. Штефан. На відміну від підвідомчості, яка розмежовує компетенцію між державними органами і особою та між різними державними організаціями і особою, а також між державними органами і громадськими організаціями щодо вирішення цивільних справ, підсудність розмежовує компетенцію у тій самій сфері (щодо вирішення цивільних справ), але між різними судами. Тому підсудністю називають ще коло цивільних справ, вирішення яких належить до компетенції певного суду [18, с. 227].

М. Й. Штефан виокремлював функціональну, родову та територіальну підсудність. Функціональна підсудність визначає компетенцію окремих ланок судової системи України на підставі виконуваних ними функцій. За цією підсудністю районні, районні у містах, міські та міськрайонні суди, а також військові суди гарнізонів, які діють як місцеві суди, є судами першої інстанції, що виконують функцію розгляду і вирішення по суті усіх справ, підвідомчих цивільному судочинству. Родова підсудність визначає компетенцію різних ланок судової системи щодо розгляду цивільних справ у першій інстанції залежно від роду справи (предмета цивільного спору) або суб'єктного складу сторін спірних правовідносин. Територіальна підсудність розмежовує компетенцію по розгляду підвідомчих справ між однорідними судами залежно від території, на яку поширюється їхня діяльність. Таке просторове розмежування компетенції називається особистою або суб'єктивною компетенцією [18, с. 228 – 229].

Територіальну підсудність М. Й. Штефан поділяв на загальну, альтернативну, договірну, виключну, за зв'язком справ. Загальна підсудність визначається компетенцією

суду по розгляду справи залежно від знаходження відповідача. Альтернативною називається підсудність, за якою декілька судів є компетентними розглянути справу. Позов може бути пред'явлений до одного із судів, визначених законом. Оскільки право вибору належить позивачеві, то ця підсудність названа ст. 110 ЦПК України підсудністю за вибором позивача. Альтернативна підсудність є пільговою, вона встановлена для невеликої кількості категорії справ, які мають особливо важливе життєве значення для громадян. Виключна підсудність встановлює, що пред'явлення позовів у деяких справах можливе тільки у точно визначеному законом суді, а договірна підсудність встановлюється за угодою сторін і називається, крім того, добровільною. Підсудність за зв'язком справ встановлює, що позов має розглядати суд, який розглядає іншу, пов'язану з ним справу, адже так створюються кращі умови для дослідження всіх матеріалів у справі з метою виявлення дійсних обставин, прав і обов'язків сторін, а також для економії процесуальних засобів і часу [18, с. 229 – 230, 232 – 233].

У Методиці розгляду народним судом справ про порушення трудової дисципліни вказувалось, що при прийнятті матеріалів на осіб, які вчинили прогул або самовільно залишили роботу, народний суддя повинен, перш за все, перевірити, чи підсудна така справа даному народному суду. При вирішенні цього питання суд мав керуватися постановою РНК СРСР від 21 серпня 1940 р., відповідно до якої матеріали направляються до народного суду, в районі якого знаходиться підприємство. У справах про ухилення молодих фахівцівв від роботи на підприємствах і в установах, куди вони були направлені міністерствами (відомствами), матеріали спрямовувалися до суду за місцезнаходженням відповідного міністерства (відомства) [13, с. 13].

Нині порядок розгляду індивідуальних трудових спорів та органи, що його здійснюють, визначаються законодавством, зокрема, Кодексом законів про працю України, прийнятим у 1971 р. Нову редакцію глави XV «Трудові спори» КЗпП України було прийнято 18 лютого 1992 р. [6]. Глава отримала назву «Індивідуальні трудові спори». До органів, на які покладався розгляд індивідуальних трудових спорів, було віднесено комісію по трудових спорах та районний (міський) народний суд (відповідно до подальших змін – районний, районний у місті, міський чи міськрайонний).

Родова підсудність трудових спорів, а так само інших спорів, які належать до цивільної юрисдикції, визначається ст. 107 ЦПК України, згідно з якою усі справи, що підлягають вирішенню в порядку цивільного судочинства, розглядаються районними, районними у містах, міськими та міськрайонними судами.

За загальним правилом територіальної підсудності, встановленим ст. 109 ЦПК України, позови до фізичної особи пред'являються за зареєстрованим у встановленому законом порядку місцем її проживання або за зареєстрованим у встановленому законом порядку місцем її перебування, а позови до юридичних осіб пред'являються в суд за їхнім місцезнаходженням. Однак у спорах, що виникають з трудових відносин, відповідно до ст. 110 ЦПК України позов може подаватись за вибором позивача за його зареєстрованим місцем проживання чи перебування.

Отже, трудові спори за чинним цивільним процесуальним законодавством підлягають розгляду у порядку позовного провадження, а у випадках, коли заявлено вимогу про стягнення нарахованої, але не виплаченої заробітної плати – у наказному провадженні. При цьому до юрисдикції загальних судів віднесено всі індивідуальні трудові спори та, у деяких випадках, колективні трудові спори.

З метою оптимізації правового регулювання підвідомчості та підсудності трудових спорів в Україні доцільно усунути з КЗпП України положення про обов'язковий розгляд певних категорій індивідуальних трудових спорів у комісіях по трудових спорах як такі, що не відповідають як іншим актам цивільного законодавства України, так і практиці, яка склалася. Адже на сьогодні суди приймають до розгляду усі заяви про вирішення індивідуальних трудових спорів, незалежно від того, чи передбачено їх розгляд у КТС.

Крім того, потребує чіткого визначення коло колективних трудових спорів, які підвідомчі судам, а також віднесення їх до тієї чи іншої юрисдикції. Позитивно вплинути на якість цивільного процесуального законодавства може також усунення норм про підсудність певних категорій справ із нормативно-правових актів, відмінних від ЦПК України. На нашу думку, у спеціальному Законі про вирішення колективних трудових спорів необхідно передбачити вирішення колективних трудових спорів саме у судах першої інстанції, що відповідало б змісту ЦПК України – основного акта цивільного процесуального законодавства України. Такий підхід до регулювання підсудності цивільних справ загалом та трудових спорів зокрема надасть змогу у подальшому уникнути можливих колізій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Абрамов С. Н.* Гражданский процесс. – М.: «Кр. пролетарий», 1948. – 484 с.

2. *Васильєв С. В.* Судопроизводство по делам о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина при исполнении им трудовых обязанностей. – Мариуполь, 1996. – 121 с.

3. *Гойхбарг А. Г.* … Курс гражданского процесса… – М. – Л.: Госуд. изд-во, тип. Печатный двор в Лгр., 1928. – 320 с.

4. *Гурвич М. А.* Лекции по советскому гражданскому процессу / Под ред. В. Н. Бельдюгина. – М. : Тип. «Кр. звезда» – Тип. журн. «Пограничник», 1950. – 198 с.

5. *Домбровский Е. И.* Подсудность и досудебная подготовка гражданских дел. – М.: «Юриздат», 1940. – 36 с

6. *Закон* України «Про внесення змін і доповнень, що стосуються розгляду індивідуальних трудових спорів, до Кодексу законів про працю Української РСР та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів» від 18.02.1992 р. № 2134-12 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. – Ст. 302.

7. *Закон* України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 03.03.1998 р. № 137/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – №. 34. – Ст. 227.

8. *Закон України* «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 № 2453–VI // Офіційний вісник України. – 2010. – №. 55/1 – Ст. 1900. – С. 7.

9. *Клейнман А. Ф.* Советский гражданский процесс. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1954. – 408 с.

10. *Кодекс* адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV // Офіційний вісник України. – 2008. – № 32. – Ст. 1918. – С. 11.

11. *Коссак С. М.* Підвідомчість суду трудових спорів. – Львів: Світ, 1998. – 24 с.

12. *Лозовой С. В.* Правове регулювання індивідуальних трудових спорів: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.05 / Сергій Вікторович Лозовой. – Харків, 2009. – 205 с.

13. *Методика* рассмотрения народным судом дел о нарушениях трудовой дисциплины. – М.: Гос. изд. юрид. лит., тип. им. Евг. Соколовой в Лгр., 1950. – 36 с.

14. *Рішення* у Справі № 2-702/09. Орджонікідзевський міський суд Дніпропетровської області [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7668565 .

15. *Рішення* у справі № 2А-39/2008р. Южноукраїнський міський суд Миколаївської області [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/4922085 .

16. *Ухвала* у справі № 6-19580ск06. Верховний Суд України [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64700 .

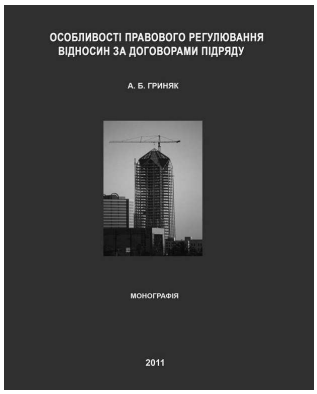
17. *Ухвала* у справі № 6-22269св08. Верховний Суд України [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3765786 .

18. *Штефан М. Й.* Цивільне процесуальне право України. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – 624 с.

19. *Юдельсон К. С.* Советский гражданский процесс. – М.: «Госюриздат», 1956. – 439 с.

The authors elucidate the characteristics of civil procedural jurisdiction and responsibilities of individual and collective labor disputes in cases in the Court of First Instance.

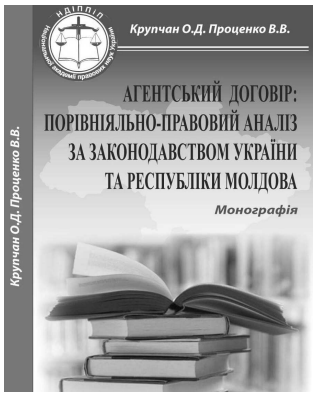
Статья посвящена раскрытию особенностей гражданско-процессуальной подсудности и подведомственности индивидуальных и коллективных трудовых споров при рассмотрении дел в суде первой инстанции.



Гриняк А. Б. Особливості правового регулювання відносин за договорами підряду: монографія / Відп. ред. В. В. Луць / А. Б. Гриняк. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 300 с.

У монографії на основі норм чинного законодавства здійснено теоретичне дослідження правового регулювання підрядних договірних відносин, відображено правові позиції щодо застосування окремих норм чинного цивільного та господарського законодавства України у сфері виконання робіт. Надано порівняльний аналіз норм, що регулюють підрядні правовідносини, у цивільному та господарському законодавстві, а також сучасних правових норм і норм, що були прийняті у різний час. Узагальнено значний досвід застосування зазначених норм, що стало наслідком формування авторських пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства та практики його застосування із зазначеної тематики. Розгляд питань теорії тісно поєднаний з аналізом практики судів України, що надає цій роботі практичного значення.

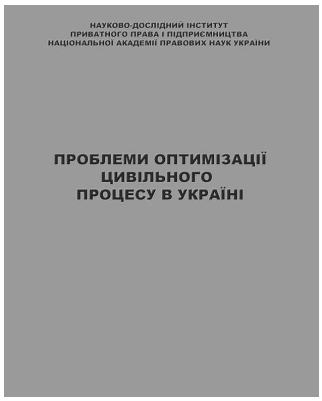
Для широкого кола фахівців у сфері договірного права в цілому та підрядних договорів зокрема.



Крупчан О.Д., Проценко В.В.
Агентський договір: порівняльно-правовий аналіз за законодавством України та Республіки Молдова: Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 358 с.

Монографія присвячена дослідженню однієї з дискусійних новел українського законодавства – агентському договору. Аналізується його місце у правовій системі України шляхом порівняння із законодавством найближчої країни контрагента Республіки Молдова. В роботі аналізуються еволюція торговельного представництва і посередництва, місце агентського договору в системі договорів обох законодавств, питання прав, обов'язків і відповідальності сторін за агентськими угодами. Особлива увага приділена колізійним питанням, що виникають при реалізації агентських договорів і багатьом іншим не менш важливим аспектам агентування.

Буде цікава професійним юристам, представникам колегій адвокатів, студентам, викладачам та особам, що так чи інакше потребують юридичної інформації.



Проблеми оптимізації цивільного процесу в Україні: монографія / Берестова І. Е., Бичкова С. С., Бобрик В. І. та ін., за ред. академіка НАПрН України О. Д. Крупчана. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 180 с.

На основі норм чинного законодавства та положень доктрини цивільного процесуального права здійснено теоретичне дослідження деяких проблем оптимізації цивільного процесу. Виявлено окремі недоліки цивільного процесуального законодавства, що негативно впливають на практику розгляду і вирішення спорів у порядку цивільного судочинства.
Сформульовано нові доктринальні положення щодо цивільного процесуального інтересу, цивільної юрисдикції, підвідомчості (юрисдикції) та підсудності окремих категорій справ, специфіки доказування, співучасті у цивільному процесі, проведення попереднього судового засідання. Досліджено спрощені форми цивільного судочинства за законодавством України та проведено їх порівняльно-правовий аналіз з урахуванням зарубіжного досвіду оптимізації цивільного процесу. Виявлено недоліки процедури апеляційного оскарження судових рішень. На основі висвітлених доктринальних положень сформульовано пропозиції щодо вдосконалення чинного цивільного процесуального законодавства України.

Книга розрахована на науковців, які досліджують проблеми процесуального права, викладачів і студентів вищих навчальних закладів юридичного профілю, суддів, адвокатів та інших юристів, які спеціалізуються на судовій практиці.

ПРО СТАБІЛЬНІСТЬ У ГОСПОДАРСЬКИХ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ

Беляневич О. А.,

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

У статті досліджено проблему впливу змін у законодавстві на господарські договірні відносини та окреслено шляхи нормативного забезпечення стабільності цих відносин.

Ключові слова: стабільність законодавства, зміна умов договору, стабільність (незмінність) умов договору.

Відповідно до ч.1 ст.5 Господарського Кодексу України (далі – ГК) правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність та визначення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави. В юридичній площині таке поєднання виявляється *у взаємодії господарського договору* як правового засобу саморегуляції господарських відносин *і нормативно-правового регулювання* як однієї з найважливіших форм державного впливу на господарські відносини. Однією з умов підтримання правового господарського порядку є законодавче забезпечення стабільності (стійкості) господарських договірних відносин, яке здійснюється, серед іншого, за допомогою норм про зміну договорів. *Метою* цієї статті є постановка доктринальної проблеми правової стабільності в господарських договірних відносинах і визначення основних напрямів впливу змін у законодавстві на динаміку господарських договірних зобов'язань залежно від їх типу.

Зробимо декілька загальних зауважень. Договір як зобов'язання є динамічним правовим явищем, що проходить різні етапи існування (від виникнення до припинення), а тому за визначенням не може бути «застиглою» формою. За допомогою договору сторони реалізують власні інтереси і досягають значущих для них цілей, які мають легітимний характер, тобто не суперечать загальним цілям правового регулювання, за допомогою незаборонених законом засобів, в тому числі і шляхом внесення за взаємною згодою змін до укладеного договору.

З позицій системного підходу господарський договір є системою мікрорівня, яка має свої елементи (суб'єкти, об'єкт, зміст) і повинна протистояти збуренням зовнішнього середовища. Соціально-економічні зміни, зміни в законодавстві, коливання економічної кон'юнктури, фінансові кризи, військові конфлікти, стихійні лиха, неправомірні дії інших осіб, неналежне виконання договору самими сторонами – ці та багато інших обставин здатні впливати на господарські договори, іноді руйнуючи їх. В деяких випадках внесення змін до укладених договорів потребуватимуть публічні інтереси (як це може мати місце, зокрема, при внесенні змін до державного замовлення та пов'язаній з цим зміні умов державного контракту). Тому можна говорити про діалектичну єдність стабільності (в сенсі «святості» умов договору для його сторін) та рухливості договірних відносин, яка має забезпечуватися за допомогою правових засобів з тим, щоб кожна із сторін реалізувала свої права та законні інтереси в умовах плинності зовнішніх обставин.

Стабільність договірних відносин залежить як від самих контрагентів, так і від дій органів законодавчої, виконавчої та судової влади, які на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачених Конституцією та законами України, здійснюють регулятивний вплив на відносини в сфері господарювання. Так, законодавцем встановлюються загальні правила щодо зміни та розірвання господарських договорів – на цей час такими є норми глави 20 ГК України та норми інших законодавчих актів, якими регулюються договірні відносини в окремих сферах господарювання. Ці норми укорінені в принципі «pacta sunt servanda», який давно став частиною світової правової культури і який може бути в сучасних умовах визначений так: належним чином укладений договір є обов'язковим для сторін, він може бути змінений відповідно до його умов або за згодою сторін або іншим чином, передбаченим законом або іншими нормами, про застосування яких домовилися сторони (звичаями ділового обороту, lex mercatoria)[1]. Можливість зміни або розірвання господарського договору в судовому порядку, як це випливає з ч. 5 ст. 188 ГК, ст. 651, 652 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), якими встановлено підстави для зміни та розірвання договорів і які на підставі відсилочної норми ч. 1 ст. 175 ГК України застосовуються до господарських договорів, не суперечить загальному правилу про те, що договори змінюються та розриваються за взаємною згодою сторін.

В ширшому контексті проблема забезпечення стабільності господарських договірних відносин виходить за межі власне договірного права, оскільки зміни в цих відносинах зумовлені зовнішнім впливом, який справляє на них публічна влада. В такому ракурсі стабільність договірних відносин безпосередньо пов'язана із реалізацією принципу правової визначеності, за допомогою якого втілюється в життя суспільства верховенство права. Йдеться, насамперед, про стабільність законодавства, визначеність його змісту та стабільність судових рішень.

Прийняття низки законодавчих актів, в яких закріплено правила щодо незмінності умов договору, актуалізує проблему впливу змін у законодавстві на господарські договори, яка в українському правознавстві поки що не знайшла широкого висвітлення. Що ж слід розуміти під стабільністю законодавства і стабільністю господарського договору, як у площині питання про співвідношення договору і закону визначити об'єктивні межі цієї стабільності, якими можуть бути оптимальні способи забезпечення стабільності господарських договірних відносин як однієї

[1] В основу цієї тези покладено ст. 1.3 «Обов'язковість договорів» Принципів УНІДРУА (Принципів міжнародних комерційних договорів), які, на думку Адміністративної Ради УНІДРУА, є збалансованим зводом норм, призначених для використання в усьому світі незалежно від правових традицій, а також економічних і політичних умов окремих країн, де вони будуть застосовуватися [1, с. xviii].

з умов сприятливого інвестиційного клімату в Україні? Спробуємо знайти задовільні відповіді на ці питання.

У законодавстві України стабільність як загальний принцип правового регулювання легально не закріплена, проте вона іманентна правовій матерії. Це випливає, насамперед, з проголошеного Конституцією України принципу верховенства права, який визнається і діє в Україні (ст. 8 Конституції) та становить одну з конституційних основ правового господарського порядку (ч. 2 ст. 5 ГК)[2].

Термін «стабільність», який використовується в деяких законодавчих актах України, можна розуміти в різних аспектах і певною мірою умовним[3]. В найширшому розумінні стабільність законодавства слугує характеристикою, показником його *статики*. Разом з тим у сучасному світі не лише в країнах із слабкою перехідною економікою (однією з таких є Україна), а й у розвинених країнах законодавець повинен адекватно реагувати на нагальні потреби суспільства з метою захисту публічних інтересів (зокрема, з метою мінімізації негативних соціально-економічних наслідків світової фінансової кризи). Тому можливість і необхідність внесення змін до законодавства як така сумнівів не викликає, хоча зміни можуть бути як еволюційні, так і радикальні, екстраординарні (наприклад, такі, що унеможливлюють здійснення в Україні певного виду підприємницької діяльності[4]). З огляду на це в найширшому сенсі можна говорити, що стабільність (стійкість) законодавства виявляється не в його статиці, а в послідовності і наступності (спадковості) його розвитку, незмінності генеральних принципів і цілей регулювання, його загальної спрямованості. При цьому для окремих галузей законодавства стабільність як така не виступає кваліфікуючою ознакою, хоча легально навіть може бути зведена в ранг принципу (основної засади)[5].

До категорії стабільність («стабільність Конституції», «стабільність конституційного ладу», «стабільність суспільних відносин») неодноразово звертався Конституційний Суд України і, не даючи будь-якого визначення, розглядав її як суспільне благо, як цінність, як мету законодавця, як гарантію довіри громадянина до держави, як визначеність відносин між громадянином і державою[6]. Так, в рішенні КСУ про офіційне тлумачення статей 58, 78, 79, 81 Конституції України та статей 243-21, 243-22, 243-25 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо несумісності депутатського мандата) № 1-зп від 13.05.1997 зазначено таке: «Стаття 58 Конституції України 1996 року закріплює один з найважливіших загальновизнаних принципів сучасного права – закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі. Це означає, що вони поширюють свою дію тільки на ті відносини, які виникли після набуття законами чи іншими нормативно-правовими актами чинності. Закріплення названого принципу на конституційному рівні *є гарантією стабільності* суспільних відносин, у тому числі відносин між державою і громадянами, породжуючи у громадян впевненість у тому, що їхнє існуюче становище не буде погіршене прийняттям більш пізнього закону чи іншого нормативно-правового акта. Виняток з цього принципу допускається лише у випадках, коли закони та інші нормативно-правові акти пом'якшують або скасовують відповідальність особи (частина перша статті 58 Конституції України)». Підкреслимо, що із дією принципу незворотності в часі дії законів та інших нормативно-правових актів КСУ пов'язує в зазначеному рішенні стан впевненості суб'єктів суспільних відносин щодо неможливості погіршення їх правового становища (звуження існуючих прав).

Слід звернути увагу на Закон України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р., який заклав підвалини для практичного втілення в Україні принципу верховенства права. Згідно із цим Законом виконання рішень Євросуду означає вжиття не лише заходів індиві-

[2] Верховенство права передбачає, серед іншого, правову передбачуваність (впевненість) суб'єктів у правових наслідках поведінки. Як зазначено в п. 47 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Корецький та інші проти України» від 03.04. 2008 р., «закон має бути доступний для конкретної особи і сформульований з достатньою чіткістю для того, щоб вона могла, якщо це необхідно, за допомогою кваліфікованих радників передбачити в розумних межах, виходячи з обставин справи, ті наслідки, які може спричинити означена дія». Можна стверджувати, що це можливе за умови, що законодавство не зазнає перманентних змін.

[3] Наукова термінологія загалом – річ умовна. В більшості випадків вдалість того чи іншого терміна – питання суто філологічне. Головне – визначеність поняття, яке позначається відповідним терміном. Власне, етимологія слова «стабільність» [від лат. Stabilis – стійкий, постійний, усталений на певному рівні, такий, що не змінюється] залишає простір для вибору тієї чи іншої трактовки цього терміна. «Стійкість» законодавства (як етимологічно споріднений синонім стабільності) може бути виражена також через категорію гомеостазу, тобто здатності системи (правової системи) протистояти збуренням з боку зовнішнього середовища за рахунок автономності та внутрішньої організованості.

[4] Так, ст. 2 Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15.05.2009 в Україні заборонено гральний бізнес та участь в азартних іграх. Статтею 4 цього Закону передбачено, цей Закон набирає чинності з дня опублікування та діє до прийняття спеціального законодавства, що передбачає право здійснення грального бізнесу у спеціально створених гральних зонах; з дня набрання чинності цим Законом видача ліцензій на провадження діяльності з організації та проведення азартних ігор в Україні припиняється, а ліцензії, видані суб'єктам підприємницької діяльності до дня набрання чинності цим Законом, скасовуються.

[5] Так, згідно із ст. 4 Податкового кодексу України одним із принципів податкового законодавства України є стабільність, під якою розуміється те, що зміни до будь-яких елементів податків та зборів не можуть вноситися пізніш як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки; податки та збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватися протягом бюджетного року. Таким чином, із цієї норми випливає обмеженість дії принципу стабільності і певними часовими рамками (бюджетний рік), а також встановленими цим Кодексом можливості та порядку зміни податків, зборів, їх ставок.

[6] Див., зокрема: рішення КСУ у справі про офіційне тлумачення статей 58, 78, 79, 81 Конституції України та статей 243-21, 243-22, 243-25 Цивільного процесуального кодексу України (у справі щодо несумісності депутатського мандата) № 1-зп від 13.05.1997; Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про тимчасове виконання обов'язків посадових осіб, яких призначає на посаду за згодою Верховної Ради України Президент України або Верховна Рада України за поданням Президента України» (справа про тимчасове виконання обов'язків посадових осіб) № 7-рп від 27.04.2000; Рішення КСУ у справі за конституційним зверненням Центральної спілки споживчих товариств України про офіційне тлумачення положень пункту 1 статті 9, пункту 1 статті 10 Закону України «Про споживчу кооперацію», частини четвертої статті 37 Закону України «Про кооперацію» (справа про захист права власності організацій споживчої кооперації) № 16-рп від 11.11.2004.

дуального характеру (тобто стягнення сум відшкодування), а й заходів загального характеру. Відповідно до ст. 13 зазначеного Закону заходами загального характеру, які вживаються з метою забезпечення додержання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене рішенням Євросуду, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді, є, зокрема: а) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування; б) внесення змін до адміністративної практики; в) забезпечення юридичної експертизи законопроектів.

Отже, і крізь призму верховенства права стабільність законодавства не може розглядатися однобічно як його незмінність: стабільність і зміни (плинність) мають розглядатися в діалектичній єдності, *причому під кутом зору правової впевненості зміни законодавства мають оцінюватися з точки зору принципу пропорційності, що використовується в практиці Євросуду, а саме – забезпечення справедливого балансу між публічними інтересами, що потребують захисту, та обтяженнями, які покладаються законом на окремих осіб*..

У більш вузькому значенні *стабільність законодавства можна розуміти як надання певних гарантій певному колу суб'єктів на випадок змін у законодавстві та дотримання принципу незворотності в часі законів та інших нормативно-правових актів*[7].

Антитезою стабільності, вочевидь, є зміни. Зміни, що можуть відбуватися як в суб'єктному складі зобов'язання (заміна кредитора та/або боржника), так і в його змісті (зміна прав та обов'язків сторін правовідношення), завжди є ускладненням динаміки договірного зобов'язання. Чим же, по суті, є зміна договору і що означає конструкція «незмінність умов договору», яка використовується законодавцем?

Зміною договору є визначення *нового* балансу прав та обов'язків сторін в договорі.

Як відомо, в ЦК УРСР 1963 р., за винятком норм, якими встановлювався порядок укладення та форма договорів, були відсутні загальні положення про договори, в тому числі і підстави та правові наслідки зміни та розірвання договору. З огляду на це внесення змін до договору, його розірвання та застосування правових наслідки за відсутності спеціальних норм щодо окремих видів договірних зобов'язань відбувалося за взаємною згодою сторін, а за наявності спору – на розгляд суду, який вирішував його з урахуванням конкретних обставин справи. За закріпленим у сучасному законодавстві загальним правилом, яке спрямовується на забезпечення стабільності господарського обороту, зміна договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом (ч.1 ст. 651 ЦК України). Відповідно до ч.1 ст.188 ГК України зміна господарських договорів в односторонньому порядку не допускається, якщо інше не передбачено законом або договором[8].

Отже, ані раніше, ані нині законодавець не передбачає можливості зміни договору у зв'язку зі зміною законодавства. Тому про стабільність договірних відносин можна говорити з огляду на обрану законодавцем модель співвідношення договору і закону, проте в ЦК та ГК у завершеному вигляді її немає. Так, відповідно до ч. 1 ст. 174 ГК однією з *підстав виникнення* господарського зобов'язання є господарський договір та інші угоди, передбачені законом, а також угоди, не передбачені законом, але такі, які йому не суперечать. Загальною умовою дійсності правочинів відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦК є відповідність їх вимогам Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. В силу ст. 4, 203 ЦК зміст договору повинен відповідати: 1) Цивільному кодексу України; 2) іншим законам України, прийнятим відповідно до Конституції України і Цивільного кодексу; 3) актам Президента у випадках, встановлених Конституцією України; 4) постановам Кабінету Міністрів; 5) актам органів державної влади України, органів влади АР Крим, які видаються у випадках і межах, встановлених Конституцією України і законом. Із невідповідністю договору вимогам закону пов'язується його недійсність (ч. 1 ст. 207 ГК, ч. 1 ст. 215 ЦК), причому, як випливає із змісту ч. 1 ст. 215 ЦК, підставою недійсності правочину є недодержання таких вимог *в момент його вчинення* стороною (сторонами)[9]. При цьому підкреслимо: якщо в договір навіть включаються імперативні положення публічного законодавства, це юридично неважливо, оскільки в будь-якому випадку сторони не можуть своєю угодою змінювати імперативну норму закону або виключати її дію. Вона діє незалежно від їх волі.

Якщо ж на момент укладення договір відповідав вимогам закону, але у зв'язку із наступними змінами в законі вже не відповідає йому, якою буде його юридична доля? В Господарському та Цивільному кодексах прямої відповіді на це немає[10].

Проблема стабільності має особливо важливе значення саме для господарських договірних відносин, які складаються в процесі здійснення господарської діяльності і відрізняються своєю тривалістю в часі (поставка, оренда цілісних майнових комплексів, підряд на капітальне будівництво, концесія тощо). Саме для відносин, що мають часову протяжність, і був свого часу сформульований, як зазначає С. С. Алексєєв, принцип негайної дії нормативно-правових актів [2, с. 242]. За загальним правилом, дія нормативно-

[7] Так, закріплені в ст. 397 ГК гарантії для іноземних інвесторів встановлюються з метою забезпечення стабільності правового режиму іноземного інвестування. Гарантії прав суб'єктів інвестиційної діяльності встановлені в ст. 18 Закону «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991: держава гарантує *стабільність умов здійснення* інвестиційної діяльності, дотримання прав та законних інтересів її суб'єктів.

[8] У зв`язку з цим слід звернути увагу на те, що у випадку, коли одностороння зміна умов договору передбачена договором або законом: 1) відсутня необхідність додатково узгоджувати таку зміну із контрагентом; 2) сторона, наділена правом на односторонню зміну умов договору, може реалізувати його без звернення до суду.

[9] Точнішим є формулювання ч. 1 ст. 422 Цивільного кодексу РФ: договір повинен відповідати обов'язковим для сторін правилам, встановленим законом та іншими правовими актами (імперативним нормам), чинним в момент його укладення.

[10] Для порівняння: ч. 2 ст. 422 ЦК РФ містить правило про те, якщо після укладення договору прийнято закон, який встановлює обов'язкові для сторін правила, інші, ніж ті, що діяли при укладенні договору, умови укладеного договору зберігають свою силу, крім випадків, коли в законі встановлено, що його дія поширюється на відносини, які виникли із раніше укладених договорів.

правового акта починається з моменту набрання цим актом чинності і припиняється з втратою ним чинності, тобто до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або відбулися. Разом з тим із прийняттям нових законів, а, особливо, великих кодифікованих актів, необхідним виявляється «пристосування» існуючих правовідносин до нових вимог. Серед загальних положень ГК (глава 1) немає спеціальної статті, яка б регулювала темпоральну дію актів господарського законодавства: в Прикінцевих положень ГК містяться темпоральні норми, які визначають дію в часі лише Господарського кодексу. Стаття 5 ЦК «Дія актів цивільного законодавства у часі» із необхідною чіткістю фіксує і положення про негайну (на майбутнє) дію цивільних законів у часі (ч. 1), і правило про те, що зворотна дія цивільного закону допускається, якщо він пом'якшує або скасовує цивільну відповідальність (ч. 2), що відповідає за змістом нормі ст. 58 Конституції. Щодо правила ч. 3 ст. 5 ЦК про застосування нового акта цивільного законодавства до цивільних відносин, що тривають, то воно врегульовує ситуацію у випадку, коли акт цивільного законодавства, яким регулювалися цивільні відносини раніше, втратив чинність. Але як бути у випадку, коли такий акт силу не втратив і продовжує регулювати певні відносини? Відповідного правила в ЦК немає: в п. 9, 10 Прикінцевих і перехідних положень ЦК викладено спеціальну темпоральну норму, яка встановлює негайну дію норм *цього* кодексу відносно договорів, які мають часову протяжність, тобто продовжують існування після 1 січня 2004 року, *лише* відносно підстав, порядку і наслідків зміни або розірвання окремих видів договорів. Слід враховувати і те, що в ГК та ЦК відсутні імперативні норми, які б зобов'язували сторони приводити договір у відповідність із законодавством, якщо після укладення договору прийнятий пізніше закон встановлює інші обов'язкові правила для сторін, аніж ті, що діяли при його укладенні. Втім слід звернути увагу на правозастосовну практику господарських судів України, які при розгляді відповідних спорів виходять з того, що зміна імперативних норм в законі тягне за собою необхідність внесення змін до договору[11].

Про важливість проблеми визначення меж дії закону у часі свідчить конституційний рівень її регламентації. Виходячи зі змісту ч. 1 ст. 58 Конституції України та наданого їй Конституційним Судом України тлумачення в рішенні у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) від 09.02. 1999 р. 1-рп/99, можна стверджувати, що: 1) зворотна дія законів та інших нормативно-правових актів допускається як виняток у випадку пом'якшення або скасування відповідальності особи; 2) правопорушенням може визнаватися лише така дія, яка на час її вчинення визнавалася такою, що суперечить закону; 3) норма частини 1 статті 58 Конституції України не поширюється на закони та інші нормативно-правові акти, які пом'якшують або скасовують відповідальність юридичних осіб. Проте надання зворотної дії в часі таким нормативно-правовим актам може бути передбачено шляхом прямої вказівки про це в законі або іншому нормативно-правовому акті.

У зазначеному вище рішенні Конституційний Суд України назвав три типи дії темпоральних норм: негайна (безпосередня) дія, ультраактивна дія (збереження або «переживання» старого закону), ретроактивна (зворотна) дія.

Тривалі господарські договірні правовідносини із прийняттям нової норми (наприклад, із набранням чинності ГК та ЦК 1 січня 2004 року), «розсікаються» нею на дві частини: ті юридичні факти, що відбулися у минулому, як правило, зберігають свою силу; ті юридичні факти, що виникають після набуття кодексами чинності, регулюються новими нормами. Нагадаємо, що саме із принципом негайної дії безпосередньо пов'язується правило про те, що закон не має зворотної сили. Таким чином, як зазначає М. І. Брагінський, в цивільному обороті виникає ситуація, коли співіснують два правові режими, один з яких засновується на старому законі, інший – на новому, що не може не виявитися досить відчутним саме у тривалих договірних зв'язках. Проте не менш негативними можуть стати і наслідки визнання зворотної сили законів, адже у цьому випадку певною мірою втрачає сенс угода сторін, яка на момент її вчинення відповідала положенням чинного на той час законодавства. І в такій ситуації не виключено, що зміна обставин, пов'язаних із введенням нового закону, може бути визнана достатньою для того, щоб на підставі п. 1 ст. 451 ЦК Російської Федерації [аналогом якої є ст. 652 ЦК України – О. Б.] сторона договору заявила вимогу про зміну або розірвання договору [3, с. 100 – 101].

Отже, коли йдеться про тривалі договірні відносини (мовою ГК та ЦК – про «права і обов'язки, що продовжують існувати») складно відокремити негайну дію закону від ультраактивної форми та одночасно від зворотної сили.

Вирішення цього питання, як уявляється, має полягати в такому. В договірних відносинах, що тривають, виникнення інших або нових прав та обов'язків сторін договору пов'язується із вторинно-утворюючим юридичним фактом, яким виступає угода (додаткова угода) про внесення до договору змін та доповнень. У зв'язку з цим можна в цілому погодитися із позицією Н. І. Клейн, яка зазначає, що зміни в договорі, за загальним правилом, виходячи із єдності договірних умов, повинні підпорядковуватися правовим нормам, які діють в момент укладення договору. Але при внесенні до договору змін, які відображають законодавчі новели або суттєво змінюють зміст

[11] Так, Вищий господарський суд України в Узагальненні судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами, від 01.01.2010 зазначає, що відповідно до частини 2 статті 23 Закону України «Про плату за землю» грошова оцінка земельної ділянки щороку, станом на 1 січня, уточнюється на коефіцієнт індексації, порядок проведення якої затверджується Кабінетом Міністрів України. Згідно з приписами ст. 144 Конституції України органи місцевого самоврядування, в межах повноважень, визначених законом, приймають рішення, які є обов'язковими до виконання на відповідній території, а тому в разі прийняття відповідним органом рішення про внесення змін щодо ставок орендної плати за земельні ділянки та затвердження нових коефіцієнтів, які застосовуються в розрахунку орендної плати за земельні ділянки, ці обставини можуть бути не взяті судом до уваги лише у разі скасування такого рішення органу місцевого самоврядування в установленому законом порядку. Отже, установивши, що законодавчо змінено розмір орендної плати за землю, про що орендар був повідомлений, але ухилявся від вчинення дій, спрямованих на внесення відповідних змін до договору оренди землі, суди повинні враховувати вказані нормативні акти при вирішенні спорів про внесення змін до договорів у частині зміни орендних ставок.

раніше укладеного договору, слід застосовувати законодавство, яке діє на момент внесення сторонами таких змін [4, с. 678]. В контексті питання про темпоральні норми господарського договірного права можна лише додати, що при внесенні змін до договору сторони повинні керуватися положеннями нового законодавства. З огляду на це в Прикінцевих положеннях ГК слід було відокремити спеціальні темпоральні норми про порядок застосування положень ГК до господарських договірних відносин.

Основними способами дії норм про господарські договори у часі має бути перспективна дія та негайна дія, що включає в себе ультраактивну форму (що переживає дію старого закону). М. І. Брагінський справедливо вказує на те, що в основу правил про дію норм про договори у часі має бути покладений принцип «Pacta sunt servanda». Відповідно, повинна виключатися зворотна дія нового законодавства, за винятком випадків, коли відносно цього є пряма вказівка в законі, яка пов'язується із включенням в закон імперативних правил [3, с. 102 – 103].

Загалом для цивільного та господарського законодавства надання закону зворотної сили є винятком, а не правилом. Слід погодитися із думкою Л. О. Новосьолової про те, що стосовно цивільного законодавства принцип незворотності в часі піддається істотній трансформації: зміни цивільного законодавства, на відміну від публічного, погіршуючи становище однієї із сторін, покращують становище іншої. Тому оцінити положення цивільного закону як таке, що, безумовно, погіршує становище суб'єктів цивільного права, складно [5, с. 220]. До того ж сторони договору, діючи розумно і добросовісно, в будь-який час можуть внести до договору за взаємною згодою зміни з тим, щоб привести договір у відповідність із законодавством, що змінилося.

У зв'язку з цим необхідно звернути увагу на таке. De lege lata внесення змін до договору може бути пов'язаним із порушеннями договірного зобов'язання (відповідно до ст. 651 ЦК – істотним порушенням), а може зумовлюватися обставинами, не пов'язаними із порушенням (ст. 652 ЦК – істотна зміна обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору). Чи можуть зміни в законодавстві як обставина, безсумнівно, не пов'язана із порушенням договору, бути підставою для зміни договору в контексті ст. 652 ЦК? Важливо, що за змістом ст. 652 ЦК внесення змін до договору (яке, до речі, допускається як виняток із загального правила про розірвання договору) *не пов'язується із невідповідністю договору вимогам закону*, що змінився: юридичне значення має те, що виконання договору в умовах зміненого законодавства порушуватиме *співвідношення* майнових інтересів сторін і позбавлятиме заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору. У випадку, коли сторона отримує належне виконання по договору, що слід розуміти під таким «позбавленням»? Оцінка цієї обставини безпосередньо пов'язана із існуванням різного роду ризиків у договірному зобов'язанні і, насамперед, з економічним, або підприємницьким (господарським) ризиком, якому притаманні суперечливість, альтернативність та невизначеність [6, с. 129 – 133]. Ризик в економічному сенсі – це можливість понесення збитків, неотримання (недоотримання в очікуваних розмірах) прибутку через зміну кон'юнктури ринку, помилки у програмуванні власної господарської діяльності тощо. Ані цивільне законодавство, яке регулює майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, ані господарське законодавство, яким визначаються особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання, не виходять за межі ідеї еквівалентності в договірних відносинах (майново-господарських зобов'язаннях), тобто справедливого розподілу (балансу) прав та обов'язків сторін за договором. Саме як засіб *відновлення* балансу інтересів контрагентів в господарських договірних відносинах, які не обтяжені публічними інтересами (приватноправовими), повинна використовуватися клаузула rebus sic stantibus (ст. 652 ЦК)[12], а не як санкціонований судом примус однієї зі сторін до продовження договірних відносин на більш обтяжливих умовах. Зміни в законодавстві як такі не повинні кваліфікуватися як підстава для внесення змін до договору.

***

Необхідність забезпечення стабільності (умов господарювання, договору) як складової правового режиму в певних сферах господарювання випливає з норм ГК, інших актів господарського законодавства України. Слід підкреслити, що такі норми спрямовані, насамперед, на забезпечення прав та законних інтересів інвесторів, в тому числі іноземних, а також суб'єктів підприємницької діяльності у договірних відносинах за участю держави або органів місцевого самоврядування, які (відносини) спрямовані на ефективне використання публічної власності (власності народу України, державної та комунальної власності) і пов'язані із внесенням інвестицій.

В Законі України «Про інвестиційну діяльність» термін «стабільність договору» не використовується, проте диспозитивна норма ч. 1 ст. 18 цього Закону, по суті, закріплює правило незмінності (стабільності) умов інвестиційного договору. В диспозиції цієї норми можна виділити кілька складових:

1) умови договорів, укладених суб'єктами інвестиційної діяльності, зберігають свою чинність на весь строк дії цих договорів (загальна диспозиція), якщо вони не дійшли згоди про зміну умов договору;

2) умови цих договорів зберігають свою чинність і в тому випадку, коли після їх укладення законодавством встановлено умови, які погіршують становище суб'єктів або обмежують їх права, якщо сторони не дійшли згоди про зміну умов договорів.

Отже, і за незмінності законодавства, і за його змін у випадку відсутності угоди між сторонами про зміну договору, договори повинні виконуватися на первісних умовах

Проте норма ч. 1 ст. 18 Закону України «Про інвестиційну діяльність» містить спеціальне застереження про те, що її правило не поширюється на випадки зміни податкового, митного та валютного законодавства, а також законодавства з питань ліцензування певних видів господарської діяльності. Тобто, за граматичним тлумаченням цієї норми, принцип незмінності умов інвестиційного договору не застосовується у випадках зміни зазначеного законодавства.

Показово також і те, що в ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність», частина 1 якої визначає поняття державних гарантій захисту інвестицій як сис-

[12] Клаузула [від лат. clausula – закінчення, додаток] – умова, застереження, особливий пункт в договорі або нормі закону.

теми правових норм, спрямованих на захист інвестицій, зазначається, що до таких не відносяться норми, що регулюють питання фінансово-господарської діяльності учасників інвестиційної діяльності та сплати ними податків, зборів (обов'язкових платежів).

Відповідно, законодавець, проголошуючи, що державні гарантії захисту інвестицій не можуть бути скасовані або звужені стосовно інвестицій, здійснених у період дії цих гарантій, вивів за межі системи гарантій норми податкового, митного та валютного законодавства, чим позбавив правових підстав можливі позови інвесторів стосовно порушення державою взятих на себе зобов'язань по захисту інвестицій.

В Законі України «Про державно-приватне партнерство» стабільність (незмінність) умов договору розглядається лише в контексті цивільного та господарського законодавства. Відповідно до ч. 4 ст. 20 зазначеного Закону до прав і обов'язків сторін, визначених договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства, протягом строку його дії застосовується законодавство України, чинне на день його укладення. Зазначені гарантії поширюються на зміни цивільного і господарського законодавства, що регулює майнові права та обов'язки сторін, і не стосуються змін законодавства з питань оборони, національної безпеки, забезпечення громадського порядку, охорони довкілля, стандартів якості товарів (робіт, послуг), податкового, валютного, митного законодавства, законодавства з питань ліцензування та іншого законодавства, що регулює правовідносини, в яких не діють принципи рівності сторін (державного та приватного партнерів).

Стабільність умов концесійних договорів проголошується однією із засад здійснення концесійної діяльності в Україні (ч. 1 ст. 407 ГК, ст. 2 Закону України «Про концесії»). Відповідно до ч. 4 ст. 10 Закону України «Про концесії» умови концесійного договору є чинними на весь строк дії договору, в тому числі у випадках, коли після його укладення законодавчими актами встановлено правила, які погіршують становище концесіонера. Схожа за змістом норма міститься в ч. 4 ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна»: умови договору оренди є чинними на весь строк дії договору і у випадках, коли після його укладення (приведення у відповідність з цим Законом) законодавством встановлено правила, які погіршують становище орендаря.

Своєрідна конструкція гарантій від змін у законодавстві міститься в ст. 27 Закону України «Про угоди про розподіл продукції» від 14.09.1999 р. Держава гарантує, що до прав і обов'язків інвестора, визначених угодою про розподіл продукції, протягом строку її дії буде застосовуватися законодавство, чинне на момент укладання угоди. Але за змістом ч. 1 ст. 27 цього Закону до прав і обов'язків інвестора буде застосовуватися нове законодавство, яке покращує його становище, а саме, зменшує розмір податків чи зборів чи скасовує їх, спрощує регулювання господарської діяльності щодо пошуку, розвідки та видобування корисних копалин, послаблює процедури державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності, зокрема процедури митного, валютного, податкового та інших видів державного контролю, або пом'якшує відповідальність інвестора, і яке має застосовуватися з дати набрання чинності таким законодавством. Разом з тим гарантії щодо стабільності норм законодавства не поширюються на зміни законодавства, що стосуються питань оборони, національної безпеки, забезпечення громадського порядку та охорони довкілля.

Отже, *стабільність (незмінність) умов договорів у цих законодавчих актах є, по суті, однією з політико-правових гарантій держави захисту прав інвестора*, і в цьому аспекті має бути предметом детальнішого дослідження. Поки що зазначимо, що зміни публічно-правових норм як такі безпосередньо не впливають на права та обов'язки інвестора за договором, але вони можуть погіршувати той підприємницький результат, на який інвестор розраховував або який вже був ним досягнутий. В такому випадку потребує теоретичного осмислення можливість запровадження в законодавство норми про те, що в такому випадку умови договору на вимогу інвестора мають бути переглянуті (змінені) з метою гарантованості досягнення ним очікуваних результатів господарської діяльності.

В господарських договорах, сторонами яких є юридично рівні суб'єкти господарювання, ризик зміни в законодавстві рівною мірою несуть обидва контрагенти. Господарські ж договори за участю держави характеризуються певною фактичною нерівністю контрагентів, оскільки держава в особі уповноваженого органу виступає і як сторона за договором, і як суб'єкт, що може, змінюючи законодавство, істотно вплинути на правове та економічне становище *інвестора, який, власне, і несе на собі серйозні економічні ризики*, пов'язані із довготривалістю відносин і значними інвестиційними витратами. Закріплення ж в окремих законодавчих актах правила про незмінність умов договору спрямоване на мінімізацію ризику змін у законодавстві, який несе не держава, а інвестор. З огляду на це *стабільність (незмінність) умов договору може розглядатися як гарантована відсутність правової підстави для позову проти інвестора про внесення змін до договору, якими буде погіршуватися його становище.*

Підсумовуючи викладене, з метою усунення правової невизначеності пропонуємо доповнити главу 1 ГК статтею 7-1 «Дія актів господарського законодавства у часі» такого змісту:

«1. Акти законодавства, що регулюють господарську діяльність, застосовуються до відносин, які виникли після введення їх в дію.

2. Зворотна дія закону допускається лише у випадках, якщо це передбачено законом. Закони не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність суб'єкта господарювання».

З метою узгодженості запропонованої статті 7-1 ГК із статтею 7 ГК пропонується назву останньої викласти в такій редакції *«Стаття 7. Акти господарського законодавства»*.

Пропонується також доповнити главу 20 ГК *статтею 179-1 «Господарський договір і закон»*, виклавши його в такій редакції:

«1. Господарський договір не може суперечити обов'язковим для сторін правилам, які встановлені законом, чинним на момент укладення договору.

2. У випадку, коли після укладення господарського договору приймається закон, який встановлює інші обов'язкові правила, ніж ті, відповідно до яких був укладений господарський договір, умови договору залишаються незмінними, за винятком випадків, коли в законі передбачено приведення раніше укладених дого-

ворів відповідно до нових правил. Надання зворотної дії закону, яким встановлюються інші правила для сторін господарського договору, може мати місце тільки у випадку, передбаченому статтею 7-1 цього Кодексу».

Доповнити ст. 188 ГК частиною такого змісту: «Зміни в законодавстві, внаслідок яких погіршується становище сторони (сторін) за договором, можуть бути підставою для розірвання господарського договору, якщо сторони не домовилися про його зміну».

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Принципы* международных коммерческих договоров. – М.: Междунар. отношения, 2003. – 288 с.

2. *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2-х т. Т.II – М.: Юрид. лит., 1982. – 360 с.

3. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая. Общие положения: изд.2-е испр. – М.: «Статут», 1999. – 848 с.

4. *Комментарий* к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный)/ Руководитель авторского коллектива и ответ. ред. проф. О. Н. Садиков. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1998. – 778 с.

5. *Стабильность* законодательства (Материалы «круглого стола», г. Астана, 30 ноября 2007 г.)// Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. – Вып. 27/ Под ред. А. Г. Дибенко. – Алматы: Раритет, Институт правовых исследований и анализа, 2007. – 352 с.

6. *Аномалії* в цивільному праві України: навч.-практ. посібник // Відп. ред. Р. А. Майданик. – К.: Юстініан, 2007. – 912 с.

The problem of influence of legislative alterations on commercial contract relationship and possible ways of legislative providing for their stability are investigated in the article.

В статье исследуются проблемы, которые возникают в результате влияния изменений в законодательстве о хозяйственных договорных отношениях, и определяются способы нормативного обеспечения стабильности этих отношений.

ІНВЕСТИЦІЙНИЙ ДОГОВІР ЯК ЗАСІБ САМОРЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Поєдинок В. В.,

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

У статті розглядається інвестиційний договір як складовий елемент механізму спеціального інвестиційно-правового регулювання. Досліджується економічне явище специфічності інвестицій як чинник, що визначає регулятивні властивості інвестиційних договорів.

Ключові слова: інвестиційний договір, специфічність інвестицій, теорія економічної організації.

Договір є однією з основних правових форм господарських зв'язків та синтетичним актом правореалізації, в якому такі форми реалізації права як дотримання, виконання і використання комбінуються залежно від виду відносин, які опосередковуються договором [2, с.70]. Відповідно до ст. 9 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 р. [10] договір є основним правовим документом, що регулює взаємовідносини між суб'єктами інвестиційної діяльності. Найбільш загальною вимогою до інвестиційного договору є, таким чином, його спроможність виступати ефективним засобом саморегулювання відносин суб'єктів інвестиційної діяльності, забезпечення якої належить до актуальних завдань і економічної, і юридичної наук.

Проблематика інвестиційного договору (або договору інвестиційного характеру) достатньо активно розробляється в юридичній літературі [1; 5; 6; 7; 10; 11]. Предметом наукової дискусії є: галузева належність інвестиційних договірних правовідносин, поняття та кваліфікуючі ознаки інвестиційного договору, види інвестиційних договорів тощо. У цій статті обґрунтовується позиція, згідно з якою смислове навантаження поняття «інвестиційний договір» пов'язане не з характеристиками певних договірних конструкцій, а з функціями договору як складового елемента механізму спеціального інвестиційно-правового регулювання. При цьому новим у юридичній науці є дослідження економічного явища *специфічності інвестицій* як одного з чинників, що визначають регулятивні властивості інвестиційних договорів.

Завданнями статті є: формулювання авторської позиції щодо правового смислу поняття «інвестиційний договір»; дослідження властивостей інвестиційного договору як засобу саморегулювання відносин між суб'єктами інвестиційної діяльності з використанням економічних концепцій специфічності інвестицій, «вимагання» як виду опортуністичної поведінки та теорії економічної організації.

В юридичній літературі висловлено різні думки щодо поняття інвестиційного договору. На підставі виділеної сукупності кваліфікуючих ознак такого договору робиться висновок: або про існування інвестиційних договорів як самостійного договірного виду (В. В. Кафарський [5, с.10], А. В. Майфат [7, с.164], П. Л. Сокол [12, с.94]), або про інвестиційний характер як характеристику низки різних договірних видів (А. М. Антипова [1, с.129], І. В. Курафєєва [6, с.199], О. Е. Сімсон [11, с.14]). Разом з тим висловлюється і точка зору, яка фактично заперечує правовий зміст поняття інвестиційного договору. Так, Є. А. Суханов стверджує: «…немає такого договору. За цим може стояти все що завгодно. Інвестиції – це типове економічне поняття. … А економічні абстракції придатні для лозунгів, для мітингів, для економічних статей, але в законодавстві абсолютно не годяться» [4].

Коментуючи викладені позиції, зазначимо, що інвестиційні відносини є надзвичайно різноманітними, тож договори, які їх опосередковують, не можуть бути зведені навіть до одного договірного типу як «найбільш повної за обсягом групи договорів, які мають ідентичну спрямованість» [3, с.325], не кажучи вже про класифікаційні одиниці нижчого порядку. Так, здійснення інвестицій може здійснюватися на підставі: договору про передачу майна (придбання основ-

них засобів, цінних паперів); договору про виконання робіт (створення основних засобів підрядним способом); договору про спільну діяльність (заснування господарської організації, здійснення спільної діяльності без створення юридичної особи) та ін. У зв'язку з цим слід визнати, що поняття «інвестиційний договір» не може позначати жодної класифікаційної групи договорів. Це поняття узагальнює усі відомі законодавству і комерційній практиці договори, які опосередковують вкладення інвестицій.

Точка зору про *інвестиційний характер* низки відомих законодавству і господарській практиці договорів є більш виваженою. Однак хибною, на нашу думку, є аргументація, згідно з якою інвестиційний характер пов'язується з наявністю деяких *кваліфікуючих ознак* відповідних договорів [11, с.14]. Кваліфікуючі ознаки (суб'єктний склад – однією зі сторін договору є інвестор або уповноважена ним особа; вкладення інвестиції в об'єкт господарської (у тому числі підприємницької) діяльності; спрямування договору на реалізацію інвестицій і досягнення запланованого соціально-економічного ефекту (інвестиційна мета); ризиковий характер має інвестиція як внесок і операція, ці самі ознаки виступатимуть формуючими чинниками для інвестиційного договору як зобов'язання. Однак інвестиційні договори не мають жодних ознак, які справджувалися б для кожного договору в межах їх сукупності і характеризували б при цьому саме договірну конструкцію, а не загальну концепцію інвестиції. З огляду на це вважаємо некоректною саму постановку питання про «кваліфікуючі ознаки» інвестиційного договору (договору інвестиційного характеру).

Разом з тим уявляється принципово неправильною позиція, згідно з якою економічні витоки поняття «інвестиція» є перешкодою для використання правовою наукою як власне цього поняття, так і понять, похідних від нього, включаючи «інвестиційний договір». *По-перше,* неможливо заперечувати те, що правова наука накопичила багатющий досвід використання поняття інвестиції як на національно-правовому, так і на міжнародно-правовому рівнях. Так, значна кількість країн світу, що перебувають на різних щаблях економічного розвитку, мають спеціальне інвестиційне законодавство, укладено понад 2600 міжнародних двота багатосторонніх інвестиційних угод, діє Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів, проведено величезний обсяг досліджень з інвестиційно-правової проблематики в рамках ЮНКТАД, Світового банку, ОЕСР та інших міжнародних організацій. Широку підтримку має позиція щодо існування *інвестиційного права*, хоч його місце у системі права залишається дискусійним. Не маючи змоги висвітлити суть відповідної дискусії в межах цієї статті, обмежимося наведенням власного визначення інвестиційного права як комплексної системи правових норм, спрямованих на регулювання умов та процесу руху капіталу від інвестора до реципієнта інвестицій, визначення статусу інвестора та встановлення режиму капіталу як цінностей, що визнаються інвестиціями, з метою створення сприятливих правових умов здійснення інвестиційної діяльності.

У свою чергу, інвестиційні договори займають власне місце в механізмі спеціального інвестиційно-правового регулювання. О. А. Беляневич звертає увагу на те, що договір є різновидом *правових засобів* – особливих юридичних утворень, призначених для організації та регулювання відповідних суспільних відносин, розрахованих на багаторазове використання, види та порядок застосування яких передбачено законодавством [2, с. 34]. З цим і слід пов'язувати смислове навантаження «інвестиційного договору» як правового поняття. Поняття «інвестиційний договір» свідчить про те, що цей договір, незалежно від того, про який договірний тип і вид йдеться, виступає правовим засобом забезпечення: а) економічної ефективності відношення між суб'єктами інвестиційної діяльності; б) сприятливого правового режиму вкладеного капіталу; в) оптимального розподілу інвестиційного ризику між сторонами. Не можна говорити, що визнання договору інвестиційним є умовою поширення на відносини сторін особливого правового режиму, оскільки договірні умови самі по собі є складовими такого режиму, що надається інвестиціям як капіталовкладенням у сфері господарювання.

По-друге, у господарсько-правовій науці потребі забезпечення взаємодії права та економіки загалом приділяється значна увага. В. К. Мамутов зазначає, що: «Подібне поєднання… забезпечує переведення економічних висновків на юридичну мову, на мову правових норм. Це надає результатам економічних досліджень закінченої форми, забезпечує їх втілення у «робочі креслення». Тим самим значно полегшується перехід від висновків загального характеру, від постановки питань до доведених до конкретного рівня проектів нормативних актів. Водночас такі проекти отримують надійне економічне обґрунтування, економічну оцінку» [8, с. 57].

Одним з економічних явищ, яке, на нашу думку, виступає детермінантою регулятивних властивостей інвестиційного договору, є *специфічність інвестицій.* Специфічність інвестицій є важливою концепцією економічних вчень, що приділяють увагу впливу соціальних регуляторів на економічні процеси, як-от неоінституціоналізм та економіка права, однак це поки що не привертає увагу вітчизняних правознавців. Вперше поняття специфічності ресурсів запровадив в економічну теорію Г. Беккер у 1964 р. стосовно інвестицій у людський капітал. Якщо ресурс становить інтерес для багатьох виробників і його ринкова вартість мало залежить від того, де він використовується, то це ресурс загального призначення. Специфічним називається ресурс, який у разі припинення договору не може використовуватися в інших проектах без шкоди для своєї економічної цінності. Про міру специфічності ресурсу можна судити з того, наскільки скоротиться цінність ресурсу при його використанні деінде.

В неоіститутуціональній економічній теорії виділяють шість видів специфічності ресурсів: 1) специфічність місцезнаходження (site specificity), пов'язана з надто великими витратами на переміщення ресурсу; 2) специфічність фізичних активів (physical asset specificity), наявна при здійсненні інвестицій в активи (наприклад обладнання) з певними характеристиками, які мають меншу цінність при їх використанні в інших проектах; 3) специфічність людського капіталу (human asset specificity), яка виникає, коли в процесі навчання на робочому місці працівники набувають спеціальних навичок; 4) специфічність цільових активів (dedicated assets), пов'язана з капіталовкладеннями у ресурси загального призначення, які, однак, призначені для одного-єдиного покупця, відмова якого від договору спричинить значні неліквідні запаси; 5) часова специфічність (temporal

specificity) характеризує інвестиції, для яких суттєве значення має координація виробництва, коли цінність ресурсів, не поставлених вчасно, істотно знижується; (6) специфічність репутації (brand name specificity) стосується незворотних інвестицій у створення репутації або у торговельну марку, які втратять свою цінність, якщо товари чи послуги фірми виявляться низької якості [9, с. 244–246].

Економічне значення специфічних інвестицій полягає у тому, що вони створюють потенціал для опортуністичної поведінки з боку іншої сторони договору, яка отримала назву «вимагання» (hold-up). Тільки-но одна з сторін здійснила специфічну інвестицію, інша сторона отримує можливість скористатися специфічністю, щоб привласнити частину прибутку, на який розраховує перша сторона. Відповідно, оскільки сторони передбачають можливу втрату частини прибутку від здійснення специфічних інвестицій через «вимагання», вони втрачають стимули до здійснення ефективних специфічних інвестицій, що становить економічні втрати від вимагання. Ці втрати, однак, можуть бути зменшені, оскільки сторони, свідомі ризику «вимагання», розробляють договірні домовленості, які надають можливість запобігти «вимагання». Специфічність інвестицій та асоційований потенціал для вимагання, відтак, є важливою економічною детермінантою договірних домовленостей [14].

На думку одного з головних теоретиків неоінституціоналізму О. Уїльямсона, ступінь специфічності інвестицій, поряд з повторюваністю трансакцій та невизначеністю, належить до основних чинників, які характеризують договірні відносини. Цей автор виділяє три основні *управлінські структури (governance structures),* тобто способи організації договірних відносин: неспецифічну, напівспецифічну та високоспецифічну. Ринок є класичною неспецифічною управлінською структурою, в межах якої «безликі покупці і продавці зустрічаються на мить, щоб обмінятися стандартизованими товарами за рівноважними цінами». На противагу цьому, високоспецифічні управлінські структури відповідають особливим потребам, пов'язаним з трансакцією, особистості сторін мають тут велике значення. Напівспецифічні структури, природно, знаходяться десь посередині [16, с. 247–248]. Трьом видам управлінських структур відповідають *три види договорів*: класичний, неокласичний та реляційний (relational contract). Цю класифікацію договорів вперше запропонував правознавець Я. Макнейл [15], а потім О. Уїльямсон використав її у власній *теорії економічної організації.* Коротко розглянемо особливості зазначених управлінських структур у взаємозв'язку з відповідними їм договорами, після чого пов'яжемо їх з проблематикою інвестиційного договору.

1. Ринкове управління: класичний договір. Ринкове управління є головною управлінською структурою для неспецифічних трансакцій, як неповторюваних, так і повторюваних. Ринкове управління особливо ефективне у випадку повторюваних трансакцій, оскільки обидві сторони можуть спиратися виключно на власний досвід, вирішуючи, чи варто продовжувати відносини одна з одною, чи з невеликими втратами звернутися будь-куди. Презюмується легкість досягнення альтернативних домовленостей щодо придбання і поставки активів, оскільки такі домовленості є стандартизованими. Неспецифічні, але неповторювані трансакції вирізняє те, що покупці і продавці меншою мірою можуть покластися на власний досвід, щоб забезпечити безпеку трансакції від опортунізму. Часто, однак, вони можуть скористатися рейтинговими послугами або досвідом інших покупців того самого активу. Таке рейтингування, що здійснюється формальними та неформальними способами, стимулює сторони до відповідальної поведінки.

Відносини сторін у неспецифічних трансакціях, для яких ринок є головною управлінською структурою, опосередковуються *класичним договором.* Його риси: специфікою особистості сторони можна знехтувати; зміст відносин сторін визначається виходячи з письмових умов контракту; застосовуються формальні юридичні правила. Ринкові альтернативи є головним засобом захисту сторони від опортунізму з боку контрагента. Судовий розгляд використовується суто для задоволення позовів; концентровані зусилля щодо збереження відношення не вживаються, оскільки відношення між сторонами не підлягає незалежній оцінці [16, с. 248–249]. Класичний договір сам по собі негнучкий, у сторін немає наміру забезпечувати гнучке пристосування до умов, що змінюються, в рамках цього договору. Планування з метою пристосування до нових обставин повинно здійснюватися за межами договору, воно залишається внутрішньою справою кожної сторони [9, с. 255].

2. Тристороннє управління: неокласичний договір. Типами трансакцій, для яких необхідна тристороння управлінська структура, є неповторювані трансакції змішаного та високоспецифічного виду. Після того, як сторони таких трансакцій уклали договір, у них з'являється значна заінтересованість у досягненні його результату, особливо у випадках високоспецифічних інвестицій, альтернативна вартість яких (при вкладенні в інші проекти) значно нижча. Ринкових засобів впливу у цьому разі вже недостатньо, однак витрати на заснування трансакційно-специфічних управлінських структур можуть бути надмірними для неповторюваних трансакцій. Це обумовлює потребу у перехідній інституційній формі, якою є *неокласичний договір* [16, с. 249].

Неокласичний договір – це довгостроковий договір в умовах невизначеності. У такому договорі сторони не безликі, особисті стосунки відіграють особливу роль, сторони знаходяться у взаємодії одна з одною, а джерелом додаткової цінності є безперервність договірного відношення. Чим тривалішими є відносини між сторонами і чим складнішим предмет договору, тим менше значення надається ціні і якісним характеристикам на етапі укладення договору, і тим більше уваги приділяється правилам, які регулюватимуть відносини сторін, пристосування до непередбачених обставин, а також припинення їхніх відносин. Застосовуються не фіксовані ціни, а правила гнучкого ціноутворення [9, с. 257]. О. Уїльямсон називає управлінську структуру, якій відповідає неокласичний договір, *тристороннім управлінням* саме тому, що у разі виникнення розбіжностей між сторонами вони віддають перевагу не судовому розгляду, який ймовірно зруйнує відношення між ними, а посередництву третьої сторони (арбітра) в оцінці виконання та вирішенні спору [16, с. 249−250].

3. Трансакційно-специфічне управління: реляційний договір. Прогресивне збільшення тривалості і складності відносин між сторонами спричиняє витіснення навіть неокласичних адаптаційних процесів процесами більшою мірою

трансакційно-специфічного, адміністративного характеру. Фікція дискретності відношення повністю усувається, оскільки воно набуває характеру «мінісуспільства з обширним масивом норм поза тими нормами, що сконцентровані на безпосередньому процесі обміну». На противагу неокласичній системі, де відправною точкою пристосування до непередбачених обставин залишається початкова угода, за реляційного підходу такою відправною точкою є «саме відношення у тому вигляді, як воно розвинулося з плином часу. Це може включати або не включати початкову угоду; а якщо й включає, то початкова угода не обов'язково справляє значний вплив на його зміст» [15, с. 901, 890].

Типами трансакцій, для яких, зазвичай, розробляються спеціалізовані управлінські структури, є повторювані трансакції змішаного або високоспецифічного виду. Нестандартизований характер таких трансакцій робить переважний розрахунок на ринкове управління ризиковим, тимчасом як повторюваність виправдовує витрати на заснування спеціалізованої управлінської структури. Можна виділити два типи високоспецифічних управлінських структур: двосторонні структури, де зберігається автономія сторін, та уніфіковані структури, де трансакція усувається з ринку і організується в рамках однієї фірми на засадах влади-підпорядкування (вертикальна інтеграція):

а) двостороннє управління придатне для організації змішаних трансакцій, які стосуються активів з різним ступенем спеціалізації активів. Відповідно, отримання певних необхідних компонентів від сторони за договором може бути вигідним іншій стороні виходячи з міркувань масштабу виробництва порівняно з самостійним виробництвом цих компонентів (через вертикальну інтеграцію). Разом з тим двостороннє управління програє вертикальній інтеграції у питанні адаптування відносин до обставин, що змінюються. Тим часом як внутрішньофірмові адаптації можуть бути впроваджені шляхом використання владного примусу, зовнішнє постачання передбачає здійснення усіх адаптацій через ринковий інтерфейс. З огляду на те, що у разі внесення адаптаційних пропозицій будь-якою з сторін їх інтереси, зазвичай, не збігаються, виникає дилема. З одного боку, обидві сторони мають стимули зберегти відношення, оскільки його припинення призведе до втрати трансакційно-специфічних вигод. З іншого боку, кожна з сторін привласнює окремий потік прибутку, тож навряд чи з готовністю пристане на будь-яку пропозицію змінити договір;

б) уніфіковане управління: внутрішня організація. Стимули вступати в договірні відносини зменшуються по мірі того, як зростає специфічність інвестицій, задіяних у трансакціях. Це пояснюється тим, що оскільки людські і фізичні активи спеціалізуються для цілей єдиного використання і, відповідно, втрачають трансферабельність на користь інших користувачів, ефект масштабу виробництва може бути повною мірою реалізований покупцем цих активів так само, якби він був їх стороннім постачальником. Вибір управлінської структури, таким чином, визначатиметься її кращими адаптативними можливостями. За таких обставин неминуче з'являється вертикальна інтеграція. Перевагою вертикальної інтеграції є можливість послідовного впровадження адаптаційних змін без потреби консультуватися, доповнювати та переглядати міжфірмові договори. У разі, коли єдина господарська організація охоплює обидві сторони трансакції, презумпція максимізації загального прибутку забезпечена [16, с. 250–253].

У викладеній концепції економічної організації поняття інвестицій вживається у найбільш широкому з властивих економічній науці розумінь – для позначення будь-яких капіталовкладень, у тому числі здійснюваних у рамках поточних операцій. Якщо обмежити поняття інвестицій капіталовкладеннями певного виду, як це і робить юридична наука, то виявиться, що таким капіталовкладенням, як правило, властива специфічність. Неспецифічними можна вважати лише вкладення у високоліквідні фінансові активи. При цьому спостерігається позитивна залежність між строком, на який вкладаються інвестиції, та їх специфічністю.

У порядку *висновків* відзначимо, що, на нашу думку, теорія економічної організації може бути з користю використана у правовому дослідженні інвестиційного договору. *По-перше,* ця теорія розширює уявлення про функції договору як засобу саморегуляції відносин між сторонами, привертаючи увагу до функції усунення опортуністичної поведінки у формі «вимагання», небезпека якого зростає по мірі зростання специфічності інвестицій. *По-друге,* вона оригінально пояснює логіку вибору інвестора між договірною та корпоративною формами інвестиційної діяльності, пов'язуючи такий вибір з чинником, знову ж таки, специфічності інвестицій. *По-третє,* вона чітко вказує на особливу значущість організаційного (управлінського) аспекту в інвестиційних договорах, що надає додаткові аргументи для обґрунтування господарсько-правової природи інвестиційних договорів (за винятком випадків, коли інвестором за договором є громадянин, що не є підприємцем). Ми не стверджуємо, що ті самі завдання принципово не можуть бути вирішені засобами і понятійним апаратом самої юридичної науки, однак використання економічних концепцій збагачує дослідження висвітленням аспектів, які до того залишалися у тіні, розширенням аргументації, а також виявленням суперечностей між економічною логікою відносин сторін та їх правовою регламентацією.

Одна з таких суперечностей полягає у тому, що теорія економічної організації однією з найважливіших рис способу організації відносин між сторонами вважає спроможність такого способу адаптуватися до змін у обставинах, які мають місце після встановлення відносин. Тим часом спеціальне інвестиційно-правове регулювання традиційно орієнтує сторони інвестиційного договору на консервацію початкового стану, формально закріпленого у цьому договорі. Йдеться про так звані *стабілізаційні застереження* як положення інвестиційних договорів або законодавства, що дозволяють збереження у незмінному вигляді умов інвестиційної діяльності, які існували до прийняття державою нового законодавства [13, с. 251–256]. Теорія і практика застосування стабілізаційних застережень, які в низці випадків підтримуються загальними застереженнями (umbrella clauses) в міжнародних інвестиційних угодах, становлять один з напрямів *подальших досліджень* проблематики інвестиційного договору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Антипова О. М.* Правовое регулирование инвестиционной деятельности (анализ теоретических и практических проблем) / О. М. Антипова. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 248 с.

2. *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) / О. А. Беляневич. – К. , 2006. – 592 с.

3. *Договірне* право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.

4. *Интернет-интервью* с Е. А. Сухановым: «Перспективы развития гражданского законодательства в России: планы и современные реалии» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http: // www. consultant. Ru /law/ interview/ sukhanov.html.

5. *Кафарський В. В.* Інвестиційні договори в Україні: поняття, види, зміст, правове регулювання: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. В. Кафарський. – К., 2006. – 20 с.

6. *Курафєєва І. В.* Співвідношення інвестиційного договору з договором про пайову участь у будівництві житла / І. В. Курафєєва // Форум права. – 2010. – № 1. – С. 194–200.

7. *Майфат А. В.* Гражданско-правовые конструкции инвестирования: монография / А. В. Майфат. – М., 2007. – 328 с.

8. *Мамутов В. К.* Экономика и право: сб. науч. тр./ В. К. Мамутов. – К.: Юринком Интер, 2003. – 544 с.

9. *Одинцова М. И.* Институциональная экономика / М. И. Одинцова. – М.: ГУ-ВШЭ, 2007. – 386 с.

10. *Про інвестиційну* діяльність: Закон України від 18 вересня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.

11. *Сімсон О. Е.* Правові особливості договорів інвестиційного характеру: автореф… дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. Е. Сімсон. – Х., 2001. – 20 с.

12. *Сокол П. Л.* Инвестиционный договор в жилищном строительстве / П. Л. Сокол. – М.: Ось-89, 2004. – 94 с.

13. *Фархутдинов И. З.* Международное инвестиционное право: теория и практика применения / И. З. Фархутдинов. – М: Волтерс Клувер, 2005. – 404 с.

14. *Klein B.* Asset specificity and holdups [Electronic resource] / B. Klein. – Mode of access: http://organizationsandmarkets.files.wordpress.com/2009/09/klein-b-asset-specificity-and-holdups.pdf.

15. *Macneil I.* Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law / I. Macneil // Northwestern university law review. – 1978. – Vol. 72. – No.6. – P. 854–905.

16. *Williamson O.* Transaction-cost economics: the governance of contractual relations / O. Williamson // Journal of law and economics. – 1979. – Vol. 22. – No. 2. – P. 233–261.

The article deals with an investment contract as a constituent element of the special legal treatment under investment law. Economic phenomenon of investment specificity as a factor shaping the regulatory properties of an investment contract is explored.

В статье рассматривается инвестиционный договор как составляющий элемент механизма специального инвестиционно-правового регулирования. Исследуется экономическое явление специфичности инвестиций как фактор, определяющий регулятивные свойства инвестиционных договоров.

ПРЕДМЕТ ЯК ІСТОТНА УМОВА ДОГОВОРІВ ПІДРЯДУ

Гриняк А. Б.,

кандидат юридичних наук, завідувач сектору проблем цивільного права відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено питанню визначення предмета договірних зобов'язань із виконання робіт. Крім того, акцентується увага на проблемі розмежування об'єкта та предмета договору загалом та договору підряду зокрема.

Ключові слова: зобов'язання, договір, об'єкт, предмет, договір підряду, підрядник, замовник.

Регулюванню відносин у сфері виконання робіт присвячено главу 61 ЦК України (ст. 837 – 891), що складається з чотирьох параграфів, перший з яких (ст. 837 – 864) містить загальні положення про підряд, а наступні – положення про окремі його види, такі як: договір побутового підряду; договір будівельного підряду; договір підряду на проектні та пошукові роботи.

В основу поділу підрядних договорів на певні види покладено два критерії – предмет договору та суб'єктний склад учасників договору.

Істотною умовою договору підряду є предмет. Тому умова про предмет підрядних договорів відіграє важливе як теоретичне, так і практичне значення. У свій час Г. Ф. Шершеневич звертав увагу на те, що предмет договору – це той юридичний наслідок, на який спрямована узгоджена воля двох або більше сторін[1].

Не секрет, що й сьогодні це питання є недостатньо дослідженим в літературі. Офіційне визначення даної юридичної категорії в законодавстві також відсутнє, що має своїм наслідком неоднозначність розуміння предмета договору як в науці, так і на практиці. Зокрема, Ф. І. Гавзе під предметом будь-якого цивільно-правового договору розумів дії, які повинен вчинити боржник, і об'єкт, на який ці дії спрямовані. Дії (бездіяльність) є предметом будь-якого цивільно-правового договору, а окремі договори мають кілька об'єктів [1, с. 26]. О. С. Іоффе виділяв у договорі юридичний об'єкт – дії і матеріальний об'єкт – речі або інше благо, на яке спрямована поведінка [2, с. 168 – 172]. Подібну позицію підтримує також Н. С. Кузнєцова [3, с. 11].

Зазначена вище невизначеність поняття «предмет договору» позначилася і на формулюванні конкретних статей ЦК України. Так, їх аналіз дає змогу зробити висновок, що для окремих видів договорів законодавець передбачив окрему статтю в ЦК України з назвою «предмет», в якій міститься визначення останнього, в інших же – ні. Наприклад, предметом договору найму може бути річ, яка визначена індивідуальними ознаками та зберігає свій первісний вигляд при неодноразовому використанні (неспоживна річ) (ч. 1 ст. 760 ЦК України).

Разом з тим для переважної більшості договорів немає спеціальної статті під назвою предмет. Законодавець обрав іншу форму, а саме, визначив права та обов'язки сторін такого договору з приводу певного майна (дії). На думку А. В. Євстігнєєва, однозначно розставити всі крапки над «і» у вказаній ситуації можна лише доповнивши ст. 638 ЦК положенням, яке б чітко роз'яснювало зміст вжитого в цій статті словосполучення «предмет договору». Враховуючи чинний стан законодавства та небажаність надання одному

[1] Цит. за книгою: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: общие положения. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Издательство «Статут», 1998. – С. 117.

й тому самому терміну різних значень, під предметом договору в розумінні ст. 638 ЦК, на думку дослідника, бажано мати на увазі все ж конкретне майно, права і/або обов'язки щодо якого передаються за договором [4, с. 24]. У зв'язку з таким неоднозначним підходом в літературі пропонується також замінити термін «предмет» у тих статтях, що регулюють забезпечувальні засоби (ст. 551, 576 ЦК) або окремі цивільно-правові договори (ст. 656, 760, 807 ЦК), терміном «об'єкт» у відповідних відмінках.

Однак не слід відкидати й те, що нерідко визначення предмета викликає значну складність, оскільки у цивільному законодавстві і доктрині предмет договору може розглядатися по-різному. Так, на сторінках юридичної літератури, як наведено вище, трапляються випадки ототожнення предмета і об'єкта договору. Аргументується це тим, що предметом договору виступають у переважній більшості випадків активні дії сторін: виконання відповідних робіт та отримання їх результату, передача товару у власність і його прийняття тощо. На думку В. В. Вітрянського, предметом договору є дії (бездіяльність), які повинна зробити (або від вчинення яких повинна утриматися) зобов'язана особа [5, с. 22].

У літературі, яка стосується підрядних договірних відносин, більшість учених дотримується позиції, відповідно до якої предметом договору підряду є результат праці, роботи, виробничої діяльності підрядника. Так, О. П. Сергєєв вважає, що предметом договору підряду є результат діяльності підрядника, що має конкретну упредметнену форму [6, с. 336]. І. Г. Кобленць вказував, що предмет договору підряду – результат роботи, а не робоча сила. Цим договір підряду відрізняється від трудового договору [7, с. 88]. У Коментарі до ЦК РФ зазначено, що під предметом підрядних договорів слід розуміти найменування робіт, їх обсяг тощо [8, с. 418]. М. І. Брагінський називає предметом підряду виготовлення або переробку речі (обробку) та виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові [9, с. 4]. Таким чином, більш переконливою видається позиція тих вчених, які все ж розрізняють предмет і об'єкт договору, оскільки, якщо в теорії права існують зазначені поняття, то в них має бути різний зміст, інакше їх існування не мало б практичної значущості.

Відсутність єдиного підходу із досліджуваного питання знаходить своє відображення і при аналізі окремих видів договорів підрядного типу. Так, у юридичній літературі можна зустріти окремі підходи щодо питання про предмет договору будівельного підряду.

Відповідно до однієї із позицій предмет договору будівельного підряду є неподільним (єдиним), виходячи із чого прихильники цієї концепції доходять висновку, що предметом договору будівельного підряду може бути один із трьох варіантів: 1) закінчене будівництво і готовий до здачі об'єкт будівництва; 2) предмет складається із двох елементів – виконання робіт та їх результату; 3) діяльність підрядника з побудови об'єкта будівництва [10, с. 336]. На думку інших вчених, існує два предмети договору будівельного підряду: матеріальний, що є результатом робіт, і юридичний – діяльність сторін за договором будівельного підряду [11, с. 134].

Аналізуючи третю точку зору, констатуємо, що її автори припускають можливість існування альтернативних предметів договору будівельного підряду: або закінчений об'єкт будівництва, або комплекс загальнобудівельних чи спеціальних робіт [12, с. 80 – 81].

Слід зазначити, що договір підряду як юридичний факт є підставою виникнення складних зобов'язальних правовідносин. З боку підрядника виникає зобов'язання виконати роботи та здати їх результат замовникові, з боку останнього виникає грошове зобов'язання сплатити обумовлену договором суму.

Предметом виконання зобов'язання є те, на що спрямована відповідна дія. Предметом виконання зобов'язання з боку підрядника є робота, яку він повинен виконати, та результат, який він повинен передати замовникові. Предметом виконання грошового зобов'язання з боку замовника є сплата грошової суми підрядникові за виконану роботу. Також необхідно зазначити, що з обов'язками замовника кореспондуються права підрядника, тому зобов'язальні правовідносини в договорі підряду носять єдиний характер, оскільки припускають зустрічне виконання обов'язків. Виконання підрядником зобов'язання провести роботи та передати їх результат тісно пов'язаний з виконанням замовником свого зобов'язання сплатити визначену домовленістю або ж, відповідно до ч. 2 ст. 843 ЦК України, рішенням суду ціну.

Також не переконливою видається й думка про можливість існування альтернативних предметів договору підряду. Виходячи зі змісту ст. 539 ЦК України альтернативне зобов'язання – це зобов'язання, в якому боржнику надається право вибрати одну із двох або кількох дій, що підлягають виконанню, причому виконання будь-якої із передбачених дій є належним виконанням. Ці зобов'язання характеризуються кількома предметами виконання, причому передача будь-якого предмета є належним виконанням. У договорі підряду підрядника і замовника пов'язує кінцевий результат –передача виконаного результату робіт. Фактично має місце складна структура одного зобов'язання. Разом з тим укладання одночасно одного договору на виготовлення та, наприклад, ремонт уже виготовленої тієї самої речі неможливо. У цьому випадку альтернатива може існувати тільки у виборі предмета договору підряду на момент його укладання.

Отже, можемо константувати той факт, що і сьогодні представники науки цивільного права фрагментарно підходять до аналізу проблеми співвідношення об'єкта і предмета договору підряду. Тож спробуємо відшукати підходи до вирішення питання співвідношення зазначених категорій з метою їх однакового розуміння для правильного правозастосування, оскільки, як видається, за відсутності чіткого визначення предмета підряду, що є важливою умовою договору, неминучі помилки у застосуванні приписів чинного законодавства.

Слід відмітити, що в юридичній літературі є позиції, за якими предметом договору підряду пропонується вважати результат діяльності боржника [13, с. 38]. Відповідно до ч. 2 ст. 837 ЦК України під результатом виконаної підрядником роботи в такому випадку слід розуміти виготовлену, оброблену, перероблену або ж відремонтовану річ. У чинному ЦК України, як і у ЦК 1922 р., ЦК 1963 р., немає окремої статті, присвяченої предмету досліджуваного договору. Так, у ЦК УРСР 1922 р. були зафіксовані такі ознаки предмета договору підряду, як матеріальне вираження і тотожність результату виконаної роботи. За від-

сутності результату виконаної роботи договір підряду не вважався виконаним [14, с. 34]. У ЦК 1963 р. зроблено спроби подальшого розвитку норм про підряд. Зазначений кодекс конкретизував ознаки предмета договору підряду. А у тогочасній юридичній літературі висловлювалася думка про неодмінне вираження результату роботи у матеріальній формі, при чому підкреслювалося, що предмет досліджуваного договору завжди індивідуально-визначений, а не визначається родовими ознаками [15, с. 148].

У чинному ЦК України, як і раніше, немає окремої статті про предмет договору підряду. Із законодавчого визначення договору підряду (ч.1 ст. 837 ЦК) випливає, що істотною умовою договору підряду є умова про роботу, виконану підрядником для контрагента за договором. Така позиція законодавця не випадково піддана критиці О. В. Дзерою [16, с. 180], оскільки у вищезазначеному визначенні відображається не предмет (результат виконаної роботи), а об'єкт (виконувана робота) договору підряду. Заслуговує на увагу з цього приводу думка А. М. Обиденнова, який зазначає, що у договорах із виконання робіт воля сторін спрямована на отримання певного матеріального результату, який і є їх предметом. Разом з тим цей матеріальний результат не буде об'єктом договору, оскільки він є об'єктом тільки безпосередньо підрядних правовідносин, які разом з іншими правовідносинами (щодо відповідальності сторін тощо) знаходяться в рамках договору. В договорах про надання послуг певні дії чи діяльність, які є їх об'єктом, предметом таких договорів не будуть, хоч при цьому можуть бути їх істотною умовою. На підставі цього автор доходить висновку, що предмет договору, як явище навколишнього світу, що існує об'єктивно, виступає як суттєва умова цивільно-правових договорів. Об'єкт договору як об'єкт цивільних прав, з приводу яких укладено договір, виступає як суттєва умова лише у випадках, коли він збігається з предметом або його обов'язковість в договорі передбачена чинним законодавством [17].

Виходячи з цього, навряд чи можна беззаперечно погодитись із тими дослідниками, які роботу та її результат у договорі підряду відносять до єдиного предмета договору підряду, посилаючись на те, що робота, що виконується, передбачає певний результат, досягнення якого є неможливим без роботи, що йому передує [18, с. 47].

Отже, спробуємо на основі розглянутих підходів сформулювати поняття предмета та об'єкта договору підряду. Об'єктом договору підряду є вчинення підрядником позитивних дій, спрямованих на виконання ним певної роботи, за завданням замовника. Водночас предметом договору підряду слід визнавати той юридичний наслідок (результат робіт) як явище навколишнього світу, що виступає як істотна умова договору, права і/або обов'язки щодо якого передаються за договором, на який спрямована узгоджена воля сторін.

Отже, за чинним сьогодні цивільним законодавством відповідь на питання сутності та змісту предмета договору підряду слід відшуковувати шляхом аналізу змісту ст. 837, ч. 1 ст. 839, ст. 861 ЦК України, де визначається порядок передачі підрядником інформації, що стосується експлуатації предмета договору підряду. Буквально тлумачачи ці норми, доходимо висновку, що замовник проводить оплату за договором підряду за досягнутий підрядником результат роботи, що складається, як правило, у виготовленні, переробці (обробці) речі.

Разом з тим предметом договору підряду є індивідуалізований результат праці підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки. Буквальне тлумачення ст. 332 ЦК УРСР виключало можливість віднесення до предмета договору підряду робіт, які виконувалися без використання матеріалів (наприклад, ремонт годинника, радіоприймача, телевізора без використання запасних деталей чи інструментів). Правда, деякі автори радянського періоду, зокрема Й. Л. Брауде, визнали за можливе розглядати як матеріал річ, що її надали для ремонту. Відомі випадки виконання робіт без використання матеріалів, але із застосуванням інструментів або без них (риття траншеї, переміщення вантажу тощо). Такі роботи, на думку дослідника, можуть визнаватися підрядними, оскільки їх дія спрямована на відповідні зміни матеріальних об'єктів [11, с. 27]. Таким чином, порівнюючи дефініції договору підряду за ЦК 1963 р. та ЦК 2004 р., доходимо висновку, що визначення договору підряду в ЦК України є більш вдалим, оскільки воно не заперечує можливість визнання підрядними договірні відносини без використання для виконання робіт відповідних матеріалів.

Отже, хоча законодавець і не дотримується єдності термінології, вказуючи в одному випадку тільки на роботу як на предмет договору, а в іншому – і на роботу, і на її результат (до речі, і при регулюванні окремих видів договору підряду спостерігається така сама тенденція), предметом цього договору є матеріалізовані результати створення, перетворення, поновлення і навіть ліквідації речей виробничого, споживчого та науково-культурного призначення. Результат роботи – це та матеріалізована форма (наприклад, об'єкт будівництва, проектно-кошторисна документація), що опосередковує виконану роботу.

Обсяг самостійності підрядника у виборі способу виконання замовлення багато в чому залежить від ступеня визначеності ознак предмета договору. Деталізація цих ознак при укладенні договору позбавляє підрядника певної свободи дій у виконанні замовлення, але разом з тим сприяє зменшенню можливих непорозумінь. Якщо ті чи інші ознаки предмета визначені нормативними актами, типовими договорами, технічними чи будівельними правилами, то підрядник повинен їх додержуватися, навіть якщо вони не були обумовлені в договорі [19, с. 386]. Однією із таких важливих ознак предмета договору підряду є якість виконаної роботи, вимоги до якої встановлені у ст. 857 ЦК України. При цьому результат роботи в межах розумного строку має бути придатним для використання відповідно до договору або для звичайного використання роботи такого характеру [20, с. 211 – 212]. Договором або законом може бути передбачений строк, протягом якого виконана робота повинна відповідати вимогам, встановленим у ст. 857 ЦК України (гарантійний строк). Гарантія якості роботи, якщо інше не передбачено договором, поширюється на все, що становить результат роботи. До обчислення гарантійного строку застосовуються положення ст. 676 ЦК України, якщо інше не передбачено договором або законом.

Як уже відмічалось, під результатом виконаної підрядником роботи слід розуміти виготовлену, оброблену, перероблену або ж відремонтовану річ. Детальніше зупинимося на аналізі таких способів набуття права власності як виготовлення (створення) (ч. 1 ст. 331 ЦК

України) і переробка (специфікація) (ст. 332 ЦК України) та спробуємо визначити, хто зі сторін договору підряду буде власником результату виконаної роботи.

М. І. Брагінський цілком слушно зазначав, що для того, щоб підрядник міг передати право власності на результат виконаної роботи, він повинен бути власником [9, с. 51]. Відповідно до ч. 1 ст. 331 ЦК України право власності на нову річ, яка виготовлена (створена) особою, набувається нею, якщо інше не встановлено договором або законом, тобто право власності (господарського відання, оперативного управління) на нову річ, яка виготовлена підрядником, набувається ним, якщо інше не встановлено договором або законом. Припускається, що власником новоствореної речі, якщо інше не встановлено договором або законом, є підрядник. У ч. 1 ст. 839 ЦК України встановлено обов'язок підрядника, якщо інше не передбачено умовами договору, виконати роботу із свого матеріалу і своїми засобами. В той час як п. 2 ч. 1 ст. 331 ЦК України встановлено, що особа (в нашому випадку – підрядник), яка виготовила (створила) річ зі своїх матеріалів на підставі договору (в нашому випадку – підрядного), є власником цієї речі.

Слід відмітити, що у літературі є й кардинально протилежні точки зору на це питання. Так, Є. Гаврилов, аналізуючи визначення договору підряду за ЦК РФ, доходить висновку, що підрядник виконує роботи за договором (виготовляє річ або переробляє (обробляє) її) виключно для замовника, а не для себе. Значить, підрядник не є власником нової речі, виготовленої ним [21, с. 14]. О. Л. Абрамцова, шукаючи відповідь на питання: чи може підрядник передати замовнику права на виготовлену річ відповідно до п. 2 ст. 703 ЦК РФ, доходить висновку, що підрядник не може передати замовнику жодних прав на виготовлену річ, оскільки сам їх не має [14, с. 36]. Тобто, як бачимо, питання виникнення права власності у сторін за договором підряду є доволі дискусійним та таким, що потребує окремого закріплення на законодавчому рівні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гавзе Ф. И.* Обязательственное право (общие положения). / Ф. И. Гавзе. – Минск, 1968. – С. 26.
2. *Советское гражданское* право / Под ред. О. С. Иоффе, Ю. К. Толстого, Б. Б. Черепахина. Т. 1. – Л., 1971. – С. 168 –172.
3. *Зобов'язальне право*: теорія і практика / За ред. О. В. Дзери / Н. С. Кузнєцова. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 11.
4. *Євстігнєєв А. В.* Істотні умови договору за цивільним та господарським кодексами: порівняльний аспект // Юридичний журнал / А. В. Євстігнєєв. – 2006. – № 1. – С. 24.
5. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга вторая: договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2000. – С. 22.
6. *Гражданское право*: учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева. – М.: Проспект, 2000. – Т. 3. – С. 336.
7. *Комментарий к* Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. А. Р. Гойхбарга, И. С. Перетерского. – М.: Петроград, 1924. – Вып. 4: Обязательственное право. – С. 88.
8. *Комментарий к* части первой ГК РФ (постатейный)/ Под. ред. О. Н. Садикова. – М., 1999. – С. 418.
9. *Брагинский М. И.* Договор подряда и подобные ему договоры / М. И. Брагинский. – М.: «Статут». – 1999. – С. 4, 51.
10. *Гражданское право*: учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева. – М., 2000. – Т. 3. – С. 336.
11. *Брауде И. Л.* Договоры по капитальному строительству в СССР / И. Л. Брауде. – М.: Госюриздат, 1952. – С. 27, 134.
12. *Чигир В. Ф.* Договор подряда по капитальному строительству / В. Ф. Чигир. – Минск: Изд-во Белорусского гос. ун-та, 1958. – С. 80 – 81.
13. *Баринов Н. А.* Права граждан по договору бытового заказа и их защита / Н. А. Баринов. Изд-во Саратовского ун-та. – Саратов, 1973. – С. 38.
14. *Абрамцова Е. Л.* Договор подряда в гражданском праве России: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е. Л. Абрамцова. – М.: РГБ, 2005. – С. 34.
15. *Гражданское право* / Под ред. В. А. Рясенцева. Т. 2. – М.: Госюриздат, 1976. – С. 148.
16. *Дзера О. В.* Глава 48. Договір підряду. Цивільне право України: підручник. У 2-х кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової / О. В. Дзера. – К., 2004. – Кн. 2. – С. 180.
17. *Обиденнов А. М.* Предмет и обьект как существенные условия гражданско-правового договора / А. М. Обиденнов // Електронний ресурс: http://exjure.ru/law/index.php?showcat=jump&f=26&t=%CF%%F0%E8%EE%E4%E8%EA%E0.
18. *Гриценко Г. М.* Правове регулювання капітального будівництва за державні кошти: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.04 // Інститут економіко-правових досліджень НАН України / Г. М. Гриценко. – Донецьк, 2011. – С. 47.
19. *Договірне право* України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.: за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 386.
20. *Цивільне право* України / О. Г. Братель, С. В. Губарев, В. П. Мироненко та ін. Посібник для підготовки до іспитів. – К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2005. – С. 211–212.
21. *Гаврилов Э.* Когда заказчик становится собственником предмета договора подряда? // Российская юстиция / Э. Гаврилов. – 1999. – № 1. – С. 14.

Paper is devoted to defining the subject of contractual obligations with work. In addition, attention is focused on the problem of separation of object and subject of the agreement in general and contracts, in particular.

Статья посвящена вопросу определения предмета договорных обязательств по выполнению работ. Кроме того, акцентируется внимание на проблеме разграничения объекта и предмета договора вообще и договора подряда в частности.

ПАРАДИГМА ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ ДОГОВОРУ ДАРУВАННЯ

Вавженчук С. Я.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного та трудового права
юридичного факультету Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

У статті звертається увага на низку аспектів правового регулювання відносин дарування і з'ясування сутності договору дарування. Звертається особлива увага на юридичну природу відповідного договору.

Ключові слова: договір, зобов'язання, дарування.

Не можна заперечувати того факту, що протягом усього періоду реформування цивільного права до договірних відносин дарування постійно були прикуті погляди провідних правників. Це спричинено, у першу чергу, пріоритетами правового та суспільного розвитку, переорієнтацією на загальновизнані приватноправові цінності та стандарти. Як наслідок, договірна конструкція дарування посідає чільне місце серед інших категорій договірного права.

Реформаційні процеси правового поля та проблеми реалізації майнового обороту фокусують увагу на необхідності якісно нового та ґрунтовного дослідження договірних відносин дарування, як базової конструкції договірного права. Рельєфне поглиблення проблеми нормативно-правової регламентації договірних відносин дарування підкреслюється високою динамікою економічних відносин, які вимагають того, щоб правові форми, в яких відображені грані суспільних відносин, були адекватні сучасному економічному змісту.

Відповідне становище суспільних відносин вказує на наявність багаторівневого пласту теоретико-практичних аспектів, що потребує детального правового аналізу, розробки якісних методологічних підходів до вивчення нагальних договірних відносин і, як наслідок, широкої дискусії серед правників. Саме тому стан наявних проблем правового характеру є потужним поштовхом для здійснення наукової розвідки у заданому правовому векторі.

Значний внесок у розробку відповідної проблематики здійснили такі відомі правники: М. І. Брагінський, В. В. Вітрянський, О. В. Дзера, О. С. Іоффе, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, Д. І. Мейєр, Г. Ф. Шершеневич, Я. М. Шевченко та інші. Теоретико-правові концепції різних періодів розвитку договірних відносин дарування, окреслені у працях провідних науковців, вказують не лише на підвищений інтерес до договірної конструкції дарування, а й на необхідність її нормативно-правового та науково-практичного вдосконалення. Через це наукові здобутки та розробки у цьому договірному спектрі становлять базовий фундамент вчення про договори дарування.

Метою даної роботи є уточнення юридичної природи договору дарування на підставі сукупності фундаментальних наукових розробок та нормативно-правої бази.

Коли йдеться про договір дарування, згадується римське право. В римському праві договір дарування не належав до жодного з існуючих типів договору. Договором дарування (лат. pactum donationis) в римському праві визнавалася неформальна угода, за якою одна сторона (дарувальник) надає іншій стороні (обдаровуваному) будь-які цінності за рахунок свого майна з метою виявлення щедрості до обдаровуваного [1, с. 499]. З розвитком римського права такі договори набули статусу окремого договору та отримали позовний захист.

Договір дарування є договором, за яким одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність. Наведене визначення логічно випливає з нормативного правила ч. 1 ст. 717 ЦК України.

На рівні цивілістичної доктрини розуміння сутності договору дарування було неоднозначним. Так, О. С. Іоффе визначав дарування як договір, в силу якого майно однієї сторони (дарувальника) передається безоплатно у власність іншої сторони (обдаровуваному) [2, с. 404]. Окрему позицію займав Д. І. Мейер вважаючи, що не всі акти дарування можна визнавати договором, а дарування варто відносити до інституту зобов'язального права. Про це свідчить те, що параграф, присвячений даруванню, міститься не в особливій частині другого розділу, а в другій частині «Набуття прав» п'ятої глави «Майнові права» першого розділу загальної частини його підручника «Русское гражданское право» [3, с. 827]. На думку Д. І. Мейєра, дарованням є безоплатне навмисне відчудження будь-якого майнового права з боку однієї особи іншій, відчудження, яке сполучене з позбавленням права для дарувальника [3, с. 278]. Зазначену позицію розкритикував Г. Ф. Шершеневич, який зазначив, що розміщення дарування в загальній частині є педагогічно неправильним через те, що в такому разі низку положень, яким місце в особливій частині, прийшлося б викладати стосовно дарування [4, с. 128].

За договором дарування, на відміну від оплатних договорів, майно передається дарувальником у власність на безоплатній основі обдаровуваному.

Варто підкреслити, що надання згоди на прийняття дарунку спричинене тим, що для обдаровуваного має значення особа дарувальника та мотив здійснення дарування.

Характеризуючи договір дарування, слід звернути увагу на його фундаментальні ознаки. Зокрема, договір дарування може бути як реальним, так і консенсуальним (ч. 1 ст. 717 ЦК України), він є безоплатним та одностороннім.

З моменту досягнення дарувальником та обдаровуваним згоди за всіма істотними умовами договір дарування буде вважатися укладеним, а отже, матиме всі ознаки консенсуального договору. Консенсуальний характер проявляється тоді, коли дарувальник візьме на себе зобов'язання передати дарунок через певний проміжок часу після укладення договору з обдаровуваним. На консенсуальний характер договору вказує і ст. 723 ЦК України, згідно з якою, договором дарування може бути встановлений обов'язок дарувальника передати дарунок обдаровуваному в майбутньому через певний строк (у певний термін) або у разі настання відкладальної обставини [5]. Якщо договір дарування укладається в нотаріальній формі або потребує державної реєстрації, він буде вважатися консенсуальним договором незалежно від моменту передачі дарувальником речі обдаровуваному.

Договір дарування буде вважатися реальним з моменту передачі речі дарувальником обдаровуваному. З цього моменту договір буде вважатися укладеним. Говорячи про договір дарування як реальний, О. С. Іоффе зазначав, що оскільки в акті дарування передача речі означає здійснення угоди, то жодних обов'язків з укладеного договору для дарувальника виникнути не може і обдаровуваний також не є зобов'язаною особою в силу одностороннього характеру договору дарування, а дарування, як реальна угода, будь-яких зобов'язальних правовідносин не породжує і укладається шляхом виконання угоди, відразу ж перетворюючи обдаровуваного у власника майна, отриманого у вигляді дару [2, с. 404–405].

Передача речей за договором дарування може відбуватися у різний спосіб. Спосіб передачі речей з «рук в руки» притаманний рухомим речам (наприклад, передача в дар годинника, запальнички). Символічний спосіб передачі речей, зазвичай, притаманний нерухомим речам. При даруванні нерухомих речей (наприклад, будинку, квартири) факт приймання може засвідчуватися актом прийман-

ня-передачі, що підписується сторонами договору дарування. До символічного способу передачі належить вручення обдаровуваному документів на річ або речі, яка символізує передачу іншої речі (макет речі) тощо.

Безумовно, договір дарування належить до безоплатних договорів. Безоплатність договору дарування полягає у тому, що дарувальник позбавлений права вимоги будь-яких зустрічних дій на свою користь від обдаровуваного. Тобто відсутній факт зустрічного задоволення у договірних відносинах. Доцільним, на думку А. Домбругової, є застереження, викладене у ч. 2 ст. 717 ЦК України, про те, що договір, який встановлює обов'язок обдаровуваного вчинити на користь дарувальника будь-яку дію майнового або немайнового характеру, не є договором дарування. Зазначене положення відображає сутність договору дарування й вказує на його основну відмінність від інших договорів – безоплатність набуття дарунку, тобто перехід права власності без будь-якої зустрічної матеріальної чи нематеріальної компенсації дарувальникові [6, с. 14].

Варто наголосити, що норми ст. 725 ЦК України виходять за межі традиційного розуміння договору дарування, встановлюючи нове правило стосовно можливості покладення на обдаровуваного певного обов'язку на користь третьої особи. Так, ч. 1 ст. 725 ЦК України визначає, що договором дарування може бути встановлений обов'язок обдаровуваного вчинити певну дію майнового характеру на користь третьої особи або утриматися від її вчинення (передати грошову суму чи інше майно у власність, виплачувати грошову ренту, надати право довічного користування дарунком чи його частиною, не пред'являти вимог до третьої особи про виселення тощо) [5].

Водночас договір дарування є одностороннім договором. Односторонній характер договору дарування проявляється у тому, що дарувальник уступає право власності на дарунок обдаровуваному, взамін не набуваючи жодних прав, а обдаровуваний набуває право власності на дарунок і не бере на себе будь-яких обов'язків перед дарувальником.

Безперечно, для того щоб наша наукова розвідка досягла своєї мети, варто сконцентрувати увагу на предметі договору дарування. До предмета договору дарування належать рухомі речі, в тому числі гроші та цінні папери, нерухомі речі, майнові права. На рівні цивілістичної доктрини В. В. Вітрянський та М. Г. Масєвич розширювали предмет договору дарування включаючи до нього окрім майна ще й дії (звільнення обдаровуваного від майнового обов'язку) [7, с. 167; 8, с. 341]. Із зазначеним не можна погодитися через те, що звільнення від майнового обов'язку підпадає не під договірну конструкцію дарування, а під правові конструкції уступки права вимоги, переведення боргу, прощення боргу, виконання зобов'язання дарувальником за обдаровуваного.

Майнові права, нерозривно пов'язані з особою, не підлягають відчуженню шляхом дарування. До таких майнових прав належать право на одержання аліментів, право на одержання відшкодування шкоди, завданої ушкодженням здоров'я.

Майно, що виступає предметом договору дарування, має перебувати у власності дарувальника. Якщо предметом договору дарування виступають майнові права, то відповідно до ч. 2 ст. 718 ЦК України дарувальник може ними володіти в момент укладення договору дарування або вони можуть виникнути у майбутньому.

Предметом договору дарування може бути будь-яке майно, за винятком майна, що не може перебувати у власності суб'єктів цивільного права. В додатку № 1 Переліку видів майна, що не може перебувати у власності громадян, громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України, затвердженого Постановою Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 р. № 2471-XII [9] визначено майно, що не може перебувати у власності суб'єктів цивільного права, а отже, і не може бути предметом договору дарування.

Окреслюючи контури юридичної природи договору дарування, не можна обійти увагою його суб'єктний склад, адже саме він може визначати певні особливості досліджуваних зобов'язальних відносин. Звісно, сторонами договору дарування є дарувальник та обдаровуваний. Сторонами відповідного договору можуть бути будь-які фізичні особи, юридичні особи будь-якої форми власності, держава, Автономна Республіка Крим, тереторіальна громада. Вичерпний перелік сторін договору дарування містить ч. 1 ст. 720 ЦК України.

Цивільне законодавство не забороняє юридичним особам приймати в дар майно, але містить обмеження щодо відчудження ними свого майна шляхом укладення договору дарування. Норми ч. 3 ст. 720 ЦК України імперативно зазначають, що договір дарування можуть укласти підприємницькі товариства між собою за умови, якщо установчими документами дарувальника передбачено право здійснювати дарування. До винятку із цього правила належить лише укладення юридичною особою договору пожертви. Метою обмеження щодо відчуження підприємницькими товариствами майна шляхом укладення договору дарування є захист інтересів засновників (учасників) підприємницьких товариств, які здійснюють дарування, та інтересів їх кредиторів.

Обдарованою особою може бути як дієздатна, так і недієздатна особа. Якщо обдарованою особою є недієздатна особа, то опікун має право приймати дарунок від імені недієздатної особи. Якщо ж обдарованою особою є обмежено дієздатна особа, то піклувальник дає згоду на отримання дарунку.

Слід звернути увагу на те, що ч. 2 ст.720 ЦК України містить гарантію для дітей та підопічних, забороняючи їх батькам (усиновлювачам), опікунам дарувати майно, яке належить на праві власності таким дітям або підопічним. Зокрема, ч. 8 ст. 177 Сімейного кодексу України просувається далі у захисті прав дитини визначаючи відповідальність батьків у разі неналежного управління майном дитини, вказуючи, що неналежне виконання батьками своїх обов'язків щодо управління майном дитини буде підставою для покладення на них обов'язку відшкодувати завдану їй матеріальну шкоду та повернути доходи, одержані від управління її майном.

При укладенні договору дарування можна застосовувати інститут представництва, закріплений у гл. 17 ЦК України. Таке право дається ч. 4 ст. 720 ЦК України, яка вказує, що від імені дарувальника договір дарування має право укласти його представник. Доручення на укладення договору дарування має відповідати загальним правилам щодо представництва та містити ім'я обдаровуваного. Якщо доручення на укладення договору дарування не містить ім'я обдаровуваного, воно буде вважатися нікчемним.

Узагальнюючи результати нашої наукової розвідки, слід констатувати, що мета даної роботи досягнута, адже здійснено

уточнення юридичної природи договору дарування на підставі сукупності фундаментальних наукових розробок та нормативно-правової бази. Разом із тим автор дійшов таких висновків.

Норми ст. 725 ЦК України виходять за межі традиційного розуміння договору дарування, встановлюючи нове правило стосовно можливості покладення на обдаровуваного певного обов'язку на користь третьої особи.

Звільнення від майнового обов'язку підпадає не під предмет договірної конструкції дарування, а під правові конструкції уступки права вимоги, переведення боргу, прощення боргу, виконання зобов'язання дарувальником за обдаровуваного.

Метою обмеження відчуження підприємницькими товариствами майна шляхом укладення договору дарування є захист інтересів засновників (учасників) підприємницьких товариств, які здійснюють дарування, та інтересів їх кредиторів.

Разом із тим вважаємо за потрібне наголосити, що латентна проблематика в рамках договірної конструкції дарування не є якоюсь абстрактною, а постає як реальна виходячи із процесу розвитку приватноправових відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Римское* частное право. Учебник / [Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского]. – М.: Юристъ, 1996. – 544 с.

2. *Иоффе О. С.* Избранные труды: в 4-х т. Т.III Обязательственное право. – СПб.: Издательство «Юридический цент Пресс», 2004. – 837 с.

3. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. – М.: СТАТУТ, 2000. – 674 с.

4. *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. Т. 2. – СПб., 1902. – 195 с.

5. *Цивільний* кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 44 (31.10.2003). – Ст. 356.

6. *Домбругова А.* Договір дарування: новели цивільного законодавства // Юридичний вісник України. – 2003. – 13–19 грудня. – С. 14.

7. *Гражданское* право России: обязательственное право. Курс лекций. Ч. 2 / Брагинский М. И., Клейн Н. И., Левшина Т. Л., Литовкин В. Н. и др.; Отв. ред.: Садиков О. Н. – М.: БЕК, 1997. – 704 с.

8. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договороное право. Книга вторая: Договоры о перердаче имущества. Изд. 4-е, стереотипное. – М.: «Статут», 2002. – 462 с.

9. *Постанова* Верховної Ради України «Про право власності на окремі види майна» від 17 червня 1992 р. № 2471-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 35 (01.09.92). – Ст. 517.

The article focuses on a series of aspects of the legal regulation of the relations arising form the gift deed and the essence of the gift deed. Specific attention is paid to the legal nature of such contract.

В статье обращается внимание на ряд аспектов правового регулирования отношений дарения и определения сущности договора дарения. Обращается особое внимание на юридическую природу соответствующего договора.

СТРОКИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВ ТА ВИКОНАННЯ ОБОВ'ЯЗКІВ НАЙМАЧЕМ У ДОГОВОРАХ ПРО ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ТИМЧАСОВЕ КОРИСТУВАННЯ

Хащівська Н. В.,

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

У статті проаналізовано особливості цивільно-правового регулювання строків здійснення суб'єктивних прав та виконання цивільних обов'язків наймачем у договорах про передання майна у тимчасове користування.

Ключові слова: договір найму (оренди), строк (термін), наймач, здійснення прав, переважні права, виконання обов'язків.

Договір – один із унікальних правових засобів, в межах якого інтерес кожної сторони може бути задоволений лише шляхом задоволення інтересу іншої сторони, а це, в свою чергу, породжує загальний інтерес сторін до укладення договору і його належного виконання.

Договір найму (оренди) належить до групи цивільно-правових договорів про передання майна у тимчасове користування. Передання майна наймачеві не супроводжується переходом до нього права власності на це майно. Останній отримує лише право користування ним.

З укладенням договорів майнового найму, як і будь-якого іншого двостороннього договору, у кожної із сторін виникають права та обов'язки, які становлять його зміст.

Метою цієї статті є визначення особливостей цивільно-правового регулювання строків здійснення суб'єктивних прав та виконання цивільних обов'язків наймачем у договорах про передання майна у тимчасове користування.

Правова природа строків здійснення цивільних прав пов'язана з належним учасникам цивільних правовідносин суб'єктивним правом, тому, звертаючи на це особливу увагу, строками здійснення цивільних прав можна назвати строки, протягом яких особа, що має суб'єктивне право, може реалізувати ті можливості, які закладені саме в суб'єктивному праві. Такі можливості передбачаються законами чи іншими нормативними актами, а також можуть встановлюватися за домовленістю сторін. Так, наймач за договором найму (оренди) може робити поліпшення переданої йому у користування речі. Проте, виходячи зі ст. 778 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України [1], поліпшення речі, переданої у найм, наймач може робити лише за згодою наймодавця. У цьому разі наймач має право на відшкодування вартості необхідних витрат або на зарахування їх вартості у рахунок плати за користування річчю (ч. 3 ст. 778 ЦК України). Якщо поліпшення можуть бути відокремлені від речі без її пошкодження, наймач, замість відшкодування вартості поліпшень, може їх вилучити.

Відповідно до ч. 2 ст. 27 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [2], зокрема, орендар вправі залишити за собою проведені ним поліпшення орендованого майна, здійснені за рахунок власних коштів, якщо вони можуть бути відокремлені від майна без заподіяння йому шкоди. Якщо орендар за рахунок власних коштів здійснив за згодою орендодавця поліпшення орендованого майна, які неможливо відокремити від майна без заподіян-

ня йому шкоди, орендодавець зобов'язаний компенсувати йому зазначені кошти в межах збільшення в результаті цих поліпшень вартості орендованого майна, визначеної в установленому законодавством порядку, яке відбулося в результаті таких поліпшень, якщо інше не визначено договором оренди. Проте вартість поліпшень орендованого майна, зроблених орендарем без згоди орендодавця, які не можна відокремити без шкоди для майна, компенсації не підлягає.

ЦК України містить нову норму, що стосується поліпшення речі наймачем, якщо в результаті цього створюється нова річ. У цьому випадку наймач стає співвласником речі. Річ належатиме наймодавцеві та наймачеві на праві спільної часткової власності, в якій частка наймача відповідає вартості його витрат на поліпшення речі. Проте вказана норма є диспозитивною, і законом або договором може бути передбачений інший розподіл часток.

Відповідно до ст. 796 ЦК України одночасно з правом найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) наймачеві надається право користування земельною ділянкою, на якій вони знаходяться, а також право користування земельною ділянкою, яка прилягає до будівлі або споруди, у розмірі, необхідному для досягнення мети найму.

Стаття 777 ЦК України надає наймачеві коло спеціальних переважних прав. Так, наймач, який належно виконує свої обов'язки за договором найму, після спливу строку договору має переважне право перед іншими особами на укладення договору найму на новий строк. Про намір укласти договір найму на новий строк наймач зобов'язаний повідомити наймодавця заздалегідь, до закінчення строку договору. Час, за який наймач повинен повідомити наймодавця про бажання продовжити строк найму, може бути визначений у договорі. Якщо в договорі строк не встановлений, повідомлення має відбутися у розумний строк. При цьому продовження договору найму на новий строк вважається новим договором, який може містити умови, що відрізняються від умов попереднього договору. І якщо наймач не погоджується з новими умовами, він втрачає переважне право на укладення такого договору, і наймодавець може передати майно у користування іншим особам.

Подібне правило міститься і в ч. 3 ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна». Проте бажання добросовісного орендаря на укладення договору оренди на новий строк не враховується у разі наявності в орендодавця (власника майна) власних потреб щодо використання цього майна. Так, якщо власник має намір використовувати зазначене майно для власних потреб, він повинен письмово попередити про це орендаря не пізніше ніж за три місяці до закінчення строку договору.

Як свідчить аналіз судової практики, при вирішенні справ про подовження строку договору оренди суди, вирішуючи подібні справи, застосовують положення не лише Закону України «Про оренду державного та комунального майна», а й відповідні норми ЦК України. Як приклад можна навести постанову Вищого господарського суду України у справі про спонукання продовжити дію договору оренди, яка підтвердила правомірність відмови в задоволенні позову орендаря, який бажав скористатися переважним правом на укладення договору оренди на новий строк, оскільки: орендар не попередив про свій намір орендодавця відповідно до вимог абз. 2 ч. 1 ст. 777 ЦК України; сторони не досягли домовленості щодо умов договору найму на новий строк, як це передбачено абз. 3 ч. 1 ст. 777 ЦК України, наслідком чого є припинення переважного права наймача на укладення договору; орендодавець вправі відмовити у переданні в оренду об'єктів, якщо прийняв рішення про укладення договору оренди нерухомого майна з бюджетною установою, організацією [3].

У разі укладення договору найму на невизначениий строк переважне право не виникає. Це пояснюється тим, що ч. 3 ст. 763 ЦК України надає право кожній із сторін у будь-який час відмовитися від такого договору, попередивши про це іншу сторону в установлений строк.

До зобов'язань, що виникають із договору прокату, наприклад, не застосовуються передбачені загальними положеннями про найм (оренду) правила про поновлення договору найму (оренди) на невизначений строк і переважне право наймача на поновлення договору найму (оренди). Це викликане його публічним характером, наймодавцем в ньому може виступати тільки суб'єкт підприємницької діяльності, що у сукупності відіграє роль «бар'єра» для переважних прав. Це варто пов'язувати із тим, що, по-перше, відповідно до положень про публічний договір підприємець не має права надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору (ч. 3. ст. 633 ЦК України), а, по-друге, викликане необхідністю нормально здійснювати свою професійну діяльність [4, с. 90]. Договір позички, наприклад, є безоплатним, що також є перешкодою для переважних прав його сторони, оскільки безоплатний характер вимагає надання більшої свободи позичкодавцю по розпорядженню предметом позички [5, с. 14].

Враховуючи специфіку предмета договору найму (оренди) транспортного засобу, законодавець також виключив можливість застосування до даних правовідносин загальних положень про найм (оренду), які наділяють наймача, що належним чином виконує свої обов'язки, по закінченню строку договору найму (оренди) переважним правом перед іншими особами на укладення договору найму (оренди) на новий строк.

Як зазначає В. І. Крат, переважне право наймача на укладення договору на новий строк потрібно відрізняти від подібної правової конструкції, передбаченої ст. 764 ЦК України – поновлення договору. При поновленні договору відбувається продовження договірних зв'язків після закінчення строку договору найму, коли наймач продовжує користуватися майном і немає заперечень наймодавця протягом одного місяця, а сутністю зазначеного права є укладення договору найму на новий строк із встановленням умов за домовленістю сторін, а не його автоматичне поновлення [4, с. 62].

Таким чином, для здійснення переважного права наймача на укладення договору найму на новий строк необхідні такі умови: а) намір наймодавця продовжувати здавати майно у найм; б) закінчення строку дії договору найму; в) виконання наймачем належним чином своїх обов'язків; г) згода наймача на умови передання майна у найм; д) письмове повідомлення наймодавця з боку наймача про бажання укласти договір найму на новий строк.

У разі якщо наймодавець бажає продати річ, що є об'єктом найму, наймач, який належно виконує свої обов'язки, має переважне право перед іншими особами на її придбання. Тобто лише в разі повної відмови наймача купити річ або відмови придбати її на умовах, запропонова-

них наймодавцем, останній може запропонувати річ іншим особам. Але якщо немає бажаючих купити річ на умовах, запропонованих наймодавцем, і він погодився продати її на умовах, які задовольняють наймача, останній знову має переважне право на її купівлю.

У договорі фінансового лізингу може передбачатися право викупу предмета лізингу лізингоодержувачем після закінчення або ще до закінчення строку договору. У частині 2 ст. 8 Закону України «Про фінансовий лізинг» [6] зазначено, що у разі якщо сторони договору лізингу уклали договір купівлі-продажу предмета лізингу, то право власності на предмет лізингу переходить до лізингоодержувача з моменту сплати ним визначеної договором ціни (грошової суми), якщо договором не передбачено інше.

Строки здійснення цивільних прав тісно пов'язані зі строками виконання цивільних обов'язків. Оскільки праву суб'єкта завжди відповідає певний обов'язок, тому строк здійснення права однією особою є одночасно строком виконання обов'язку іншою особою.

У будь-якому договорі майнового найму виділяються групи умов, що визначають обов'язки відповідно наймодавця (орендодавця) та наймача (орендаря). Обов'язки наймача, зазвичай, визначаються умовами договору, що регламентують порядок користування майном, переданим у найм, розмір плати за користування таким майном, порядок і строки її внесення.

Таким чином, виходячи з положень ЦК України можна виділити ***основні обов'язки наймача, що випливають із договору найму (оренди):*** прийняти майно, що передається наймодавцем у тимчасове володіння та користування; перевірити справність речі в момент її передання у присутності наймодавця; користуватися річчю відповідно до її призначення або умов договору; утримувати річ у належному стані та проводити за власний рахунок поточний ремонт речі; своєчасно вносити плату за користування майном; повернути річ після закінчення строку договору найму або припинення договору найму за інших підстав.

Важливим обов'язком наймача за договором найму (оренди) є *необхідність прийняти майно в тимчасове володіння і користування*. Так, відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону України «Про фінансовий лізинг» лізингоодержувач зобов'язаний прийняти предмет лізингу та користуватися ним відповідно до його призначення та умов договору.

Передання об'єкта нерухомості за договором найму будівлі або іншої капітальної споруди наймодавцем і прийняття його наймачем повинні бути оформлені актом передання-приймання або іншим документом, підписаним обома сторонами. До фактичного передання зданої в найм будівлі або іншої капітальної споруди наймачеві і підписання сторонами акта передання або іншого відповідного документа договір найму не може вважатися виконаним. Більше того, ухилення однією із сторін від передання (прийняття) відповідного майна або підписання акта передання-приймання розглядається як відмова від виконання договору найму будівлі або іншої капітальної споруди.

ЦК України *зобов'язує наймача перевірити справність речі в момент її передання у присутності наймодавця*. У разі якщо наймач у момент передання речі у його володіння не переконається у її справності, річ вважається такою, що передана йому в належному стані (ч. 3 ст. 767 ЦК).

Наймачі, отримуючи у користування річ з гарантійним строком, при виявленні недоліків у ній мають право на виправлення цих недоліків, але за умови, що вони виявлені саме в межах цього строку. Таким чином, наймодавець не несе відповідальності за недоліки речі, що були ним обговорені при укладенні договору найму або заздалегідь відомі наймачеві, а також за ті недоліки, які наймач повинен був виявити у момент огляду речі чи перевірки її справності при укладенні договору або переданні речі у найм. У всіх інших випадках відповідальність за недоліки переданого у найм майна покладається на наймодавця. Йдеться про ті недоліки, які перешкоджають використанню речі, переданої у найм за її призначенням як повністю, так і частково.

Одним із обов'язків наймача є *обов'язок користуватися річчю відповідно до її призначення або умов договору* (ч. 1 ст. 773 ЦК України). У цьому разі законодавець робить акцент не на обов'язку користуватися річчю, оскільки не передбачає для наймача негативних наслідків на той випадок, якщо він не використовуватиме річ, а саме на обов'язку користуватися річчю відповідно до умов договору або її призначення. Поряд з цим загальним правилом закон містить винятки. Так, за договором оренди земельної ділянки орендар зобов'язаний приступити до використання земельної ділянки в строки, встановлені договором оренди землі, зареєстрованим в установленому законом порядку, та у п'ятиденний строк після державної реєстрації договору оренди земельної ділянки державної або комунальної власності надати копію договору відповідному органу державної податкової служби (ст. 25 Закону України «Про оренду землі» [7]). До встановлення меж земельної ділянки у натурі (на місцевості), одержання документа, що посвідчує право на неї, та державної реєстрації забороняється приступати до її використання (ст. 125 Земельного кодексу України [8]). Проте все ж таки нездійснення права користування земельною ділянкою може бути підставою для розірвання договору оренди (ч. 1 ст. 32 Закону України «Про оренду землі»).

Специфічний цільовий характер носить користування предметом договору найму (оренди) транспортного засобу зі сторони наймача: транспортний засіб може експлуатуватися лише з однією визначеною метою, а саме, для перевезення пасажирів, вантажів, пошти, багажу.

У процесі користування річчю *наймач зобов'язаний утримувати її у належному стані та проводити за власний рахунок поточний ремонт речі*, якщо інше не встановлено в договорі (ч. 1 ст. 776 ЦК України). Поточний ремонт здійснюється з метою відновлення працездатності майна (конструкцій будівлі або споруди), а також підтримання його експлуатаційних показників [9, с. 195].

Обов'язком наймача протягом всього строку дії, зокрема, договору найму (оренди) транспортного засобу, є підтримка переданого у найм транспортного засобу в належному технічному стані. При цьому витрати, пов'язані з використанням транспортного засобу, в тому числі зі сплатою податків та інших платежів, несе наймач.

У свою чергу, за договором лізингу на лізингоодержувача покладаються додаткові обов'язки, пов'язані з експлуатацією майна, проведенням його як поточного, так і капітального ремонту, несенням усіх витрат у зв'язку з його утриманням, а також ризику, пов'язаного із випадковою загибеллю майна. Лізингоодержувач зобов'язаний письмово повідомляти лізингодавця про порушення строків проведення або не проведення поточного чи сезонного технічного обслуговування та про будь-які інші обставини, що

можуть негативно позначитися на стані предмета лізингу, – негайно, але у будь-якому разі не пізніше другого робочого дня після настання вищезазначених подій чи фактів, якщо інше не встановлено договором (п. 6 ч. 2 ст. 11 Закону України «Про фінансовий лізинг»).

Обов'язком, пов'язаним з користуванням річчю, є необхідність додержуватися встановлених законом або договором обмежень. Так, деякі повноваження, що випливають із права володіння та користування річчю, наймач може реалізувати лише за згодою наймодавця [10, с. 124]. До таких повноважень належать, зокрема, право здавати річ у піднайм (суборенду). Так, відповідно до ч. 1 ст. 774 ЦК України *передання наймачем речі у користування іншій особі (піднайм)* можливе лише за згодою наймодавця, якщо інше не передбачено законом або договором.

Згідно зі ст. 5 Закону України «Про фінансовий лізинг» сублізинг – це вид піднайму предмета лізингу, згідно з яким лізингоодержувач за договором лізингу передає третім особам (лізингоодержувачам за договором сублізингу) у користування за плату на погоджений строк відповідно до умов договору сублізингу предмет лізингу, отриманий раніше від лізингодавця за договором лізингу. Передання предмета у сублізинг допускається за згодою лізингодавця, що надається у письмовій формі. Проте, як зазначено у ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оренду землі», якщо протягом одного місяця орендодавець не надішле орендарю письмового повідомлення щодо своєї згоди чи заперечення, орендована земельна ділянка або її частина може бути передана в суборенду.

Строк договору піднайму не може перевищувати строку договору найму. У зв'язку з цим у разі дострокового припинення (розірвання на вимогу однієї із сторін) договору найму договір піднайму також автоматично припиняється. До договору піднайму застосовуються положення про договір найму. У відносинах піднайму наймач отримує відносно піднаймача всі права та обов'язки наймодавця. У свою чергу, піднаймач має права та обов'язки наймача і не вступає у будь-які відносини із наймодавцем. Перед останнім відповідальним за стан речі та внесення плати за користування річчю залишається наймач.

Із загального правила, встановленого ст. 774 ЦК України, є певні винятки. Так, у зв'язку з тим, що передана за договором прокату річ може використовуватися наймачем тільки для споживчих цілей, ЦК України забороняє наймачеві здавати таке майно в піднайм, передавати свої права і обов'язки за договором прокату іншим особам.

Договором або законом на наймача може бути покладений *обов'язок за власний рахунок застрахувати річ, що передана у найм* (ч. 2 ст. 771 ЦК України). Така умова найчастіше має місце у договорах лізингу і оренди державного та комунального майна. Так, орендоване майно страхується орендарем на користь того учасника договору оренди, який бере на себе ризик випадкової загибелі чи пошкодження об'єкта оренди (ч. 3 ст. 24 Закону України «Про оренду державного та комунального майна»).

Одним із основних обов'язків наймача є своєчасне внесення плати за користування майном, розмір якої встановлюється договором найму (ч. 1 ст. 762 ЦК України). Слід зазначити, що незважаючи на те, що розмір плати за користування річчю належить до істотних умов договору найму, як і будь-якого іншого оплатного договору, невстановлення його в договорі не буде тягти за собою визнання такого договору неукладеним. Це стало можливим у зв'язку з тим, що законодавець встановив правило визначення розміру орендної плати, якщо сторони не зробили цього в договорі. Відповідно до ч. 1 ст. 762 ЦК України в такому разі розмір плати за користування річчю визначається з урахуванням споживчої якості речі та інших обставин, що мають істотне значення.

ЦК України допускає встановлення законом або договором періодичного перегляду та зміни (індексації) розміру плати за користування майном (ч. 3 ст. 762 ЦК України). Сторони можуть визначити обов'язковий періодичний перегляд розміру орендної плати або її індексації відповідно до якихось об'єктивних умов (курсу національної валюти, рівня інфляції). Так, згідно з ч. 1 ст. 23 Закону України «Про оренду землі» орендна плата за земельні ділянки державної і комунальної власності, які передані в оренду для сільськогосподарського використання, переглядається один раз на три роки в порядку, встановленому законом або договором оренди.

Якщо інше не передбачено договором, плата за користування майном вноситься щомісячно (ч. 5 ст. 762 ЦК України). Плата за прокат речі, зокрема, встановлюється за тарифами наймодавця і визначається в договорі прокату у твердій сумі і вноситься наймачем періодично або одноразово.

Відповідно до ч. 1 ст. 286 Господарського кодексу України [11] і ст. 19 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» орендна плата є фіксованим платежем, який вносить орендар орендодавцеві незалежно від наслідків своєї господарської діяльності. Зміна розміру орендної плати під час дії договору оренди можлива за домовленістю сторін. Строки внесення орендної плати, як правило, визначаються у договорі, проте Методика розрахунку використання плати за оренду державного майна, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 4 жовтня 1995 р. № 786 [12], рекомендує в договорі оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства встановлювати, що сплата орендних платежів має проводитися щоквартально в 5-денний термін від дати, встановленої для подання квартальних бухгалтерських звітів (балансів), а за IV квартал – у 10-денний термін від дати, встановленої для подання річного бухгалтерського звіту (балансу).

На вимогу наймача розмір плати за користування майном може бути зменшений, якщо через обставини, за які він не відповідає, можливість користування майном істотно зменшилася (ч. 4 ст. 762 ЦК України). Наймач звільняється від плати за весь час, протягом якого майно не могло бути використане ним через обставини, за які він не відповідає (ч. 6 ст. 762 ЦК України). При цьому слід зазначити, що такі обставини мають стосуватися самого майна, а не особи наймача.

Ще одним із основних обов'язків наймача є *обов'язок повернути річ після закінчення строку найму або припинення договору найму за інших підстав*. Відповідно до ст. 785 ЦК України у разі припинення договору найму наймач зобов'язаний негайно повернути наймодавцеві річ у стані, в якому її було одержано, з урахуванням нормального зношування або у стані, який було обумовлено в договорі. У разі, якщо такий обов'язок не буде виконаний наймачем, він повинен сплатити наймодавцеві неустойку у розмірі подвійної плати за користування річчю за час простроче-

ня. Разом з тим згідно зі ст. 772 ЦК України наймач, що затримав повернення речі наймодавцеві, несе ризик її випадкового знищення або випадкового пошкодження.

Із обов'язку наймача повернути річ у стані, в якому її було одержано з урахуванням нормального зношування, випливає передбачений ст. 779 ЦК України *обов'язок наймача усунути всі погіршення речі, що сталися з його вини.* У разі неможливості відновлення речі наймач повинен відшкодувати наймодавцеві завдані збитки. Підставами звільнення наймача від відповідальності є погіршення стану речі, переданої у найм, внаслідок її нормального зношування або упущень наймодавця (ч. 3 ст. 779 ЦК України).

Зобов'язання, за загальним правилом, повинні виконуватися в строки (терміни), встановлені у законі або договорі. Тому *дострокове виконання зобов'язання* допускається, якщо інше не передбачено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Зазначена норма закріплена ст. 531 ЦК України, яка фактично встановлює презумпцію можливості дострокового виконання зобов'язання.

Кожна зі сторін договору найму, укладеного на невизначений строк, може відмовитися від договору в будь-який час, письмово попередивши про це другу сторону за один місяць, а у разі найму нерухомого майна – за три місяці (ч. 2 ст. 763 ЦК України).

Наймач, наприклад, за договором прокату має право відмовитися від договору та повернути річ наймодавцеві в будь-який час (ст. 790 ЦК України). При цьому плата за прокат, що сплачена наймачем за весь строк договору, зменшується відповідно до тривалості фактичного користування річчю. Хоча ЦК України і встановлює право наймача відмовитися від договору прокату і повернути річ у будь-який час, але не передбачає його обов'язок письмового попередження заздалегідь про це наймодавця. Наприклад, у ЦК РФ договір прокату може бути розірваний за ініціативою орендаря у будь-який час за умови письмового попередження орендодавця не менше ніж за десять днів про свій намір відмовитися від договору.

На вимогу однієї із сторін договір найму може бути достроково розірваний за рішенням суду в разі невиконання сторонами своїх зобов'язань та з інших підстав, передбачених законодавчими актами України. Так, наймач має право розірвати договір найму відповідно до ст. 784 ЦК України у разі, якщо наймодавець передав у користування річ, якість якої не відповідає умовам договору та призначенню речі, а також якщо наймодавець не виконує свого обов'язку щодо проведення капітального ремонту речі.

Висновки. Отже, зміст договору майнового найму являє собою сукупність усіх його умов, що, зокрема, конкретизують права та обов'язки наймодавця та наймача, які вони приймають на себе за договором.

Здійснення цивільних прав та виконання обов'язків відбувається різними способами та засобами, в різному обсязі та послідовності і, відповідно, обмежена абсолютно різними у всіх відношеннях часовими межами.

Строкам здійснення цивільних прав відповідають строки існування та виконання цивільних обов'язків. Неухильне дотримання строків виконання цивільних обов'язків має важливе значення, оскільки виконання обов'язку в строк (до певного терміну) є однією із умов принципу належного виконання зобов'язання.

Основними обов'язками наймача, що випливають із договору найму (оренди) є: прийняти майно, що передається наймодавцем у тимчасове володіння та користування; перевірити справність речі в момент її передання у присутності наймодавця; користуватися річчю відповідно до її призначення або умов договору; утримувати річ у належному стані та проводити за власний рахунок поточний ремонт речі; своєчасно вносити плату за користування майном; повернути річ після закінчення строку договору найму або припинення договору найму за інших підстав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України*: Прийнятий 16 січня 2003 року. – К.: Істина, 2003. – 368 с.
2. *Закон України* «Про оренду державного та комунального майна» // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 15. – Ст. 99; № 31. – Ст. 244.
3. *Постанова Вищого господарського суду України* від 22 січня 2008 р. у справі № 2/682 про спонукання продовжити дію договору оренди.
4. *Крат В. І.* Переважні права: цивільно-правовий аспект. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. І. Крат. – Харків, 2007.
5. *Новікова В. В.* Правова природа безвідплатних договорів у цивільному праві України. Автореф. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. В. Новікова; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2006. – 20 с.
6. *Закон України* «Про фінансовий лізинг» від 16 грудня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 231.
7. *Закон України* «Про оренду землі» // Земельний кодекс України. Офіц. видання. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – С. 133.
8. *Земельний кодекс України*. Офіц. видання. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – 168 с.
9. *Вінник О. М.* Науково-практичний коментар Закону України «Про оренду державного та комунального майна» / О. М. Вінник. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 352 с.
10. *Цивільне право України*. Підручник: У 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К., 2004. – Кн. 1. – 720 с.
11. *Господарський кодекс України*. Офіційний текст. – К.: Кондор, 2004. – 208 с.
12. *Методика розрахунку і порядок використання плати за оренду державного майна*, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 4 жовтня 1995 р. № 786 // ЗП України. – 1996. – № 2. – Ст. 57.

Khashchivska Nadiya in the scientific article analyses the features of the civil legal adjusting of terms of realization of rights and execution of duties an employer in the contracts about the transfer of property in temporal using.

В статье проанализированы особенности гражданско-правового регулирования сроков осуществления субъективных прав и исполнения гражданских обязанностей нанимателем в договорах о передаче имущества в краткосрочное использование.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА КАПІТАЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО

Біленко М. С.,

аспірант НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено комплексному аналізу істотних умов, які регулюють порядок укладення договору підряду на капітальне будівництво.

Ключові слова: підряд, капітальне будівництво, договір, підрядник, замовник.

У процесі здійснення господарської діяльності суб'єкти господарювання укладають між собою договори, внаслідок чого у них виникають права і обов'язки. В Господарському законодавстві, а саме, гл. 20 Господарського кодексу (далі – ГК) України [1] «Господарські договори» відсутнє саме поняття господарського договору. Натомість в судовій та господарській практиці, науковій літературі використовуються поняття: «господарський», «комерційний», «підприємницький» договори.

Однак сутність цих понять по-різному визначається у наукових дослідженнях з господарського права. Так, О. А. Беляневич розглядає договір як вид соціальної взаємодії, тобто як спільний акт його учасників, як засіб комунікацій суб'єктів. На її думку, господарський договір є заснованим на згоді сторін і зафіксованим у встановленій законом формі зобов'язанням між суб'єктами господарювання, суб'єктами організаційно-господарських повноважень, не господарюючими суб'єктами – юридичними особами, змістом якого є взаємні права і обов'язки сторін у галузі господарської діяльності [2, с. 61 – 62].

Відповідно до ч. 1 ст. 175 ГК України майново-господарськими визнаються цивільно-правові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин при здійсненні господарської діяльності, в силу яких зобов'язана сторона повинна вчинити певну господарську дію на користь іншої сторони або утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку. Майнові зобов'язання, які виникають між учасниками господарських відносин, регулюються Цивільним кодексом (далі – ЦК) України [3] з урахуванням особливостей, передбачених ГК України.

Так, відповідно до ст. 181 ГК України господарський договір, за загальним правилом, викладається у формі єдиного документа, підписаного сторонами та скріпленого печатками. Порівняно з ЦК України загальний порядок укладення господарського договору суттєво відрізняється від порядку укладення цивільного договору, визначеного в гл. 53.

Господарський договір є правовою формою господарських зв'язків, тобто саме тих відносин, які формуються між суб'єктами господарювання з приводу руху матеріальних благ. Особливістю господарських договорів є те, що при їх укладанні застосовуються певні техніко-юридичні процедури, тобто порядок висловлення пропозиції про укладання договору (оферти) та прийняття її (акцепту) значною мірою формалізований. Так, при укладенні господарського договору допускається укладення шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо (ч. 1 ст. 181 ГК України).

Відповідно до ч. 2 ст. 318 ГК України договір підряду на капітальне будівництво укладається на будівництво, розширення, реконструкцію та перепрофілювання об'єктів; будівництво об'єктів з покладенням повністю або частково на підрядника виконання робіт з проектування, поставки обладнання, пуско-налагоджувальних та інших робіт; виконання окремих комплексів будівельних, монтажних, спеціальних, проектно-конструкторських та інших робіт, пов'язаних з будівництвом об'єктів.

Укладання та виконання договорів підряду на капітальне будівництво здійснюється відповідно до Загальних умов укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених Кабінетом Міністрів України від 01.08.2005 р. № 668 (далі – Загальні умови) та вимог законодавства, а також з обов'язковим урахуванням підстав укладення договору та джерел фінансування.

За нормами ст. 318 ГК України та п. 4 Загальних умов за договором підряду на капітальне будівництво одна сторона (підрядник) зобов'язується своїми силами і засобами на замовлення другої сторони (замовника) побудувати і здати замовникові у встановлений строк визначений договором об'єкт відповідно до проектно-кошторисної документації або виконати зумовлені договором будівельні роботи та інші роботи, а замовник зобов'язується передати підряднику затверджену проектно-кошторисну документацію, надати йому будівельний майданчик, прийняти закінчені будівництвом об'єкти і оплатити їх. Враховуючи складність господарських договорів, укладення та виконання умов договору підряду на капітальне будівництво здійснюється відповідно до вимог законодавства в письмовій формі, за необхідності з урахуванням підстав укладення договору (вільне волевиявлення чи державне замовлення) та джерел фінансування (бюджетні кошти чи власні кошти інвестора).

Сторонами договору підряду на капітальне будівництво є замовник та підрядник. Договірні відносини з виконання робіт в господарському законодавстві на відміну від цивільного законодавства складаються за конструкцією генерального підряду. Так, відповідно до ст. 319 ГК України та п. 1 ст. 30 Загальних умов залучати до виконання договору третіх осіб – субпідрядників підрядник чи генпідрядник може лише за згодою замовника. Як видно зі ст. 319 ГК України, договір підряду на капітальне будівництво замовник може укладати з одним підрядником або з двома і більше підрядниками, які, у свою чергу, як генеральні підрядники можуть залучати як третіх осіб субпідрядників. Суб'єктами (сторонами) підрядного договору можуть бути й інші учасники будівництва (проектні організації, постачальники обладнання, банки тощо). У цьому разі будівельний контракт набуває рис багатостороннього договору, а саме, підрядник виступає перед замовником як генеральний підрядник, а перед субпідрядником – як замовник. Генеральний підрядник відповідає перед субпідрядником за невиконання або неналежне виконання замовником своїх обов'язків за договором підряду, а перед замовником – за порушення субпідрядником свого обов'язку. Якщо інше не встановлено договором або законом, замовник і субпідряд-

ник не мають права пред'являти один одному вимоги, пов'язані з порушенням договорів, укладених кожним із них з генпідрядником.

Оскільки договір підряду на капітальне будівництво укладається в письмовій формі, то відповідно до Загальних умов істотними умовами є: найменування та реквізити сторін; місце і дата укладення договору підряду; предмет договору підряду; договірна ціна; строки початку та закінчення робіт (будівництва об'єкта); права та обов'язки сторін; порядок забезпечення виконання зобов'язань за договором підряду; умови страхування ризиків випадкового знищення або пошкодження об'єкта будівництва; порядок забезпечення робіт проектною документацією, ресурсами та послугами; порядок залучення субпідрядників; вимоги до організації робіт; порядок здійснення замовником контролю за якістю ресурсів; умови здійснення авторського та технічного нагляду за виконанням робіт; джерела та порядок фінансування робіт (будівництва об'єкта); порядок розрахунків за виконані роботи; порядок здавання-приймання закінчених робіт (об'єкта будівництва); гарантійні строки якості закінчених робіт (експлуатації об'єкта будівництва), порядок усунення недоліків; відповідальність сторін за порушення умов договору підряду; порядок врегулювання спорів; порядок внесення змін до договору підряду та його розірвання.

Крім того, сторони можуть передбачити й інші важливі для регулювання взаємовідносин умови. Наприклад, у листі Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України № 14/12-57 від 1 лютого 2002 року [4] виконання функцій генерального підрядника ліцензуванню не підлягає. Водночас згідно з нормами законодавства генеральний підрядник повинен мати ліцензію на ті види будівельних робіт, які планує виконати самостійно без залучення субпідрядників. Саме тому, на нашу думку, цілком доречно буде визначати у реквізитах генерального підрядника інформацію про наявність ліцензії підрядника.

Останнім часом у господарському законодавстві спостерігається тенденція до встановлення дедалі ширшого кола істотних умов для договорів певного виду. Так, Загальними умовами передбачено, що при укладенні договору підряду на капітальне будівництво, крім визначення предмета договору, сторони у будь-якому випадку зобов'язані погодити ціну, строк дії договору та права і обов'язки сторін тощо. Серед наведених умов найбільш важливою є умова про предмет договору. Ще з радянських часів питання про предмет договору підряду на капітальне будівництво було досить дискусійним. Більшість учених-юристів стверджували, що предметом даного договору є результат роботи [5, с. 68], [6, с. 144 – 147], натомість інші вчені, такі як Ю. К. Толстой [7, с. 225 – 227], А. П. Ткач [8, с. 32 – 33], стверджували, що договір підряду на капітальне будівництво має два предмета: а) матеріальний об'єкт, будівництво якого передбачено планом та б) юридичний об'єкт – діяльність підрядника, на яку має право замовник. На думку В. Ф. Чигера, цей договір має один об'єкт, який складається із двох елементів: виконання роботи та її результату [9, с.229–230]. Проаналізувавши різні погляди щодо предмета договору підряду на капітальне будівництво, ми підтримуємо думку законодавця, що предметом даного договору є роботи, пов'язані з будівництвом об'єкта, обов'язок щодо виконання яких покладається на підрядника.

Нормами ст. 632 ЦК України визначено механізм встановлення ціни на випадок, коли ціна в договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов. В господарській практиці існують випадки, коли в тексті договору не можна встановити безпосередню ціну, проте міститься порядок або спосіб її обчислення на момент виконання обов'язку сторонами по оплаті виконаних робіт, поставленої продукції тощо. Тому постає логічним запитання: чи можна стверджувати, що за нормами ч. 2 ст. 189 ГК України прослідковується відсутність в договорі однієї із загальнообов'язкових істотних умов, а саме, умови про ціну, яка тягне за собою відповідні правові наслідки, а саме, неукладеність договору?

Тут погоджуємося з думкою О. А. Беляневич, яка стверджує, що з точки зору стабільності господарських договорів визначення умови про ціну як істотної для усіх господарських договорів є занадто категоричним. Ціна повинна визнаватися істотною лише для тих випадків, коли вона не може визначатися у наведений вище спосіб [2, с. 216]. Якщо ж ні ціни, ні способу її визначення не встановлено, то, на нашу думку, ціна може бути визначена судом відповідно до правил, зафіксованих нормами ст. 843 ЦК України.

Серед «тріади» найголовніших істотних умов договору підряду на капітальне будівництво виділяється й умова про строки початку і закінчення робіт (будівництва об'єкта). Строки виконання роботи є важливою умовою договору підряду. Строк у цивільних правовідносинах, на думку В. В. Луця, розуміється як: 1) момент виникнення чи припинення правовідносин (термін); 2) одна з умов, що визначає його зміст; 3) критерії правомірності поведінки учасників правовідносин із точки зору його своєчасності [10, с. 37 – 43].

Звичайно, відсутність в договорі строку його дії є ускладнюючим фактором його динаміки та процесу доказування в суді певних обставин у справі, але не таким, що унеможливлює функціонування договірного зв'язку, адже, за загальним правилом, господарське зобов'язання припиняється у зв'язку із його належним виконанням (ч. 1 ст. 203 ГК України).

Оскільки договір підряду на капітальне будівництво укладається за результатами переговорів сторін, проект договору підряду готує будь-яка сторона у визначені за взаємною домовленістю строки і подає його другій стороні для підписання у двох підписаних нею примірниках.

Зазвичай, при укладенні договорів сторони визначають зміст договору на основі: а) вільного волевиявлення, тобто сторони мають право погоджувати на власний розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству; б) примірного договору, рекомендованого органом управління суб'єктам господарювання для використання при укладанні ними договорів (при цьому сторони мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст); в) типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови; г) договору приєднання, запропонованого однією стороною для інших можливих суб'єктів, коли ці суб'єкти у разі вступу в договір не мають права наполягати на зміні його змісту.

Як встановлено ч. 7 ст. 179 ГК України, господарські договори укладаються за правилами, встановленими ЦК

України з урахуванням особливостей, передбачених ГК, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів. Встановлюючи правила укладання господарських договорів, ГК виділяє загальний для всіх видів договорів порядок їх укладання (ст. 181 ГК) і особливості укладання господарських договорів залежно від їх виду, підстав, місця укладання тощо (ст. 182 – 187 ГК України). Порядок (процедура) укладання договору підряду на капітальне будівництво поділяється на ряд стадій, на кожній з яких відповідна сторона має вчинити певні дії, встановлені законом. І стадія – надсилання пропозиції про укладання договору (оферта). Згідно з ч. 1 ст. 641 ЦК України пропозицію про укладання договору (оферту) може зробити кожна із сторін майбутнього договору, відтак проект договору може бути запропонований будь-якою із сторін (ч. 2 ст. 181 ГК). Тобто пропозиція укласти договір має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, особа повинна вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. ІІ стадія – прийняття пропозиції про укладання договору (акцепт). Сторона, яка одержала проект договору, у разі згоди з його умовами оформляє договір відповідно до вимог ч. 1 ст. 181 ГК (вчиняє підпис і скріплює його печаткою) і повертає один примірник договору другій стороні або надсилає відповідь на лист, факсограму у двадцятиденний строк після одержання договору. Як бачимо, особливістю процедури укладання договору підряду на капітальне будівництво за ГК України на відміну від процедури укладання договору будівельного підряду за ЦК України є наявність у них проміжної стадії – оформлення і врегулювання розбіжностей, що виникли між сторонами майбутнього договору.

На практиці часто трапляються випадки, коли проект договору готує підрядник, в цьому разі замовник зобов'язаний надати йому інформацію про: предмет договору; джерела та порядок фінансування робіт (будівництва об'єкта); порядок передачі підряднику дозвільних документів і проектної документації; порядок надання підряднику будівельного майданчика (фронту робіт); порядок забезпечення робіт ресурсами та послугами; порядок забезпечення виконання зобов'язань за договором підряду; умови страхування ризиків випадкового знищення або пошкодження об'єкта будівництва; умови здійснення авторського та технічного нагляду за виконанням робіт; інші обставини, необхідні для підготовки проекту договору підряду.

Замовник, у свою чергу, одержавши проект договору підряду, у разі згоди з його умовами підписує і повертає протягом двадцяти днів один примірник договору підряду другій стороні (ст. 181 ГК України). У разі незгоди з окремими умовами договору підряду сторона, яка одержала його проект, складає протокол розбіжностей, про що робить застереження до договору, та у двадцятиденний строк подає другій стороні два примірники протоколу розбіжностей разом з підписаним договором підряду. В свою чергу, сторона, яка одержала протокол розбіжностей до договору підряду, зобов'язана протягом двадцяти днів розглянути його, вжити заходів до врегулювання розбіжностей та внести відповідні зміни до договору підряду, підписати його і передати другій стороні. Строк врегулювання розбіжностей може бути продовжений за взаємною згодою сторін. А розбіжності, що залишилися неврегульованими за згодою сторін, у цей самий строк можуть бути передані до суду.

У разі досягнення сторонами згоди щодо всіх або окремих розбіжностей, зазначених у протоколі, така згода повинна бути підтверджена у письмовій формі (протоколом узгодження розбіжностей, листами, телеграмами, телефаксом тощо). Договір підряду в капітальному будівництві вважається укладеним з моменту його підписання сторонами і скріплення підписів печатками. За домовленістю сторін та відповідно до норм законодавства договір може бути посвідчено нотаріально.

Незрозумілим видається підхід, відображений у Загальних умовах, за яким виключно замовнику надається право обирати спосіб укладення договору підряду, оскільки чинне законодавство (ГК України) не відображає такого правила, як нам видається, тому, що воно суттєво звужує договірну свободу контрагентів. Умови договору підряду, що укладається за результатами проведених торгів (тендеру), повинні відповідати тендерній документації замовника та акцептованій тендерній пропозиції підрядника.

Виходячи із викладеного, зазначаємо, що укладення договору підряду на капітальне будівництво – це зустрічні договірно-процедурні дії двох або більше суб'єктів господарювання щодо вироблення умов даного договору, які повинні відповідати їх реальним намірам та економічним інтересам з обов'язковим юридичним оформленням даного договору, тобто надання умовам договору певної форми як правового акта.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Господарський кодекс* України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, 19 – 20, 21 – 22. – Ст. 144.
2. *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): монографія / О. А. Беляневич. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 61 – 62.
3. *Цивільний кодекс* України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40 – 44. – Ст. 356.
4. *Лист Державного* комітету будівництва, архітектури та житлової політики України № 14/12-57 від 1 лютого 2002 року.
5. *Черняк М. Я.* Советское государство и право, 1959. – № 3, с. 81 – 82; 1960. – № 10. – С. 68.
6. *Каравайник А. А.* Правовые вопросы капитального строительства. – Вопроси советского гражданского права / А. А. Каравайник. – М. – 1964. – С. 144 – 147.
7. *Договоры в* социалистическом хозяйстве. – М. – 1964. – С. 225 – 227.
8. *Ткач А. П.* Правовой режим капитального строительства в СССР (основные проблемы): автореф. док. дис. / А. П. Ткач. – Киев, 1969. – С. 32 – 33.
9. *Гражданское право*. Ч. ІІ. – М., 1970. – С. 229 – 230.
10. *Луць В. В.* Сроки в гражданском правоотношении // Правоведение / В. В. Луць. – 1989. – № 1. – С. 37 – 43.

The article is devoted to a comprehensive analysis of the essential conditions which govern the conclusion of contracts for capital construction.

Статья посвящена комплексному анализу существенных условий, регулирующих порядок заключения договора подряда на капитальное строительство.

ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОДЕРЖУВАЧА У ДОГОВОРІ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ

Лідовець Р. А.,

старший науковий співробітник відділу теорії та історії приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розкриваються причини виникнення в одержувача у договорі перевезення вантажу обов'язків перед перевізником. Аналізується правове становище одержувача у договорі перевезення вантажу.

Ключові слова: договір перевезення, одержувач вантажу, статус одержувача вантажу, коносамент.

В українській юридичній науці правове регулювання перевезень вантажів у цілому не було предметом комплексного дослідження. Дисертаційні роботи, захищені за останні десять років, присвячені дослідженню проблем окремих видів перевезень вантажу. Однак актуальним залишається питання щодо системи законодавства України про вантажні перевезення. Не до кінця з'ясованими залишаються питання юридичної природи договору перевезення вантажу, його місця у системі договорів, класифікації відповідних зобов'язань, їх змісту, відповідальності сторін, статусу суб'єктів цих зобов'язань. Саме останній проблемі буде приділено увагу у зазначеній статті. Зокрема, тривалий час виникають наукові дискусії щодо питання про правове становище одержувача у договорі перевезення вантажу.

До питання правового статусу одержувача вантажу зверталися чимало науковців, серед яких: М. К. Александров-Дольник, В. В. Вітрянський, О. С. Іоффе, В. В. Луць, М. Г. Масевич, І. Н. Петров, Я. І. Рапопорт, Г. П. Савічев, М. А. Тарасов, М. Є. Ходунов, Б. Б. Черепахін, Х. І. Шварц.

Завданням цієї статті є пошук наукового обґрунтування появи в одержувача за договором перевезення вантажу прав та обов'язків, притаманних стороні договору, у той час як одержувач таким не є, та з'ясування його правового статусу.

Відразу слід підкреслити, що зазначена проблема має більше теоретичний, ніж практичний характер і стосується випадків, коли відправник вантажу і одержувач не є однією особою. Саме так побудована переважна більшість перевезень. Якщо ці два суб'єкти договору перевезення вантажу збігаються в одній особі, проблеми з'ясування правового статусу одержувача вантажу не виникає. Оскільки сторона, яка відправляє вантаж, а потім його отримує у місці призначення, бере участь у підписанні договору перевезення, виникнення у неї прав та обов'язків є зрозумілим.

Особливістю одержувача у договорі перевезення, коли відправник і одержувач є різними особами, є те, що одержувач, не беручи участі в укладенні договору, набуває прав щодо перевізника (вимагати передачі йому вантажу) та обов'язків (прийняти вантаж).

У науці цивільного права в 50-60 роках минулого століття сформувались три основні позиції щодо цього питання.

Перший підхід полягав у визнанні відправника і одержувача однією стороною договору. Тобто одержувач не був самостійним суб'єктом договору, а брав у ньому участь на стороні відправника. Таку точку зору висловили Я. І. Рапопорт [1, с. 171,173], М. К. Александров-Дольник [2, с. 22]. Ця концепція не здобула широкої підтримки серед науковців через недостатність аргументації її положень.

Другий підхід полягав у визнанні одержувача самостійною стороною договору перевезення. Договір перевезення у цій концепції визнавався договором особливого роду, особливість якого полягала саме у тому, що одержувач вантажу, не беручи участі в укладенні договору, все ж стає його самостійною стороною. Тобто такий договір перевезення є тристороннім. Такої точки зору дотримувались М. А. Тарасов [3, с. 34], Г. П. Савічев [4, с. 104], М. Г. Масевич [5, с. 172-174] та І. Н. Петров [6, с. 13].

Зазначені позиції були побудовані на законодавстві тепер уже не існуючої держави і відповідали тим економічним принципам, що існували у той час. Тому, на нашу думку, слід приділити увагу третій позиції, яка була підтримана більшістю науковців, як тоді коли вона з'явилась, так і тепер. Крім того, вона найбільше відповідає чинному законодавству України у сфері перевезень.

Відповідно до цієї концепції договір перевезення визнається договором на користь третьої особи, якою є одержувач. Таку позицію у свій час займали Б. Б. Черепахін [7, с. 7, 40], М. Є. Ходунов [8, с. 73—74], Х. І. Шварц [9, с. 56—58], О. С. Іоффе [10, с. 561 – 563] та інші вчені. Цю точку зору підтримують нині відомі науковці В. В. Вітрянський [11, с. 102—103] та В. В. Луць [12, с. 489].

У зазначеній концепції не виникає жодних суперечностей з приводу того, що одержувач наділений правами щодо приймання вантажу, і це повністю відповідає загальним положенням про договір на користь третьої особи.

Проте згідно із ч. 4 ст. 636 ЦК України, якщо третя особа відмовилася від права, наданого їй на підставі договору, сторона, яка уклала договір на користь третьої особи, може сама скористатися цим правом, якщо інше не випливає із суті договору. З цього положення можна зробити висновок, що договір на користь третьої особи допускає наявність лише прав у такої особи, якими вона може скористатися, а може і не скористатися. Однак така конструкція не відповідає потребам, які виникають у перевізника у зв'язку з укладенням договору перевезення вантажу, і полягає у тому, щоб якомога швидше звільнити транспортний засіб та передати вантаж одержувачу. Виникає потреба знайти обґрунтування покладання на одержувача обов'язку прийняти вантаж.

Науковці мають різні погляди на питання про те, що є підставою виникнення в одержувача обов'язків. На думку М. Є. Ходунова, такі обов'язки виникають у зв'язку з їх покладенням на одержувача відправником у договорі, що вони між собою укладають (купівлі-продажу, поставки) ще до укладення договору перевезення, або на підставі закону [8, с. 73]. У разі прибуття вантажу, поставка якого не передбачена договором, одержувач повинен прийняти цей вантаж на відповідальне зберігання на підставі вимог законодавства (транспортного статуту, кодексу) і факту прибуття вантажу на адресу одержувача. Цю позицію підтримує також В. В. Луць [12, с. 489].

На нашу думку, пов'язування обов'язків одержувача за договором, що одержувач уклав з відправником ще до укладення останнім договору перевезення, є цілком виправданим. Будь-який договір, який передбачає передачу майна у власність від однієї сторони до іншої, містить обов'язок покупця

прийняти товар від продавця. І саме на припинення даного обов'язку спрямовується діяльність одержувача при отриманні вантажу, що одночасно є товаром за договором, який існує між ним і відправником. У такому разі слід говорити про два різні види зобов'язань, що існують одночасно, і пов'язуються між собою через одержувача, який, виконуючи обов'язки за одним договором, приймає виконання від перевізника за іншим договором.

Однак покладення на одержувача обов'язків на підставі закону не сприймається у науці однозначно і потребує, на нашу думку, ґрунтовнішого дослідження. Так, у літературі радянського періоду норми закону, що створювали для одержувача обов'язки, відносились науковцями до так званих звичайних умов договору. Якщо сторони укладають відповідний договір, вони тим самим погоджуються на ті умови, що згідно із законом поширюються на відповідні правовідносини. Варто погодитись з такою позицією, хоча і не всі є її прихильниками.

Однак чинне цивільне законодавство також передбачає можливість виникнення в одержувача обов'язків, навіть тоді, коли він не укладав відповідного договору з відправником. Наприклад, п. 47 Статуту залізниць України [13] передбачає, що у разі прибуття вантажу на адресу одержувача, поставка якого йому не передбачена планом (договором, контрактом, замовленням, нарядом та ін.), останній зобов'язаний прийняти такий вантаж від станції на відповідальне зберігання. Одержувач може відмовитись від прийняття вантажу лише у разі, коли якість вантажу через псування або пошкодження змінилася настільки, що виключається можливість повного або часткового його використання. Відповідальність за псування і пошкодження вантажу, що сталися через його несвоєчасне вивантаження і вивезення одержувачем, а також через затримку вагонів на залізничних під'їзних коліях і станціях з його вини, несе одержувач.

На думку В. В. Вітрянського, подібні положення транспортного законодавства є «рецидивом планово-командної економіки» і недопустимі у концепції, яка розглядає договір перевезення як двосторонній договір, побудований за моделлю договору на користь третьої особи [11, с. 286]. На нашу думку, з таким твердженням слід погодитись, однак з певними застереженнями. Зокрема, існування в одержувача обов'язку прийняти вантаж, поставка якого не передбачена договором, може бути припустимим лише тоді, коли між відправником і одержувачем уже існує відповідний договір поставки, але доставлений вантаж виходить за обсяги чи номенклатуру, передбачені договором.

З'ясування цих обставин може викликати певні складнощі у перевізника, оскільки він може не мати інформації про наявність договірних зв'язків між відправником та одержувачем вантажу та умови таких договорів. Тому, перш ніж передбачати таке правило у законодавстві, слід чітко прописати механізми отримання перевізником такої інформації та програму поведінки у таких випадках.

Якщо ж особа, вказана як одержувач, узагалі не перебуває у договірних відносинах з відправником, покладення на неї обов'язку прийняти вантаж, на нашу думку, є неприпустимим. Це суперечить сучасним економічним реаліям та принципам цивільного законодавства, зокрема таким, як свобода договору, а також ч. 1 ст. 511 ЦК України. Згідно із цією нормою зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи. Як уже зазначалося, обов'язки в одержувача можуть виникнути лише з договору між відправником і одержувачем або у зв'язку з договором на підставі закону (звичайні умови договору). Тобто для їх появи завжди вимагається вчинення певного юридичного факту до укладення договору перевезення, а також вираження наміру одержувача отримати вантаж. Тому примушення одержувача до прийняття вантажу не є прийнятним. І хоча законодавство не передбачає правових засобів, за допомогою яких перевізник міг би примусити одержувача прийняти вантаж, що не був замовлений, існування відповідальності за невиконання такого обов'язку ставить одержувача у невигідне становище.

Слід зазначити, що випадки надходження вантажу одержувачу без укладення відправником з останнім відповідного договору є малоймовірними. Однак формулювання п. 47 Статуту залізниць України є безальтернативним – не допускає жодних винятків, а тому не виключаємо можливості безпідставного, на нашу думку, покладення на одержувача відповідного обов'язку та відповідальності за його невиконання. Беручи до уваги таку основну засаду цивільного права України як справедливість, вважаємо за доцільне перекласти тягар відповідальності за безпідставне надходження вантажу одержувачу з останнього на відправника.

Існування зазначеної норми у законодавстві України можна пояснити лише намаганням законодавця певним чином захистити інтереси залізниці, а саме, організацію перевезень вантажів цим видом транспорту, що прямо пов'язано з суспільним інтересом. Однак, на нашу думку, надання переваги одному суб'єкту господарювання (який і так займає монопольне становище), навіть заради відстоювання суспільного інтересу, за рахунок інших суб'єктів господарювання не може мати місце в умовах ринкової економіки, де вже давно винайдені механізми диверсифікації різноманітних ризиків, пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності.

Зважаючи на викладене, вважаємо за доцільне, щоб норми законодавства України, що передбачають обов'язок одержувача прийняти вантаж, поставка якого не передбачена договором, була приведена у відповідність із загальними положеннями про договір на користь третіх осіб та загальними принципами цивільного законодавства, а саме, слід конкретизувати, у яких випадках одержувач буде мати такий обов'язок, та встановити неможливість його виникнення у разі відсутності між відправником і одержувачем відповідного договору. Також потрібно передбачити механізми отримання перевізником інформації від одержувача або від відправника про наявність між ними договору та його зміст. Щоб захистити інтереси перевізника у таких випадках, доцільно покласти відповідальність за шкоду, яка може виникнути, на відправника вантажу. Лише відправник може бути винним у надісланні вантажу одержувачу без належних правових підстав, а тому він і повинен бути відповідальним за такі випадки.

Окрім визнання одержувача третьою особою у договорі перевезення, можлива ще одна конструкція побудови відносин між перевізником і одержувачем, яка призводить до виникнення в останнього обов'язків. Йдеться про випадки, коли одержувач стає стороною договору перевезення. Таке можливе у морських перевезеннях вантажу з використанням коносаменту.

Коносамент має властивості, притаманні цінним паперам. Як і цінні папери, коносамент, незалежно від його виду (іменний, ордерний чи на пред'явника), може передаватися іншим особам (ст. 140 Кодексу торговельного мореплавства України). Передача коносаменту, таким чином, прирівнюється до передачі вантажу і зобов'язань, що випливають з договору морського перевезення вантажу, що передбачає передання і прав, і обов'язків, причому перевізник може стати кредитором, обов'язок перед яким передається без його згоди, що явно утискає права перевізника і зумовлює певну юридичну недосконалість коносаменту. На практиці це не дуже позначається, оскільки одержувач вантажу, зацікавлений у його отриманні, як правило, чітко виконує свої обов'язки перед перевізником. Набагато складніша ситуація виникає тоді, коли одержувач не зацікавлений в отриманні вантажу. У такому випадку, з яким іноді зустрічаються лінійні перевізники, виникає досить парадоксальна і, можливо, безнадійна ситуація, коли одержувача доводиться примушувати до отримання вантажу, який прибув на його адресу, що пов'язано із значними юридичними ускладненнями та обертається непоправними збитками для морської лінії [14, с. 22].

Підтвердженням того, що одержувач набуває статусу сторони у договорі морського перевезення вантажу, може бути положення ст. 135 Кодексу торговельного мореплавства України, згідно з якою правовідносини між перевізником і одержувачем вантажу визначаються коносаментом. Умови договору морського перевезення, не викладені в коносаменті, обов'язкові для одержувача, якщо в коносаменті зроблено посилання на документ, в якому вони викладені.

Перебування одержувача у договорі морського перевезення вантажу як сторони цього договору слід розглядати як виняток із загального правила, відповідно до якого одержувач має статус третьої особи. При цьому слід підкреслити, одержувач може набути статусу сторони договору морського перевезення вантажу лише якщо останній оформлений за допомогою коносаменту.

Таким чином, одержувач вантажу у договорі перевезення вантажу є третьою особою, яка наділена цим договором певними правами. Поряд з правами одержувач набуває обов'язків внаслідок укладення відповідного договору (купівлі-продажу, поставки) з відправником, які або прямо передбачені цим договором, або передбачені законом, але стають обов'язковими для нього в силу укладення договору (звичайні умови). Норми законодавства України, що передбачають обов'язок одержувача прийняти вантаж, поставка якого не передбачена договором, слід привести у відповідність із загальними положеннями про договір на користь третіх осіб та загальними принципами цивільного законодавства, конкретизувавши, у яких випадках одержувач буде мати такий обов'язок, та встановивши неможливість його виникнення у разі відсутності між відправником і одержувачем відповідного договору. Винятком із викладеного є виникнення обов'язків в одержувача за договором морського перевезення вантажу з використанням коносаменту. У такому разі поява обов'язків в одержувача пояснюється набуттям ним статусу сторони договору перевезення вантажу.

Проблема визначення правового статусу одержувача вантажу не вичерпується піднятими питаннями. Більш детального дослідження потребують також й інші аспекти окресленої проблематики. Так, цікавим з наукової точки зору є договір, за яким перевізник за завданням одержувача зобов'язаний прийняти вантаж від відправника і доставити його одержувачу. Зазначене питання може стати предметом окремих досліджень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Рапопорт Я. И.* Правовое положение грузополучателя в договоре грузовой железнодорожной перевозки // Научные записки Харьковского института советской торговли. Вып. VI. –Харьков, 1957.– С. 171—173.

2. *Александров-Дольник М. К.* Споры, вытекающие из отношений сторон в железнодорожных грузовых операциях.– М.: Госюриздат, 1955. – 87 с.

3. *Тарасов М. А.* Договор перевозки по советскому праву. — М.: Водтрансиздат, 1954. – 180 с.

4. *Аллахвердов М. А., Савичев Г. П.* Договоры о перевозках грузов.— М.: Юрид. лит, 1967.– 184 с.

5. *Масевич М. Г.* Договор поставки и его роль в укреплении хозрасчета. — Алма-Ата, 1964. – 318 с.

6. *Петров И. Н.* Повысить ответственность перевозчика за сохранность грузов // Советская юстиция, 1996. — № 11.– С. 12-14.

7. *Черепахин Б. Б.* Ответственность грузоотправителя по договору перевозки. — Иркутск, Изд-е Иркутского ун-та, 1927. — С. 7, 40 (Цит. за: Витрянский В.В. Договор перевозки.– М.: Статут, 2001.– С. 103).

8. *Ходунов М. Е.* Правовое регулирование деятельности транспорта. — М.: Юрид. лит, 1965. – 164 с.

9. *Шварц Х. И.* Договор автомобильной перевозки. — М.: Госюриздат, 1955. – 200 с.

10. *Иоффе О. С.* Обязательственное право – М.: Юрид. лит, 1975. – 880 с.

11. *Витрянский В. В.* Договор перевозки. – М.: Статут, 2001. – 526 с.

12. *Договірне право* України. Особлива частина: навч. посіб. / [Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.]; за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 1200 с.

13. *Про затвердження* статуту залізниць України: Постанова Кабінету Міністрів України № 457 від 6 квітня 1998 року // Офіційний вісник України. – 1998. — № 14. — Ст. 150.

14. *Коносамент*. От теории к практике: сборник документов / [Ницевич А. А., Мельников Н. В., Лебедев В. П. и др.].– Одесса: Феникс, 2010.– 170 с.

The article covers the causes of the consignee in the contract of carriage obligations to the carrier. Analyzes the legal status of the consignee in the contract carriage.

В статье раскрываются причины возникновения у получателя в договоре перевозки груза обязанностей перед перевозчиком. Анализируется правовое положение получателя в договоре перевозки груза.

ПОНЯТТЯ ТЕРМІНА «ЖИТЛОВА НЕРУХОМІСТЬ» З МЕТОЮ ЇЇ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ

Тилик Т. М.,

кандидат юридичних наук, науковий консультант Верховного Суду України

Галянтич М. К.,

доктор юридичних наук, заступник директора з наукової роботи НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті комплексно досліджується на понятійному рівні термін «житлова нерухомість» з метою єдиної державної реєстрації об'єктів нерухомості та систематизації термінології у нормативних документах. Також здійснено відмежування від схожих понять житло, нежитлова нерухомість, житлове та нежитлове приміщення.

Ключові слова: житло, нежитлова нерухомість, житлове приміщення, нежитлове приміщення.

Визначення правового становища нерухомого майна та його правове регулювання привертає увагу з огляду на особливі економічні та соціальні чинники, яким має відповідати житлова нерухомість, яка використовується для задоволення житлових потреб громадян і не тільки. Можливо тому 6 жовтня 2011 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до статті 6 Житлового кодексу Української РСР щодо визначення житлової та загальної площ об'єкта житлової нерухомості» № 3825-VI, яким житлові будинки, квартири, інші житлові приміщення визнаються об'єктами житлової нерухомості. Також цим Законом визначено, що до житлової площі об'єкта житлової нерухомості не належить площа приміщень, призначених для гігієнічних або господарсько-побутових потреб громадян (ванна, вбиральня, душова, приміщення для прання, кухня, комора, передпокій, внутрішньоквартирний хол, коридор, вбудована шафа тощо).

Президент України відхилив Закон України «Про внесення змін до статті 6 Житлового кодексу Української РСР щодо визначення житлової та загальної площ об'єкта житлової нерухомості» через, зокрема, застосування ставок податку до житлової, а не до загальної площі об'єкта житлової нерухомості, вказавши при цьому на можливість переобладнання, перепланування житлового будинку, житлового приміщення, переведення житлових будинків і житлових приміщень у нежилі. Власник великого будинку загальною площею 1000 м^2 зможе зареєструвати житлову площу у межах, що не підлягають оподаткуванню (до 250 м^2), а всю іншу площу віднести до нежитлової площі (передпокій, хол, більярдна, тренажерний зал, сауна, басейн тощо) і, таким чином, податок не сплачувати. Як зазначив Президент України, внесення пропонованих Законом, що надійшов на підпис, змін до Житлового кодексу Української РСР суттєво ускладнить упровадження такого справедливого підходу, призведе до недодержання основоположних принципів Конституції України, за якими Україна є соціальною, правовою державою, яка забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності, соціальну спрямованість економіки і, відтак, наразі є неприйнятним.

У зв'язку з цим актуальним видається розглянути питання щодо поняття об'єкта житлової нерухомості, оскільки ст. 182 ЦК України передбачено, що право власності та інші права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації.

Виходячи з переліку прав стосовно об'єктів нерухомого майна, що розташовані на земельній ділянці, визначеного ст. 5 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», державній реєстрації підлягають: 1) житлові будинки; 2) квартири; 3) будівлі, в яких розташовані приміщення, призначені для перебування людини, розміщення рухомого майна, збереження матеріальних цінностей, здійснення виробництва тощо; 4) споруди (інженерні, гідротехнічні тощо) – земельні поліпшення, що не належать до будівель та приміщень, призначені для виконання спеціальних технічних функцій; 5) приміщення – частини внутрішнього об'єму житлових будинків, будівель, квартир, обмежені будівельними елементами [1]. Із зазначеного переліку випливає, що норми Закону, в першу чергу, спрямовані на об'єкти житлової нерухомості.

Наведений перелік об'єктів свідчить, що це складна й багатопланова категорія, що змінюється на тлі реформування відносин власності, що здійснюється нині в Україні.

Щодо визначення поняття житлових будинків, квартир, інших житлових та нежитлових приміщень, то слід відмітити, що у літературі немає єдиної думки щодо цього об'єкта правового регулювання. Так, в юридичній літературі І. В. Бандурка висловила думку, що квартири та житлові будинки можуть належати до публічного майна і пропонує ввести в обіг категорію «публічні речі» для того, щоб: «підкреслити їх двояке правове становище, особливий порядок їх набуття, обліку, використання чи поводження з ними» [2]. З таким підходом можна погодитися і саме тому в Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» з'явилися норми, що визначають особливий режим реєстрації житлових об'єктів. Можна погодитись із М. Скаржинським, який пропонує поняття житла розглядати у кількох значеннях. Житло у вузькому розумінні – це призначений для постійного проживання і визначений цивільним правом різновид нерухомого майна як складова частина загальноправового конституційного інституту житла у вигляді обраного місця, адресно-географічні координати якого визначають приміщення, спеціально призначене для вільного проживання людини, що становить поняття «житло» в широкому розумінні [3]. Саме поняття «житло» в широкому розумінні підлягає державній реєстрації. В такому контексті П. І. Седугін зазначає, що термін «житло» означає особливу споруду або приміщення, спеціально призначене для проживання людей: житловий будинок, квартира, кімната разом з відповідною допоміжною площею (кухня, коридор, ванна кімната тощо), а також різного роду інші об'єкти житлового фонду (ліфт та

ліфтове господарство, інше інженерне обладнання) [4]. Житло має відповідати певним ознакам. Так, О. Аврамова до загальних (обов'язкових) ознак житла відносить такі ознаки: об'єкт нерухомого майна, призначений для постійного проживання громадян, будівництво якого виконувалося відповідно до затвердженого проекту і закінчено; розташований на законно відведеній ділянці і пройшов державну реєстрацію; прийнятий в експлуатацію; інвентаризований; відповідає санітарним, технічним нормам і встановленій мінімальній нормі жилої площі; має певну вартість; є товаром з особливим характером [5].

Поняття житло ми розглядаємо через призму об'єктів, які належать до нерухомого майна, що нерозривно пов'язане із землею. Але його особливий правовий статус підкреслюється тим, що його власники мають додаткові права та несуть додаткові обов'язки порівняно з іншими суб'єктами цивільно-правових відносин. Слід зазначити, що до поняття житла включаються багатоквартирні житлові будинки та квартири, приміщення, що знаходяться в них, враховуючи особливості житла як специфічного об'єкта права власності. Однак в ЦК України та інших нормативних документах не визначено єдиного об'єкта нерухомості – житлового будинку, проте вводячи поняття «квартира», поряд із «житловим будинком», виникає право подвійного права власності на один і той самий об'єкт.

В юридичній літературі тривають пошуки критеріїв виокремлення різних об'єктів, що знаходяться в житловому будинку. Так, Л. Лічман зазначає, що відмінність жилого приміщення від нежилого полягає в наявності чи відсутності певних умов: технічних, територіально-просторових, санітарно-гігієнічних тощо. Жилими приміщеннями може бути (крім окремого будинку, частини будинку, квартири, кімнати в комунальній квартирі, гуртожитку) відособлена кімната в нежилому будинку, що відповідає всім встановленим нормам і правилам. Належне функціонування житла нерозривно пов'язане як з жилим приміщенням, так і з його необхідними частинами і атрибутами (веранда, кухня, балкон тощо), що належать до приміщень нежилого характеру [6]. Саме на цьому робить акцент Є. О. Мічурін. Порівнюючи житло з іншими видами нерухомості, він виділяє житло як особливий підвид нерухомого майна з встановленим щодо нього специфічним правовим режимом [7].

В Російській Федерації виділяється окремо вид нерухомості, що існує в житловій сфері. Так, відповідно до ст. 1 Основ федеральної житлової політики від 28.02.1996 р. № 214 під нерухомістю в житловій сфері розуміється майно з встановленими правами володіння, користування і розпорядження в межах майна, що включає: земельні ділянки і тісно пов'язані з ними житлові будинки з жилими і нежилими приміщеннями, присадибні господарські будівлі, зелені багаторічні насадження, житлові будинки, квартири, інші житлові приміщення в житлових будинках та інших будівлях, придатні для постійного і тимчасового проживання; споруди і елементи інженерного обладнання житлової сфери.

До об'єктів, права на які реєструються, необхідно додати такий загальний видовий об'єкт, як житлові будинки, які спеціально призначені для проживання людини, із встановленими певними санітарними та технічними вимогами. Узагальнююче поняття «житло» належить до нерухомого майна, відповідно до чого встановлюється спеціальний правовий режим його реєстрації. Акт державної комісії про приймання об'єкта і введення його в експлуатацію є однією з підстав для державної реєстрації об'єктів нерухомого майна, що перебуває у власності фізичної чи юридичної особи. Для первісної реєстрації житла і видачі свідоцтва про право власності на одноквартирний житловий будинок необхідно надати у БТІ рішення про відведення земельної ділянки для забудови [8].

Як зазначалося, житло є різновидом нерухомого майна, оскільки його не можна без відповідного пошкодження та порушення експлуатаційних якостей відділити від земельної ділянки, на якій воно розташоване. Для того, щоб з'ясувати, що розуміється під житлом з точки зору здійснення реєстраційних процедур, слід з'ясувати його сутність, визначити поняття. Існує науковий та законодавчий підходи до визначення житла, які принципово не розбігаються за сутністю, але мають власну специфіку.

Щодо наукового визначення житла Є. О. Мічурін зазначає, що житло – це квартири багатоквартирних будинків, одноквартирні будинки, кімнати в квартирах чи одноквартирних будинках, а також інші приміщення, призначені для постійного або тимчасового проживання людей, що завершені будівництвом та віднесені у встановленому порядку до житлового фонду. Є. О. Мічурін виділяє чотири ознаки житла: 1) це певне приміщення; 2) воно призначено для проживання людей; 3) споруда повинна бути завершеною будівництвом; 4) віднесено до житлового фонду [7].

Щодо законодавчого підходу, то слід вказати, що нині у зв'язку з розширенням предмета об'єктів житлової нерухомості стає зрозумілим, що необхідно змінити різноманіття термінів (житло, житловий будинок, будинок, жиле приміщення, квартира багатоквартирних будинків, одноквартирний будинок, кімната у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають двоє і більше наймачів, кімната в гуртожитку, житлові споруди, будівлі) на більш узагальнююче й універсальне поняття, яке є родовим до означених різновидів житла.

Можна спиратися на поняття житла, що розкривається в ст. 379 ЦК України, де житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них. Основною ознакою житла є те, що це певне приміщення. Будь-якому житлу в об'єктивному сенсі притаманно те, що це певна будівельна споруда чи її частина. Воно має стіни, перекриття, підлогу, стелю, дах. Більше того, житло – це споруда капітального типу. Це зумовлено певними санітарними та технічними нормами, що пред'являються до житла та в найбільш загальному вигляді закріплені у нормативних документах різного рівня. З метою державної реєстрації особа, яка проживає у будівлі поза населеним пунктом, може вважати це своїм житлом. Але це її суб'єктивне сприйняття поняття «житло», воно не охоплюється правовим режимом, необхідним для здійснення процедури реєстрації, тому не може бути включено до поняття житла, що має знаходитись у певному належному пункті згідно зі ст. 29 ЦК України.

Житлом є не будь-яке приміщення, а саме таке, що призначене для постійного чи тимчасового проживання людей, що відповідатиме ст. 29 ЦК України. Основна відмінність житла від нежилих будівель (споруд) полягає у різному їх призначенні. Перші об'єкти призначені для

постійного чи тимчасового проживання громадян. Другі – використовуються для потреб промислового характеру, як об'єкти соціальної інфраструктури, адміністративні заклади тощо. Тому поняттю «житло» завжди має відповідати його цільове призначення – проживання людей.

Інколи пропонується вживати поняття «житлова нерухомість» як універсальне. Але зазначимо, що це поняття не бездоганне. Адже воно використовується двояко. По-перше, як узагальнююче, розуміючи будинок, квартиру, їх частини, тобто як різновиди жилих приміщень. По-друге, у вузькому розумінні, як частина, одиниця будинку чи квартири. По-третє, в житловому будинку знаходяться, крім жилих, й нежилі приміщення, що складають з ним одне ціле, а це породжує деяку колізію понять.

Отже, вважаємо найбільш вдалим використання терміна «житло» як узагальнюючу, родову категорію, що має практичне значення. Вона має закріпитися в Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Ця термінологія відповідатиме поняттю, що застосоване у Конституції України (ст. 47).

Про належність об'єкта нерухомості до житлової або нежитлової сфери свідчить інвентаризаційна справа, яка ведеться на кожен об'єкт нерухомості. Крім того, у довідці-характеристиці БТІ, що є одним з необхідних документів при відчуженні житла, вказується, чи віднесена нерухомість до житлового фонду. Легальне визначення поняття «житловий фонд» закріплено у ст. 4 ЖК УРСР, яка встановлює, що житлові будинки, а також жилі приміщення в інших спорудах, що знаходяться на території нашої країни, створюють житловий фонд. До житлового фонду не входять нежилі приміщення у житлових будинках, що призначені для торгівельних, побутових та інших потреб непромислового характеру.

Поняття «житловий фонд» слід розглядати як узагальнююче поняття, яке об'єднує всі житлові об'єкти території України. Саме тому Є. О. Мічурін, порівнюючи житло з іншими видами нерухомості, зазначає, що житло використовується саме для проживання. Отже, житло необхідно виділити як особливий підвид нерухомого майна з установленим щодо нього специфічним правовим режимом [7]. І. М. Кучеренко при визначенні жилих приміщень зазначає, що жилі приміщення, які надаються громадянам, повинні бути належно впорядковані відповідно до умов населеного пункту, відповідати санітарним і технічним вимогам, передбаченим законодавством, та іншим вимогам [9].

Термін «житло» є усталеним більше ніж поняття «житловий фонд» і застосовується не лише в житловому праві, а й інших галузях чи правових інститутах. Хоча в ч. 1 ст. 812 ЦК України також використовується термін «помешкання», однак роз'яснюється, що ним є «квартира або її частина, житловий будинок або його частина». Тому термін «житло» є більш прийнятним щодо всіх «приміщень, придатних для проживання», тобто жилих приміщень. Отже термін «помешкання» тільки підкреслює публічно-правовий аспект об'єкта реєстрації як житла.

Разом із тим слід констатувати, що правове регулювання житлового, промислового будівництва, а також пов'язаних з ним земельних відносин не відповідає сучасному стану правового регулювання, визначеного ЦК України. При цьому відслідковується розбіжність норм земельного, цивільного, будівельного, податкового та інших галузей законодавства за умови фактично відсутнього ефективного контролю за будівництвом і подальшою експлуатацією житла з боку уповноважених державних органів. Правові проблеми розбіжностей визначення «житла» досить значні, тому, спершу, вважаємо за необхідне зупинитися лише на проблемі законодавчого визначення поняття «житло» та проблемах вживання цієї термінології саме в Податковому кодексі України.

Податковий кодекс України в пункті 14.1.129 визначає не поняття «житло», а об'єкти житлової нерухомості, до яких належать будівлі, віднесені відповідно до законодавства до житлового фонду, дачні та садові будинки. Зокрема, об'єкти житлової нерухомості поділяються на такі типи: 1) житлові будинки поділяються на житлові будинки садибного типу та житлові будинки квартирного типу різної поверховості; 2) житловий будинок садибного типу – житловий будинок, розташований на окремій земельній ділянці, який складається із житлових та допоміжних (нежитлових) приміщень; 3) квартира – ізольоване помешкання в житловому будинку, призначене та придатне для постійного у ньому проживання; 4) котедж – одно-, півтораповерховий будинок невеликої житлової площі для постійного чи тимчасового проживання з присадибною ділянкою; 5) кімнати у багатосімейних (комунальних) квартирах – ізольовані помешкання в квартирі, в якій мешкають двоє чи більше квартиронаймачів; 6) садовий будинок – будинок для літнього (сезонного) використання, який в питаннях нормування площі забудови, зовнішніх конструкцій та інженерного обладнання не відповідає нормативам, установленим для житлових будинків; 7) дачний будинок – житловий будинок для використання протягом року з метою позаміського відпочинку [10].

Податковий кодекс України вводить поняття садовий та дачний будинки. Це нові правові поняття, де дачний будинок є теж житловим і, відповідно, реєстрація такого об'єкта нерухомості тягне за собою можливість реєстрації постійного місця проживання. Але, як зазначалося, до житлових будинків висуваються інші вимоги ніж до таких нерухомих об'єктів як садові і дачні будинки. Ці об'єкти, на нашу думку, можуть бути віднесені до споруд.

Однак наведені визначення не відповідають ЦК України, який вперше в нормативному порядку закріпив визначення поняття «житло».

Також окрема увага має приділятися саме багатоквартирному житлу як окремому майновому об'єкту, що підлягає державній реєстрації. ЦК України, в свою чергу, в статті 29 зазначає, що місцем проживання фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, придатне для проживання в ньому, у відповідному населеному пункті. Тобто для здійснення реєстраційних процедур важливе значення має розташування цих об'єктів.

Об'єктами державної реєстрації відповідно до чинного ЖК УРСР є жилі будинки і жилі приміщення в інших будівлях, жилі будинки (частини будинків), квартири, що належать громадянам на праві приватної власності; 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 (житловий фонд соці-

ального призначення). Цей перелік змішує поділ об'єктів за формою власності і призначенням.

Не вніс прозорості і проект ЖК від 04.09.2009 р. № 2307-д, прийнятий Верховною Радою у першому читанні, де у статті 1 визначено, що до житлової будівлі належать садибні, багатоквартирні житлові будинки, гуртожитки всіх видів і житлові комплекси. При цьому під «житлом» розуміють не лише квартиру, кімнату в житловому будинку, а й садибний будинок, житловий блок/секція в гуртожитку, житлові приміщення в нежитлових будівлях, спорудах, призначених та придатних для постійного проживання людей і прийняті в експлуатацію в установленому порядку.

Відповідно до цього проекту ЖК України до об'єктів нежитлової нерухомості належать нежитлові будівлі та споруди, зокрема ті, в яких розташовані житлові приміщення, капітальні споруди, що складаються з несучих та огороджувальних або сполучених (несучоогороджувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення виробничого чи іншого нежитлового призначення, в яких розташовані окремі житлові приміщення (житлові кімнати, житлові секції чи житлові блоки).

Незважаючи на використання термінів «котедж, житлові комплекси, дачний будинок» в Податковому кодексі України та в інших нормативних документах, чинне законодавство України не дає визначення термінів, наприклад «котедж» як об'єкта нерухомості. Законодавство застосовує інші подібні поняття, такі як житло, будинок (одноквартирний, індивідуальний, багатоквартирний), садиба, садибний будинок, садовий будинок, дачний будинок тощо, і це не лише ускладнює законодавчу термінологію, а й призводить до неоднозначного тлумачення одних і тих самих понять, що використовуються законодавцем.

Отже, на понятійному рівні використання терміна «житло» сприятиме єдиній державній реєстрації об'єктів нерухомості та систематизації термінології у нормативних документах, відмежуванню його від понять «житлова нерухомість», «нежитлова нерухомість». Цей термін є найбільш уніфікованим поряд з іншими термінами, що також вживаються: «житловий будинок», «житлове приміщення» тощо та охоплює всі існуючі об'єкти житлової нерухомості. Використання терміна «житло» надає можливість безпомилково визначити цей об'єкт права серед інших споруд з урахуванням притаманних йому специфічних якостей.

Підсумовуючи вищезазначене, доходимо висновку, що в Україні простежується тенденція вдосконалення відносин щодо державної реєстрації прав власності та інших речових прав на житло, але даний правовий інститут залишається одним з найменш досліджених у сучасній цивілістичній науці в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Закон України* «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» зі змінами від 11 лютого 2010 р. за № 1878-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 18. – Ст. 141.
2. *Бандурка І. В.* Приватизація державного житлового фонду – основа функціонування ринкових відносин в Україні: Наук.-практ. посібник / І. В. Бандурка. – Х.: Ун-т внутр. справ, 1998. – 60 с.
3. *Скаржинський М.* Поняття житла в цивільному праві України // Підприємництво господарство і право / М. Скаржинський. – 2004. – № 9. – С. 75–77.
4. *Седугин П. И.* Жилищное право. Учебник для вузов / П. І. Седугін – М.: Изд-во НОРМА. – 2000. – 384 с.
5. *Аврамова* О. Понятие жилья и его правовое значение // Предпринимательство хозяйство и право. / О. Аврамова. – 2000. – № 6. – С. 37–41.
6. *Лічман Л.* Поняття «житло» і його цивільно-правове значення // Підприємництво господарство і право. / Л. Г. Лічман. – 2004. – № 11. – С. 20−22.
7. *Мічурін Є.* Особливості правового режиму житла та його співвідношення з іншими видами нерухомого майна // Право України / Є. О. Мічурін. – 2002. – № 11. – С. 91–93.
8. *Правила державної* реєстрації об'єктів нерухомого майна, що знаходиться у власності юридичних і фізичних осіб / Покупка, продажа недвижимости в Украине. – Х.: ООО «Конус». – 1998. – 125 с.
9. *Юридична енциклопедія.* Т. 2 / НАНУ; ІДП НАНУ, Видавництво «Українська енциклопедія». – К.: Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1999. – С. 430.
10. *Податковий кодекс* України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI.

In the article complex probed at concept level term the «housing real estate» with the purpose of single state registration of objects of the real estate and systematization of terminology in normative documents. Otgranichenie is also carried out from alike concepts habitation, unoccupied real estate, housing and unoccupied apartment.

В статье комплексно исследуется на понятийном уровне термин «жилищная недвижимость» с целью единой государственной регистрации объектов недвижимости и систематизации терминологии в нормативных документах. Также осуществлено отделение от похожих понятий жилье, нежилая недвижимость, жилищное и нежилое помещение.

СУБ'ЄКТИВНЕ ПРАВО НА КОРИСТУВАННЯ ЖИТЛОМ, ЩО ВИНИКАЄ ІЗ СПАДКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Солтис Н. Б.,

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

Статтю присвячено дослідженню суб'єктивного права на користування житлом, що виникає із спадкових правовідносин. Розглядаються підстави виникнення права користування, якими є заповідальний відказ або сервітут. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення цивільного та житлового законодавства та закріплення суб'єктивного права відказоодержувача на користування житлом у проекті Житлового кодексу України.

Ключові слова: суб'єктивне право, право користування, спадкування, заповідальний відказ, сервітут, житло.

У заповідача, крім права розпорядитися своїм житлом, передавши його у власність, є правомочність власника забезпечити будь-кого із фізичних осіб правом користування ним, склавши заповіт. Саме через це волевиявлення у фізичних осіб виникає право користування житлом, а не в силу закону, оскільки право користування у спадщину не переходить. З огляду на це підставою виникнення права користування є заповідальне розпорядження, здійснене заповідачем у заповіті через заповідальний відказ або сервітут.

Право користування надає власнику юридично закріплену можливість використовувати корисні якості майна для себе і здобувати з неї якусь користь або вигоду. Це право виникає з моменту не відкриття спадщини, а прийняття його спадкоємцями. На відміну від права вимоги, яке виникає з часу відкриття спадщини (ч. 4 ст. 1238 ЦК України), передача легатарію будь-якої речі, що входить до складу спадкового майна, можлива шляхом передачі у власність, у володіння за іншим речовим правом у користування.

Щодо предмета заповідального відказу, то відповідно до ч. 1 ст. 1238 ЦК України, на перший погляд, не виключається і можливість покладення на спадкоємця обов'язку передання квартири, кімнати, житлового будинку у власність або за іншим речовим правом. Хоча виникає запитання, що заважає заповідачу передати у власність квартиру, склавши заповіт безпосередньо на самого відказоодержувача? Це набагато спростить саму процедуру передачі нерухомості, що пов'язана із спеціальним регулюванням правового режиму нерухомості, оскільки передача власності спадкоємцем відказоодержувачу через заповідальний відказ занадто ускладнює процедуру державної реєстрації. Крім того, в Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» серед прав і обтяжень, які підлягають обов'язковій реєстрації, підстави отримання права власності за заповідальним відказом не передбачено. Таким чином, законодавець в ч. 2 ст. 1238 ЦК України виділяє окремо житлове приміщення як об'єкт спадкування і встановлює лише єдину правомочність щодо нього − право користування.

Дещо розширений предмет заповідального відказу передбачено ст. 1137 ЦК РФ, де імперативно визначено, що відносини між спадкоємцем і відказоодержувачем є зобов'язальними, внаслідок чого в силу ч. 3 ст. 1137 ЦК РФ до даних відносин застосовуються положення про зобов'язання, якщо інше не випливає із закону або заповідального відказу. Вважається, що зобов'зальний характер відносин, передусім, обумовлений певним предметом заповідального відказу, що передбачає вчинення дій, обумовлених зобов'язальними відносинами. Зокрема, предметом легата може бути: придбання спадкоємцем для легатарія певного майна за рахунок спадщини і передача йому цього майна; легат може мати предметом виконання спадкоємцем для легатарія певної роботи або надання певних послуг; легатом може бути передбачено здійснення періодичних платежів. Зазначений перелік не є вичерпним, оскільки спадкодавець вправі передбачити й інший предмет легата.

Деякі автори вважають, що предметом заповідального відказу може бути також покладання на спадкоємця обов'язку надати відказоодержувачу довічне утримання [1, с. 24]. За вітчизняним законодавством, навпаки, умовою заповідального відказу може бути лише прийняття спадкоємцем обов'язків за договором довічного утримання. У разі відмови від цього заповідального відказу спадкоємець позбавляється не тільки можливості стати власником будинку, що був отриманий заповідачем за договором довічного утримання, а й позбавляється всього спадкового майна, що йому мало надійти за заповітом [2, с. 436].

Але, надавши відказоодержувачу таке право користування, законодавство залишило без уваги регулювання житлових відносин, які виникають із заповідального відказу як у чинному ЖК УРСР, так і в проекті ЖК України, який прийнято у першому читанні 6 листопада 2009 р. [3]. Зокрема, ні у главі 6 «Користування жилими приміщеннями в будинках (квартирах) приватного житлового фонду» ЖК УРСР, ні у главі 6 «Володіння, користування і розпорядження житлом, що перебуває у приватній власності» проекту ЖК України не зазначаються такі підстави виникнення права користування житловим приміщенням як заповідальний відказ та сервітут на житло.

Для спадкоємців отримання житла у спадщину є способом набуття права власності на житло, що надає їм можливість реалізувати своє суб'єктивне право на житло, у разі прийняття спадщини. У результаті такої активної поведінки спадкоємця у інших осіб (відказоодержувачів, сервітуаріїв) може виникнути суб'єктивне право на користування житлом. З цього слідує, що відказоодержувач або сервітуарій повинні для виникнення у них права користування житлом укладати зі спадкоємцем ще й договір найму житла, хоча це право в них виникає із заповідального відказу та сервітуту на підставі правовстановлюючого документа, яким є свідоцтво про право на спадщину за заповітом. Тому правове регулювання права користування, що виникає із заповідального відказу або сервітуту, слід закріпити у новому ЖК України після ст. 88 «Користування приватним житлом членами сім'ї власника» відповідною статтею, що регламентувала б право на користування житлом відказоодержувача. У зв'язку з викладеним пропонується законодавчо закріпити права та обов'язки відказоодержувача у ст. 88-1 проекту «Користування приватним житлом, що виникає із заповідального відказу». Зокрема, ч. 1 ст. 88-1 слід викласти у такій редакції: «Особа (відказоодержувач), якій за заповідальним відказом надано право користування житлом, користується ним на рівних правах із власником житла».

Право користування житлом зберігає чинність у разі наступної зміни їх власника (ч. 2 ст. 1238 ЦК України). Відповідно до ст. 150 ЖК УРСР громадяни, які мають у приватній власності будинок (частину будинку), квартиру, користуються ними для особистого проживання і проживання членів їх сімей і мають право розпоряджатися цією власністю на власний розсуд: продавати, дарувати, заповідати, здавати в оренду, обмінювати, закладати, укладати інші не заборонені законом правочини. Тому при відчуженні такої нерухомості спадкоємець-власник зобов'язаний буде попередити нового власника, що предмет договору обтяжений правами третіх осіб, тобто правом на проживання.

Є непоодинокі випадки при складанні заповіту, коли один із подружжя розпоряджається часткою нерухомості, яка йому не належить. Слід враховувати ту обставину, що житло, якщо воно набуте в період шлюбу, незалежно від того, на кого оформлені правовстановлюючі документи, належить подружжю на праві спільної сумісної власності, розмір часток яких визначає СК України.

Зміст заповідального відказу, за яким заповідач покладає обов'язок на спадкоємця надати право безперешкодно користуватися житлом, певною мірою обмежує права самого власника. Досліджуючи питання щодо обмежень майнових прав фізичних осіб, Є. О. Мічурін визначає поняття «обмеження» як елемент механізму правового регулювання, спрямований на охорону прав суспільства, інших уповноважених осіб, здатний за допомогою специфічних законодавчих заборон, обов'язків чи дозволів впливати на звуження змісту суб'єктивного цивільного права та ускладнення його здійснення [4, с. 130].

Безумовно, суб'єктивне право спадкоємця на розпорядження дещо звужено, зокрема, у праві безперешкодного користування житлом, що спричиняє певні незручності як для спадкоємця, так і для членів його сім'ї. Але це не позбавляє власника права відчужити житло. Тільки в такому разі відказ із обмеження майнового права спадкоємця переходить в обтяження майна для нового власника. Тому слід погодитися з думкою Є. О. Мічуріна, що поняття «обтяження майна» та «обмеження майнових прав» не є тотожними поняттями. Внаслідок обтяження майна можуть виникнути обмеження майнових прав фізичних осіб [4, с. 158]. Тобто при зміні власника це право переходить за майном, в результаті чого новий власник повинен виконувати зобов'язання перед легатарієм з надання йому права користування майном, що значно обмежує його майнові права як власника житла. Можливо, з цим і пов'язана заміна у назві слів «обмеження» на «обтяження» Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Закон визначає обтяження як заборону розпоряджатися та користуватися нерухомим майном, яка встановлена або законом, або актами уповноважених на це органів державної влади, їх посадових осіб, або яка виникає на підставі договорів.

Право користування, одержане за заповідальним відказом, є таким, що не відчужується, не передається та не переходить до спадкоємців відказоодержувача, воно також не є підставою для проживання в них членів його сім'ї, якщо у заповіті не зазначено інше (п. 3 ч. 2 ст. 1238 ЦК України). За даною нормою спадкоємець, який прийняв житло за заповітом із заповідальним відказом, може бути обтяжений правом проживання у квартирі, крім відказоодержувача, ще й членів його сім'ї, але тільки якщо така згода на їх проживання буде дана заповідачем (власником) ще за його життя. Тому право на проживання членів сім'ї відказоодержувача залежить від змісту заповіту – волевиявлення заповідача, а не від норм законодавства, які регулюють житлові питання щодо проживання. Дана норма розмежовує право користування членів сім'ї відказоодержувача від права користування членів сім'ї наймача житла за договором найму (оренди) житла. Так, відповідно до ст. 156 ЖК України члени сім'ї особи у будинку (квартирі), що їй належить як власнику жилого будинку (квартири), які проживають разом з ним, користуються жилим приміщенням нарівні з власником будинку (квартири), якщо при їх вселенні не було іншої угоди про порядок користування цим приміщенням. В даному випадку права членів сім'ї власника, хоч і встановлюються законом, але можуть бути змінені договірними відносинами.

За згодою власника будинку (квартири) член його сім'ї вправі вселяти в займане ним жиле приміщення інших членів сім'ї. На вселення до батьків їх неповнолітніх дітей згоди власника не потрібно (ч. 2 ст. 156 ЖК України). Але ця норма не може поширюватися на відносини користування житлом, які виникають із заповідального відказу. Тому слід доповнити ст. 88-1 проекту ЖК України частиною другою такого змісту: «Право користування житловим приміщенням, надане відказоодержувачеві, не дає права проживання членам його сім'ї, якщо таке право не було зазначене у заповіті».

Право користування житлом, зазвичай, носить оплатний характер і включає в себе такі види оплати: 1) плата за користування житлом; 2) плата за комунальні послуги; 3) витрати на утримання та ремонт житла. Відповідно до ст. 162 ЖК України плата за користування жилим приміщенням в будинку (квартирі), що належить громадянинові на праві приватної власності, встановлюється угодою сторін. Плата за користування житлом, що виникає із договору найму, встановлюється договором (ст. 762 ЦК України). Плата за комунальні послуги береться, крім квартирної плати, за затвердженими в установленому порядку тарифами (ч. 2 ст. 162 ЖК України). Зокрема, в проекті ЖК України передбачається, що повнолітні члени сім'ї власника приватного житла несуть однакову з власником майнову відповідальність за зобов'язаннями щодо користування житлом (ч. 3 ст. 88). Також на них покладається обов'язок виконувати правила користування приміщеннями житлових будинків і прибудинковими територіями та їх утримання. Повнолітні члени сім'ї власника приватного житла зобов'язані брати участь у спільних витратах на утримання житла, якщо інше не передбачено договором між ними (ч. 4 ст. 88).

Чи поширюється оплатність користування, визначена житловим законодавством, на користування, що виникло із заповідального відказу? Як вбачається зі ст. 1238 ЦК України право на користування житлом за заповідальним відказом є вираженням волі заповідача і носить більше благодійний характер, тому є безоплатним правом. Але питання щодо оплати за проживання (сплата комунальних послуг та квартирної плати), а також витрат на ремонт для утримання житла в належному стані регулюється житловим законодавством. Слід також враховувати принцип свободи заповідального розпорядження, за яким відказоодержувача може бути звільнено від будь-якого виду оплати за користування житлом. В такому разі заповідальний відказ може матеріально обтяжити спадкоємця, що буде нерівноцінно вартості отриманої спадщини. Тому доцільно було б віднести питання оплати проживання відказоодержувача до житлових правовідносин і закріпити у частині 3 ст. 88-1 проекту ЖК України таку дефініцію: «У особи (відказоодержувача), яка отримала право користування житлом на підставі заповідального відказу, виникає зобов'язання щодо оплати за житло, якщо інше не буде передбачено договором між власником житла та відказоодержувачем».

Право користування житлом може виникнути у спадкоємців також за сервітутом, встановленим у заповіті. Сервітут є одним із видів прав на чужі речі, який може бути визначений як право обмеженого користування чужими речами (майном), установлене в інтересах певної особи. Сервітут надає змогу суб'єктові сервітутного права (сервітуарієві) користуватися природними властивостями речі, стосовно якої встановлено сервітут [5, с. 525]. Право

користування чужим майном може бути встановлено щодо іншого нерухомого майна (будівлі, споруди тощо) (ч. 3 ст. 404 ЦК України). Крім того, виходячи зі ст. 405 ЦК об'єктом сервітутного користування є житло, на яке мають право члени сім'ї власника житла. Таким чином, якщо житло належало спадкодавцю на праві власності, він може встановити у заповіті право користування житлом як для членів його сім'ї (спадкоємців першої черги при спадкуванні за законом), так і для будь-якої особи. Спадкодавець має право встановити сервітут щодо нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб (ст. 1246 ЦК України).

Сервітут визначає обсяг прав відносно користування особою чужим майном. Сервітут не підлягає відчуженню: його не можна продати, подарувати або обміняти. Тільки земельні сервітути, встановлені в заповіті, після прийняття спадкоємцем спадщини в подальшому можуть також переходити у спадщину. Відчуженню вони підлягають тільки разом із земельною ділянкою. Особистий сервітут встановлюється в інтересах конкретного спадкоємця, і тільки ця особа має право користування ним. Особистий сервітут не підлягає відчуженню і не переходить після прийняття спадщини спадкоємцям надалі в спадщину (ч. 4 ст. 403 ЦК України). Він припиняється у випадку смерті спадкоємця, на користь якого він був встановлений.

Особистий сервітут за строком його дії дещо схожий на заповідальний відказ, адже право користування житлом виникає тільки у спадкоємця та відказоодержувача за їх життя і не може бути відчужене та передано у спадщину. Але зміст сервітуту за заповітом має і певні відмінності від заповідального відказу. Зокрема, сервітуарій зобов'язаний користуватися житлом за цільовим призначенням сервітуту, визначеного на момент його встановлення; вносити плату за користування житлом, якщо інше не встановлено заповітом; завдані збитки власнику житла підлягають відшкодуванню на загальних підставах тощо.

Крім зазначених відмінностей, слід зауважити, що підставою припинення заповідального сервітуту може бути невикористання сервітуту протягом трьох років підряд за рішенням суду, на вимогу власника майна за наявності обставин, що мають істотне значення (ст. 406 ЦК). Але поряд з цим законодавство встановлює і скорочений строк для припинення сервітуту в один рік для членів сім'ї власника житла, які понад один рік не користувалися житлом без поважних причин. Поважні причини відсутності члена сім'ї власника, визначені у ст. 71 ЖК, були розглянуті у розділі І дисертації.

Частиною 1 ст. 405 ЦК України визначено, що право членів сім'ї власника житла на користування ними є сервітутним правом. Таке право є особистим, оскільки виникає в інтересах конкретно визначеної особи − члена сім'ї власника. Особисті сервітути для нечленів сім'ї можуть встановлюватися в результаті заповідального відказу і полягати у праві довічного проживання в чужому будинку (квартирі). Таке сервітутне право на користь третьої особи (відказоодержувача) обтяжує право власності спадкоємця, що прийняв спадщину. Сервітутні права осіб не є обмеженнями права власності на нерухоме майно і, зокрема, на житло. Сервітутні права осіб обмежують можливість волевиявлення власника в процесі користування житлом. Обмеження права власності, зумовлені правом користування сервітуарія, не позбавляють власника майна щодо права володіння, користування та розпорядження житлом. Звужуючи право користування житлом власника, обмеження не зменшують обсяг цього речового права [6, с. 36].

Спадкоємець, який прийняв спадщину, зобов'язаний виконати покладений на нього заповідачем обов'язок на користь відказоодержувача. Отже, відносини, які складаються з приводу заповідального відказу, є зобов'язальними правовідносинами, підстави і зміст яких визначає заповіт [7, с. 63].

Особливості особистого сервітуту на житло полягають у тому, що: він встановлюється законом, договором, заповітом; носить безоплатний характер; він є довічним правом і не переходить до спадкоємців; встановлюється лише власником житла, який має право визначати порядок користування окремими жилими приміщеннями. До членів сім'ї власника житлового приміщення ЖК України відносить дружину (чоловіка) власника житла (якщо тільки житло не належить подружжю на праві спільної власності), їх дітей, батьків, а також інших осіб, якщо вони постійно проживали спільно з власником житла та ведуть із ним спільне господарство (ч. 2 ст. 64, ч. 3 ст. 156 ЖК). Але для встановлення законного сервітуту необхідна наявність юридичних фактів, які породжують виникнення речових прав у сервітуарія. Такими фактами є факт проживання разом з власником житла та спільне з ним користування цим житлом: шлюб із власником житла, народження дитини у батьків, які є власниками житла, усиновлення дитини тощо.

Згідно з ч. 4 ст. 156 ЖК України припинення сімейних відносин з власником будинку (квартири) не позбавляє їх права користування займаним приміщенням. У разі відсутності угоди між власником будинку (квартири) і колишнім членом його сім'ї про безоплатне користування жилим приміщенням до цих відносин застосовуються правила, встановлені ст. 162 ЖК, що передбачають оплатний характер користування житлом.

В літературі вносяться певні пропозиції щодо врегулювання питання користування житлом після розірвання шлюбу між подружжям. Зокрема, О. В. Білоцький пропонує внести такі доповнення до ЦК України: у випадку припинення сімейних відносин з власником жилого приміщення за колишнім членом сім'ї не зберігається право користування жилим приміщенням. Проте, якщо у колишнього члена сім'ї власника жилого приміщення відсутні можливості придбання або здійснення права користування іншим жилим приміщенням, право користування має бути збережено за колишнім членом його сім'ї на певний строк, що визначається судом. При цьому суд може зобов'язати власника жилого приміщення забезпечити житлом колишнього із подружжя та інших членів його сім'ї [8, с. 64]. Однак з пропозицією щодо доцільності закріплення такого обмеження права власника саме в ЦК України не можна погодитися, оскільки питання сервітуту у членів сім'ї виникають за законом, а саме, право проживання регулюється житловим законодавством. Але припинення сімейних відносин між чоловіком і дружиною не може тягнути за собою припинення особистого сервітуту у дітей, оскільки проживання дитини після розірвання шлюбу батьками регулюється нормами сімейного законодавства, тоді й право користування залежить не від титульного власника житла, а від того, з ким залишається дитина проживати – з батьком або матір'ю дитини.

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що підставою виникнення права користування є заповідальне

розпорядження, здійснене заповідачем у заповіті через заповідальний відказ або сервітут. Тому правове регулювання права користування, що виникає із заповідального відказу або сервітуту, слід закріпити у проекті ЖК України, який не врахував сучасних тенденцій законодавства, та доповнити статтею 88-1 глави 6 «Володіння, користування і розпорядження житлом, що перебуває у приватній власності» проекту ЖК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Ватман Д. П.* Завещательный отказ / Д. П. Ватман // Советская юстиция. − 1970. − № 18. − С. 23–24.

2. *Житлове законодавство України:* стан та шляхи удосконалення: [монографія] / За заг. ред. М. К. Галянтича. − К.: КВІЦ, 2006. − 564 с.

3. *Проект Житлового кодексу України* // Зареєстровано у Верховній Раді України від 04. 09. 2009 № 2307-д. Автор ініціативи Рибак В. В.

4. *Мічурін Є. О.* Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект): [монографія] / Є. О. Мічурін. − Х.: Юрсвіт, НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2008. − 482 с.

5. *Цивільний кодекс України*. Постатейний коментар у двох частинах. Частина 1 / Керівники автор. кол. та відповід. ред. проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнєцова. − К.: Юстиніан, 2005. − 680 с.

6. *Міщенко І. В.* Обмеження права приватної власності на житло, які виникають у результаті прийняття спадщини / І. В. Міщенко // Правові проблеми реалізації житлових прав громадян. Зб. наук. праць (за матеріалами круглого столу, м. Київ, 15 червня 2006 р.) / [редкол.: М. К. Галянтич та ін.]. − К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2006. − 100 с.

7. *Кухарев О. Є.* Виконання заповіту щодо отримання відказоодержувачами права сервітуту на житло / О. Є. Кухарев // Реформування житлового законодавства: проблеми та перспективи. Зб. наук. праць (за матеріалами круглого столу, м. Харків, 16 грудня 2006 р. / [редкол.: М. К. Галянтич, О. Д. Крупчан, Є. О. Мічурін та ін.]. –Х.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, Харківський національний університет внутрішніх справ, 2006. – 172 с.

8. *Білоцький О. В.* Правова природа сервітуту на житло / О. В. Білоцький // Проблеми формування та реалізації державної житлової політики. Матеріали науково-практичного семінару. − К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2008. − С. 59–64.

The article deals with the subjective right to use the housing, resulting from genetic relationships. Discusses the rationale of rights of use, which is a legacy or easement. Formulated proposals for the improvement of the civil and housing legislation and securing legal right to use the legatee housing project in Ukraine Housing Code.

Статья посвящена исследованию субъективного права на пользование жильем, возникающее из наследственных правоотношений. Рассматриваются основания возникновения права пользования, которыми являются завещательный отказ или сервитут. Сформулированы предложения по совершенствованию гражданского и жилищного законодательства и закрепления субъективного права отказополучателя на пользование жильем в проекте Жилищного кодекса Украины.

ПРАВОЗАХИСНА ДІЯЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ЖИТЛОВИХ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ

Фігель А. А.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено питанням правозахисної діяльності органів прокуратури у сфері захисту житлових прав фізичних осіб, розкрито зміст повноважень та надано юридичну характеристику актам прокурорського реагування та формам представництва житлових інтересів фізичних осіб в судах.

Ключові слова: прокурорський нагляд, предмет нагляду, акти прокурорського реагування, представництво інтересів громадян в судах.

Одним із основних напрямів державної політики на сучасному етапі розвитку українського суспільства є реалізація прав громадян на житло, що знайшло своє закріплення у Конституції України, Житловому кодексі України та інших нормативно-правових актах різної юридичної сили. На сьогодні в Україні питання забезпечення захисту та відновлення житлових прав громадян потребує особливої уваги.

Як відомо, житлові права громадян можуть захищатися як у судовому, так і позасудовому порядку, і в цьому механізмі неабияку роль відіграють органи прокуратури, які при здійсненні повноважень в рамках реалізації тієї або іншої конституційної функції мають змогу захищати права громадян та вживати заходів щодо відновлення порушених прав.

Проблеми захисту житлових прав громадян через призму діяльності органів прокуратури вивчали такі науковці та практики як В. Шуба, А. Василевський, Т. Корнякова, А. Повар А., І. Агапов. Зокрема, останній зазначив, що значну роль в охороні житлових прав громадян відведена органам прокуратури, які зобов'язані вживати всіх залежних від них заходів до запобігання можливих порушень житлових прав [1].

Останніми роками поширилися випадки порушень житлових прав громадян, зокрема в ході відчуження та приватизації житла. Житло стало об'єктом, який можна продати, обміняти та здійснити щодо нього інші дії. Такі та інші обставини вимагають від органів прокуратури приділяти особливу увагу правозахисній діяльності в сфері додержання законів, які спрямовані на захист житлових прав громадян.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про прокуратуру» прокурорський нагляд за додержанням і правильним застосуванням законів Кабінетом Міністрів України, міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади, органами державного і господарського управління та контролю, Радою Міністрів Автономної Республіки Крим, місцевими радами, їх виконавчими органами, військовими частинами, політичними партія-

ми, громадськими організаціями, масовими рухами, підприємствами, установами і організаціями, незалежно від форм власності, підпорядкованості та приналежності, посадовими особами та громадянами здійснюється Генеральним прокурором України і підпорядкованими йому прокурорами [2]. Втручання органів державної влади та місцевого самоврядування, посадових осіб, громадсько-політичних організацій тощо у діяльність прокуратури з нагляду за додержанням законів або розслідуванню діянь, що містять ознаки злочину, забороняється.

Предметом нагляду за додержанням і застосуванням законів є: відповідність актів, які видаються всіма органами, підприємствами, установами, організаціями та посадовими особами, вимогам Конституції України та чинному законодавству, в тому числі житловому; додержання законів про недоторканність особи (наприклад, незаконне проведення огляду чи обшуку в житлі особи, незаконне виселення), соціально-економічні, політичні, особисті права і свободи громадян, захист їх честі і гідності, якщо законом не передбачено інший порядок захисту цих прав, тощо.

У випадку виявлення порушень вимог чинного законодавства, в тому числі житлового, прокурор або його заступник мають право: опротестувати акти Прем'єр-міністра України, Кабінету Міністрів України, Ради Міністрів Автономної Республіки Крим, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, виконавчих органів місцевих Рад, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, а також рішення і дії посадових осіб; вносити подання або протести на рішення місцевих Рад; порушувати кримінальну справу, дисциплінарне провадження або провадження про адміністративне правопорушення; давати приписи про усунення очевидних порушень закону та умов, що їм сприяли; звертатись до суду з заявами про захист прав і законних інтересів громадян, держави, а також інших юридичних осіб. Вимоги прокурора, які відповідають чинному законодавству, є обов'язковими для всіх органів, підприємств, установ, організацій, посадових осіб та громадян і виконуються невідкладно або у передбачені законом чи визначені прокурором строки.

Згідно зі ст. 19 Закону України «Про прокуратуру» предметом нагляду за додержанням і застосуванням законів є також відповідність актів, які видаються всіма органами, підприємствами, установами, організаціями та посадовими особами, вимогам Конституції та чинним законам. Як передбачено ч. 2 цієї статті, перевірка виконання законів проводиться за заявами та іншими повідомленнями про порушення законності, що вимагають прокурорського реагування, а за наявності приводів – також з власної ініціативи прокурора. Прокуратура не підміняє органи відомчого управління та контролю і не втручається у господарську діяльність, якщо така діяльність не суперечить чинному законодавству.

Актами прокурорського реагування згідно зі ст. 25 аналізованого закону є протест, подання, припис та постанова. У протесті, поданні, приписі або постанові прокурора обов'язково зазначається, ким і яке положення закону порушено, в чому полягає порушення та що і в який строк посадова особа або орган мають вжити до його усунення.

Таким чином, у випадку, якщо органами прокуратури під час здійснення перевірки підприємств, установ та організацій буде виявлено невідповідність актів, які видаються органами, підприємствами, установами, організаціями та посадовими особами, вимогам Конституції та чинним нормативним актам України, і при цьому такі акти порушують житлові права фізичних осіб, то, відповідно, це стане підставою для прийняття актів прокурорського реагування, які є обов'язковими для виконання такими юридичними особами. Тому в цій частині органи прокуратури, безумовно, можна визнати юрисдикційним органом, який вправі здійснювати захист суб'єктивних житлових прав фізичних осіб.

Прикладом може слугувати проведена прокуратурою Івано-Франківської області перевірка дотримання вимог законодавства щодо захисту житлових та майнових прав дітей-сиріт та дітей, які позбавлені батьківського піклування і виховуються в спеціалізованих загальноосвітніх школах, якою встановлено, що в порушення вимог ст. 71 Житлового кодексу Української РСР рішенням виконавчого комітету Надвірнянської міської ради від 30.06.2000 за № 448 однокімнатну квартиру, яка розташована в м. Надвірна та закріплена за вихованцем Перегінської спеціальної загальноосвітньої школи-інтернат для розумово відсталих дітей гр. Г. В., тимчасово зараховано, до настання повноліття останнього, до службового фонду Надвірнянського ЖРЕД НГВУ «Надвірнанафтогаз» та надано черговому електрику ЖРЕД гр. К. С. Прокурор вніс протест, за результатами розгляду якого незаконне рішення скасовано.

В ході проведення прокуратурою Сосницького району Чернігівської області перевірки дотримання вимог житлового законодавства в діяльності Хлоп'яницької сільської ради встановлено, що службові особи Хлоп'яницької сільської ради, зловживаючи своїм службовим становищем та діючи в інтересах третіх осіб, видали фіктивне свідоцтво про право власності на житло, в якому зазначено підставу видачі – рішення виконавчого комітету від 28.10.2002 за № 68. Фактично зазначене рішення органу місцевого самоврядування та рішення про взяття на баланс житлового будинку не приймалось. За вказаним фактом прокуратурою району порушено кримінальну справу за ч. 1 ст. 365 КК України. Вироком суду винних осіб засуджено.

Перевіркою забезпечення прав громадян на житло, проведеною у Новгород-Сіверській міській раді, виявлено порушення вимог ст. 7, 15, 50 Житлового кодексу України, а саме, жилі приміщення, які видаються громадянам, не відповідають встановленим санітарним та технічним вимогам. Так, за клопотанням мешканців багатоквартирного будинку по вул. Козацькій було проведено відселення гр. В., яка є багатодітною матір'ю, однак надане їй жиле приміщення по вул. Радянській потребувало істотного ремонту і не відповідало житловим нормам. На усунення виявлених порушень прокурор району вніс подання міському голові, вказані порушення усунуто [3].

Розглядаючи особливості захисту житлових прав фізичних осіб слід також звернути увагу на положення ст. 45 ЦПК України. Так, відповідно до ч. 1 вказаної статті у випадках, встановлених законом, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокурор, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи можуть звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб або державних чи суспільних інтересів та брати участь у цих справах. Прокурор здійснює у суді представництво інтересів громадянина або держави в порядку, встановленому цим

Кодексом та іншими законами, і може здійснювати представництво на будь-якій стадії цивільного процесу [4].

Таким чином, як випливає із зазначеного, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, відповідні посадові особи та органи прокуратури у випадках, встановлених законом, мають право також звертатися до суду із заявами про захист житлових прав та інтересів фізичних осіб.

Зокрема, Т. Тилик, розглядаючи юрисдикційні форми захисту житлових прав, насамперед судами та іншими органами, передбаченими в ст. 17, 18 ЦК України, звернув увагу на те, що серед цих органів не передбачено органи прокуратури, які фактично відповідно до Конституції України вчиняють такі дії. Виходячи із зазначеного, автор обґрунтував доцільність визнання прокуратури юрисдикційним органом захисту цивільних прав, наданими їй повноваженнями [5].

Слід задзначити, що на сьогодні правовою основою діяльності органів прокуратури є Конституція України та Закон України «Про прокуратуру». Зокрема, згідно зі ст. 5 вказаного Закону однією із функцій прокуратури є представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом.

Як передбачено ст. 35 аналізованого Закону, прокурор може вступити у справу на будь-якій стадії процесу, якщо цього вимагає захист конституційних прав громадян, інтересів держави та суспільства, і зобов'язаний своєчасно вжити передбачених законом заходів до усунення порушень закону, хоч би від кого вони виходили. Прокурор має рівні права з іншими учасниками судового засідання. Обсяг і межі повноважень прокурора, який бере участь у судовому процесі, визначаються не лише законом, про який йдеться, а й процесуальним законодавством України.

Особливості здійснення представництва житлових прав та інтересів громадянина в суді визначено положеннями ст. 36-1 Закону України «Про прокуратуру». Зокрема, представництво прокуратурою житлових прав та інтересів громадянина в суді полягає у здійсненні прокурорами від імені держави процесуальних та інших дій, спрямованих на захист у суді інтересів громадянина або держави у випадках, передбачених законом. Тому жодних довіреностей чи доручень прокурору не потрібно, оскільки він не представляє інтереси конкретної особи чи органу влади. В межах своєї компетенції, визначеної законом, він діє як представник держави, маючи водночас і всі процесуальні права позивача.

Підставою представництва у суді житлових інтересів громадянина є його неспроможність через фізичний чи матеріальний стан, похилий вік або з інших поважних причин самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження, а інтересів держави – наявність порушень або загрози порушень економічних, політичних та інших державних інтересів внаслідок протиправних дій (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб, що вчиняються у відносинах між ними або з державою.

Формами представництва є:

– звернення до суду з позовами або заявами про захист прав і свобод іншої особи, невизначеного кола осіб, прав юридичних осіб, коли порушуються інтереси держави, або про визнання незаконними правових актів, дій чи рішень органів і посадових осіб;

– участь у розгляді судами справ;

– внесення апеляційного, касаційного подання на судові рішення або заяви про їх перегляд за нововиявленими обставинами.

З метою вирішення питання наявності підстав для внесення касаційного подання у справі, розглянутій без участі прокурора, прокурор має право знайомитися з матеріалами справи в суді, робити виписки з неї, отримувати копії документів, що знаходяться у справі. Прокурор самостійно визначає підстави для представництва у судах, форму його здійснення і може здійснювати представництво в будь-якій стадії судочинства в порядку, передбаченому процесуальним законом.

Процесуальне становище прокурора в ролі позивача дещо відрізняється від становища інших осіб, які заявляють позов у цивільній справі. Так, прокурор не несе судових витрат, до нього не може бути пред'явлено зустрічного позову, він не може укладати мирову угоду, а рішення суду за позовом прокурора поширюється не на прокурора, а на особу, в інтересах якої пред'явлено позов. Фізичні, юридичні особи й держава в особі її органів самостійно звертаються до суду за захистом своїх порушених прав та інтересів, які охороняє закон. Прокурор же здійснює представництво в суді лише тоді, коли громадянин неспроможний через фізичний чи матеріальний стан або з інших причин самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження. Захист прав неповнолітніх, недієздатних, обмежено дієздатних, безвісно відсутніх прокурор здійснює в суді, представляючи їхні інтереси, лише тоді, коли батьки, усиновителі, опікуни та піклувальники, органи виконавчої влади чи місцевого самоврядування не виконують передбачених законом обов'язків.

Таким чином, аналізовані положення Закону України «Про прокуратуру» є такими, які врегульовують особливості здійснення права на захист осіб, суб'єктивне право та інтерес яких є порушеним, невизнаним чи оспореним, з огляду на те, що право на захист може бути здійсненим як безпосередньо особами, яким належить таке право, так і через конструкцію представництва.

У свою чергу, слід згадати і про діючий Житловий кодекс УРСР, який також містить правову норму, якою передбачається можливість здійснення захисту житлових прав фізичних осіб органами прокуратури. Так, відповідно до ст. 109 ЖК УРСР виселення із займаного жилого приміщення допускається з підстав, установлених законом. Виселення проводиться добровільно або в судовому порядку. Допускається виселення в адміністративному порядку з санкції прокурора лише осіб, які самоправно зайняли жиле приміщення або проживають у будинках, що загрожують обвалом. Крім того, як передбачено ч. 2 цієї статті, громадянам, яких виселяють з жилих приміщень, одночасно надається інше постійне жиле приміщення, за винятком виселення громадян при зверненні стягнення на жилі приміщення, що були придбані ними за рахунок кредиту (позики) банку чи іншої особи, повернення якого забезпечене іпотекою відповідного жилого приміщення. Жиле приміщення, що надається особі, яку виселяють, повинно бути зазначено в рішенні суду або постанові прокурора [6].

Однак вказана норма суперечить вимогам ч. 3 ст. 47 Конституції України, згідно з якою ніхто не може бути

примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду. Крім того, відповідно до ст. 20 Закону України «Про прокуратуру», якою визначено повноваження прокурора, при здійсненні прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів прокурор не уповноважений виносити санкції щодо виселення осіб у адміністративному порядку. Згідно з п. 6 ч. 2 цієї статті Закону прокурор у межах компетенції має право звертатись до суду з заявами про захист прав і законних інтересів громадян, держави, а також підприємств та інших юридичних осіб.

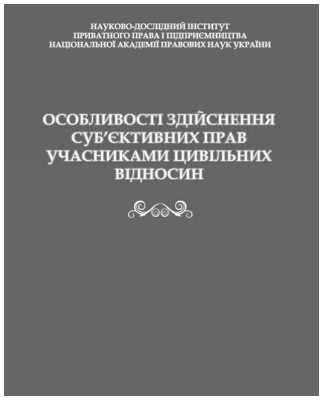
Тобто, враховуючи викладене, прокурор має право звертатись до суду із заявою про захист прав і законних інтересів громадян, держави, а також відповідного комунального підприємства стосовно виселення осіб, які самоправно зайняли жиле приміщення або проживають у будинках, що загрожують обвалом. Таким чином, незважаючи на те, що це єдиний випадок, коли діючий ЖК УРСР безпосередньо передбачив можливість здійснення захисту житлових прав фізичних осіб з санкції прокурора, все-таки положення цієї правової норми є таким, яке суперечить нормам Закону України «Про прокуратуру», а також іншим нормативно-правовим актам, зокрема, Закону України «Про виконавче провадження», у зв'язку із чим виключається можливість застосування цієї правової норми на практиці.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Повар А. Й., Агапов І. Г.* Охорона житлових прав громадян / А. Й. Повар, І. Г. Агапов. – К.: Будівельник, 1968. – С. 3.
2. *Закон України* «Про прокуратуру» від 05.11.1991 р.// Парламентське видавництво. – К., 2003. – С. 3
3. *Корнякова Т. В., Домбровський С. В.* Збірник інформаційних листів та методичних рекомендацій Генеральної прокуратури України, прокуратур обласного рівня з питань здійснення нагляду за додержанням законів щодо прав і свобод громадян та захисту інтересів держави / Т. В. Корнякова, С. В. Домбровський. – К.: Істина, 2006. – С. 420
4. *Звід Кодексів* і законів України. – К.: Українське агентство інформації та друку «Рада», 2007. – С. 751
5. *Тилик Т. М.* Припинення житлових правовідносин: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т. М. Тилик. – Київ, 2010. – С. 13.
6. *Житловий кодекс* Української РСР. Науково-практичний коментар / За заг. ред. С. Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2008. – С. 582.

The marked article is sanctified activity of organs of office of public prosecutor in the field of defence of housing rights for physical persons, maintenance of plenary powers opens up and differentiation of functions of organs of office of public prosecutor is conducted legal description is given to the acts of the public prosecutor's reacting and forms of representative office of interests of citizens in courts.

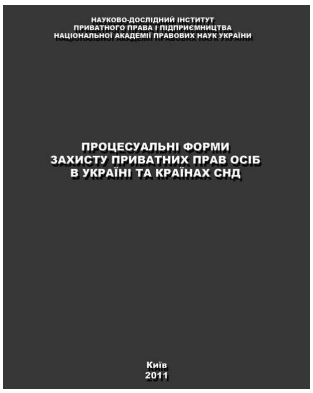
Статья посвящается вопросам правозащитной деятельности органов прокуратуры в сфере защиты жилищных прав физических лиц, раскрывается содержание полномочий и проводится юридическая характеристика актов прокурорского реагирования и форм представительства жилищных интересов физических лиц в судах.



Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин: Монографія / За заг. ред. академіка НАПрН України В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України,

Монографія відображає наукові позиції щодо здійснення суб'єктивних цивільних прав осіб. Обґрунтовано загальнотеоретичні засади здійснення суб'єктивних цивільних прав, а також визначені особливості суб'єктивних цивільних прав у договірних, спадкових, корпоративних та інших відносинах. Викладено пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства та практики його застосування.

Праця розрахована на широке коло фахівців у галузі цивільного права: науковців, аспірантів, практиків та всіх, хто цікавиться актуальними питаннями приватного права.



Процесуальні форми захисту приватних прав осіб в Україні та країнах СНД: Збірник наукових праць / За ред. О. Д. Крупчана – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 248 с.

На основі норм чинного вітчизняного та зарубіжного законодавства здійснено теоретичне порівняльно-правове дослідження проблем процесуальних форм захисту приватних прав осіб в Україні та країнах СНД. Обґрунтовано концептуальні засади превентивного захисту прав суб'єктів господарської діяльності, житлових прав осіб, способи і процесуальні форми захисту у підрядних відносинах в Україні та країнах СНД.Досліджено спільність і відмінність конституційних основ судового захисту приватних прав в Україні та країнах СНД.

З'ясовано теоретичні та практичні проблеми наказного провадження та інших спрощених проваджень, провадження за нововиявленими обставинами та особливостей перегляду цивільних справ Верховним Судом в Україні та країнах СНД, визначено теоретичні та практичні проблеми судового провадження за участю суб'єктів публічного права та окремо приділено увагу порівняльно-правовій характеристиці осіб, які беруть участь у позовному провадженні за законодавством України та країн СНД. Викладено пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства та практики його застосування із зазначеної тематики.

Для наукових працівників, викладачів, аспірантів та студентів юридичних вузів, а також для широкого кола юристів-практиків, адвокатів, практичних працівників правоохоронних органів, всіх, хто цікавиться проблемами захисту приватних прав осіб.

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ МАЙНА У ЗБРОЙНИХ СИЛАХ УКРАЇНИ

Щербина В. С.,

доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, завідувач відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В статті розглядаються особливості правового режиму майна у Збройних Силах України та характеризуються його окремі елементи.

Ключові слова: військове майно, правовий режим, облік військового майна, оренда військового майна, списання військового майна.

Особливості правового режиму майна[*], закріпленого за військовими частинами, закладами, установами та організаціями Збройних Сил України, визначено законами України від 21 вересня 1999 р. «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» [1] та «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» [2] і деталізовано нормами низки підзаконних нормативно-правових актів.

Як встановлено ст. 1 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України», військове майно – це державне майно, закріплене за військовими частинами, закладами, установами та організаціями Збройних Сил України (далі – військові частини). У зв'язку з цим викликає подив відсутність серед об'єктів управління державної власності, визначених ч. 1 ст. 3 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» від 21 вересня 2006 р. [3], такого виду майна як військове, тим більше, що управління таким майном зі сфери дії зазначеного Закону не вилучено.

З урахуванням викладеного пропонуємо доповнити ч. 2 ст. 3 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» абзацом третім такого змісту: «Особливості управління майном, закріпленим за військовими частинами, закладами, установами та організаціями Збройних Сил України, визначаються Законом України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України».

До військового майна належать будинки, споруди, передавальні пристрої, всі види озброєння, бойова та інша техніка, боєприпаси, пально-мастильні матеріали, продовольство, технічне, аеродромне, шкіперське, речове, культурно-просвітницьке, медичне, ветеринарне, побутове, хімічне, інженерне майно, майно зв'язку тощо.

З порівняльного аналізу назви закону та наведеного визначення можна дійти двох діаметрально протилежних висновків: 1) законодавець ототожнює поняття майна у Збройних Силах і військового майна; 2) майно у Збройних Силах включає крім військового майна ще й інші види майна. Очевидно, що правильним слід вважати перший висновок, оскільки зміст наступних статей закону не дає підстав виділити у складі майна Збройних Сил «невійськове майно».

Такий висновок, на нашу думку, не спростовується навіть положеннями ч. 2 ст. 14 Закону України «Про Збройні Сили України» від 6 грудня 1991 р. [4], згідно з якою земля, води, інші природні ресурси, закріплені за військовими частинами, військовими навчальними закладами, установами та організаціями Збройних Сил України, є державною власністю, належать їм на праві оперативного управління. Більше того, оскільки зазначена норма суперечить ст. 13 Конституції України, відповідно до якої земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу, вона має бути приведена відповідно до положень Конституції України.

До цього додамо, що ч. 2 ст. 3 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» визначає момент набуття майном характеру військового майна[**] – з моменту надходження майна до Збройних Сил України і закріплення його за військовою частиною Збройних Сил України, не роблячи при цьому жодних винятків щодо окремих видів майна.

Нечіткість законодавчого визначення моменту набуття майном характеру військового, який пов'язується з розділеними у часі діями: 1) надходженням майна до Збройних Сил України, 2) закріпленням його за військовою частиною – призвело до висновку, що майно, яке надходить до Збройних Сил України, набуває спеціального статусу військового майна з моменту закріплення його за військовою частиною, а точніше, з прийняттям органом військового управління відповідного рішення про закріплення [5, с. 118]. Такий висновок є помилковим, оскільки, по-перше, Міністерство оборони України як центральний орган управління Збройних Сил України здійснює відповідно до закону управління військовим майном, у тому числі закріплює *військове майно* (курсив наш – В. Щ.) за військовими частинами (ч. 2 ст. 2 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України»); по-друге, відповідно до п. 3 Положення про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна у Збройних Силах, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 4 серпня 2000 р. № 1225 [6], Міноборони як центральний орган управління Збройних Сил закріплює згідно із законодавством *військове майно* (курсив наш – В. Щ.) за військовими частинами на праві оперативного управління, про що ним видаються відповідні акти. Таким чином, із наведених норм випливає, що характеру військового майна майно набуває з моменту його надходження до Збройних Сил України, а закріплення його за конкретною військовою частиною визначає суб'єкта права оперативного управління зазначеним майном.

Навіть у разі якщо військове майно передається підприємствам (установам) незалежно від форми власності

[*] Щодо поняття та змісту правового режиму майна див.: Щербина В. Поняття та зміст правового режиму майна суб'єктів господарювання // Юридична Україна. – 2007. – № 1. – С. 70–78.

[**] Вжитий у назві ст. 3 та ч. 2 ст. 3 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» термін «статус військового майна» ми вважаємо некоректним, а тому свідомо замінюємо його у даному випадку терміном «характер військового майна», хоч у контексті управління об'єктами державної власності щодо військового майна цілком виправданим може бути вживання терміна «вид майна».

для проведення ремонту, освоєння ремонту, модернізації, дослідження технічного стану, спеціальних перевірок, зберігання, воно обліковується у військових частинах, за якими воно закріплене. Про умови передачі та повернення військового майна зазначається у відповідних договорах.

Визнання таким, що втратив чинність, Закону України «Про власність», ч. 1 ст. 39 якого встановлювала, що майно, яке є державною власністю і закріплене за державною установою (організацією), яка перебуває на державному бюджеті, належить їй на праві оперативного управління, і відсутність у ЦК України таких правових титулів як право господарського відання і право оперативного управління породжує питання щодо правового титулу, на якому військове майно закріплюється за військовими частинами, закладами, установами та організаціями Збройних Сил України. На перший погляд може здатися, що цей недолік компенсується нормами ГК України, в статтях якого неодноразово вживається термін «право оперативного управління», проте не слід забувати, що ГК України регулює відносини щодо організації і здійснення господарської діяльності, тому у Кодексі йдеться про право оперативного управління майном, закріпленим за суб'єктами господарювання. Військові частини, заклади, установи та організації Збройних Сил України можуть підпадати під ознаки суб'єкта господарювання лише у тому разі, якщо вони зареєстровані як суб'єкти господарської діяльності у Збройних Силах [7].

Стосовно інших (не зареєстрованих як суб'єкти господарювання) військових частин правовий титул військового майна визначається положеннями ч. 2 ст. 14 Закону України «Про Збройні Сили України» та ч. 1 ст. 3 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України», згідно з якими військове майно закріплюється за військовими частинами Збройних Сил України на праві оперативного управління (з урахуванням особливостей, передбачених ч. 2 ст. 3 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України»).

Разом з тим слід зазначити, що організаційно Збройні Сили України складаються з органів військового управління, об'єднань, з'єднань, військових частин, військових навчальних закладів, установ та організацій (ч. 3 ст. 3 Закону України «Про Збройні Сили України»). Правовий режим військового майна (в тому числі правовий титул його закріплення) визначений законом лише щодо *військових частин* (цим терміном охоплюються як власне військові частини, так і заклади, установи та організації Збройних Сил України). Що стосується органів військового управління, об'єднань і з'єднань, то відсутність в законодавстві норм щодо можливості закріплення за ними військового майна є, на нашу думку, прогалиною у визначенні правового режиму майна у Збройних Силах України.

Як відомо, управління об'єктами державної власності відповідно до закону здійснює Кабінет Міністрів України (п. 5 ст. 116 Конституції України, п. 1 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» [8], ст. 4, 5 Закону України «Про управління об'єктами державної власності»). Згідно з ч. 1 ст. 2 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» до компетенції Кабінету Міністрів України належить вирішення питань щодо забезпечення Збройних Сил України військовим майном, а також визначення порядку вилучення і передачі його до сфери управління центральних або місцевих органів виконавчої влади, інших органів, уповноважених управляти державним майном, самоврядним установам і організаціям та у комунальну власність територіальних громад сіл, селищ, міст або у їх спільну власність (за згодою відповідних органів місцевого самоврядування з дотриманням вимог Закону України «Про передачу об'єктів права державної та комунальної власності») з урахуванням того, що озброєння та бойова техніка можуть передаватися лише до військових формувань, існування яких передбачено законом.

Управління військовим майном, включаючи закріплення його за військовими частинами, прийняття рішення щодо перерозподілу цього майна між військовими частинами здійснює Міністерство оборони України. Відповідно до Положення про Міністерство оборони України, затвердженого Указом Президента України від 6 квітня 2011 р. [9], Міністерство оборони, зокрема:

– надає згоду або відмовляє в наданні згоди на відчуження майнових об'єктів, що належать до основних фондів підприємств, установ і організацій, які належать до сфери управління Міноборони України, а також на передачу в заставу цілісних майнових комплексів підприємств, будівель та споруд, що належать до сфери управління Міноборони України, його структурних підрозділів;

– утворює, ліквідує, реорганізовує підприємства, установи та організації, затверджує їх положення (статути), в установленому порядку призначає на посади та звільняє з посад їх керівників, формує кадровий резерв на посади керівників підприємств, установ та організацій, що належать до сфери управління Міноборони України;

– здійснює у межах повноважень інші функції з управління об'єктами державної власності, що належать до сфери управління Міноборони України;

– реєструє військові частини як суб'єкти господарської діяльності;

– веде облік об'єктів державної власності, які належать до сфери управління Міноборони України;

– утримує в належному стані та організовує експлуатацію об'єктів військового призначення;

– затверджує порядок списання військового майна;

– здійснює в установленому порядку відчуження військового майна, передачу його до сфери управління центральних чи місцевих органів виконавчої влади, інших органів, уповноважених управляти державним майном, самоврядним установам та організаціям, які провадять діяльність в інтересах національної безпеки і оборони, та в комунальну власність, готує пропозиції щодо зміни цільового призначення земельних ділянок Збройних Сил.

Особливості правового режиму військового майна знаходять свій вияв у тому, що облік, інвентаризація, зберігання, списання, використання та передача військового майна здійснюються у спеціальному порядку, що визначається Кабінетом Міністрів України. Водночас загальні положення стосовно зазначених дій регулюються ст. 4–6 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України».

Так, військові частини ведуть облік закріпленого за ними майна у кількісних, якісних, обліково-номерних та вартісних показниках і враховують по відповідних службах – продовольчій, речовій, квартирно-експлуатаційній, пально-мастильних матеріалів тощо.

У такому порядку ведеться облік майна, закріпленого за підпорядкованими військовими частинами, у службах

забезпечення органів військового управління, органах квартирно-експлуатаційної служби Збройних Сил України, на які покладаються завдання щодо забезпечення військових частин майном відповідно до затверджених норм та організації його ефективного використання.

Положенням про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна у Збройних Силах, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 4 серпня 2000 р. № 1225 [10], зокрема встановлено, що облік військового майна ведеться з метою отримання даних про його наявність, втрату, нестачу, рух, вартість та якісний (технічний) стан, необхідних для організації матеріально-технічного забезпечення військових частин, встановлення належного контролю за умовами зберігання, доцільністю та ефективністю його використання (витрачання), а також з метою підготовки даних для складення облікових документів та державної статистичної звітності. Обліку підлягає все військове майно незалежно від його призначення та джерел надходження. Облік військового майна повинен бути своєчасним, достовірним і точним.

Облік військового майна ведеться шляхом запису (відображення) в книгах (картках) обліку, інших матеріальних носіях інформації (далі – облікові документи) даних про кількість, якісний (технічний) стан, облікові та заводські номери, вартість (ціну) військового майна, а також про його рух, втрату та нестачу. Кількісний облік військового майна ведеться в натуральних показниках і відповідних одиницях виміру, а вартісний – в національній валюті України. Вартість військового майна станом на момент його надходження до сфери управління Міноборони визначається за його закупівельною ціною або за вартістю (ціною), зазначеною в укладених на його виготовлення та поставку договорах.

Вартість військового майна, що перебуває у військових частинах і закріплене за ними на праві оперативного управління, визначається за Методикою визначення залишкової вартості майна Збройних Сил України та інших військових формувань, затвердженою Постановою Кабінету Міністрів України від 28 травня 1998 р. № 759, за винятком випадків, коли вартість військового майна визначається на підставі звіту про оцінку майна, складеного відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2007 р. [11].

Спеціальний порядок встановлено законодавством і щодо списання військового майна, яке відповідно до ч. 3 ст. 4 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» за актами технічного стану та інспекторськими посвідченнями провадиться командирами військових частин і посадовими особами органів військового управління відповідно до їх компетенції в порядку, встановленому Міністерством оборони України.

Проте Положенням про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна у Збройних Силах України наскільки докладно врегульовано порядок списання військового майна, що Міністерством оборони України порядок, щодо якого йдеться в ч. 3 ст. 4 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України», не встановлювався.

Згідно з Положенням списання військового майна, закріпленого за військовими частинами, здійснюється у разі:

– набуття непридатного стану (за неможливості або економічної недоцільності його відновлення і використання);

– убутку в межах затверджених норм;

– втрати чи нестачі;

– використання на виробничі, господарські та експлуатаційні потреби в межах установлених норм, у тому числі на підготовку зброї (боєприпасів) до зберігання або застосування, виготовлення сумішей, проведення аналізу, виконання будівельних та будівельно-монтажних робіт;

– знесення будівель і споруд через недоцільність їх використання та з метою будівництва на їх місці нових об'єктів.

Закінчення установленого терміну служби військового майна не може бути підставою для його списання, якщо це майно ще придатне для використання за цільовим призначенням і подальше використання такого майна не заборонено відповідною документацією заводів-виробників або нормативно-правовими актами і нормативними документами Міноборони. Списання військового майна проводиться за актами якісного (технічного) стану, інспекторськими посвідченнями та за актами списання.

За *актами якісного (технічного) стану* списується:

– військове майно, яке обліковується за обліково-номерними, якісними (технічними) показниками і набуло непридатного стану після закінчення установлених термінів його служби (носіння, використання), вироблення технічного ресурсу, проведення випробувань або дослідних робіт, а також із закінченим терміном зберігання в запасі (резерві) за неможливості його ремонту або використання за цільовим призначенням;

– військове майно безстрокового використання, яке набуло непридатного стану у процесі експлуатації, за неможливості його подальшого використання за цільовим призначенням;

– лікарські засоби (в тому числі наркотичні, психотропні та отруйні), імунобіологічні препарати та хімічні реактиви, які набули непридатного стану.

Втрачене або знищене військове майно та його нестача, а також майно, яке обліковується за обліково-номерними, якісними (технічними) показниками і набуло непридатного стану раніше установленого терміну його служби, носіння (використання), вироблення технічного ресурсу, якщо згідно із законодавством заподіяна шкода повністю або частково відноситься на рахунок держави за неможливості відшкодування його повної або часткової вартості за рахунок винних осіб, списується за *інспекторськими посвідченнями*.

За *актами списання* списується військове майно, яке не обліковується за обліково-номерними, якісними (технічними) показниками і набуло непридатного стану, майно, використане за встановленими нормами на регламентні роботи, технічне обслуговування, витрачене на виробничі, господарські та експлуатаційні потреби, будівлі і споруди, що підлягають знесенню через недоцільність їх використання, а також убуток військового майна та інше майно, яке не списується за актами якісного (технічного) стану, за інспекторськими посвідченнями і набуло непридатного стану.

Законом України від 15 березня 2011 р. Закон України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» доповнено статтею 6^1, що регулює *порядок утилізації військового майна*, тобто проведення організаційних, наукових, технічних, економічних, екологічних, санітарних, протиепідемічних та інших робіт (заходів), що забезпечують переробку військового майна.

Відновлені в ході таких робіт (заходів) компоненти військового майна, зокрема агрегати, системи, вироби або елементи, після ремонту чи модернізації та приймання їх в установленому порядку можуть використовуватися за призначенням відповідно до закону.

Державний контроль за утилізацією військового майна здійснюється Міністерством оборони України, іншими органами державної влади відповідно до закону, в тому числі шляхом:

– перевірки, ревізії, огляду та обстеження суб'єкта господарювання, що проводить утилізацію;

– огляду території або приміщення, які використовуються для провадження господарської діяльності, і ознайомлення з відповідними документами.

Певні вимоги пред'являються і щодо зберігання та використання військового майна. Відповідно до Положення про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна у Збройних Силах військове майно зберігається з дотриманням вимог, передбачених документацією заводів-виробників. Умови зберігання цього майна повинні забезпечувати збереження його належного якісного (технічного) стану, виключати можливість втрати та відповідати вимогам вибухопожежобезпеки.

Експлуатація військового майна повинна здійснюватися відповідно до вимог документації заводів-виробників. Порядок зберігання, використання і технічного обслуговування військового майна визначається статутами Збройних Сил, зазначеним Положенням, нормативно-правовими актами і нормативними документами Міноборони та документацією заводів-виробників.

Для забезпечення постійного державного контролю за наявністю, якісним станом і ефективністю використання військового майна, закріпленого за військовими частинами Збройних Сил України, щорічно проводиться його інвентаризація згідно з Положенням про інвентаризацію військового майна у Збройних Силах, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 3 травня 2000 р. № 748 [12].

Встановлений зазначеним Положенням порядок проведення інвентаризації військового майна охоплює, зокрема: а) встановлення строків проведення планової інвентаризації за видами майна; б) підстави проведення позапланової інвентаризації; в) порядок утворення і повноваження інвентаризаційної комісії та її дії щодо проведення інвентаризації; г) порядок складання та зміст інвентаризаційних описів.

Інформацію про результати інвентаризації за минулий рік Міністерство оборони України надсилає до Кабінету Міністрів України у першому кварталі поточного року. Форма і порядок звітності за результатами інвентаризації встановлюються Державним комітетом статистики України за погодженням з Міністерством оборони України та центральним органом виконавчої влади з питань економічної політики.

Важливим для сучасних умов діяльності Збройних Сил України є такий елемент правового режиму їх майна як його відчуження, основні положення щодо якого містить ст. 6 Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України».

Згідно з цією статтею відчуження військового майна здійснюється Міністерством оборони України через уповноважені Кабінетом Міністрів України підприємства та організації, визначені ним за результатами тендеру, після його списання, за винятком майна, що є придатним для подальшого використання, але не знаходить застосування у повсякденній діяльності військ, надлишкового майна, а також цілісних майнових комплексів та іншого нерухомого майна. Рішення щодо його відчуження приймає Кабінет Міністрів України за поданням Міністерства оборони України.

Порядок відчуження військового майна визначено постановою Кабінету Міністрів України «Про порядок відчуження та реалізації військового майна Збройних Сил» від 28 грудня 2000 р. № 1919 [13].

До військового майна, яке може бути предметом відчуження, належать цілісні майнові комплекси, у тому числі військові містечка, будинки, споруди та інше нерухоме майно, передавальні пристрої, всі види озброєння, бойова та інша техніка, боєприпаси, пально-мастильні матеріали, продовольство, технічне, аеродромне, шкіперське, речове, культурно-просвітницьке, медичне, ветеринарне, побутове, хімічне, інженерне майно, майно зв'язку тощо.

На відміну від Закону України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» зазначена постанова Кабінету Міністрів розрізняє поняття «відчуження» і «реалізація». Так, відчуження військового майна – це його вилучення із Збройних Сил у результаті його реалізації через уповноважені підприємства (організації), а реалізація військового майна – це господарська операція, що здійснюється уповноваженим підприємством (організацією) згідно з договорами купівлі-продажу, міни, поставки та іншими цивільно-правовими договорами, які передбачають передачу прав власності на військове майно іншим юридичним або фізичним особам на платній або компенсаційній основі.

Реалізація військового майна здійснюється уповноваженими підприємствами (організаціями) – суб'єктами підприємницької діяльності, яким в установленому порядку рішенням Кабінету Міністрів України надані повноваження на реалізацію військового майна на внутрішньому та/або зовнішньому ринку.

Кошти, одержані від реалізації військового майна, зараховуються до Державного бюджету України та використовуються виключно на потреби оборони відповідно до кошторису Міністерства оборони України. Кошти, що надходять від реалізації продуктів утилізації озброєння, військової техніки і боєприпасів, зараховуються до Державного бюджету України та згідно із законом про Державний бюджет України на відповідний рік використовуються для фінансування заходів з утилізації озброєння, військової техніки і боєприпасів.

Деякими особливостями характеризується і правовий режим військового майна, що передається в оренду. Особливості передачі в оренду рухомого та нерухомого майна у Збройних Силах України визначені, зокрема, ст. 7 Закону України «Про господарську діяльність у Збройних Силах України», відповідно до якої військові частини можуть передавати без шкоди бойовій та мобілізаційній готовності закріплене за ними рухоме та нерухоме військове майно в оренду юридичним і фізичним особам.

Порядок надання дозволу військовим частинам на передачу закріпленого за ними рухомого та нерухомого майна в оренду встановлено постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання дозволу військовим частинам Збройних Сил на передачу закріпленого за ними рухомого та нерухомого майна в оренду» від 11 травня 2000 р. № 778 [14].

Відповідно до цього Порядку дозвіл на передачу юридичним і фізичним особам закріпленого за військовими частинами рухомого та нерухомого військового майна в оренду, за винятком озброєння, боєприпасів, бойової та спеціальної техніки, надається військовим частинам, зареєстрованим як суб'єкти господарської діяльності у Збройних Силах, за умови, що це не заподіюватиме шкоди їх бойовій та мобілізаційній готовності (не впливатиме на повноту, своєчасність та якість виконання поставлених перед військовими частинами завдань у мирний та воєнний час).

Передача військового майна в оренду юридичним і фізичним особам здійснюється виключно на конкурсній основі з урахуванням необхідності підтримання на належному рівні бойової та мобілізаційної готовності. Умови та порядок проведення конкурсів визначаються Фондом державного майна України за погодженням з Міністерством оборони України.

Оцінка вартості майна, що підлягає передачі в оренду, проводиться комісіями, до складу яких входять фахівці (уповноважені особи) Міністерства оборони України або іншого органу військового управління та Фонду державного майна України чи його регіонального відділення (представництва) за методикою, що затверджується Кабінетом Міністрів України. Акт оцінки майна, яке передається в оренду, погоджується з Фондом державного майна України чи його регіональним відділенням (представництвом) і затверджується Міністерством оборони України.

Ще один аспект, що характеризує особливості правового режиму майна у Збройних Силах, пов'язаний з *експортом металобрухту*.

Як встановлено ч. 3 ст. 9 Закону України «Про металобрухт» від 5 травня 1999 р. [15], експорт металобрухту, який утворився у військових частинах, військових установах, військових навчальних закладах Збройних Сил України та інших військових формуваннях, утворених відповідно до законів України, перелік якого затверджується Кабінетом Міністрів України, забороняється. Експорт списаних на металобрухт агрегатів машин, кораблів, плавзасобів, військової техніки, рухомого складу залізничного транспорту в нерозібраному стані забороняється.

Оскільки зазначена частина ст. 9 Закону містить дві норми – одну щодо заборони експорту металобрухту, який утворився у військових частинах, відповідно до переліку, затвердженого Кабінетом Міністрів України, а другу – щодо заборони списаних кораблів і плавзасобів у нерозібраному стані, постає питання: чи стосується норма, вміщена у другому реченні ч. 3 ст. 9 Закону України «Про металобрухт» лише кораблів і плавзасобів, що є військовою технікою, чи встановлена заборона експорту стосується усіх без винятку кораблів і плавзасобів незалежно від форми власності і організаційно-правової форми суб'єктів господарювання.

Логічне і граматичне тлумачення норми, вміщеної у другому реченні ч. 3 ст. 9 Закону України «Про металобрухт», дає підстави для висновку, що йдеться в цьому реченні про кораблі і плавзасоби, що не є військовою технікою, оскільки військова техніка у цьому реченні зазначена як окремий вид майна.

Крім того, у Переліку видів металобрухту, що утворився у військових частинах, військових установах, військових навчальних закладах Збройних Сил та інших військових формуваннях, експорт якого забороняється, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 29 листопада 2001 р. № 1595 [16], названо металобрухт, що утворився при розібранні такої списаної техніки як кораблі і плавзасоби.

Таким чином, відповідно до Закону України «Про металобрухт» і названого Переліку… експорт металобрухту, що утворився у військових частинах при розібранні такої списаної техніки як кораблі і плавзасоби, взагалі забороняється, тоді як інші кораблі і плавзасоби (що не є військовою технікою), списані на металобрухт, можуть експортуватися лише в розібраному стані.

Проведене дослідження правового режиму майна у Збройних Силах України свідчить про те, що законодавством досить докладно врегульовано відносини, що визначають: а) структуру зазначеного майна; б) порядок формування майнової бази військових частин, військових установ, військових навчальних закладів Збройних Сил та інших військових формувань; в) правовий титул, на якому майно належить зазначеним суб'єктам; г) порядок обліку військового майна; ґ) порядок використання майна у процесі господарської діяльності у Збройних Силах України; д) порядок відчуження військового майна тощо.

Разом з тим існує проблема подальшого вдосконалення законодавства, що встановлює правовий режим майна у Збройних Силах України, на деякі шляхи розв'язання якої зверталася увага в цій статті.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Закон України* «Про правовий режим майна у Збройних Силах України» від 21 вересня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 48. – Ст. 407.
2. *Закон України* «Про господарську діяльність у Збройних Силах України» від 21 вересня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 48. – Ст. 408.
3. *Закон України* «Про управління об'єктами державної власності» // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 46. – Ст. 456.
4. *Закон України* від 6 грудня 1991 р. «Про Збройні Сили України» від 21 вересня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 9. – Ст. 108.
5. *Іванов С. О.* Правовий режим майна, закріпленого за військовими частинами // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 1-2. – С. 118–119.
6. *Положення* про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна у Збройних Силах. Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 4 серпня 2000 р. // Офіційний вісник України. – 2000. – № 32. – Ст. 1366.
7. *Порядок* реєстрації військових частин як суб'єктів господарської діяльності у Збройних Силах. Затверджено постановою Кабінету Міністрів від 3 травня 2000 р. № 749 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 18. – Ст. 752.
8. *Закон України* «Про Кабінет Міністрів України» від 7 жовтня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 9. – Ст. 58.
9. *Положення* про Міністерство оборони України. Затверджено Указом Президента України від 6 квітня 2011 р. // Офіційний вісник України. – 2011. – № 29. – Ст. 1240.
10. *Положення* про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна у Збройних Силах. Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 4 серпня 2000 р. № 1225 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 32. – Ст. 1366.

11. *Закон України* «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2007 р. // Офіційний вісник України. – 2001. – № 34. – Ст. 1577.

12. *Положення* про інвентаризацію військового майна у Збройних Силах. Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 3 травня 2000 р. № 748 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 18. – Ст. 751.

13. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про порядок відчуження та реалізації військового майна Збройних Сил» від 28 грудня 2000 р. № 1919 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 1-2 (частина 1). – Ст. 26.

14. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку надання дозволу військовим частинам Збройних Сил на передачу закріпленого за ними рухомого та нерухомого майна в оренду» від 11 травня 2000 р. № 778 // Офіційний вісник України. – 2000. – № 20. – Ст. 821.

15. *Закон України* «Про металобрухт» від 5 травня 1999 р. // Офіційний вісник України. – 1999. – № 21. – Ст. 937.

16. *Перелік* видів металобрухту, що утворився у військових частинах, військових установах, військових навчальних закладах Збройних Сил та інших військових формуваннях, експорт якого забороняється. Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 29 листопада 2001 р. № 1595 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 48. – Ст. 2148.

In the article the features of the legal mode of property in Military Powers of Ukraine are examined and his separate elements are characterized.

В статье рассматриваются особенности правового режима имущества в Вооруженных Силах Украины и характеризуются его отдельные элементы.

ОСОБЛИВОСТІ ЛІЦЕНЗУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ФОНДОВОМУ РИНКУ УКРАЇНИ

Полюхович В. І.,

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

У статті розглядаються основні вимоги та окремі питання ліцензування професійної діяльності на фондовому ринку, вносяться пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства в цій сфері господарських відносин.

Ключові слова: ліцензування, ліцензійні умови, професійна діяльність на фондовому ринку, види професійної діяльності, дерегуляція господарської діяльності.

Останніми роками проблеми правового регулювання ліцензування господарської діяльності були предметом неодноразового наукового дослідження українських вчених-юристів Е. Е. Бекірової, І. Д. Пастух, І. А. Шамрай, А. І. Шпомер [1]. Проте питанням ліцензування професійної діяльності на фондовому ринку не було приділено значної уваги.

Ліцензування професійної діяльності на фондовому ринку можна визначити як вид організаційно-господарських правовідносин, що виникають у зв'язку та у процесі надання дозволу на здійснення видів професійної діяльності на ринку цінних паперів шляхом видачі уповноваженим органом державної влади ліцензіату спеціального документа – ліцензії. Учасниками ліцензійних правовідносин є, з одного боку, господарюючі суб'єкти – професійні учасники фондового ринку, а з іншого – орган ліцензування – НКЦПФР, її територіальні органи, саморегулівні організації у визначених законом випадках. У часовому вимірі ці відносини існують з моменту подання суб'єктом господарювання пакета документів для отримання ліцензії до моменту припинення її дії.

Сучасний стан розвитку економічних відносин в Україні та на фондовому ринку, зокрема, передбачає створення і дотримання чітко врегульованої системи ліцензування діяльності професійних учасників ринку цінних паперів. Ліцензування професійної діяльності передбачає виконання певних ліцензійних умов. Умовами є низка специфічних вимог, яким мають відповідати господарюючі суб'єкти – претенденти на одержання дозволу працювати на фондовому ринку як професійні учасники. Для ліцензіатів висуваються вимоги до організаційно-правової форми, розміру власних коштів, рівня кваліфікації фахівців, подання визначеної реєстраційної форми та переліку документів, можливості, необхідності або заборони поєднання видів професійної діяльності на фондовому ринку.

Згруповуючи існуючі ліцензійні умови, можна визначити, що порядок видачі ліцензії передбачає дотримання ліцензіатом таких основних обов'язкових вимог:

– ліцензія на здійснення виду професійної діяльності видається окремо на кожен вид діяльності (підвид професійної діяльності);

– ліцензіатом може бути виключно професійний учасник фондового ринку;

– отримання одним ліцензіатом ліцензій на більше ніж один вид професійної діяльності має відповідати нормам щодо можливості поєднання видів професійної діяльності;

– ліцензіат повинен відповідати вимогам законодавства, в тому числі ліцензійним умовам конкретного виду професійної діяльності, на який він подає заяву для отримання ліцензії.

Загалом порядок отримання ліцензій на здійснення професійної діяльності на фондовому ринку України врегульовано чинним законодавством на рівні законів України, підзаконних актів НКЦПФР. Проте при детальному дослідженні правового регулювання ліцензування мають місце як певні неузгодженості між діючими нормативними актами, так і потреба внесення змін в напрямі дерегуляції професійної діяльності на фондовому ринку. Тому запропонуємо новації, які, на нашу думку, є необхідними при здійсненні ліцензування професійної діяльності на фондовому ринку України.

Так, в ст. 4 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» визначено одинадцять видів діяльності на фондовому ринку, задля здійснення яких необхідним є отримання ліцензії НКЦПФР. Десять з цих видів, відпо-

відно, є складовими (фактично підвидами) чотирьох видів професійної діяльності на фондовому ринку, визначених у ст. 16 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», це:

– діяльність з торгівлі цінними паперами;

– діяльність з управління активами інституційних інвесторів;

– депозитарна діяльність;

– діяльність з організації торгівлі на фондовому ринку.

Щодо такого виду як діяльність з управління іпотечним покриттям, то вона також є ліцензованим НКЦПФР видом діяльності, порядок здійснення якої врегульовано спеціальним законодавством, яке не завжди коректно кореспондує з базовими законами з питань регулювання фондового ринку. Так, відповідно до ч. 2 ст. 12 Закону України «Про іпотечні облігації» [2] діяльність з управління іпотечним покриттям є видом професійної діяльності на ринку цінних паперів. Водночас у зазначеному переліку видів професійної діяльності на фондовому ринку такого виду діяльності немає. Вважаємо, що діяльність з управління іпотечним покриттям є видом (підвидом) професійної діяльності з управління активами, що має бути врегульовано нормами Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок». Необхідно зазначити, що діяльність з управління активами недержавного пенсійного фонду також є ліцензованим НКЦПФР видом діяльності на фондовому ринку, ліцензування якого врегульовано спеціальним законодавством без логічного системного зв'язку з основними законами з питань регулювання фондового ринку.

Таким чином, вид професійної діяльності з управління активами повинен визначатися в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок» як такий, що включає в себе три підвиди:

– діяльність з управління активами інституційних інвесторів;

– діяльність з управління активами недержавного пенсійного фонду;

– діяльність з управління іпотечним покриттям.

Відповідно, необхідно відредагувати зміст п. 5) ст. 4 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні». Це зумовлено тим, що визначена цією нормою діяльність з управління активами передбачає конкретного ліцензіата – компанію з управління активами. Водночас діяльність з управління активами недержавного пенсійного фонду можуть здійснювати крім КУА професійний адміністратор недержавного пенсійного фонду, банк щодо активів створеного ним корпоративного пенсійного фонду. Вважаємо, що збільшення ліцензованих видів діяльності на фондовому ринку (шляхом визначення окремої ліцензії на діяльність з управління активами недержавного пенсійного фонду) є в даному випадку зайвим та протирічить дерегулятивним тенденціям в сучасній діяльності законодавця. Тому, на нашу думку, зміст цієї норми необхідно викласти в такій редакції:

«5) діяльність з управління активами – діяльність, що здійснюється компанією з управління активами по управлінню активами інституційних інвесторів, а щодо активів недержавного пенсійного фонду – також професійним адміністратором недержавного пенсійного фонду, банком щодо активів створеного ним корпоративного пенсійного фонду».

На нашу думку, є недостатньо врегульованим питання такої умови для отримання ліцензії як членство ліцензіата в саморегулівній організації. Справа в тому, що формально юридично діють дві норми, які фактично виключають одна одну. Так, в п. 1 розділу VII Положення про саморегулівні організації професійних учасників фондового ринку визначено, що СРО приймає до складу своїх членів юридичних осіб, які мають відповідну ліцензію на провадження професійної діяльності на фондовому ринку. Водночас ч. 4 ст. 16 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» визначено, професійна діяльність учасників фондового ринку, крім депозитаріїв та фондових бірж, здійснюється за умови членства щонайменше в одній саморегулівній організації. Також в низці підзаконних відомчих нормативних актів НКЦПФР – ліцензійних умовах на провадження окремих видів професійної діяльності передбачено, що ліцензіат може провадити професійну діяльність лише за умови членства в саморегулівній організації професійних учасників фондового ринку за відповідним видом діяльності, яка набула цього статусу в порядку, установленому Комісією (п. 6. гл. 2 Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку – депозитарної діяльності, а саме, діяльності з ведення реєстру власників іменних цінних паперів).

Таким чином, формально юридично існує правовий порядок, що передбачає необхідною умовою здійснення професійної діяльності на фондовому ринку, а відповідно, і умовою отримання ліцензії на її здійснення – членство потенційного ліцензіата в СРО, а СРО приймає юридичну особу до складу своїх членів лише за умови наявності ліцензії на здійснення професійної діяльності. Як бачимо, існує «замкнуте коло», що надає формально юридичні підстави як для відмови у видачі ліцензії, так і – у членстві в СРО, а в підсумку – відмови у здійсненні професійної діяльності на фондовому ринку.

Водночас на сьогодні щодо окремих видів професійних учасників діють спеціальні норми, які також не узгоджуються з вищенаведеним. Так, у ч. 1 ст. 32 Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» визначено, що діяльність з управління активами ІСІ провадиться компанією з управління активами на підставі ліцензії, що видається Комісією в порядку, встановленому законодавством, за поданням відповідної саморегулівної організації на ринку цінних паперів, яка об'єднує компанії з управління активами. Отже, КУА є членом СРО без наявності ліцензії на здійснення професійної діяльності на фондовому ринку, що також прямо протирічить зазначеній нормі Положення про саморегулівні організації професійних учасників фондового ринку.

Зазначимо, що Ліцензійними умовами провадження професійної діяльності на ринку цінних паперів [3], що діяли з 2001 по 2006 рік, було передбачено, що професійний учасник може провадити свою професійну діяльність лише за умови вступу до щонайменше однієї саморегулівної організації, про що він повинен повідомити орган ліцензування не пізніше трьох місяців після отримання ліцензії. Цей порядок визначав, що першочергово отримується ліцензія, а потім професійний учасник вступає до СРО.

Наші пропозиції щодо необхідності запровадження добровільності членства в СРО викладені у відповідному підрозділі дослідження, присвяченому діяльності СРО. Проте, зважаючи на існуючий порядок обов'язкового членства в СРО для професійного учасника, вважаємо доцільним змінити п. 1 розділу VII Положення про саморегулівні організації

професійних учасників фондового ринку, а саме, передбачити можливість прийняття до СРО не лише ліцензіатів, а й потенційних ліцензіатів. Адже саморегулівна організація у такому випадку повинна надавати допомогу потенційному ліцензіату в підготовці документів для отримання відповідної ліцензії, попередньої перевірки дотримання ліцензійних умов. Аналогічно такий порядок повинен застосовуватись і у випадку, коли НКЦПФР делеговано до СРО повноваження здійснення ліцензування певного виду професійної діяльності. Таким чином, прийняття до складу СРО повинно бути попереднім етапом у видачі ліцензії. Хоча ще раз підкреслюємо, що, на нашу думку, стимули для професійного учасника до членства в СРО повинні полягати в економічній, а не адміністративній площині. Отже, п. 1 розділу VII Положення про саморегулівні організації професійних учасників фондового ринку пропонуємо викласти в такій редакції:

«СРО приймає до складу своїх членів юридичних осіб, які мають відповідну ліцензію на провадження професійної діяльності на фондовому ринку, видану у порядку, встановленому Комісією, або які мають намір отримання такої ліцензії, відповідають вимогам правил СРО та засвідчили свою згоду виконувати правила СРО».

Дерегуляція господарської діяльності є на сьогодні однією з основних засад діяльності законодавця. Вона неодмінно повинна реалізуватися і в ліцензійних процесах на фондовому ринку. Звернемо увагу на існуючий правовий порядок ліцензування депозитарної діяльності – діяльності з ведення реєстру власників іменних цінних паперів, а саме, діяльності з ведення *власного* реєстру власників іменних цінних паперів. Як ми вже зазначали, у визначеному в ст. 4 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» переліку видів діяльності на фондовому ринку, що підлягають ліцензуванню НКЦПФР, є діяльність з ведення реєстру власників іменних цінних паперів, але немає діяльності з ведення *власного* реєстру власників іменних цінних паперів. Проте відповідно до підзаконних нормативних актів Комісії (глави 6 розділу III Порядку та умов видачі ліцензії на провадження окремих видів професійної діяльності на фондовому ринку, Ліцензійних умов на провадження професійної діяльності на фондовому ринку – депозитарної діяльності, а саме, діяльності з ведення реєстру власників іменних цінних паперів) діяльність з ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів потребує обов'язкового отримання ліцензії НКЦПФР.

Вважаємо, що цей порядок необхідно змінити, як такий, що не відповідає як загальнотеоретичним засадам господарської діяльності, так і основним засадам ліцензування, відповідним нормам законодавства. Так, базові норми ліцензування господарської діяльності в Україні встановлено Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» [4], де в ст. 9 передбачено, що відповідно до спеціальних законів ліцензуванню підлягає професійна діяльність на ринку цінних паперів. Постає запитання: чи є діяльність з ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів професійною діяльністю на ринку цінних паперів, окремим видом господарської діяльності, який підлягає ліцензуванню?

Відповідно до ч. 1 ст. 3 ГК України господарською діяльністю є діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. З даного визначення випливає, що господарська діяльність в обов'язковому порядку передбачає вироблення продукції, виконання робіт, надання послуг, що мають споживчу вартість і можуть бути оцінені, а тому і мета їх виробництва у реалізації за межами суб'єкта господарювання, іншими словами, наявна конкретна особа – споживач продукції, робіт, послуг. До того ж, на нашу думку, це характерно як для підприємництва, так і для некомерційної господарської діяльності. У випадку здійснення діяльності з ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів немає мети реалізації цих послуг за межами суб'єкта господарювання, а тому і немає необхідності визначати їх ціну окрім собівартості для формування балансу суб'єкта господарювання. Таким чином, вважаємо, що діяльність з ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів не є окремим видом господарської діяльності суб'єкта господарювання, а діяльністю, змістом якої є внутрішньогосподарські відносини, – забезпечення господарської діяльності суб'єкта господарювання. Вважаємо, що діяльність з ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів не є професійною діяльністю на фондовому ринку, адже остання є підприємницькою діяльністю і має своєю метою одержання прибутку. Також і формально юридична діяльність з ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів не передбачена як окремий вид економічної діяльності Національним класифікатором України ДК 009:2005 [5]. До того ж, як ми вже зазначали, отримання ліцензії вимагає членства у саморегулівній організації, що для юридичної особи, яка не здійснює дійсно професійної діяльності на фондовому ринку, є, по суті, абсурдним.

Наведене вище, на нашу думку, свідчить про необхідність скасування ліцензування діяльності з ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів як такої, яка за своїм правовим змістом не відповідає критеріям як виду господарської діяльності, так і виду професійної діяльності на фондовому ринку, на який поширюються норми щодо ліцензування. Водночас необхідно зазначити, що ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів емітентом не повинно залишатись поза регулюючого впливу органів державної влади, адже контроль за дотриманням встановлених законодавством правил ведення реєстру власників іменних цінних паперів є засобом та гарантією захисту прав інвесторів. Тому вважаємо, що зовсім скасовувати засоби державного регулювання і змінити ліцензування на, наприклад, заявний порядок не варто. На нашу думку, це питання можна вирішити шляхом запровадження дозвільного порядку щодо здійснення емітентом ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів відповідно до норм Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» [6]. Це має бути дозвіл або погодження, яке дозвільний орган (НКЦПФР, її територіальний орган) видає суб'єкту господарювання (емітенту) у разі прийняття останнім рішення на самостійне провадження певних дій (ведення власного реєстру власників іменних цінних паперів) щодо здійснення ним господарської діяльності. Умовою надання такого дозволу (погодження) буде необхідність дотримання емітентом встановлених Комісією норм щодо ведення реєстру власників іменних цінних паперів.

Серед питань ліцензування професійної діяльності на фондовому ринку актуальними та одночасно такими,

що потребують зміни або уточнення, є питання строків, на які видаються ліцензії, підстав та порядку зупинення та анулювання ліцензій.

Щодо термінів дії ліцензії на сьогодні чинною є норма, закріплена в ст. 3 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», яка передбачає, що строк дії ліцензії встановлюється Кабінетом Міністрів України за поданням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, але не може бути меншим, ніж три роки. Водночас НКЦПФР, виступаючи за спрощення дозвільних процедур, пропонує запровадити видачу ліцензій на провадження окремих видів професійної діяльності на фондовому ринку з необмеженим строком дії ліцензії. Ця пропозиція була прийнята Комісією на черговому засіданні 29 березня 2011 року [7]. В свою чергу, вважаємо, що такий порядок може бути застосований, але лише до ліцензіатів, які здійснюють професійну діяльність досить тривалий час без значних порушень норм чинного законодавства, наприклад, протягом п'яти років. Проте при отриманні ліцензії вперше, на нашу думку, строк її дії повинен становити п'ять років, після сплину яких можливе подовження на наступні п'ять років або на необмежений термін за відсутності зауважень за попередній період здійснення ліцензійної діяльності. На нашу думку, дерегуляційні процеси не повинні призводити до нівелювання контрольних та наглядових засобів державного регулювання на фондовому ринку, одним з яких опосередковано служить ліцензування професійної діяльності.

У ст. 11 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» визначено, що крім застосування фінансових санкцій за правопорушення, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку може зупиняти або анулювати ліцензію на право провадження професійної діяльності на фондовому ринку, яку було видано такому професійному учаснику фондового ринку. Детальну процедуру та підстави цих дій визначено Порядком зупинення дії та анулювання ліцензії на окремі види професійної діяльності на фондовому ринку [8].

Проте вважаємо за необхідне внести певні зміни щодо підстав, строків застосування цих санкцій. Так, як підстави зупинення ліцензії на право провадження професійної діяльності на фондовому ринку, окрім визначених у ст. 11 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» та в п. 1 гл. 2 Порядку зупинення дії та анулювання ліцензії на окремі види професійної діяльності на фондовому ринку, необхідно визначити такі:

– порушення встановлених вимог до розміру статутного капіталу;

– нездійснення визначеного у ліцензії виду професійної діяльності протягом шести місяців.

Також необхідно змінити термін, на який може зупинятися дія ліцензії професійного учасника ринку цінних паперів. На сьогодні зазначеним Порядком встановлено термін зупинення дії ліцензії у разі порушення законодавства на строк до одного року. Вважаємо доцільним строк зупинення дії ліцензії визначити до шести місяців. Цей термін обумовлено тим, що, на нашу думку, більші терміни зупинення недоцільні, вони призведуть до неможливості поновлення діяльності, втрати фахівців, які будуть вимушені змінювати місце роботи.

Як підстави анулювання ліцензії на здійснення професійної діяльності на фондовому ринку застосовуються загальні підстави, визначені в ст. 21 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», підстави спеціального законодавства, визначені в ст. 11 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» та в п. 1 глави 4 Порядку зупинення дії та анулювання ліцензії на окремі види професійної діяльності на фондовому ринку.

Проте окремі норми містяться а законах, що врегульовують окремі види професійної діяльності. В цій сфері правового регулювання мають місце певні протиріччя. Так, в пп. 1.12 п. 1 гл. 4 Порядку зупинення дії та анулювання ліцензії на окремі види професійної діяльності на фондовому ринку визначено, що підставою для анулювання ліцензії є нездійснення ліцензіатом певного виду професійної діяльності на фондовому ринку протягом року (у тому числі з дати отримання ліцензії). Водночас на сьогодні в чинному законодавстві щодо компаній з управління активами діє норма, визначена в ч. 6 ст. 32 Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)», де вказано як підставу для анулювання ліцензії непровадження КУА діяльності з управління активами протягом двох років. Але, на нашу думку, цей строк надто довгий та не стимулює професійного учасника до активної діяльності. До того ж норми європейського законодавства, зокрема ст. 8 Директиви Ради ЄС та Європейського Парламенту 2004/39/ЄС від 21 квітня 2004 року «Про ринки фінансових інструментів», передбачають можливість відкликання відповідної ліцензії, якщо така не використовується впродовж 12 місяців.

Тому пропонуємо як загальну норму щодо діяльності всіх професійних учасників фондового ринку визначити в ст. 11 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні», що нездійснення визначеного у ліцензії виду професійної діяльності протягом одного року є підставою для анулювання ліцензії.

Отже, запропоновані зміни до чинного законодавства, на нашу думку, дадуть змогу, з одного боку, удосконалити порядок застосування такого засобу державного регулювання як ліцензування, що реалізується на фондовому ринку як господарсько-правова форма з видачі ліцензій на здійснення професійної діяльності, а з іншого – усунути можливості для імовірних зловживань органів державної влади та активізувати господарську діяльність на ринку цінних паперів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Бекірова Е. Е.* Правове регулювання ліцензування певних видів господарської діяльності: дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / НАН України; Інститут економіко-правових досліджень. – Донецьк, 2006. *Пастух І. Д.* Організаційно-правові засади ліцензування господарської діяльності в Україні: дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Національна академія держ. податкової служби України. – К., 2005. *Шамрай І. А.* Правові основи створення фінансових установ в Україні та ліцензування їх операцій: дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Київський національний торговельно- економічний ун-т. – К., 2007. *Шпомер А. І.* Ліцензування господарської діяльності (господарсько-правовий аспект): дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2006.

2. *Про іпотечні* облігації: Закон України від 22 грудня 2005 р. № 3273-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 16. – Ст.134.

3. *Про затвердження* Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на ринку цінних паперів: рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 14 березня 2006 р. № 60 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page = 1&nreg=z0318-01.

4. *Про ліцензування* певних видів господарської діяльності: Закон України від 1 червня 2000 р. № 1775-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 36. – Ст. 299.

5. *Національний* класифікатор України. Класифікація видів економічної діяльності: Наказ Держспоживстандарту від 26 грудня 2005 року № 375 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/main.45498-75.

6. *Про дозвільну* систему у сфері господарської діяльності: Закон України від 6 вересня 2005 р. № 2806-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 48. – Ст. 483.

7. *ДКЦПФР* пропонує запровадити необмежений строк дії ліцензії на окремі види діяльності на фондовому ринку / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://banker.ua/bank_news/rates_news/2011/04/08/1180448928.

8. *Про затвердження* Порядку зупинення дії та анулювання ліцензії на окремі види професійної діяльності на фондовому ринку: рішення ДКЦПФР від 23 червня 2006 р. № 432 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=z0976-06.

The article considers the basic requirements and separate questions of licensing of professional work in the share market, offers to the current legislation concerning the improvement in this sphere.

В статье рассматриваются основные требования и отдельные вопросы лицензирования профессиональной деятельности на фондовом рынке, вносятся предложения к действующему законодательству относительно его усовершенствования в этой сфере.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПІДПРИЄМЦЯ ТА ЙОГО РОЛЬ У ГРОМАДЯНСЬКОМУ СУСПІЛЬСТВІ

Блащук Т. В.,

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

У статті розглядається поняття фізичної особи—підприємця та особливості його правового статусу, визначаються юридичні особи, які є підприємницькими, а також напрями взаємозв'язків і відносин між державою, підприємцями та інститутами громадянського суспільства.

Ключові слова: громадянське суспільство, підприємець, фізична особа, союзи підприємців, профспілки.

У громадянському суспільстві можна виділити кілька напрямів взаємозв'язків і відносин. Фундамент таких відносин складає ринкове господарство, взаємодія людей у процесі виробництва, що засновується на праві приватної власності, свободі праці і підприємництва. Саме наявність вільних власників у сфері господарської діяльності породжує різноманітні, що створюються за власною ініціативою, недержавні об'єднання громадян, що, в свою чергу, сприяє розвитку громадянського суспільства в цілому.

У ході проведених в Україні реформ законодавства та владних інститутів відбулося поступове становлення ринкових принципів взаємовідносин між суб'єктами господарювання, роботодавцями і працівниками, а також між ними та державою. Водночас має місце певне відставання у формуванні та інституційному оформленні взаємного узгодження інтересів між органами державної влади, підприємницькими структурами та організаціями громадянського суспільства.

Яскравим прикладом цього є відсутність механізму врахування результатів громадського обговорення у проектах найбільш важливих законодавчих актів, зокрема, при прийнятті їх у сфері оподаткування та трудовій сфері. Слід зазначити, що недостатньо узгодженим є навіть механізм громадських слухань. Вироблення принципів та механізмів взаємного узгодження інтересів можливе лише у процесі конструктивного відкритого діалогу між державою, бізнесом та організаціями громадянського суспільства.

Окрім того, недостатньо визначеним є також статус фізичної особи – підприємця.

Метою цієї статті є з'ясування поняття «підприємець» та особливостей його правового статусу, а також виявлення напрямів взаємозв'язків і відносин між державою, підприємцями та інститутами громадянського суспільства.

Фізична особа може бути власником, підприємцем, продукувати матеріальні та нематеріальні блага, тобто реалізовувати свої майнові права лише в тому разі, коли матиме сприятливі для цього умови. Визначення таких умов є одним із завдань держави, тоді як завданням громадянського суспільства у цій сфері є узгодження інтересів держави з інтересами суспільства в цілому та кожного його члена зокрема.

Положення про те, що людина як учасник цивільних відносин вважається фізичною особою є важливою новелою Цивільного кодексу України [1]. Відтак, до числа суб'єктів правових відносин вітчизняне законодавство відносить, в першу чергу, людей – членів суспільства.

Поняття «особа» родове. Воно належить всім суб'єктам цивільних прав і використовується у специфічному юридичному розширеному значенні (поширюється і на юридичну особу), оскільки особа з точки зору психології і філософії – суб'єкт суспільних відносин, який має певний рівень психічного розвитку. Якості особи притаманні психічно здоровій особі, яка досягла визначеного віку, здатна в силу інтелектуальних і духовних якостей бути учасником суспільних відносин, формувати свою позицію, відповідати за свої вчинки. Відповідно до цього не кожну людину можна вважати особою.

Поняття «особа» є вужчим за поняття «людина». І, як правильно підкреслюється в юридичній літературі, особою не народжуються, нею стають [2, с. 16].

Поняття «людина» як суб'єкт права широко використовується в різноманітних міжнародних документах і законодавстві. Так, в ст. 6 Загальної декларації прав лю-

дини, прийнятої Генеральною асамблеєю ООН в 1948 році, зазначено, що кожна людина, де б вона не знаходилася, має право на визнання її правосуб'єктності [3, с. 9]. Людина в подібних випадках розглядається як істота, яка поєднує в собі біологічні та соціальні елементи, якій притаманна форма розвитку психіки – свідомість.

Термін «фізична особа—підприємець» вперше закріплено в Цивільному кодексі України, його використання у подальшому позбавило необхідності вказувати на те, що цивільні права та обов'язки у сфері підприємництва можуть мати не тільки громадяни України, а й іноземці, особи без громадянства. Адже згідно з ч. 1 ст. 42 Конституції України кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Незважаючи на те, що поняття фізична особа—підприємець широко використовується у сфері підприємництва, в законодавстві все ж немає визначення цього поняття, а це, в свою чергу, породжує ризики та помилки при вирішенні спорів.

Право на підприємницьку діяльність – це конституційне право громадян України. Фізичні особи відповідно до ст. 128 Господарського кодексу України можуть займатися підприємництвом шляхом оформлення індивідуальної підприємницької діяльності [4]. Здобувши статус підприємця, фізична особа набуває певних особливостей у своєму правовому статусі та відіграє у суспільстві іншу роль, порівняно з іншими фізичними особами, що не мають такого статусу.

Особливості статусу суб'єкта підприємницької діяльності, що діє без утворення юридичної особи, порівняно з загальною правоздатністю фізичної особи загалом, визначено у гл. 5 Цивільного кодексу України і полягають у такому:

Такий статус здобувається в результаті (з моменту) державної реєстрації фізичної особи як суб'єкта підприємницької діяльності. Фізична особа, що фактично займається підприємницькою діяльністю, не здійснивши державну реєстрацію як суб'єкта підприємницької діяльності, не здобуває у зв'язку з заняттям такою діяльністю статусу підприємця.

Особливістю правового статусу таких осіб є також те, що спори за участю таких громадян, у тому числі пов'язані зі здійсненням ними підприємницької діяльності, підвідомчі місцевому, а не господарському суду.

Разом з тим при вирішенні спорів, що виникають із приводу не узаконеної підприємницької діяльності, фізична особа не вправі посилатися відносно укладених нею при цьому правочинів на те, що вона не є підприємцем. Суд може застосувати до таких правочинів правила ГК України про зобов'язання, пов'язані зі здійсненням підприємницької діяльності.

До підприємницької діяльності фізичних осіб, відповідно, застосовуються норми, що регулюють діяльність юридичних осіб, які є комерційними організаціями, якщо інше не випливає з закону, актів Президента і Уряду або суті правовідносин. Окрім того, індивідуальний підприємець має право наймати працівників, відтак стає роботодавцем.

На відміну від громадян, що не є суб'єктами підприємницької діяльності, майнові спори між суб'єктами підприємницької діяльності або між ними і юридичними особами підвідомчі господарським судам. Але це стосується тільки спорів, пов'язаних з підприємницькою діяльністю, інші спори за участю фізичної особи, хоча він і має статус суб'єкта підприємницької діяльності, підвідомчі місцевим судам.

Фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, що не може задовольнити вимоги кредиторів, пов'язані зі здійсненням нею підприємницької діяльності, може бути визнаний за рішенням суду банкрутом. При розгляді подібної категорії справ варто мати на увазі, що свої вимоги до суб'єкта підприємницької діяльності можуть пред'явити і кредитори по зобов'язаннях, не пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності (про заподіяння шкоди життю, здоров'ю або майну громадян або юридичних осіб, про стягнення аліментів тощо). При цьому вимоги кредиторів фізичної особи — суб'єкта підприємницької діяльності задовольняються за рахунок усього приналежного йому майна, на яке може бути звернене стягнення.

Однак повністю відокремити правовий статус таких осіб від фізичних осіб, що не мають статусу підприємця, не можна, оскільки, будучи підприємцем, людина не перестає бути батьком, матір'ю, працівником тощо. Зокрема, індивідуальний підприємець, як будь-яка фізична особа, за рішенням суду може бути обмеженим у дієздатності або зовсім позбавленим дієздатності, визнаним безвісно відсутнім або померлим. Він також може працювати на будь-якій посаді на платній основі в приватних, державних або громадських організаціях, якщо тільки законом цю роботу і посаду не заборонено поєднувати з підприємництвом.

Це надає змогу зробити висновок про те, що правовий статус індивідуальних підприємців «розташований» на стику правомочностей фізичних осіб не підприємців і юридичних осіб, вбираючи у визначеній мірі ті й інші ознаки, не створюючи при цьому окремого суб'єкта права. При цьому людина, вступаючи у цивільні відносини, має правовий статус фізичної особи як суб'єкта права, а вступаючи у господарські відносини, повинна додатково набути у встановленому порядку статусу суб'єкта підприємницької діяльності.

Юридичні особи, так само як і фізичні, для набуття статусу підприємця повинні володіти певними ознаками. ЦК України вперше поділив юридичних осіб, залежно від порядку їх створення, на осіб приватного і публічного права. Юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів відповідно до норм ЦК України. Підприємцями при цьому є лише юридичні особи приватного права. Порядок передачі майна, особливості призначення керівних органів та їх відповідальність, цілі діяльності в юридичних осіб приватного права відрізняються від осіб публічного права.

Поділ юридичних осіб на осіб приватного і осіб публічного права надає змогу розмежувати правовий статус цих осіб, насамперед з метою захисту приватних інтересів від втручання апарату держави.

Підсумовуючи зазначене, робимо висновок, що підприємець – це такий учасник суспільних відносин, що набув цього статусу у встановленому законом порядку, здійснює свою діяльність з метою отримання прибутку та задоволення інших приватних інтересів, має особливий правовий статус.

Соціально-політична сфера громадянського суспільства включає: суспільно-політичні організації та рухи; різні форми суспільної активності громадян (мітинги, збори, демонстрації, страйки); органи громадського самоврядування за місцем проживання або в трудових колективах; недержавні засоби масової інформації. Організації та об'єднання соціально-політичної сфери громадянського

суспільства створюються і діють, як суб'єкти громадянського суспільства, на основі громадської ініціативи.

Це виводить на перший план систему інститутів, передусім, відповідних ділових союзів на рівні галузей та економіки в цілому. Вони сприяють оформленню корпоративних інтересів економічних суб'єктів, їх доведенню до органів, що приймають рішення, та забезпеченню зворотного зв'язку між об'єктами та суб'єктами державної економічної політики [5].

Свої соціальні інтереси прагнуть реалізувати через дані організації і підприємці, і наймані робітники. Спілки підприємців відображають, головним чином, колективні інтереси власників, пов'язані з використанням найманої праці. Ці інтереси стосуються прагнення до мирного врегулювання трудових конфліктів, запобігання страйків, проведення єдиної політики щодо рівня заробітної плати, тривалості робочого тижня тощо.

Загалом можна виділити кілька напрямів діяльності об'єднань підприємців. Одним із таких напрямів є захист прав та інтересів підприємців, що входять до цих організацій. Досягається це за допомогою участі їх представників у вищих організаціях державної влади, у підготовці проектів нормативних правових актів або їх експертизі.

Міра участі організацій громадянського суспільства у процесі прийняття державних рішень достатньо висока в Австрії та Швейцарії, що пояснюється високим рівнем розвитку та згуртованості цих організацій. У Канаді та Італії ця участь слабкіша, що пояснюється замкнутістю і роздробленістю створених у сфері бізнесу організацій і об'єднань.

В Україні представників громадянського суспільства хвилює непрозорість, відсутність широкого обговорення цілей та завдань реформ, що відбуваються в країні. Влада, яка ініціювала життєво важливі реформи євроінтеграційного, демократичного змісту, повинна консультуватися із громадою, залучати до обговорення експертів, представників громадськості.

Одним із інструментів залучення представників громадянського суспільства до обговорення проектів нормативних правових актів є громадські слухання. Таке обговорення є інструментом, що забезпечує довіру між громадянами та владою, що є необхідним елементом стабільної демократії.

Громадські слухання є формальними зборами, на яких представники органів влади чують думку громадськості щодо конкретного рішення або заходу влади. Для успіху громадських слухань важливою є уважна та послідовна підготовка. Визначаючи цілі громадських слухань, їх організатори, крім того, повинні взяти на себе зобов'язання використати їх результати. На жаль, сьогодні констатуємо неефективність проведених громадських слухань, загалом через те, що влада не використовує їх результати у нормотворчій діяльності.

Ще одним напрямом діяльності об'єднань підприємців є сприяння зміцненню економічних позицій підприємств, що входять до організації; забезпечення ділової підтримки функціонування суб'єктів господарської діяльності шляхом впровадження нових форм господарювання; освоєння нових ринків збуту продукції; захист їхніх юридичних прав; навчання кадрів; проведення прикладних наукових досліджень; інформаційне забезпечення; юридичне, економічне, науково-технічне консультування; рекламні послуги; підтримка безпеки господарської діяльності тощо.

Підвищується професіоналізм та ділова кваліфікація підприємців за рахунок створення центрів і шкіл бізнесу, комерції, менеджменту, а також проведення конференцій та організації ділових зустрічей.

Крім того, напрямом діяльності об'єднань підприємців є організація громадського контролю за дотриманням антимонопольного законодавства та правил добросовісної конкуренції.

Найбільш відомим об'єднанням підприємців в Україні є Український союз промисловців та підприємців. УСПП з метою здійснення суспільного діалогу між державою та підприємцями, а також в середовищі українських промисловців і підприємців продовжив традицію договірних відносин з відомствами, які безпосередньо впливають на підприємництво, і підписав меморандум з Кабінетом Міністрів України. Встановлено ділові стосунки з Антимонопольним комітетом, Державними податковою, митною службами, НКРЕ, Укрексімбанком тощо. Паралельно договори про співробітництво підписано з багатьма обласними державними адміністраціями — Донецькою, Львівською, Хмельницькою, Івано-Франківською, Полтавською, Тернопільською, Дніпропетровською та іншими. На думку очільників союзу. система таких договорів формує у влади розуміння того, що закритого, непрозорого режиму в сфері прийняття рішень бути не може, у підприємців — мотивацію громадської активності, необхідність боротьби за умови ведення бізнесу та його результат. Вона допомагає в реалізації складних проектів з багатьма учасниками, надає можливість діяти максимально ефективно тоді, коли підприємці вимагають захисту своїх прав та інтересів на стику багатьох проблем і відомств [6].

Громадянське суспільство в економічній сфері робить дуже багато для розвитку системи підприємництва в цілому, для розвитку і вдосконалення ринкових відносин. Тому в центрі його уваги знаходяться вироблення оптимальної стратегії відносин роботодавців з найманими працівниками. Юридичні особи та фізичні особи – підприємці виступають роботодавцями, відтак, зацікавлені у виробленні єдиної державної політики у цій сфері.

Як інститут громадянського суспільства, що має на меті захист інтересів саме найманих працівників, виступають профспілки.

Професійні спілки – масові громадські організації найманих працівників, об'єднані спільністю інтересів у процесі праці, метою яких є постійне поліпшення умов життя і праці своїх членів та їх сімей.

Сьогодні значно розширилось коло об'єктів захисту профспілок та сфера їх інтересів. Профспілки в сучасному суспільстві беруть на себе захист не лише членів такої профспілки, а й усіх найманих працівників і ведуть діалог від їх імені. Така позиція профспілки дає підстави говорити про провідну роль профспілки у громадянському суспільс-тві. Нині можна виділити такі напрями участі профспілок у функціонуванні громадянського суспільства.

Основний напрям — захист прав і свобод людини та громадянина, які є фундаментальною основою становлення і розвитку громадянського суспільства, якими наймані працівники наділені, та розширення кола цих прав з тим, щоб такі працівники стали повноправними членами суспільства. Оскільки більшість населення є саме найманими працівниками, це дає можливість великій масі населення мати можливість отримувати ці права.

Профспілки повсякчас підтримують принципи солідарності та взаємодопомоги, протиставляючи їх принципам

індивідуалізму та егоїзму. Крім того, діяльність профспілок сприяє утвердженню гідності людини, яка працює за наймом, самооцінки особистості найманого працівника.

Ще одним напрямом є участь профспілок в утвердженні й вдосконаленні системи соціального партнерства, яке допомагає стабілізувати і зміцнити громадянське суспільство. Громадянське суспільство передбачає систему конструктивного співробітництва різних соціальних груп та об'єднань, яка цивілізує соціальні конфлікти та вводить їх розв'язання в правове поле. Саме тому разом із підприємцями, у протиборстві з ними або у згоді, профспілки поступово формують основу майбутнього громадянського суспільства. Система соціального партнерства покликана стати основою узгодження інтересів індивідуальних членів громадянського суспільства. Це є інструмент конструктивного перетворення, узгодження інтересів, мінімізація соціально-трудової конфліктності.

Нова якість соціальних відносин, побудованих на принципі соціального партнерства, суттєво змінить моральний клімат громадянського суспільства. У такому суспільстві знизиться рівень ненависті, страху, підозрілості та озлобленості, і, як наслідок. зросте можливість швидше і повніше забезпечити протилежні інтереси.

Зростає також участь профспілок у процесах самоврядування, що служить передумовою подальшого динамічного розвитку громадянського суспільства. Самоврядна практика профспілок отримала концептуальне оформлення у тезі про промислове громадянство, яке з'явилося вслід за соціальним громадянством.

Підсумовуючи, робимо висновок, що підприємець серед усіх учасників суспільних відносин виділяється особливим правовим статусом, що надає йому можливість здійснювати значний вплив на суспільство, в тому числі через інститути громадянського суспільства. Основу таких інститутів становлять, з одного боку, союзи підприємців, а з іншого — профспілки.

Формуванню цивілізованих механізмів впливу громадянських інститутів на рішення влади й узгодження інтересів сприятиме детальна розробка процедури врахування думки представників громадянського суспільства під час розробки та прийняття нормативних актів та рішень органів місцевого самоврядування, які можуть вплинути на права та інтереси підприємців. Для цього влада повинна брати на себе зобов'язання використати результати громадських слухань у нормотворчій діяльності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний* кодекс України від 16.01.03 // Відомості Верховної Ради Укараїни. – 2004. — № 40—44. — Ст. 356.
2. *Братусь С. Н.* Субъекты гражданского права. Курс советского гражданского права. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1950. – 77 с.
3. *Загальна декларація* прав людини від 10 грудня 1948 р. // Права людини і професійні стандарти для працівників правоохоронних органів в документах міжнародних організацій. – К.: Сфера, 2002.
4. *Господарський кодекс* України від 16.01.03 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. — № 18—22. – Ст. 144.
5. *Жаліло Я.* Економічна стратегія держави: теорія, методологія, практика. Монографія — К. : НІСД, 2003. — 368 с. // [Електронний ресурс] . — Режим доступу: http://www.info-library.com.ua/books-text-1498.html.
6. *Реформи* будуть успішними лише в разі підтримки громадянського суспільства // [Електронний ресурс]. — Режим доступу: www.uspp.org.ua/articles/144.golos-ukrainire formi-budut-uspishnimi-lishe-v-razi-pidtrimki-gromadyanskogo -suspilstva.htm.

The article deals the concept of an individual entrepreneur and features of its legal status is determined by those entities that are business as well as byidentifying trends and relationships between state, employers and civil society.

В статье рассматривается понятие физического лица – предпринимателя, особенности его правового положения, определяются юридические лица, являющиеся предпринимательскими, а также направления взаимных отношений между государством, предпринимателями и институтами гражданського общества.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИРОДНИХ МОНОПОЛІЙ ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Безух О. В.,

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

У статті відображено авторський погляд на правове регулювання природних монополій в Україні. На підставі аналізу норм законодавства та сучасних ринкових відносин визначено штучність поняття природних монополій та невідповідність змісту відносин, що підлягають регулюванню, тим завданням, які визначені законом.

Ключові слова: господарське право, господарські відносини, економічна конкуренція, природна монополія.

Розглядаючи економічну конкуренцію як правовідносини, необхідно визначити механізми, за допомогою яких фактичні відносини, що складаються на ринку в системі залежних, пов'язаних технологічними ланцюгами ринків, перетворюються в правові, і яким чином норми права впливають, змінюють фактичні відносини у сфері економічної конкуренції і монополій.

Як не парадоксально, саме існування природних монополій, штучно закріплених державою, підкреслює необхідність конкуренції та переваги свободи підприємницької діяльності. За таких умов правові норми щодо природних монополій впливають на загальний стан та небхідність економічної конкуренції та є невід'ємною частиною конкурентного права.

Цікавими з цього приводу є дослідження взаємозалежності та взаємовпливу економічної конкуренції та монополії, останньою формою якої є природні монополії.

Проблемам пророднних монополій приділяли увагу В. І. Єременко, К. Ю. Тотьєв, З. В. Борисенко, Л. В. Андреєва, В. Г. Сагір. Проте ці проблеми розглядалися без досліджень взаємозв'язку із процесом конкуренції.

За визначенням К. Ю. Тотьєва, законодавство в сфері природних монополій є антиподом антимонопольного законодавства. Загальноприйнято вважати, що природні монополії існують у тих сферах економіки, де задоволення попиту є більш ефективним за умови відсутності конкуренції внаслідок технологічних особливостей виробництва, а товари, що виробляються природними монополіями, не можуть бути замінені в споживанні іншими товарами, у зв'язку з чим попит на ринку не залежить від зміни цін. Саме з такої точки зору виключення конкуренції буде сприяти задоволенню потреб споживачів. Тому у ст. 1 Закону України «Про природні монополії» природна монополія визначена як стан товарного ринку.

З. М. Борисенко вважає, що природна монополія – це особливий стан ринків, які мають дві характерні ознаки. Перша ознака пов'язана з технологією виробництва і транспортування товарів, друга – з особливостями попиту. Через мережеву організацію основних засобів та їх високу капіталомісткість ефект масштабу виробництва у цих сферах настільки великий, що одна фірма може забезпечувати ринок, маючи при цьому нижчі витрати, ніж якби тут працювало кілька конкуруючих фірм. Продукція природних монополій задовольняє життєво необхідні потреби населення і підприємців. Вона, як правило, не може бути замінена товарами інших галузей економіки. Водночас тільки частина видів господарської діяльності, що здійснюються у таких галузях як газова промисловість, електроенергетика, залізничний транспорт і зв'язок, насправді належить до природної монополії. Деякі види господарської діяльності в цих сферах потенційно можуть ефективно функціонувати і в умовах конкуренції [1].

Разом з тим, як зазначає Л. В. Андреєва, поняття природної монополії грунтується не на об'єктивному критерії віднесення стану ринку до монопольного, а на економічних критеріях надання окремих видів послуг, їх ефективності, тому природну монополію можна розглядати як дуже умовне поняття [2].

На користь думки Л. В. Андреєвої свідчить сумнівний висновок, що продукція природних монополій, як правило, не може бути замінена товарами інших галузей економіки. Останні події в Україні стосовно поставок природного газу свідчать навпаки, що технологічно будь-яких перешкод в цьому немає. Приклад Західної Європи щодо відмови від природного газу та перехід на альтернативні джерела енергії та сировини про це підтверджує.

Питання необхідності регулювання діяльності так званих природних монополій виникають в завданні та процесі здійснення їх перетворень та сприянні цьому процесу з боку держави із застосуванням правових та економічних засобів. Як слушно зазначила Р. О. Халфіна, при визначенні правовідносин важливо бачити їх зв'язок не лише із нормою права, а й з державою [3]. Враховуючи, що поняття «природна монополія» не вживається у розвинутих ринкових економіках, можна зробити припущення про штучний характер поняття «природна монополія» у пострадянських економіках та спробу консервації застарілих суспільних відносин.

З точки зору економічної теорії монополіст може зіштовхуватися з конкуренцією близьких замінників. У зв'язку з цим Е. Чемберлін проголосив фактичну універсальність ринкових ситуацій, в яких одночасно існують як монополістичні, так і конкурентні аспекти. Саме ця логіка призводить до відмови від поняття чистої монополії як реального ринкового прикладу [4].

На користь такого положення свідчить те, що перелік сфер діяльності природних монополій постійно змінюється і доповнюється, оскільки певні види діяльності природних монополій є потенційно конкурентоспроможними, а з проведенням економічних реформ або унаслідок інноваційного розвитку здійснюється виділення із природно-монопольних видів конкурентних видів діяльності.

Саме поняття монополії пов'язано не з технологією та попитом споживачів, які є її складовими частками, а з пануючим (домінуючим) станом суб'єкта господарювання на певному ринку внаслідок особливих повноважень, прав або привілей при здійсненні певних видів підприємницької діяльності.

Монополії можуть виникати:

1) унаслідок безпосереднього впливу держави шляхом визнання або визначення певних сфер господарської діяльності монополіями з метою захисту інтересів держави і суспільства як з економічної, так і соціальної точок зору (наприклад, встановлення державної монополії на трубопровідний транспорт);

2) унаслідок самостійних дій суб'єктів господарювання, які приводять до перемоги у конкурентній боротьбі, зокрема:

– здійснення економічної концентрації суб'єктами підприємницької діяльності;

– наявністю більш ефективних форм організації та здійснення підприємницької діяльності;

3) унаслідок володіння виключними правами на результати інтелектуальної діяльності, які забезпечують перемогу у конкурентній боротьбі, та відсутність інших конкурентів на певному ринку.

Таким чином, досягнення стану природної монополії, коли на певному ринку буде тільки один продавець, теоретично можливе кількома шляхами.

В Україні визначальним для стану природної монополії є не технологічні особливості, а воля держави, оскільки держава у ст. 5 Закону України «Про природні монополії» визначила у вольовому порядку сфери природних монополій, зокрема:

– транспортування нафти і нафтопродуктів трубопроводами;

– транспортування природного і нафтового газу трубопроводами та його розподіл;

– зберігання природного газу в обсягах, що перевищують рівень, який встановлюється умовами та правилами здійснення підприємницької діяльності із зберігання природного газу (ліцензійними умовами); транспортування інших речовин трубопровідним транспортом;

– передачі та розподілу електричної енергії;

– користування залізничними коліями, диспетчерськими службами, вокзалами та іншими об'єктами інфраструктури, що забезпечують рух залізничного транспорту загального користування;

– управління повітряним рухом;

– централізованого водопостачання та водовідведення;

– транспортування теплової енергії;

– спеціалізованих послуг транспортних терміналів, портів, аеропортів за переліком, який визначається Кабінетом Міністрів України.

У ст. 7 Закону України «Про природні монополії» держава встановила обмеження доступу до вищезазначених ринків шляхом ліцензування суб'єктів природних монополій у сферах, визначених у ст. 5 цього Закону, а також діяльності суб'єктів господарювання на суміжних ринках. Це свідчить не про природні умови виникнення природних монополій, а про конкретні дії держави щодо захисту природних монопо-

лій від конкуренції з боку інших суб'єктів господарювання, що не є суб'єктами даних монополій, тобто про антиконкурентні дії, як прояв державної економічної політики.

Певним підтвердженням такого висновку є аналіз змісту Закону України «Про природні монополії». Відповідно до ст. 8 зазначеного Закону предметом державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій є:

– ціни (тарифи) на товари, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій;

– доступ споживачів до товарів, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій;

– інші умови здійснення підприємницької діяльності у випадках, передбачених законодавством.

Необхідно зазначити, що особливості здійснення підприємницької діяльності в окремих сферах визначаються іншими законами, зокрема, Повітряним кодексом України, Кодексом торговельного мореплавства України, законами України «Про транспорт», «Про трубопровідний транспорт», «Про залізничний транспорт», «Про електроенергетику», «Про державне регулювання у сфері комунальних послуг» та іншими.

Варто зазначити, що переважну кількість згаданих законів, наприклад, законів України «Про транспорт», «Про трубопровідний транспорт», «Про залізничний транспорт», «Про електроенергетику», прийнято в Україні в 1994 – 1996 рр., коли Україна про ринкові відносини лише мріяла. З того часу держава майже нічого не зробила щодо запуску ринкових механізмів у цих сферах. Зазначені закони фактично встановлюють законодавчі бар'єри щодо доступу на ринок інших суб'єктів господарювання та консервують старі відносини радянського типу.

За визначенням Л. В. Андреєвої, загальними положеннями, якими слід керуватися при правовому регулюванні діяльності суб'єктів природних монополій в різних сферах, можуть бути: забезпечення недискримінаційного доступу до послуг, що надаються суб'єктами природних монополій; сприяння економічно виправданому переходу сфер природних монополій у стан конкурентного ринку; розмежування природно-монопольних і конкурентних видів діяльності та їх роздільний облік; забезпечення безпеки і якості послуг, що надаються; розкриття інформації про послуги, що надаються; встановлення економічно обґрунтованих тарифів на послуги; державна підтримка збиткових послуг [5].

Проте запропоновані заходи нічого спільного із підвищенням ефективності господарської діяльності не мають. Враховуючи, що у сферах господарської діяльності природних монополій найбільше значення має вирішення проблем недискримінаційного доступу, тарифного регулювання, важко визначити, наскільки це сприяє підвищенню ефективності господарської діяльності, скоріше навпаки, природні монополії гальмують економічний розвиток.

Вивчаючи стан монополізму української економіки, заступник Антимонопольного комітету України З. М. Борисенко дійшла висновку, що наймонополізованішими є ринки, які мають високі бар'єри для входження через значну капіталомісткість, обмеженість ресурсів, а також адміністративні бар'єри. Це, зокрема, ринки природних монополій, комунальних послуг, машинобудування, металургії, хімічної та нафтохімічної промисловості. У ряді випадків обмеження конкуренції пов'язане із збереженням неринкових організаційних структур та розподільних систем. Якщо раніше високий рівень монополізму визначався наявністю монопольних структур у виробничій сфері, то тепер вони швидко створюються у сфері реалізації та сфері надання державних послуг. Трейдери скуповують за безцінь та перепродають по значно вищій ціні сільгосппродукти, вугілля тощо. Особливо насторожує, на думку З. М. Борисенко, різке збільшення ринків послуг, пов'язаних із здійсненням функцій держави та самоуправління. Серед них оформлення та реєстрація документів на право власності на нерухоме майно, аналіз і підготовка документів для оформлення дозволів, ліцензій та багато інших напрямів діяльності [6].

Таким чином, підтверджується штучний характер та залежність монополізації певних ринків в Україні від діяльності саме держави.

На думку В. Г. Сагіра, на прикладі електроенергетики державне регулювання природних монополій спроможне організувати штучну конкуренцію в галузі шляхом визначення «вихідних» параметрів галузі, а синергетичні аспекти визначатимуть механізм самонастроювання системи на найбільш ефективний результат функціонування в рамках заданих «вихідних» параметрів [7].

З цим не можна погодитися. Розглядаючи регулювання цін (тарифів) на товари, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій, необхідно зазначити, що така необхідність в Україні визначається не питаннями економічної конкуренції (конкурентоспроможністю) та ефективної діяльності суб'єкта господарювання, а соціальною значущістю товарів та їх впливом на споживачів. Згідно зі ст. 4 Закону України «Про ціни та ціноутворення» Кабінет Міністрів України забезпечує здійснення в республіці державної політики цін та визначає перелік продукції, товарів і послуг, державні фіксовані та регульовані ціни і тарифи на які затверджуються відповідними органами державного управління, крім сфери телекомунікацій, електроенергетики, централізованого теплопостачання, водопостачання та водовідведення.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про ціни та ціноутворення» встановлено поняття державних фіксованих та регульованих цін і тарифів. Ціни на продукцію, товари і послуги, виробництво яких зосереджено на підприємствах, що займають монопольне (домінуюче) становище на ринку, мають відповідно до закону статус державних фіксованих та регульованих цін і встановлюються державними органами України.

Таким чином, державне регулювання цін в Україні повинне здійснюватися відносно продукції всіх монопольних утворень, статус яких визначено відповідно до Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку, що затверджена Розпорядженням Антимонопольного комітету України від 05.03.2002 № 49-р, або стосовно певних груп товарів, що мають соціальне значення та з цього приводу є рішення Кабінету Міністрів України, і статус природної монополії до цього нічого не додає.

Декларування регулювання доступу споживачів до товарів, що виробляються (реалізуються) суб'єктами природних монополій, є риторичним. Загальне регулювання таких відносин здійснюється відповідно до ст. 633, 634 ЦК України. Фактично всі договори, що укладаються монопольними утвореннями, є публічними, оскільки за відсутності конкуренції тільки монополіст може здійснювати продаж певного товару або надавати певні послуги та не має права відмовитися від укла-

дення такого договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів. Таким чином, апріорі монопольне утворення бере на себе зобов'язання здійснювати продаж товарів, надавати послуги кожному, хто до нього звернеться. Є питання економічної можливості задовольнити весь попит. Вирішення цього питання можливе тільки поза межами діяльності природної монополії, зокрема, шляхом забезпечення та розвитку економічної конкуренції на певних ринках.

Відповідно до ч. 2 ст. 633 ЦК України умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надано відповідні пільги.

Відповідно до ст. 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції» обумовлення укладання угод прийняттям суб'єктом господарювання додаткових зобов'язань, які за своєю природою або згідно з торговими та іншими чесними звичаями у підприємницькій діяльності не стосуються предмета договору, створення перешкод доступу на ринок чи усунення з ринку покупців, інших суб'єктів господарювання, які виступають споживачами, є зловживанням монопольним (домінуючим) становищем на ринку, заборонено і тягне за собою відповідальність згідно з законом.

Враховуючи законодавчо встановлену однаковість умов договору, вони відображаються у формулярах або інших стандартних формах та за своєю природою є договорами приєднання. При цьому споживачі не можуть запропонувати свої умови договору.

У зв'язку з тим, що споживачі не мають можливості обирати серед кількох виробників одного або встановлювати будь-які умови договору, принцип свободи договору, задекларований у ст. 627 ЦК України, не діє, держава зобов'язана захищати споживачів від зловживань з боку монополістів стосовно завищення ціни та забезпечення якості продукції, як важливих складових процесу конкуренції. Це прямо передбачено ст. 42 Конституції України. Разом з тим зміна переліку та сфер дії природних монополій свідчить про тимчасовість такого стану, який змінюється з розвитком науково-технічного прогресу, підприємництва, реалізацією державної політики з розвитку економічної конкуренції. Наявність стану природної монополії є сигналом для перетворень або з боку приватних інвесторів, або реалізації відповідних державних заходів.

Третій рівень державного регулювання природних монополій характеризується встановленням спеціального правового режиму щодо окремого суб'єкта права. Як правило, здійснюється закріплення певних організаційних та технологічних правил на рівні правових норм обов'язкових для даного суб'єкта.

Розглядаючи потребу у визначенні статусу природних монополій та їх державному регулюванні, зазначимо, що одним з головних критеріїв класифікації державного регулювання є інтерес, на задоволення якого спрямовується державне регулювання. Так, державне регулювання у сфері господарювання може бути спрямоване на захист груп підприємців (наприклад, заборона цінової дискримінації серед конкуруючих суб'єктів підприємницької діяльності, захист малого та середнього підприємництва), інші — на захист споживачів (наприклад, регулювання безпеки товарів та послуг).

Регулювання цін монополій (в тому числі природних) спрямовано на встановлення рівних можливостей у економічній конкуренції суб'єктів господарювання, які є споживачами продукції, та захист споживачів від неправомірного збагачення суб'єктів монополій та нанесення шкоди споживачам, контролю якості та безпеки продукції.

Діяльність природних монополій в цьому сенсі нічим не відрізняється від діяльності інших монопольних утворень, визначених згідно з чинним законодавством, та не потребує принципово окремого правового регулювання.

Єдиною новелою, яка встановлює спеціальний режим правового регулювання та діяльності монополій, які належать до природних, є встановлення у ст. 10 Закону України «Про природні монополії» вимоги про те, що суб'єкти природних монополій здійснюють закупівлю товарів, робіт і послуг відповідно до вимог та процедур, визначених Законом України «Про здійснення державних закупівель». Зазначена норма створює ринок продавців для єдиного покупця, яким є монопольне утворення, а також підкреслює безпосередню участь суб'єктів природних монополій у конкурентному процесі. Цю норму доцільно було б передбачити і в Законі України «Про захист економічної конкуренції» для всіх суб'єктів господарювання, що мають монопольне (домінуюче становище).

Як це не парадоксально, саме наявність монополій, штучно закріплених державою та визначених нею як природні, підкреслює необхідність конкуренції та переваги свободи підприємницької діяльності. За таких умов правові норми щодо природних монополій є невід'ємною частиною конкурентного права.

Висновки: Законодавче закріплення природних монополій свідчить про пряме державне регулювання певних сфер господарювання та штучне фіксування певного стану ринку. Держава адміністративними засобами намагається отримати ті самі економічні результати, яких в інших галузях та сферах економіки досягають під впливом механізмів економічної конкуренції.

В Україні природні монополії перебувають переважно у державній власності. Таким чином, держава, як власник майна, намагається відмежувати певні сфери від впливу економічної конкуренції.

Метою регулювання відносин економічної конкуренції є створення умов для запуску ринкових механізмів та подальше підтримання їх природного розвитку, недопущення зловживань. Метою регулювання діяльності природних монополій згідно з аналізом правових норм є створення ефективної системи державного регулювання природних монополій, за якої суб'єкти пиродних монополій зацікавлені діяти ефективно, не зловживаючи власним монопольним становищем, виключно в інтересах споживачів. Але фактично державне регулювання природних монополій обмежує ринкову владу її суб'єктів щодо споживачів та вплив на суміжні технологічно пов'язані із діяльністю природної монополії ринки.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Борисенко З. М.* Конкурентна політика держави як фактор розвитку економіки України [Текст]: автореф. дис… докт. екон. наук: 08.01.01/ Борисенко Зоя Михайлівна; Об'єднаний інститут економіки Національної академії наук України. – К.: 2004. – С. 20.

2. *Андреева Л. В.* О совершенствовании законодательства о естественных монополиях в интрересах потребителей (общие вопросы)// Предпринимательское право. – 2010. – № 2. – С. 18 – 19.

3. *Халфина Р. О.* Методологический аспект теории правоотношения// Советское государство и право. – 1971. – № 10. – С. 23.

4. *Кирцнер И.* Конкуренция и предпринимательство/ Пер. с англ. Под ред. А. Н. Романова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2001. – С. 109 – 110.

5. *Андреєва Л. В.* Там само. – С. 20.

6. *Борисенко З. М.* Там само. – С. 20.

7. *Сагір В. Г.* Державне регулювання природних монополій (на прикладі електроенергетики) [Текст]: автореф. дис…. канд. наук. з держ. управління: 25.00.02./ Сагір Владислав Георгійович, Донецький державний університет управління. – Донецьк. – 2005. – С. 4.

In article the author's view of legal regulation of natural monopolies in Ukraine is displayed. On a basis artificial origins of concept of natural monopolies and discrepancy of the maintenance of the relations which are subject to regulation to those tasks which are defined by the law are established to the analysis of standards of the legislation and the modern market relations.

В статье отображен авторский взгляд на правовое регулирование природных монополий в Украине. На основе анализа норм законодательства и современных рыночных отношений установлено искусственное происхождение понятия природных монополий и несоответствие содержания отношений, подлежащих регулированию, тем задачам, которые определены законом.

РЕГУЛЮВАННЯ І ДЕРЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

Сергійко О. В.,

науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті досліджено теоретичні і практичні проблеми побудови дієвих механізмів державного регулювання та дерегулювання господарської діяльності. Дістало подальшого розвитку визначення ролі підприємництва в соціально-економічному розвитку суспільства. Уточнено теоретичні засади побудови та розвитку системи державного регулювання та дерегулювання господарської діяльності в сучасних умовах розвитку.

Ключові слова: підприємництво, система державного регулювання та дерегулювання, регіональні програми, державна політика.

Головним результатом переходу економіки України від пострадянської планово-розподільчої до ринкової неухильно є формування оптимального державного регулювання економічних процесів. Мається на увазі дефініція цього поняття, яка означає всю діяльність державних органів з управління економікою відповідно до ст. 12 Господарського кодексу України [1] (далі – ГК). Механізм реалізації й успіху в ринковій економіці залежить від створення для суб'єкта господарювання умов вирішувати такі проблеми: започаткувати виробництво, які товари виробляти, в якій кількості, для кого їх виробляти, кому їх реалізовувати, які послуги надавати, виконувати роботи і т. д. Забезпечення цього процесу здійснюється за об'єктивними вимогами ринкової економіки, здатної до саморегулювання. Роль держави у цих відносинах полягає в її здатності створювати в економіці сприятливі умови для досягнення економічних і соціальних результатів. Слід зазначити, що ці елементи формування правового регулювання ще недостатньо сприяють організації та здійсненню підприємницької діяльності. Наприклад, за рейтингом «Легкість за початкуванням бізнесу», Світовий банк визначив, що Україна посідає 139-те місце із 178 країн. Причина в тому, що до відкриття власної справи необхідно отримати близько тридцяти різних ліцензій і дозволів. Сплата податків в Україні, як вважає регіональний директор «Транспаренсі Інтернешнл» по Європі та Центральній Азії Міклош Маршал, є одним із найскладніших завдань у світі. Не дивно, що корупція охопила усі сфери життя, а обсяг тіньової економіки становить близько однієї третини валового внутрішнього продукту держави [2]. За даними звіту Всесвітнього банку і Міжнародної фінансової корпорації Doing Businnes 2007: How to Reform (Бізнес у 2007 році: Як проводити реформи) про рейтинг 175 країн світу за ступенем простоти умов для ведення бізнесу Україна посіла 128 місце [3].

На сьогодні не встановлено оптимальної форми цілеспрямованого впливу держави через систему економічних, правових і адміністративних методів з метою забезпечення або підтримки тих чи інших економічних процесів, створення сприятливих умов діяльності суб'єктів господарювання. Як зазначено в Концепції вдосконалення державного регулювання господарської діяльності, схваленої Указом Президента України від 3 вересня 2007 р. № 816/2007 [4] (далі – Концепція), останніми роками системного характеру набуває процес накопичення проблем у сфері формування і реалізації регуляторної політики, що стримує розвиток господарської діяльності, перешкоджає реалізації конституційного права кожного на підприємницьку діяльність. З відповідного роду проблем суб'єкти господарювання стикаються під час започаткування господарської діяльності, її провадження та припинення. Мета держави в ринковій сфері господарської діяльності, як свідчить тенденція розвитку держав з ринковою економікою, не коректувати ринковий механізм, а створювати умови для його вільного функціонування: конкуренція повинна забезпечуватись скрізь, де можливо, регулюючий вплив держави скрізь, де необхідно. Разом з тим безконтрольність держави в умовах становлення ринкових відносин руйнує механізм ринкової економіки, обумовлює її кризу.

Наукові публікації з вказаної тематики мають загальнотеоретичний характер і стосуються переважно державного регулювання економіки. Так, академік АПрН України В. В. Цвєтков у праці «Адміністративна реформа – ефективність державного управління» підкреслював, що для досягнення економічної стабілізації подальшого розвитку економіки «необхідно забезпечити безумовний пріоритет державного регулювання над стихійними ринковими саморегулюючими процесами, які часто призводять до руйнівних наслідків» [5, с. 9–14]. Таку саму позицію займають такі відомі представники господарсько-правової науки як академік НАН України В. К. Мамутов, доктори юридичних наук Г. Л. Знаменський, Н. О. Саніахметова та ін. Менш досліджуваною є проблема дерегулювання. Означене поняття не передбачене на-

віть у Великому енциклопедичному юридичному словнику 2007 року видання, а розглядається лише регулювання [6, с. 692]. Одностайність в оцінці ролі та значення регуляторної політики і недостатня увага вчених-юристів до питання дерегулювання держави свідчить про актуальність дослідження.

Таким чином, у сучасних умовах перед правовою наукою постає надзвичайно важливе завдання – розробити і впровадити якісно нові підходи до побудови дієвих механізмів державного регулювання та дерегулювання господарської діяльності на сучасному етапі розвитку.

У вирішенні цього завдання можна виділити два суттєвих напрями. По-перше, наукове обґрунтування концептуальних засад прийняття управлінських рішень щодо державного регулювання та дерегулювання господарської діяльності на сучасному етапі розвитку. По-друге, розробку конкретних механізмів реалізації поставлених завдань у правовій практиці.

З огляду на це вдосконалення механізмів державного регулювання розвитку малого підприємництва є надзвичайно актуальним завданням для сучасної юридичної науки.

Мета і завдання статті. Мета полягає у розробці науково-теоретичних засад та практичних рекомендацій щодо удосконалення механізмів державного регулювання та дерегулювання господарської діяльності на сучасному етапі розвитку.

Визначена мета зумовила постановку та розв'язання таких завдань: обґрунтувати теоретичні засади побудови та функціонування системи державного регулювання та дерегулювання із визначенням мети, завдань, об'єкта та суб'єкта, а також видів та складових механізмів державного регулювання; опрацювати підхід до вдосконалення розвитку цих процесів; запропонувати шляхи підвищення дієвості програм підтримки підприємництва.

Об'єктом дослідження є державне регулювання та дерегулювання господарської діяльності на сучасному етапі розвитку.

Предмет дослідження – теоретичні аспекти, практичні рекомендації, наукові засади державного регулювання та дерегулювання господарської діяльності на сучасному етапі розвитку.

Необхідно розглянути питання правового забезпечення державної регуляторної політики та її діалектичний взаємозв'язок з дерегулюванням, які є умовою створення правопорядку у сфері господарювання. Цей порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів з метою забезпечення нормальних умов для функціонування ринкового механізму, вирішення економічних і соціальних проблем.

Державна регуляторна політика повинна відповідати вимогам (принципам), сукупність яких можна інтерпретувати як її якість. Принципами державної політики є доцільність, адекватність, ефективність, збалансованість, передбачуваність, прозорість та врахування громадської думки. Але, на нашу думку, до них слід додати принцип справедливості. У політиці кожної держави існує (і є однією з найважливіших) проблема вибору між економічною ефективністю виробництва і соціальною справедливістю. Особливо гострою є ця проблема у країнах з не ринковими засадами економіки, що трансформуються у ринкові, зокрема у країнах пострадянського простору. Невирішеність зазначеної проблеми спричиняє конфліктогенність у суспільстві, соціальну напруженість, накопичування протестного потенціалу, а в кінцевому підсумку — масові акти непокори, революції. Проте зазначена проблема вибору може бути вирішена в межах оптимальної (з позицій критеріїв економічної ефективності та справедливості) державної регуляторної політики. Головна стратегія держави має полягати не у протиставленні економічної ефективності та соціальної справедливості, а в їх гармонізації.

У даному випадку прийнятним є визначення Н. О. Саніахметової, що регуляторна політика розглядається як напрям державного регулювання політики, спрямований на вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, недопущення прийняття економічно недоцільних та неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку господарської діяльності, що здійснюється в межах, у порядку та спосіб, встановлених Конституцією та законами України [7, с. 85]. Метою правового забезпечення державної регуляторної політики є створення правопорядку у сфері господарювання. Цей порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів з метою забезпечення нормальних умов для функціонування ринкового механізму, вирішення економічних і соціальних проблем.

Зменшується втручання держави у ринкові механізми і діяльність суб'єктів господарювання та усуваються перешкоди для розвитку господарської діяльності. У цьому напрямі розвиток дерегулювання започатковано Указом Президента України від 03.02.1998 р. «Про усунення обмежень, що стимулюють розвиток підприємницької діяльності» [8], яким визначено начала перегляду і внесення змін до нормативно-правових актів, що були перешкодою для розвитку підприємництва.

В Указі Президента України «Про деякі заходи дерегулювання підприємницької діяльності» від 23.07.1998 р. № 817/98 [9] визначено, що дерегулювання за змістом є в діалектичному взаємозв'язку з державним регулюванням і засобом реального та мобільного забезпечення потреб вимог ринку. Таким чином, з його прийняттям розпочався процес дерегулювання державного впливу на економіку України. Правові та організаційні засади реалізації державної регуляторної політики у сфері господарювання, спрямовані на дерегулювання, визначені Законом України: «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11.09.2003 р. № 1160-IV [10]. Із аналізу змісту і напрямів державної регуляторної політики господарської діяльності, визначених у нормативних актах, можна запропонувати таке поняття дерегулювання: *дерегулювання* – це формулювання оптимального співвідношення між ринковими механізмами і державним регулюванням господарської діяльності при обмеженні втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання з метою нівелювання адміністративних економічних, правових та інших перешкод на шляху розвитку ринкової економіки. Маються на увазі перешкоди, пов'язані із початком господарської діяльності, доступом до основних ресурсів економічної активності; спрощення правил, пов'язаних із регулюванням господарських відносин з органами державної влади та місцевого самоврядування; забезпечення оптимальності, стабільності, гласності та відстеження результативності та за її наслідками перегляд регуляторних актів.

Одним з напрямів оптимізації правового регулювання економічних відносин і дерегулювання є визначення меж державного втручання в господарську діяльність. Безпосереднє втручання держави, органів державної влади та органів місцевого самоврядування у таку діяльність може здійснюватися лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, визначених Конституцією та законами України, що зазначено у ч. 3 ст. 8 і визначено такими двома параметрами: контроль над господарською діяльністю шляхом державної реєстрації її суб'єктів і визначення сфер державного контролю і нагляду за господарською діяльністю. Ці сфери діяльності належать до тих, які згідно з п. 7–9 ч.1 ст. 92 Конституції України визначаються виключно законами [11]. Наприклад, правові та організаційні засади, основні принципи і порядок здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності, повноваження органів державного нагляду (контролю), їх посадових осіб і права, обов'язки та відповідальність суб'єктів господарювання регулюються Законом України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.07 р. № 877-V [12]. Сфера дії цього Закону поширюється на відносини, пов'язані зі здійсненням державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності, щодо яких він вперше визначив принципи, вимоги, консультаційну підтримку, громадський захист і право на одержання їх рішень. Критерії, за якими оцінюється ступінь ризику від здійснення господарської діяльності і періодичність проведення планових заходів відповідно до абз. 4 ч. 2 ст. 5 Закону, затверджуються Кабінетом Міністрів України за поданням органу державного нагляду (контролю).

Так, на його виконання Кабінет Міністрів України постановою від 14 листопада 2007 р. затвердив Порядок розподілу суб'єктів господарювання за ступенем ризику їх господарської діяльності для безпеки життя і здоров'я населення, навколишнього природного середовища, щодо пожежної безпеки (далі – Порядок) [13]. За цим Порядком суб'єкти господарювання за ступенем ризику їх діяльності щодо пожежної безпеки розподілені на три категорії: з високим, середнім та незначним ступенем пожежного ризику. Відповідно установлено, що планові перевірки суб'єкта господарювання з високим ступенем ризику проводяться щороку, з середнім – один раз на три роки, з незначним – один раз на п'ять років. Встановлення такого Порядку дає змогу врегулювати і, відповідно, захистити суб'єктів господарювання від однієї з найбільш поширених (органами державної податкової та санітарно-епідеміологічної служби) перевірок, які у 2006 році були на кожному другому підприємстві.

Для вдосконалення державного регулювання господарської діяльності та забезпечення гарантування конституційного права кожного громадянина на підприємницьку діяльність, недопущення порушення цього права спрямовані заходи, передбачені Концепцію вдосконалення державного регулювання господарської діяльності. В ній визначено пріоритетні напрями і завдання щодо вдосконалення державного регулювання господарської діяльності, спрямовані на забезпечення реалізації права кожного на підприємницьку діяльність та системне правове розв'язання існуючих у цій сфері проблем. Зокрема, передбачено, що пріоритетними напрямами вдосконалення державного регулювання господарської діяльності мають стати: усунення необґрунтованих підстав для здійснення заходів державного нагляду (контролю) органами державної влади та органами місцевого самоврядування; спрощення дозвільної системи та мінімізація видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню; удосконалення системи оподаткування, зокрема, шляхом скорочення кількості видів податків, зборів, спрощення адміністрування податків, зборів, реформування законодавства з питань оподаткування податком на додану вартість; збільшення фінансово-кредитної підтримки для стимулювання розвитку підприємництва; недопущення неправомірного втручання державних органів та органів місцевого самоврядування у діяльність суб'єктів господарювання.

Їх реалізація матиме не лише економічний, а й соціальний ефект, бо сприятиме дерегулюванню господарської діяльності, формулюванню оптимальних відносин суб'єктів господарювання з органами державної влади та місцевого самоврядування, поліпшенню реалізації громадянами України їхнього конституційного права на підприємницьку діяльність, розвиток і підвищення ролі малих та середніх підприємств в економіці, а їх власників − і у політиці.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Господарський* кодекс України. Прийнятий 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18– 23. – Ст. 144.
2. *Голос* України – 2007. – 23 листопада.
3. *Юридичний* вісник України – 2006.– № 37.– 11 вересня.
4. *Про концепцію* вдосконалення державного регулювання господарської діяльності : Указ Президента України від 03.09. 07 р. № 816/2007// Офіційний вісник України – 2007 – № 66. –Ст. 2450.
5. *Цвєтков В. В.* Адміністративна реформа – ефективність державного управління // Часопис Київського університету права. – 2002. – № 2.– Ст. 9–14.
6. *Великий* енциклопедичний юридичний словник. За редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемчушенка. – К: ТОВ Видавництво «Юридична думка».– 2007.– 992 с.
7. *Про усунення* обмежень, що стимулюють розвиток підприємницької діяльності. Указ Президента України від 03.02.98 р. № 79 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 5. – Ст. 8.
8. *Саніахметова Н. О.* Підприємницьке право: навч. посіб. – 3-тє видання, перероб. і доп. – К., А.С.К. – 2005. – 912 с.
9. *Про деякі* заходи дерегулювання підприємницької діяльності: Указ Президента України від 23.07.98р. № 817 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 30.– Ст. – 1119.
10. *Про засади* державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 08.09.04 р. № 1160-IV // Відомості Верховної Ради України.– 2004.– № 9. – Ст. 79.
11. *Конституція* України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. (зі змінами і доповненнями): Офіційне видання.– К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2007.
12. *Офіційний* вісник України – 2007.– № 44.– Ст.1771.
13. *Офіційний* вісник України – 2007.– № 87.– Ст.3200.

The thesis focuses on questions of construction of effective mechanisms of state regulation and deregulation. Has received the further development definition of a role of business in social and economic development of a society.

В статье исследуются вопросы построения эффективных механизмов государственного регулирования и дерегулирования хозяйственной деятельности на современном этапе. Получило дальнейшее развитие определение роли предпринимательства в социально-экономическом развитии общества. Уточнены теоретические основы построения и развития системы государственного регулирования и дерегулирования хозяйственной деятельности.

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ТА ПРАВОВІ ЗАСАДИ МОДЕРНІЗАЦІЙНОЇ СТРАТЕГІЇ РОСІЇ В УМОВАХ ГЛОБАЛЬНИХ ТРАНСФОРМАЦІЙ

Король В. І.,

кандидат юридичних наук, завідувач відділу міжнародного приватного прав і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розглянуто концептуально-правові аспекти стратегії модернізації Росії. Основні цілі та пріоритети її правової політики, а також двосторонні відносини Росії та України залежатимуть від вибору однієї з альтернативних моделей модернізації, детермінованих, переважно, екзогенними чинниками.

Ключові слова: правова політика, стратегія модернізації, економічна політика Росії.

Відповідно до ст. 9 Господарського кодексу України система невід'ємних функцій держави обумовлює необхідність здійснення стратегічної і тактичної економічної та соціальної політики, цілі якої підлягають конкретизації у контексті проголошеної модернізаційної стратегії на сучасному етапі. Водночас для української держави протягом останніх двох десятиліть характерним є відсутність наміру здійснювати інтелектуально складний, але необхідний пошук парадигмального фундаменту для розробки власної моделі розвитку, який став би альтернативним домінуючому в світі та помилково визнаним єдино можливим.

За таких умов вирішального значення набуває певним чином структуроване зовнішнє середовище, інтегральний характер та рівень впливу якого визначатиме передумови для забезпечення або ж незабезпечення належного рівня життя як теперішнього, так і майбутніх поколінь переважної більшості громадян України.

Виходячи з об'єктивного існування нашої країни між двома центрами сили — ЄС та Росією, які відносять її до сфери своїх інтересів, слід висловити робочу гіпотезу, що конфлікт інтересів у даному випадку ними вирішено у позаюридичній площині на користь одного з таких центрів, а саме Росії, яка, на відміну від ЄС, відносить Україну до сфери своїх життєво важливих, а не другорядних інтересів, що фактично обумовлює суттєве зменшення шансів на реалізацію власної стратегії України.

Під таким кутом зору бачення проблеми актуальним є дослідження принципів, цілей, пріоритетних напрямів та правових механізмів реалізації стратегії розвитку Росії, що впливатиме безпосередньо або опосередковано як на внутрішні процеси в Україні, так і двосторонні відносини нашої країни з Росією та іншими країнами або їх інтеграційними об'єднаннями як суб'єктами міжнародного економічного права. Оскільки детальний аналіз в рамках однієї статті усіх наведених вище органічно пов'язаних складових є неможливим, її метою слід вважати розкриття загальних концептуально-правових засад модернізаційної стратегії Росії, проголошеної на кілька років раніше ніж в Україні.

В межах статті методологічно можливим є свідоме зосередження уваги на російському дискурсі як своєрідній аналітичній призмі, що надасть можливість дослідити «зсередини» спектр репрезентативних офіційних позицій — Президента РФ і Уряду РФ та наукових, зокрема, О. І. Неклесси, Г. Г. Малинецького, С. Н. Гаврова, М. Урнова щодо сучасного стану і основних напрямів розвитку Росії в умовах глобальних трансформацій, що визначатиме її правову політику в довгостроковій перспективі.

Досліджуючи генезис та механізми таких трансформацій, відомий російський дослідник О. І. Неклесса вважає, що в їх основі лежать глибокі, цивілізаційні причини. При цьому широкий спектр позицій, які існують в інтелектуальному співтоваристві щодо процесів у світі, можна узагальнити та концентровано виразити у трьох концептуальних положеннях, сутність яких полягає у тому, що:

1) зростання конфліктності у світі пов'язане з процесом прискорення, а не уповільнення, й тим більше, не зупинення модернізації;

2) на планеті відбуваються суттєві якісні зміни, процес модернізації в його фундаментальному смислі — у первинному і основному значенні цього поняття — зайшов у глухий кут та у світі набирає силу принципово інший процес — соціальний постмодерн;

3) має місце зародження фундаментальної цивілізаційної альтернативи з власними законами та логікою соціальних інститутів [1, с. 84].

Наведені концептуальні альтернативи ускладнюють формування та реалізацію Росією власної стратегії розвитку, що може слугувати лише частковим виправданням, оскільки, як вбачається, проблема є глибшою та носить системний характер. Показовою у такому контексті є позиція Г. Г. Малинецького, який, виступаючи у 2008 році на VIII стратегічному форумі, наголосив на тому, що обов'язковою умовою розвитку є наявність кожного з наведених нижче блоків та зв'язків між ними у суспільній свідомості еліти та державного апарату, які розглядаються від «вершини» — національної політики до «фундаменту» — який формують смисли і цінності, а також стратегічний прогноз. Сутність його позиції, яку структурно побудовано як послідовний причинно-наслідковий ланцюг, полягає у тому, що Росією не здійснюється власна політика, що обумовлено відсутністю довгострокових орієнтирів, національної стратегії в усіх ключових сферах. У свою чергу, відсутність такої стратегії є негативним наслідком неусвідомлення елітою та населенням країни національних інтересів, які не можуть бути належним чином відрефлексовано за відсутності образу майбутнього країни. В основі ж немає двох складових: по-перше, смислів, цінностей, ідеалів та великого проекту для Росії, по-друге, стратегічного прогнозу відповідного рівня [2, с. 51].

У контексті важливості для України чіткого розуміння основних засад окресленої національної політики Росії зазначимо, що на сучасному етапі актуальними для розгляду можна визнати дві з трьох модернізаційних «ідеологій», які представлено як на підзаконному рівні, так і на суто програмно-концептуальному. У даному випадку йдеться, відповідно, про Концепцію довгострокового соціально-економічного розвитку Російської Федерації на період до 2020 року, яку затверджено розпорядженням Уряду РФ від 17 листопада 2008 р. № 1662–р, та стратегічне бачення Президента Росії, яке висловлено в програмній статті «Росія,

вперед!» та знайшло подальший розвиток у Посланні Президента РФ до Федеральних Зборів РФ, особливо у 2009 р.

Концепція довгострокового соціально-економічного розвитку Російської Федерації на період до 2020 року, в якій було здійснено спробу сформувати новий образ країни, на необхідності чого наголошував Г. Г. Малинецький, розглядається як ключовий елемент стратегічного управління розвитком економіки Росії.

Системний аналіз Концепції надає можливість виявити її недоліки, одним з яких можна вважати критично низьку кількість положень прогностичного характеру, що впливає й на якість документа, в частині дослідження можливих змін зовнішнього середовища, сценаріїв розвитку, що обумовлено, частково, недостатністю законодавчого забезпечення процесу державного прогнозування. В процесі усунення прогалин у цій сфері до основних пріоритетів віднесено удосконалення відповідного методологічного інструментарію.

Своєрідна цільова максима у сфері зовнішньоекономічної політики Росії полягає у перетворенні її в одного з лідерів у глобальній конкуренції. Якщо розглядати таку постановку питання у просторово-часовій системі координат, то в силу дефіциту на сучасному етапі у Росії світоглядного, концептуального, економічного, технологічного лідерського ресурсу глобального рівня така ціль має право на існування скоріш у віртуальному, інформаційному просторі, водночас у реальному її доцільно віднести до недосяжних, як мінімум, у середньостроковій перспективі.

Виходячи з наведеного, вбачається, що Росія докладатиме зусилля для розвитку існуючих та ініціювання нових регіональних інтеграційних проектів, зокрема, створення разом з країнами–партнерами на євразійському просторі зони спільного розвитку, послідовний розвиток інтеграції в рамках міждержавного співробітництва країн СНД. В рамках такого загального підходу логічним виглядає створення Митного союзу Росії, Республік Білорусь та Казахстану, вступити до якого запрошується й Україна, яка, однак, поки що вважає за доцільне здійснювати міжнародне торговельне співробітництво з країнами Співдружності Незалежних Держав в рамках нової Угоди про зону вільної торгівлі.

У більш широкому геоекономічному контексті до основних напрямів розвитку Росії віднесено активізацію співробітництва із світовими центрами зростання, зокрема Китаєм, реалізація економічної, інноваційно-технологічної та правової політики якого надала змогу не тільки зберегти, а й суттєво посилити свій потенціал під час світової фінансово-економічної кризи та інституційним механізмом узгодження інтересів з яким розглядається Шанхайська організація співробітництва (ШОС).

Зовнішні пріоритети, визначені в Концепції, є подібними до тих, які виділено й Президентом Росії в його програмній статті «Росія, вперед!», в якій викладено бачення стратегічних завдань та майбутнього країни. Так, у міжнародній площині, поряд з незмінним орієнтиром на західний напрям, пріоритетним вектором визнається співробітництво з країнами ЄврАзЕС, СНД, з якими у Росії спільні завдання з модернізації економік, формування більш справедливого світового порядку, водночас особливі сподівання покладено на розвиток співробітництва з країнами БРІК та ШОС.

Поряд із зовнішніми орієнтирами заслуговують на увагу й внутрішні, які визначаються п'ятьма стратегічними векторами економічної модернізації країни. Так, президент Росії впевнений або, принаймні, сподівається на те, що «по-перше, ми станемо однією з провідних країн з ефективності виробництва, транспортування та використання енергії. Розробимо та виведемо на внутрішній та зовнішні ринки нові види палива. По-друге, збережемо та піднімемо на новий якісний рівень ядерні технології. По-третє, російські фахівці будуть удосконалювати інформаційні технології, здійснюватимуть суттєвий вплив на процеси розвитку глобальних загальнодоступних інформаційних мереж, використовуючи суперкомп'ютери. По-четверте, ми будемо володіти власною наземною та космічною інфраструктурою передачі усіх видів інформації. По-п'яте, Росія обійме провідні позиції у виробництві окремих видів медичного обладнання, надсучасних засобів діагностики, медикаментів для лікування вірусних, серцево-судинних, онкологічних захворювань» [3].

У щорічному Посланні Президента РФ до Федеральних Зборів у 2009 р. викладено конкретні першочергові кроки реалізації нової стратегії розвитку Росії, принципи якої наведено у згаданій вище статті, та наголошено на тому, що у XXI ст. Росії знову необхідна всебічна модернізація, причому питанням виживання країни у сучасному світі вбачається здійснення модернізації та технологічного оновлення всієї виробничої сфери.

У рамках реалізації загальної стратегії передбачається здійснення низки системних кроків, зокрема:

— здійснення таких змін у законодавстві та державному управлінні, які здатні сприяти переходу всієї економіки Росії на інноваційний шлях розвитку;

— налаштування податкової системи під завдання модернізації;

— модернізація державного сектора, яка має бути завершена Урядом РФ до 2012 р. в рамках виконання програми оптимізації обсягу та ефективності участі держави в діяльності комерційних організацій. Вважаючи форму державних корпорацій в цілому безперспективною, вбачається доцільною реорганізація тих з них, які функціонують у комерційно конкурентному середовищі, в акціонерні товариства, контрольовані державою, які у подальшому будуть збережені у важливих секторах, хоча не виключається й можливість реалізації відповідних пакетів акцій суб'єктам приватного права.

Інституційно на реалізацію зазначених та інших кроків спрямовано діяльність спеціальної Комісії з модернізації та технологічного розвитку економіки Росії при Президенті Росії.

Порівняльний розгляд положень Концепції та програмних документів Президента РФ надав можливість російському досліднику М. Уранову дійти важливого висновку, що в їх основу покладено принципово різні концептуальні засади — консервативні у першому випадку, ліберальні — у другому. Так, він зазначає, що «урядова програма носить скоріше консервативний характер, оскільки не передбачає, зокрема, демонополізації ключових галузей (нафтової, газової, виробництва та обробки металів), збільшення обсягу іноземних інвестицій. Ці та інші чинники забезпечують рух в нікуди, оскільки необхідно буде модернізувати економіку на фоні абсолютної відсутності попиту на інновації та модернізацію». У цілому, метою як консервативної, так і ліберальної концепції, яка не може бути реалізована в умовах сучасної Росії у повному обсязі, є «не просто здійснити наздоганяльну стратегію або перегнати за якимись окреми-

ми параметрами, але стати великою країною, яка могла б на рівних розмовляти з провідними світовими державами, що є просто неможливим» [4].

Виходячи з аналізу змісту наведених вище документів, зазначимо, що в їх основу покладено ідею модернізації, яка, як вбачається, розуміється не однаково та охоплює різні сфери суспільних відносин. Так, якщо у Концепції модернізація обмежується, переважно, технологічною та економічною сферами, то в програмних документах Президента Росії ці напрями також підтримуються та, водночас, концептуально межі долаються, оскільки проголошено курс країни на «всебічну модернізацію», що характеризує принципово інший підхід і потребує розгляду співвідношення двох підходів у контексті загальних засад теорії модернізації та специфіки її здійснення в умовах Росії.

Розгляд загальних засад теорії модернізації має сприяти виявленню тієї моделі суспільного розвитку, в рамках якої Росія рухається нині та планує рухатися далі, що робить доцільним звернення до розроблених російськими вченими класифікацій. Одну із них запропонував С. Н. Гавров, який вважає, що модернізаційні процеси незахідних суспільств можуть бути пояснені із застосуванням еволюційної та дифузіоністської теорій, які побудовані на домінанті ендогенних (внутрішніх) або екзогенних (зовнішніх) чинників.

При цьому первинним як у часовому вимірі, так і змістовному є ендогенний тип модернізації, який характерний для досить обмеженого географічного регіону, а саме, для Західної Європи та США, де модернізація здійснювалась дійсно еволюційно, оскільки була обумовлена внутрішніми чинниками трансформації усіх сфер суспільства.

У рамках іншого — адаптивного типу модернізації, який породжено зовнішніми імпульсами прискореної динаміки розвитку суспільств в країнах західної цивілізації, що й вимагає, по-перше, застосування механізмів адаптації як відповіді на виклик, по-друге, реалізації наздоганяльної стратегії, може бути виділено два підтипи:

1) модернізація під зовнішньою опікою, яка також, у свою чергу, має два різновиди: у формі часткової відповідальності або системного залучення, що безпосередньо не має відношення до процесів в Росії та Україні, внаслідок чого ці аспекти доцільно залишити без детального аналізу, сконцентрувавши увагу на другому підтипі;

2) модернізація як самовестернізація, в рамках якої можуть бути також виділені:

а) оборонна модернізація, яка є екстенсивною, оскільки базується на залученні чужих інноваційних досягнень та соціокультурних надбань, де зміцнення держави є основним імперативом, а процес трансформації самого суспільства є побічним процесом техніко-технологічних запозичень;

б) ліберальна модернізація, яка здійснюється для зміни суспільства, сприйняття не лише техніко-технологічного інструментарію західної цивілізації модерності, а й процесів, які призвели для створення цього інструментарію, сприйняття західних за своєю генеалогією інституцій, норм, цінностей, моделей поведінки [5, с. 26].

Наведена класифікація надає змогу зробити проміжний висновок, що Україною обрано модель безперспективної у телеологічній площині ліберальної модернізації, в той час як в Росії елементи ліберальної та оборонної модернізації знаходяться у складному суперечливому зв'язку концептуального протиставлення або фрагментарного поєднання.

Наведена вище позиція Президента РФ про те, що країні модернізація потрібна «знову», корелює з результатами наукових досліджень В. М. Мєжуєва, що характеризують вже російську специфіку. Вона полягає у тому, що модернізаційні процеси в Росії співвідносяться, з певним запізненням, з основними етапами становлення сучасного західного суспільства, яке розвивається за логікою власного життя, та є відповіддю на виклик з тим, щоб не опинитись у стратегічному програші.

Таким чином, нині Росія знаходиться вже в третій своїй модернізаційній хвилі, яка збігається з переходом західного суспільства до постіндустріальної фази, в той час як I фаза припала на період існування в Європі ранішньоіндустріального суспільства, а II — індустріального [6].

У російських наукових джерелах представлено широкий спектр позицій щодо специфіки модернізаційних процесів в Росії, які обумовлюють відсутність якщо не єдиного, то хоча б зближеного бачення її сутності на рівні еліти, відповідальної за прийняття доленосних для країни рішень. Незважаючи на їх множинність, можна зробити певні узагальнення, що надасть змогу розкрити сутність модернізації в Росії. При цьому більшість висновків витікає з аксіоматики того, що модернізація в Росії незмінно носить зовнішньообумовлений характер (що притаманно також й для багатьох успішних країн АТР, які, однак, більше схильні до імплементації суттєво скоригованої моделі «модернізація без вестернізації»), в силу чого можна синтезувати своєрідний мегапаттерн модернізації Росії, який визначатиме й її реальну мету. Вона полягає у скороченні відставання від економічно та технологічно високорозвинених країн світу, які належать, переважно, до західної цивілізації та вважаються сучасними (modern), а Росія — якщо не відсталою, то недосучасною, що й передбачає необхідність її «осучаснення», тобто модернізації за західними зразками.

У незалежній експертній доповіді російського Інституту національної стратегії здійснено спробу узагальнити існуючі позиції щодо модернізації в Росії та наголошено на тому, що вони є правильними, але лише частково, оскільки не розкривають на належному рівні повністю ні цілей, ні сутності, ні специфіки російської модернізації на сучасному етапі.

Ключова теза цієї доповіді, яка визначає всю логіку викладення позиції, полягає у тому, що розуміння модернізації, насамперед, як зміна поколінь технологій не зовсім продуктивне, оскільки питання технологічного розвитку впирається у питання існування суспільного середовища, здатного до відтворення, впровадження та використання технологій. Техніка та кожний технологічний уклад є, у своїй основі, соціальним явищем. Тому, незважаючи на важливість технологічної модернізації, головним предметом модернізаційної концепції є суспільство, точніше певний його тип — суспільство модерну [7], що конституює принципово інший, більш складний об'єкт дослідження та потребує застосування розширеного методологічного інструментарію міждисциплінарного характеру.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що модернізація Росії, яка обумовлюється зовнішніми (екзогенними) чинниками в рамках повторюваної логіки в межах дихотомії виклик — відповідь та передбачає рецепцію «імпортованих» цілей і цінностей, навряд чи допоможе вивести Росію на лідерські позиції, навіть у регіональному вимірі.

За відсутності концептуально-правових засад власної, немодернізаційної моделі розвитку, а також єдиного розуміння сутності модернізації у політичної та інтелектуальної еліти Росії, вона ще не здатна запропонувати Україні позитивного бачення спільного майбутнього в цілому та привабливої, взаємоприйнятної інтеграційної моделі зокрема, що є цілком зрозумілим, беручи до уваги те, що в ній не розпочато внутрішньої модернізації, оскільки має місце коливання у виборі між консервативною та ліберальною концепцією її реалізації.

Виходячи з необхідності збалансованого забезпечення геоекономічних інтересів України у відносинах як Росією, так і Європейським Союзом, у подальшому важливим є дослідження правового режиму згаданого у статті Митного союзу трьох країн та визначення оптимального формату співробітництва з ними в межах цього проекту в контексті переговорів нашої країни з ЄС про створення зони вільної торгівлі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Неклесса А.* Реконфигурация мира [Текст] / А. Неклесса // Россия в центро-периферическом мироустройстве / Ин–тут мировой экономики и международных отношений РАН, Ин–тут проблем глобализации / [сост. и отв. ред. Д. Ю. Глинский]. — М. : Московское представительство Фонда Ф. Эберта, 2003. — С. 79–112.

2. *Малинецкий Г. Г.* Новая реальность и будущее глазами синергетики / Г. Г. Малинецкий // Прогнозы и стратегии. — 01/2008–01/2009. — С. 50–59 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.intelros.ru/pdf/ps/02/9.pdf.

3. *Медведев Д.* Россия, вперед! Дмитрий Медведев // Президент России [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.kremlin.ru/news/5413[10.09.2009; 12.00].

4. *Урнов М.* Концепция модернизации в России — Пафос демонополизации / Марк Урнов // Особая буква [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.specletter.com/obcshestvo/2010-10-28/1/pafos-demonopolizatsii.html#video.

5. *Гавров С. Н.* Модернизация России: постимперский транзит [Текст] : [монограф.] / С. Н. Гавров ; [предисл. Л. С. Перепелкина]. — М. : МГУДТ, 2010. — 269 с.

6. *Межуев В. М.* Ценности современности в контексте модернизации и глобализации / В. М. Межуев // Информационный гуманитарный портал «Знание. Понимание. Умение» / № 1, 2009. — Философия. Политология [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.zpu-journal.ru/e-zpu/2009/1/Mezhuev.

7. *Пономарев И.* Модернизация России как построение нового государства / Проект Института национальной стратегии // Независимый экспертный доклад (Москва, 2009) / И. Пономарев, М. Ремизов, Р. Карев, К. Бакулев // АПН. Агентство политических новостей [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.apn.ru/publications/article22100.html.

The article is devoted to the concept and legal aspects of Russia modernization strategy. Its legal policy core objectives and priorities, as well as bilateral relations between Russia and Ukraine will depend on the choice of one of the alternative models of modernization, determined primarily with external drivers.

В статье рассмотрены концептуально-правовые аспекты стратегии модернизации России. Основные цели и приоритеты, а также двусторонние отношения России и Украины будут зависеть от выбора одной из альтернативных моделей модернизации, детерминированных, преимущественно, экзогенными факторами.

ЦИВІЛЬНІ КОДЕКСИ ЯК ДЖЕРЕЛА СІМЕЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ ТА ФРАНЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Ватрас В. А.,

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

Статтю присвячено дослідженню таких джерел сімейного права як Цивільний кодекс України та Цивільний кодекс Франції. Надано правову характеристику цих кодифікованих актів з позиції вчення про джерела права. На основі порівняльно-правового методу дослідження вирішуються проблемні питання регулювання сімейних відносин в Україні та Франції актами цивільного законодавства. Висновки ґрунтуються на тому, що існуючі в Україні та Франції кодифікації приватного права є не лише джерелами сімейного права цих держав, а й показником рівня правової культури українського та французького народів. Доведено, що Кодекс Наполеона має стати основою для майбутньої кодифікації приватного права Європейського Союзу.

Ключові слова: джерело права, кодифікація, кодекс, приватне право, право ЄС.

Важливе місце у переважній більшості приватноправових систем світу відводиться правовому регулюванню сімейних відносин, у тому числі в таких класичних романо-германських правових системах, які сформувалися в Україні як державі, що знаходиться в процесі інтеграції до ЄС, так і у Франції як державі, що уже тривалий час є членом Європейського Союзу. Прагнення України до адаптації її сімейного законодавства до законодавства ЄС свідчить про необхідність вивчення сімейного законодавства класичних представників європейського простору, до яких належить Франція, що дасть змогу розвиватися процесу зближення із сучасною європейською системою права шляхом поступового приведення законодавства України у відповідність до законодавства ЄС, тобто до *acquis communautaire* [14, с. 7]. У свою чергу, це не означає, що Україна повною мірою має калькулювати сімейне законодавство Європейських держав. Ми повинні поступово та виважено наближати законодавство України до сучасної системи європейського права, приводити його відповідно до норм та стандартів ЄС. Причому таке наближення має відбуватися як за змістом, так і за формою. У зв'язку з цим дослідження таких джерел сімейного права як Цивільні кодекси України та Франції дасть змогу дійти до відповідних висновків щодо оптимальної форми права у зазначених правових системах та можливої форми права і у всьому європейському просторі. Таким чином, **метою** даної статті є дослідження такого дже-

рела сімейного права України та Франції як Цивільний кодекс шляхом порівняльно-правової характеристики.

Слід зауважити, що навряд чи можна буде віднайти наукові праці, які б повною мірою за предметом і об'єктом дослідження відповідали б меті нашого наукового дослідження та стосувалися дослідження такого джерела сімейного права як Цивільний кодекс. Більшою мірою наукові праці присвячені загальнотеоретичним аспектам правової категорії, якою є джерела права, як от праці Т. В. Гурової, С. Л. Зівса, М. М. Марченко, А. Ф. Шебанова та ін. Варті уваги праці Х. Бехруза, Р. Давіда, В. В. Залесського, С. В. Маркіна, М. М. Марченко, К. Осакве, Х. Кетца, К. Цвайгета, в яких проводяться порівняльно-правові дослідження різних інститутів сімейного права. Є низка наукових праць, присвячених праву Європейського Союзу, як от праці О. М. Дерябіної, С. Ю. Кашкіна, О. М. Москаленко, А. В. Омельченко, В. Ф. Опришко, К. В. Смирнової, О. В. Стрельцової, А. С. Фастовець тощо. Окремі питання регулювання сімейних відносин у Франції піднімалися на рівні дисертаційних досліджень А. С. Лалєтіної «Порівняльно-правове дослідження договірного регулювання майнових відносин подружжя в праві РФ та Франції» [7], С. В. Сівохіної «Поняття шлюбу та його дійсності в сучасному праві Росії та Франції» [16] та Ю. Р. Туйкіної «Історичне співвідношення Російського цивільного законодавства XVIII – XIX століть та Кодексу Наполеона 1804 року» [20]. Існує низка наукових праць, присвячених застосуванню до регулювання сімейних відносин цивільного законодавства, як от дисертаційне дослідження О. В. Нєкрасової «Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин» [9], наукова праця Ю. Х. Калмикова «Умови субсидіарного застосування цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин», наукова доповідь автора цієї праці [1] тощо. Таким чином, попри значну увагу з боку дослідників питанням загальної характеристики джерел права, їх системи, особливостей регулювання окремих сімейно-правових інститутів цивільним законодавством, в тому числі цивільним кодексом, такі джерела сімейного права як «цивільні кодекси» комплексно не досліджувались, в тому числі немає порівняльно-правових досліджень такого джерела сімейного права як цивільний кодекс за законодавством України та Франції.

Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) був прийнятий парламентом 16.01.2003 р. та набрав чинності з 1 січня 2004 року [22]. Його прийняттю передувала тривала та кропітка робота вітчизняних вчених та практиків (Склад робочої групи з підготовки проекту ЦК України: Головатий С., Довгерт А., Підопригора О., Пушкін О., Боброва Д., Кузнецова Н., Луць В., Ромовська З., Мусіяка В., Сібільов М., Шевченко Я., Калакура В.) [6, с. 11]. За структурою кодекс містить 1308 статей в 90 главах, зібраних у 6 книгах: «Загальні положення», «Особисті немайнові права фізичних осіб», «Право власності та інші речові права», «Право інтелектуальної власності», Зобов'язальне право», «Спадкове право». ЦК України побудований за пандектною системою, оскільки включає в себе Загальну та Особливу частини. Сьогодні ЦК України вважається однією із найбільш важливих та найбільш вдалих кодифікацій національного законодавства України, авторам якого вдалося «уловити» вектор економічних, політичних та соціальних перетворень і грамотно, логічно та послідовно відобразити їх у тексті Цивільного кодексу [18, с. 17]. Проект Цивільного кодексу від 20 березня 1996 року включав у себе ще дві книги: «Сімейне право» та «Міжнародне приватне право», однак в кінцевому варіанті відбулася кодифікація сімейного законодавства на рівні прийняття 10.01.2002 р. Сімейного кодексу України (надалі – СК України [17], а правове регулювання приватних відносин з іноземним елементом здійснено на рівні окремого спеціального закону [11]. Виключення з проекту ЦК України книги, присвяченої сімейному праву, на думку професора Є. О. Харитонова, стало перемогою Східної (Візантійської) традиції права в Україні [21]. Причому вказаний автор вважає, що ЦК України є кодексом «пасіонарного» типу, тобто він є кодифікованим актом, створеним на принципово новій, або значно оновленій, порівняно з тією, що існувала у державі і суспільстві, концепції права. Причому попри втрати, що були пов'язані із кодифікацією сімейного законодавства та регулюванням міжнародного приватного права поза ЦК України, на думку Є. О. Харитонова, його можна назвати «пасіонарним» [21].

Незважаючи на існування в правовому полі України окремої кодифікації сімейного законодавства ЦК України є повноцінним джерелом сімейного права та застосовується до сімейних відносин на засадах субсидіарності. За юридичною природою кодекс належить до таких джерел права як нормативно-правовий акт або закон [8]. Відповідно до ч. 2 ст. 4 ЦК України Основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Власне, він є кодифікованим законом, завдяки якому досягається загальна впорядкованість усього цивільного законодавства, забезпечується єдність регулятивних засад у сфері його дії [15, с. 106 – 107]. На нашу думку, ЦК України як кодекс приватного права, що регулює усі приватні відносини в Україні, цілком логічно виступає як додаткове джерело сімейного права у тих випадках, коли відсутня доцільність правового регулювання відносин між членами сім'ї в спеціальному законі. Наприклад, СК України, визначаючи специфіку такого особливого правочину як шлюбний договір, не регулює загальні, по суті «цивілістичні», засади договірного права як от поняття договору, його природу, загальні правила укладення, зміни, розірвання та припинення договору, визнання його недійсним. Який сенс розробляти загальну теорію сімейного договірного права, що уже ефективно впроваджена на рівні цивільного законодавства, якщо інститут договору можна застосувати при регулюванні сімейних відносин з урахуванням їх специфіки. Цілком виправданою є позиція законодавця щодо закріплення у ч. 1 ст. 9 ЦК України правової норми, згідно з якою положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

У свою чергу, СК України містить правову норму, що передбачає застосування до регулювання сімейних відносин ЦК України, а саме: якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані цим Кодексом, вони регулюються відповідними нормами Цивільного кодексу України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст. 8 СК України). Слід зауважити, що чинна редакція статті видається більш правильною ніж попередня, оскільки Законом України від 22.12.2006 р. № 524–V роз-

ширено сферу застосування ЦК України до сімейних відносин шляхом включення до такої сфери поряд з майновими відносинами також сімейних особистих немайнових відносин. У цій частині слід погодитись із висновком О. В. Нєкрасової, яка вважає, що можливість застосування до регулювання сімейних відносин Цивільного кодексу України є такою специфічною формою субсидіарного (додаткового) врегулювання відносин однієї галузі права нормами іншої, яка зумовлена не фактичною наявністю прогалин у СК України чи законодавчими прорахунками, а прогнозованою і свідомою позицією законодавця з огляду на «родинність» приватноправових сімейних та цивільних відносин та переваги застосування методу «законодавчої економії» [9, с. 7]. По суті, схожу позицію висловлювали і ми ще у 2004 році, і приємно констатувати, що вона знайшла в подальшому підтримку законодавця [1].

Таким чином, особливістю ЦК України як джерела сімейного права є те, що він виступає субсидіарним (додатковим) джерелом сімейного права, поряд із СК України, та застосовується у разі відсутності відповідних правових норм у спеціальному кодифікованому законі (СК України) за умови, що це не буде суперечити суті сімейних відносин. Критерії відповідності «сутності сімейним відносинам» визначені у загальній частині СК України (ст. 1 – 3, 7 – 11 Кодексу), в юридичній науці [1; 2; 3; 23] та практиці застосування сімейного законодавства [10; 12; 13].

На думку О. В. Нєкрасової, в сімейному праві існує дві форми субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин:

а) умовне субсидіарне застосування, передбачене ст. 8 СК України без визначення конкретних категорій сімейних відносин, на які можуть поширюватися норми ЦК України;

б) пряме субсидіарне застосування, закріплене в СК України, щодо регулювання нормами ЦК України конкретних видів сімейних відносин, наприклад, щодо обчислення строків, встановлених в СК України (ст. 12 СК України), застосування строків позовної давності (ст. 20, ст. 72 СК України), здійснення права спільної сумісної власності після розірвання шлюбу (ст. 68 СК України) [9, с. 7 – 8].

Вважаємо за доцільне також вести мову і про змішану форму субсидіарного застосування, в якій при вирішенні питання про можливість використання норм ЦК України виникатиме необхідність застосовувати його і в тому випадку, коли це прямо передбачено нормами СК України, й у разі відсутності такої вказівки в законі. Наприклад, у разі вирішення питання про строки шлюбного договору чи окремих його умов, слід застосовувати і загальні положення ЦК України про строки (терміни), визначені у главі 18, а також і положення про поняття та умови договору, передбачені главами 52 – 53 ЦК України.

Виходячи із зазначеного, слід констатувати важливе значення ЦК України як Кодексу приватного права нашої держави, яке регулює не лише цивільні, а й сімейні відносини як субсидіарний законодавчий кодифікований нормативно-правовий акт. Його існування в правовому полі України демонструє, що основним джерелом права в нашій континентальній правовій системі є закон, а не прецедент, що свідчить про перемогу теорії позитивізму в українській цивілістиці. Домінуюча роль закону випливає не лише з основоположного конституційного принципу верховенства права, а й із закріпленої СК України загальної засади регулювання сімейних відносин, згідно з якою вони регулюються, насамперед, СК України та іншими нормативно-правовими актами (ч. 1 ст. 7).

Важливе місце не лише для правової системи Франції, а й для усього приватного права Європи відіграв та продовжує відігравати Французький цивільний кодекс Наполеона 1804 року. Для нашого наукового дослідження ця кодифікація приватного права має не лише історичне значення, а й слугує прикладом ефективного правового регулювання сімейних відносин впродовж більше ніж двох століть та може стати основою для перспектив кодифікації приватного права Європейського Союзу. Досить таки змістовною та влучною є теза В. Захватаєва: «Кодекс Наполеона – це двері, що ведуть до розуміння сучасного європейського права» [5, с. 3]. Незважаючи на те, що імператор Наполеон не був юристом, однак завдяки йому Цивільний кодекс французів став невичерпним джерелом правових ідей всього світу – основоположною кодифікацією приватного права сучасності.

Спочатку Кодекс Наполеона мав назву «Цивільний кодекс всіх французів» та був введений в дію 21 березня 1804 року. Його авторами були юристи-практики на чолі з Франсуа-Дени Тронше. Один із авторів кодифікації Жан-Етьєн Порталіс назвав кодекс «Зводом законів, що призначений направляти і закріплювати соціальні, сімейні та ділові відносини, які існують між людьми, що належать до однієї і тієї ж самої державно-політичної спільноти» [5, с. 3]. Основою кодифікації стали римські дигести, французькі закони (королівські ордонанси, акти революційного періоду) та звичаї (кутюми), а з прийняттям кодексу втратили чинність близько 14 000 законодавчих актів [19, с. 29]. Кодекс Наполеона побудовано за інституційною системою, згідно з якою він складається з трьох основних частин, що регулюють відносини, пов'язані з особою, речами та діями (зобов'язаннями). Родоначальником інституційної системи кодифікації приватного права є римський юрист Гай (II століття нашої ери), який є автором всесвітньо відомої пам'ятки приватного права – Інституцій Гая. Афоризмом є вислів Гая, який писав: «Все право, яким ми користуємося, відноситься або до осіб, або до речей, або до позовів» [4]. Уже за структурою побудови ми знаходимо відмінність між ЦК України та Кодексом Наполеона, адже перший побудований за пандектною системою, а другий – за інституційною, у якій відсутні загальні положення цивільного законодавства. Сьогодні Кодекс Наполеона складається з 4 книг і, власне, класична трикнижна його структура була розширена на підставі Орднонанса № 2002–1476 від 19 грудня 2002 року, яким було включено Книгу 4, яка передбачає правила застосування кодексу в Майотті (адміністративно-територіальна одиниця Франції на Коморських островах). Книги 1 – 3 стосуються осіб, речей та зобов'язань. Кожна книга розподіляється на титули, глави, розділи та параграфи. У першій редакції кодекс складався з 2281 статті, а на даний час у ньому міститься 2650 статей. Зрозуміло, що первісна редакція кодифікації постійно вдосконалювалась впродовж двох століть. Окремі автори відмічають, що у ній були недоліки та недоробки технічного характеру, певні прогалини, колізії, що пояснюється досить-таки швидким часом підготовки законодавчого акта [19, с. 29]. Однак, попри це, Кодекс Наполеона визнається передовим правовим актом свого часу та у первісній редакції характеризує

той історичний період і рівень розвитку юридичної науки, в якому він був прийнятий. Слід погодитись із тезою відомого класика цивілістики Г. Ф. Шершеневича: «Доводиться захоплюватися вмінням укладачів кодексу формулювати його положення в ясній і в той же час стислій формі: речення короткі, їх побудова проста, статті в переважній частині не перебільшують кількох стрічок» [24, с. 58].

Поряд з тим, що Кодекс Наполеона є джерелом усього приватного права Франції, зупинимось на його правовій характеристиці як джерела сімейного права. Книга 1 «Про особи» містить основні принципи рівності і цивільно-правових свобод французів. Питання сім'ї та шлюбу знаходяться в титулах про: «акти цивільного стану», «про шлюб», «про розірвання шлюбу», «про походження дітей», «про походження дітей, засноване на усиновленні», «про батьківські права», «про неповноліття, опіку і оголошення неповнолітнього повністю дієздатним», «про повноліття і повнолітніх, що знаходяться під захистом закону», «про договір про спільне життя і співжиття». Таким чином, Книга 1 Кодексу Наполеона регулює загальні положення сімейного права, визначає правовий статус суб'єктів сімейних правовідносин, визначає правові засади шлюбного правовідношення та фактичного шлюбу, регламентує права та обов'язки батьків і дітей, запроваджує та регламентує форми влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, у сім'ю. Книга 2 «Про майно і різні види власності» регулює статику сімейних відносин щодо спільного та роздільного майна членів сім'ї, визначаючи загальні положення речових прав. У Книзі 3 «Про різні способи набуття права власності» містяться правові норми зобов'язального права. Особливо слід відмітити титул 5 «Про шлюбний контракт і про режими майнових відносин між подружжям», який регулює сімейне договірне право французів та встановлює правові режими спільного та роздільного майна. Таким чином, слід констатувати, що Кодекс Наполеона є основним джерелом сімейного права Франції, оскільки саме він регулює усі сімейно-правові інститути цієї держави. Включення до кола регулювання цивільним законодавством сімейних відносин свідчить про відсутність сімейного права як самостійної галузі права у Франції.

Кодекс Наполеона, на думку професора А. Довгерта та В. Захватаєва, як у свій час Звід цивільних законів Юстиніана (*Corpus juris civilis*), безсумнівно, є результатом самої вдалої кодифікації цивільного права всіх часів і народів. Про його феноменальний вплив свідчить факт найширшої рецепції по всьому світу, оскільки протягом 200 років існування Кодексу, понад як 70 країн світу або взяли за основу багато його положень, або навіть повністю скопіювали його [5, с. 11]. Серед Європейських держав на основі Кодексу Наполеона побудоване цивільне законодавство Австрії, Андорри, Бельгії, Німеччини, Греції, Данії, Італії, Іспанії, Ісландії, Люксембургу, Монако, Нідерландів, Норвегії, Польщі, Португалії, Румунії, Швейцарії. Влучною з цього приводу є теза вченого-юриста Біго де Преамене: «Цивільний кодекс був законом виключно французів, а став загальним законом для народів більшої частини Європи» [5].

Підбиваючи підсумок щодо місця і ролі Французького цивільного кодексу Наполеона 1804 року як джерела сімейного права, зауважимо, що він побудований за інституційною системою, регулює усі основні інститути сімейного права Франції, є основним цивілістичним законом цієї держави, на основі якого побудована система приватного права Європи та інших країн світу. На нашу думку, основою для майбутньої кодифікації приватного права країн ЄС може стати Цивільний кодекс Наполеона.

Результатом порівняльно-правового дослідження мають бути висновки щодо здобутих в його процесі результатів. Предметом нашої наукової статті були дві фундаментальні кодифікації приватного права: молода кодифікації незалежної України – ЦК України та потужний кодифікаційний акт, що діє з 1804 року по теперішній час – Кодекс Наполеона. За результатами дослідження ми дійшли таких висновків.

1. В Україні та Франції як класичних представницях романо-германської правової сім'ї основним джерелом права є нормативно-правовий акт. Приватне право обох держав представлено кодифікованими правовими актами – цивільними кодексами. В юридичній науці низка наукових праць присвячена дослідженню загальної теорії джерел права, значенню кодифікацій у цивілістиці, цивільним кодексам як нормативно-правовим актам, однак у розрізі цивільних кодексів України та Франції як джерел сімейного права комплексних наукових робіт немає.

2. Той факт, що цивільні кодекси в обох державах є джерелами сімейного права є беззаперечним, однак в Україні у регулюванні сімейних відносин за допомогою кодифікованих нормативно-правових актів існує дворівнева система, за якою основним джерелом сімейного права є спеціальний кодекс – СК України. Натомість ЦК України – додаткове джерело права, норми якого субсидіарно застосовуються до регулювання сімейних відносин за умови відсутності відповідної норми в СК України та відповідності норми, що підлягає застосуванню сутності сімейних відносин. У свою чергу, Цивільний кодекс Наполеона є основним джерелом сімейного права Франції і регулює усі сімейні відносини в цій державі.

3. Ще однією відмінністю між ЦК України та ЦК Франції є структура та спосіб побудови правових норм. ЦК України побудований за пандектною системою, оскільки включає в себе Загальну та Особливу частини. Кодекс Наполеона побудовано за інституційною системою, згідно з якою він складається з трьох основних частин, що регулюють відносини, пов'язані з особою, речами та діями (зобов'язаннями).

4. Обидві кодифікації приватного права, що були предметом нашого наукового дослідження, є не лише результатом кропіткої, плідної праці найкращих представників юридичної науки та джерелом приватного права, а й результатом розвитку правової культури обох народів. У ЦК України все ще попереду. Сподіваємося, що його історія буде довгою, а зміни і доповнення до нього – доцільними і з точки зору законодавчої техніки – досконалими. Кодекс Наполеона – це яскравий приклад чи не найкращої кодифікації усіх часів і народів. Він є фундаментом усього приватного права Європи. Ми переконані у тому, що ЦК України в змозі пройти такий великий історичний шлях як Кодекс Наполеона. Що ж стосується останнього, то, на нашу думку, Кодекс Наполеона стане основою для майбутньої кодифікації усього приватного права ЄС.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Ватрас В. А.* Деякі проблеми регулювання сімейних відносин за Цивільним кодексом України / В. А. Ватрас // Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і прак-

тики : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. 29 – 30 квітня 2004 р., м. Харків. – К. : Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, 2004. – С. 416 – 422.

2. *Веберс Я. Р.* Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве / Я. Р. Веберс. – Рига : Зинатне, 1976. – 231 с.

3. *Ворожейкин Е. М.* Семейные правоотношения в СССР / Е. М. Ворожейкин. – М. : Юрид. лит., 1972. – 336 с.

4. *Гай. Институции* / [пер. с лат. Ф. Дадынского] / Под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. – М., 1997. – 368 с.

5. *Гражданский кодекс* Франции (Кодекс Наполеона) / [пер. с франц. В. Захватаева] / Отв. ред. А. Довгерт. – К. : Истина, 2006. – 1008 с.

6. *Довгерт А. С.* Втілення правових ідей у сфері особистого немайнового права в новий ЦК України (до п'ятої річниці ЦК України) / А. С. Довгерт // Приватне право і підприємництво [зб. наук. пр.]. – Вип. 8, 2009. – С. 11 – 17.

7. *Лалетина А. С.* Сравнительно-правовое исследование договорного регулирования имущественных отношений супругов в праве РФ и Франции : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Лалетина Алла Сергеевна. – М., 2004. – 149 с.

8. *Марченко М. Н.* Источники права : [учеб. пособ.] / М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 2009. – 768 с.

9. *Нєкрасова О. В.* Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Нєкрасова Олена Володимирівна. – К., 2008. – 190 арк.

10. *Про застосування* судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 15.05.2006 р. № 3. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/623809DCB56E022BC2256C95003CF7EA?OpenDocument&Start=1&Count=300.

11. *Про міжнародне* приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

12. *Про практику* застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав : постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.03.2007 р. № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/623809DCB56E022BC2256C95003CF7EA?OpenDocument&Start=1&Count=300.

13. *Про практику* застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя : постанова Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 р. № 11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/623809DCB56E022BC2256C95003CF7EA?OpenDocument&Start=1&Count=300.

14. *Проблеми систематизації* приватного права України та Європи : [монограф.] / За ред. Ю. В. Білоусова. — К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – 204 с.

15. *Сибільов М.* Поняття правового режиму приватного права / М. Сибільов // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4 (27). – С. 106 – 116.

16. *Сивохина С. В.* Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Сивохина Светлана Владимировна. – Самара, 2006. – 220 с.

17. *Сімейний кодекс* України від 10.01.2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21 – 22. – Ст. 135.

18. *Стефанчук Р. О.* Цивільний кодекс України: робота над помилками (до п'ятої річниці набрання чинності Цивільним кодексом України) / Р. О. Стефанчук // Приватне право і підприємництво. [зб. наук. пр.]. – Вип. 8, 2009. – С. 17 – 19.

19. *Тараборин Р. С.* Кодекс Наполеона 1804 года: историко-правовая характеристика / Р. С. Тараборин // Научный вестник Уральской академии государственной службы. – 2009. – № 4 (9). – С. 27 – 32.

20. *Туйкина Ю. Р.* Историческое соотношение Российского гражданского законодательства XVIII – XIX веков и Кодекса Наполеона 1804 года : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Туйкина Юлия Руслановна. – Уфа, 2002. – 202 с.

21. *Харитонов Є. О.* Новий Цивільний кодекс України як кодекс «пасіонарного типу» / Є. О. Харитонов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – С. 16 –20.

22. *Цивільний кодекс* України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 261.

23. *Червоный Ю. С.* Понятие и особенности семейных правоотношений / Ю. С. Червоный // Суспільство. Держава. Право. Цивільне право. Випуск 1. – 2002. – № 1. – С. 16 – 23.

24. *Шершеневич Г. Ф.* Очерки по истории кодификации гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – Казань, 1897. – Т. 1. Франция. – 348 с.

The scientific article is devoted to the research of the following sources of the Family law as the Civil Code of Ukraine and the Civil Code of France. The author gives us the legal characterization of the mentioned codification acts from the view of the law sources. On the basis of the legal comparative research method the issues of Family Relations in Ukraine and France are solved by the civil acts of legislation. The conclusions are based on the existing codifications of the Private Law of Ukraine and France that are not only the sources of the Family law but they are also the indicator of the legal culture level of the Ukrainian and French nations. Moreover the author thinks that The Code Napoleon should be the base for the future codification of the European Union Private Law.

Исследуются Гражданский кодекс Украины и Гражданский кодекс Франции. Автор рассматривает вышеуказанные кодифицированные правовые акты с точки зрения учения об источниках права. На основании сравнительно-правового метода научного познания решаются проблемные вопросы регулирования семейных отношений в Украине и Франции актами гражданского законодательства. Выводы базируются на том, что существующие в Украине и Франции кодификации частного права являются не только источниками семейного права, а и подтверждением уровня правовой культуры украинского и французского народов. Кодекс Наполеона, по мнению автора, может стать основой для будущей кодификации всего частного права Европейского Союза.

ПРОСТИЙ ВИПАДОК (CASUS) ЯК ПІДСТАВА ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ДЕЛІКТНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА РИМСЬКИМ ПРИВАТНИМ ПРАВОМ І ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН

Гринько С. Д.,

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

У статті проведено порівняльний аналіз простого випадку як підстави звільнення від деліктної відповідальності за римським приватним правом і законодавством України та європейських країн. Зроблено висновок про вплив ідей і положень римського приватного права на формування категорії «простий випадок» у деліктних зобов'язаннях в Україні та європейських країнах.

Ключові слова: деліктна відповідальність, простий випадок, непереборний випадок, вина.

За радянським законодавством цивільно-правова відповідальність за завдану шкоду не належала до абсолютної категорії. Цивільні кодекси передбачали підстави, в силу яких завдавач шкоди звільнявся від обов'язку її відшкодовувати (ст. 404 ЦК УРСР 1922 р.; ст. 440, 450, 454 ЦК УРСР 1963 р.).

Такий підхід збережено і в чинному Цивільному кодексі України (2003 р.), згідно з яким не підлягає відшкодуванню шкода у разі:

1) відсутності вини завдавача шкоди (ч. 2 ст. 1166);
2) завдання шкоди правомірними діями (ч. 4 ст. 1166);
3) дії непереборної сили (ч. 5 ст. 1186);
4) умислу потерпілого (ч. 1 ст. 1193).

Підхід законодавця до переліку підстав звільнення завдавача шкоди від обов'язку її відшкодувати змінився лише щодо виключення грубої необережності потерпілого з вказаного переліку. Щодо інших підстав, то у чинному законі повністю відтворено основні засади радянських цивільних кодифікацій.

На жаль, у кодексі немає тлумачення поняття «відсутність вини завдавача шкоди». Відповідь на поставлене питання дає доктрина, при цьому її тлумачення ґрунтується на ідеях римських юристів. Вона розглядає «відсутність вини завдавача шкоди» як випадку «*casus a nullo praestantur*», за який ніхто не відповідає. Крім того, до випадкової неможливості нею віднесено дію непереборної сили (*vis vajor*).

У радянських цивільних кодексах немає будь-якої згадки про такий випадок. Лише за ЦК України 2003 р. до підстав звільнення від відповідальності при порушенні договірних зобов'язань віднесено випадок і непереборну силу як самостійні обставини (ч. 1 ст. 617 ЦК України). Не визначаючи поняття випадку, законодавець, однак, перераховує обставини, що не вважаються ним як «недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів» (ч. 2 ст. 617 ЦК України).

В юридичній літературі простий випадок як підстава звільнення від деліктної відповідальності досліджувався, як правило, в аспекті порівняльного аналізу з непереборним випадком або непереборною силою у працях радянських учених М. М. Агаркова, О. С. Іоффе, Г. К. Матвєєва, П. Г. Семенова, О. О. Красавчикова, Є. О. Павлодського, К. А. Флейшиць, В. О. Тархова В. А. Ойгензихта та ін., а також сучасних цивілістів Є. О. Харитонова, О. Г. Братель, О. В. Церковної, А. Л. Ткачука та ін. Однак серед науковців немає однозначного підходу до визначення ознак і поняття простого випадку, що зумовлено відсутністю його законодавчого визначення та зверненням основної уваги на непереборний випадок. Цим пояснюється актуальність дослідження простого випадку в деліктних зобов'язаннях, що є метою нашої статті.

У Стародавньому Римі поняття «випадок» («*casus*») застосовувалося у широкому та вузькому розумінні. У широкому розумінні воно охоплювало усі випадки завдання шкоди за відсутності вини боржника. Про «випадок» йшлося тоді, коли у завданні шкоди не можна було звинуватити боржника, а також третіх осіб. Випадкова шкода розглядалася так, ніби вона походить від самого потерпілого, тому за її завдання ніхто не відповідав.

Ульпіан зазначав, що за псування або смерть тварини, що сталися без наявності вини будь-кого, за втечу рабів, яких, як правило, не охороняли, за грабіж, бунт, пожежі, повені, напад розбійників ніхто не ніс відповідальності (Д.50.17.23) [1, с. 529], якщо кілька осіб грали в м'яча і один із них штовхнув раба, який намагався схопити м'яча, внаслідок чого раб зламав собі ногу, то господар раба не має права на позов до особи, яка штовхнула раба, оскільки це сталося, мабуть, випадково, а не з чиєїсь вини (Д.9.2.52.4) [2, с. 435]. Тобто під випадком римські юристи розуміли відсутність вини боржника у завданні шкоди. Ю. Барон таку «відсутність вини боржника» називав «поза волею боржника та третіх осіб» [3, с. 83]

У вузькому розумінні поняття «випадок» застосовувалося для позначення одного із видів випадкового завдання шкоди – простого випадку. Римські юристи розрізняли простий випадок (*casus*) і непереборний випадок (*casus major*). Так, простим випадком (Ю. Барон називав його звичайним [3, с. 83]) вважали подію, що зумовила завдання шкоди боржником, за відсутності його вини, за умови, що він міг попередити (перебороти) її завдання за інших обставин, яка звільняє боржника від обов'язку її відшкодувати.

До простого (звичайного) випадку, на думку Ю. Барона, слід віднести шкоду, завдану: 1) звичайними явищами природи (спекою, морозом, вітром, снігом, пилом); 2) тваринами (наприклад, мишами); 3) неосудними людьми [3, с. 83].

Однак науковець за такого групування різновидів простого випадку врахував лише одну його ознаку – відсутність вини заподіювача, залишаючи поза увагою інші, не менш важливі, ознаки. Так, дійсно, в джерелах з римського права містяться правила про те, що шкода, завдана тваринами, є шкодою, завданою без протиправних дій, оскільки тварина позбавлена розуму (Д.9.1.2) [2, с. 387]; якщо шкоди завдав божевільний, то не може йтися про його вину, бо він не розумів значення своїх дій (Д.9.2.5.2) [2, с. 393]. При завданні шкоди такими особами не може йтися про їх вину, але римські юристи таку шкоду не залишали без відшкодування. Якщо шкоду завдала тварина, обов'язок відшкодування шкоди покладався на її володільця (на момент подання позову) (Д.9.1.1.12) [2, с. 389]. Єдиним винятком із вказаного правила були ви-

падки, коли шкоду завдано дикими звірами. Потерпілому надавалося право задовольнити свій майновий інтерес за рахунок заволодіння звіром (Д.9.1.1.10) [2, с. 389]. Якщо шкоди завдав божевільний, потерпілий мав право подати кондикційний позов до призначеного над ним піклувальника, оскільки, як зазначав Помпоній, за *furtum* зобов'язаними можуть бути божевільні та малолітні, якщо вони є необхідними спадкоємцями, хоча до них не можна подати позов (Д.13.1.2) [4, с. 145]. Прикладами простого випадку можуть бути обставини, що зумовлюють завдання шкоди, віднесені Ю. Бароном до першої групи.

Деякі науковці відносили до *casus* «суб'єктивну неможливість» виконання зобов'язання, якщо зобов'язання не можна було виконати внаслідок відомих юридичних подій: наприклад, експропріації, судового рішення, заборони вивезення тощо. Як зазначав Ю. Барон, у таких випадках *casus* відсутній, тому для застосування правил про випадок (зокрема, юридичний випадок) немає підстав. Йдеться про відсутність вини з боку боржника, тому він звільняється від відповідальності [3, с. 85].

Непереборний випадок, відомий як непереборна сила (*vis major*), римські юристи, як правило, визначають шляхом заміни порядку слів у понятті, як випадок непереборний, за яким завдання шкоди не можна попередити – *casus cui resisti non potest* [5, с. 353]. Наголос робиться на неможливості перебороти його настання, а, відповідно, й завдання шкоди. Такий поодинокий підхід до поняття непереборної сили зумовлений тим, що римляни розкривають його через різновиди. Наприклад, у своїй сентенції Гай писав, що домовладика не відповідає лише за ті випадкові події, яким не міг протистояти, як такі: смерть рабів, що сталася без його умислу і вини, напад розбійників або ворогів, переслідування з боку піратів, аварія корабля, пожежа, втеча рабів, яких не охороняли (Д.13.6.18) [4, с. 199].

Ю. Барон об'єднав різновиди непереборної сили, що згадуються в джерелах, у окремі групи: 1) непереборні прояви стихійних сил природи (пожежа, крім випадків, коли причиною є чужа вина, повінь, буревій, градобій, землетрус, світова язва тощо); 2) тління і смертність усього живого, зокрема смерть і хвороба рабів і тварин; 3) людські насильственні дії, якщо їх не можна перебороти (наприклад, напад розбійників, піратів, ворога) [3, с. 83–84]. Таке групування видів непереборної сили є вдалим порівняно з простим випадком, оскільки воно не лише відображає реальний зміст римських джерел, а й містить основні ознаки непереборної сили.

За випадок (простий і непереборний) боржник відповідав за наявності спеціальної домовленості про це (наприклад, договір страхування майна від вогню, градобою, хвороби тварин, тощо). За простий випадок відповідальність наставала у разі суб'єктивної (технічної) *custodia*. В інших сферах застосовувалося правило *casus a nullo praestantur*, тобто випадок є підставою для зменшення або припинення зобов'язання, якщо загинув увесь предмет боргу.

За римською традицією радянська і сучасна цивільно-правова доктрина і законодавство виділили окремими правовими категоріями простий випадок (казус) і непереборний випадок (непереборну силу). Відносно сутності простого і непереборного випадку радянська доктрина вирізнялася різноманітними теоріями та дискусіями серед науковців щодо їх ознак і відмінностей між ними. При цьому міркування науковців з цього питання істотно змінювалися протягом тривалого часу дії радянського законодавства та радянського права.

Завдання шкоди без вини в цивільно-правовій доктрині визнається простим випадком (казусом). Як зазначали І. Б. Новицький та Л. А. Лунц, «випадок» (казус) і відсутність вини – дві сторони одного і того самого явища, там, де закінчується вина, починається випадок [5, с. 356]. Для того щоб довести наявність випадку, особа має довести відсутність своєї вини. Простий випадок (казус) завжди протиставлявся вині як її антипод [6, с. 120]. Подібну позицію щодо зв'язку випадкових обставин із суб'єктивним відношенням до них завдавача займали М. М. Агарков [7, с. 116], О. С. Іоффе [8, с. 469–470], П. С. Дагель [9, с. 82], Г. К. Матвєєв [6, с. 94] та інші науковці. Такими є підходи науковців і сьогодні (Є. О. Харитонова, О. Г. Братель, О. В. Церковної, А. Л. Ткачука та ін.) [10 – 13].

У деліктних зобов'язаннях випадок, як заперечення вини, звільняє від відповідальності також за цивільним законодавством Російської Федерації (ч. 2 ст. 1064 ЦК), Узбекистану (ст. 986 ЦК), Таджикистану (ч. 2 ст. 1079 ЦК), Казахстану (ч. 2 ст. 917 ЦК), Азербайджану (ст. 1097 ЦК).

Однозначно, віднісши простий випадок (казус) до підстави звільнення від цивільно-правової відповідальності, серед науковців велася дискусія щодо наділення його двома ознаками: 1) передбаченням настання випадку; 2) усвідомленням особою настання випадку і його наслідків.

У радянській доктрині є дві теорії щодо вирішення поставленого питання: суб'єктивна та об'єктивна. Таке ставлення доктрини зумовлено тим, що під «суб'єктивним» розуміли все, що пов'язане з даним суб'єктом, знаходиться в його сфері, а під «об'єктивним» – все те, що виходить за сферу даного суб'єкта та належить до будь-якого іншого суб'єкта. Ми доводили доцільність розмежування «суб'єктивного» і «об'єктивного» за критерієм волі суб'єкта: «суб'єктивне» залежить від волі суб'єкта, а «об'єктивне» не залежить від його волі. Таку концепцію відстоював радянський цивіліст В. А. Ойгензихт [14, с. 63–64].

Прихильники суб'єктивної теорії розуміння простого випадку (казусу) (М. М. Агарков [7, с. 116], П. С. Дагель [9, с. 82], Г. К. Матвєєв [6, с. 94], В. А. Ойгензихт [14, с. 68] та ін.) наділяли його трьома ознаками: 1) передбаченням суб'єктом його настання; 2) усвідомленням суб'єктом настання випадку і його наслідків; 3) невідворотністю настання випадку і його наслідків. Якщо суб'єкт передбачає і усвідомлює настання випадку і його наслідків, але не може це відвернути, має місце простий випадок (казус).

Зокрема, В. А. Ойгензихт визначав поняття суб'єктивного випадку як поняття, протилежне вині, як психічне відношення суб'єкта до своїх дій (бездіяльності) та їх наслідку, що виражається в неусвідомленні та неможливості усвідомлення протиправності таких дій (бездіяльності), або в непередбаченні та неможливості передбачення їх протиправних наслідків [14, с. 67]. Саме через розуміння випадку як психічного ставлення суб'єкта до своїх дій і їх наслідків, на думку В. А. Ойгензихта, пояснює висновок про те, що відсутність вини ідентична суб'єктивному випадку [14, с. 68]. Він визнає простий випадок таким, що спричинений волею суб'єкта (суб'єктивний характер), а також непередбаченим і неусвідомленим фактом з боку суб'єкта

щодо протиправності його дій і їх наслідків (об'єктивний характер).

Позиція В. А. Ойгензихта знайшла прихильників і сьогодні. До ознак випадку О. Г. Братель відніс: 1) сукупність внутрішнього (суб'єктивний випадок) та зовнішнього (обставини непереборної сили) змісту; 2) суб'єктивний чинник (правовий випадок) – психічне ставлення особи до власних дій, за якого вона не знала (не повинна була знати), не могла передбачити та не усвідомлювала можливості настання негативних наслідків; 3) непереборність (об'єктивний чинник) – обставина (факт), яку особа не могла запобігти належною мірою власної дбайливості [11, с. 9].

Прихильник протилежної теорії І. С. Самощенко також вбачала деякі суб'єктивні моменти при визначенні простого випадку: усвідомлену і вольову поведінку, інакше це прості рухи тіла [16, с. 148]. Випадкову поведінку суб'єкта вона визнавала усвідомленою, оскільки залежала від його волі.

Визнаючи суб'єктивний характер простого випадку, В. А. Ойгензихт, водночас, мав певні міркування щодо можливості передбачення і усвідомлення. На його думку, при казусі суб'єкт навіть міг передбачати результат, але не усвідомлював його (не знав, не розумів), не міг і не повинен був усвідомлювати те, що вчиняє протиправну дію [14, с. 66]. При цьому науковець наголошував, що момент випадкового непередбачення і неусвідомлення пов'язаний за суб'єктивного випадку лише з діями (бездіяльністю) суб'єкта [14, с. 66]. Суб'єктивний випадок є одним із аспектів психічного процесу, що відбувається у свідомості суб'єкта і пов'язаний із його вольовими діями (бездіяльністю) та їх наслідками, спричиненими неправильною уявою про них, коли особа, за обставинами справи, не могла уявити собі цього інакше [14, с. 67]. До причин настання простого випадку належить вольовий факт – помилка [14, с. 67]. Тому ним різнилися дві обставини: непередбачення і неусвідомлення протиправності своєї поведінки та її наслідків, а також непередбачення і неусвідомлення настання випадкової події і її наслідків. На його думку, ці поняття не слід змішувати. При казусі особа буде звільнена від обов'язку відшкодувати шкоду лише тоді, коли вона *не передбачала* і *не усвідомлювала протиправності своєї поведінки* та її наслідків, а також *не усвідомлювала настання випадкової події,* хоча *могла її передбачати.* Така позиція науковця зумовила виникнення питання: в яких ситуаціях особа може передбачати настання випадку, але не усвідомлювати його настання і наслідки? Якщо людина, непритомнюючи, падає і завдає шкоду іншій особі, то, звичайно, вона не могла це усвідомлювати, але хіба могла це передбачити? Навіть приймаючи ліки із застереженням в інструкції щодо здійснення окремих дій, хіба вона могла передбачити, що саме в цей момент знепритомніє і, як наслідок, буде завдано шкоди? Звичайно ні (хоча можна було б наполягати, що вона повинна була б передбачити). Тому віднесення до ознак випадку наявності в особи передбачення його настання – спірне питання.

Прихильники *об'єктивної теорії* вважали, що випадок завжди непередбачуваний і, відповідно, неусвідомлений особою, тому вони його вважали об'єктивним випадком як і непереборну силу. Як зазначав В. О. Тархов, випадок знаходиться за межами передбачення та обов`язку передбачення заподіювача [17, с. 30]. Подібну позицію займав А. А. Піонтковський, який дійшов висновку, що випадок характеризується не психічним ставленням особи до наслідків у певній особливій формі, а, навпаки, відсутністю психічного ставлення [18, с. 394].

І. Б. Новицький і Л. А. Лунц визначають як «випадок» будь-яку обставину (факт), що зумовила таку неможливість виконання, яку боржник не міг передбачити, належними заходами своєї турботи [5, с. 356]. Відповідно, довести відсутність вини означає встановити низку позитивних фактів, з яких випливало б, що боржником прийнято всі ті заходи турботливості, які від нього вимагалися за даних конкретних умов [5, с. 356].

Ми поділяємо позицію прихильників об'єктивної теорії щодо розуміння простого випадку (казусу) як непередбачуваного і неусвідомленого для суб'єкта. Випадок не може бути передбачуваним. Якщо особа передбачає його настання, то вона, відповідно, передбачає також створення загрози завдання шкоди. Згідно з законом на особу покладається обов'язок усунути таку загрозу, інакше, у разі завдання шкоди, виникає делікт. Така особа буде відповідати за завдану шкоду на засадах вини, що полягає в передбаченні протиправності випадкового діяння і його шкідливих наслідків, як наслідку неусунення загрози. Тому слід погодитися із думкою О. С. Іоффе: випадок не відвертається лише тому, що суб'єкт не знав і не міг знати про можливість його настання [8, с. 469–470]. *Для випадку основним є непередбачуваність його настання.*

Простий випадок не може бути й усвідомленим. Усвідомлення настання випадку і його наслідків означає, що особа розуміє протиправний характер випадкової дії або бездіяльності, а також реальність завдання шкоди, але не припиняє такого діяння. Якщо особа усвідомлює і все-таки вчиняє протиправну дію або бездіяльність, то наявна її вина. Навіть неможливість надалі відвернути завдання шкоди не може розглядатися як підстава звільнення від обов'язку її відшкодувати.

Простий випадок, на нашу думку, увійшов до цивілістичної доктрини як «суб'єктивний» не лише тому, що його пов'язують (прихильники суб'єктивної теорії) із усвідомленням і передбаченням суб'єктом його настання та шкідливих наслідків. Розкривати сутність простого випадку слід через ознаку *«невідворотності»*, тобто неможливість відвернути подію для конкретного суб'єкта, а не для всіх суб'єктів взагалі. Відповідно, те, що для одного суб'єкта може бути відворотним, для іншого – не відворотним. Якщо особа не може відвернути настання події належними заходами своєї турботи (відсутня вина), має місце випадкове завдання шкоди, що звільняє її від обов'язку відшкодування. Водночас наявність в особи такої можливості, але її невикористання, означає наявність вини особи, тому виникають деліктні зобов'язання. У зв'язку з цим простий випадок (казус) розглядається як суб'єктивний випадок і протиставляється вині як її антипод. Як зазначав Я. М. Магазинер, випадок є оцінкою дій людини, що визначається тим, настільки суб'єктивно правильно діяла особа, яка потрапила до шкідливого ланцюга подій [19, с. 364].

Таким чином, *простий випадок (казус) у деліктному праві* – це обставина, об'єктивно відворотна, що не може бути відвернута лише завдавачем шкоди, яка звільняє його від відповідальності за умови, що останній не передбачав і не усвідомлював її настання.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Дигесты Юстиниана* / [пер. с лат.] ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2005. – Т. VII. Полутом 2. – 564 с.
2. *Дигесты Юстиниана* / [пер. с лат.] ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2002. – Т. II. – 622 с.
3. *Барон Ю.* Система римского гражданского права / Ю. Барон. – С.-Петербург, 1910. – Книга IV. Обязательственное право. – 272 с.
4. *Дигесты Юстиниана* / [пер. с лат.] ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2003. – Т. III. – 780 с.
5. *Новицкий И. Б.* Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. – М. : Юриздат, 1950. – 416 с.
6. *Матвеев Г. К.* Вина в советском гражданском праве / Г. К. Матвеев. – К. : Вища школа, 1955. – 308 с.
7. *Агарков М. М.* К вопросу о договорной ответственности / М. М. Агарков // Вопросы советского гражданского права. – М. : Изд–во АН СССР, 1945. – С. 98 – 117.
8. *Иоффе О. С.* Избранные труды : [в 4-х т.] / О. С. Иоффе. – СПб. : Изд–во Юрид. центр Пресс, 2003. – Т. I. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. – 574 с.
9. *Дагель П. С.* Проблемы вины в советском уголовном праве / П. С. Дагель // Ученые записки Дальневосточного госуниверститета. –Вып. 21, Ч. 1. – Владивосток, 1968. – С. 74 – 86.
10. *Харитонов Є. О.* Цивільне право України : [підручн.] / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. – К. : Істина, 2003. – 776 с.
11. *Братель О. Г.* Цивільно-правові наслідки надзвичайних ситуацій : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. Г. Братель. – Х., 2003. – 22 с.
12. *Церковна О. В.* Підстави звільнення від цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. В. Церковна. – Одеса, 2008. – 22 с.
13. *Ткачук А. Л.* Значення вини у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А. Л. Ткачук. – К., 2002. – 17 с.
14. *Ойгензихт В. А.* Проблемы риска в гражданском праве / В. А. Ойгензихт. – Душанбе : Ирфон, 1972. – 224 с.
15. *Иоффе О. С.* О некоторых теоретических вопросах науки гражданского права / О. С. Иоффе // Вестник ЛГУ. – 1948. – № 3. – С. 84 – 97.
16. *Самощенко И. С.* Понятие правонарушения по советскому законодательству / И. С. Самощенко. – М. : Юрид. лит., 1963. – 286 с.
17. *Тархов В. А.* Ответственность по советскому гражданскому праву / В. А. Тархов. – Саратов : Изд–во Саратов. ун–та, 1973. – 456 с.
18. *Пионтковский А. А.* Учение о преступлении по советскому уголовному праву / А. А. Пионтковский. – М. : Госюриздат, 1961. – 666 с.
19. *Магазинер Я. М.* Советское хозяйственное право / Я. М. Магазинер. – Л., 1928. – 489 с.

The comparative analysis of a simple case as the bases of clearing from delict responsibility in the Roman private law, the legislation of Ukraine and the European countries is carried out. The conclusion is drawn on influence of ideas and positions of the Roman private law on category formation «a simple case» in delict obligations in Ukraine and the European countries.

В статье проводится сравнительный анализ простого случая как основания освобождения от деликтной ответственности по римскому частному праву и законодательству Украины и европейских стран. Делается вывод о влиянии идей и положений римского частного права на формирование категории «простой случай» в деликтных обязательствах в Украине и европейских странах.

ЗАГАЛЬНИЙ (ПУБЛІЧНИЙ) ІНТЕРЕС ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ВІДПОВІДНО ДО СТАТТІ 1 ПЕРШОГО ПРОТОКОЛУ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ІЗ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВНИХ СВОБОД

Ліщина І. Ю.,

здобувач відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті вивчаються три основні групи підходів до проблеми публічного інтересу: теорії сукупності, загального інтересу та унітарні концепції. Також розглядаються загальні для Європейської конвенції із захисту прав людини підходи до обмеження повноважень держави втручатись в права людини досягненням спеціальних, передбачених у відповідній статті Конвенції, інтересів.

Ключові слова: публічний інтерес, Європейська конвенція з захисту прав людини та основних свобод, право власності.

1. Загальні засади принципу захисту публічного інтересу.

Суверенна влада держави не надає їй права безпідставно позбавляти приватних осіб майна. Ще Гуго Гроцій писав: «ми тільки звернемо увагу на те, що деякі цивільні закони є очевидно несправедливими, як закон, за яким всі товари з корабля, що зазнав аварії, підлягають конфіскації… Бо відібрання майна у будь-кого без достатньої попередньої причини є очевидною несправедливістю» [1, с. 203]. Гроцій вважав, що держава (король) може відібрати майно «тільки з міркувань публічного інтересу» [1, с. 802].

Для обґрунтування державного втручання у володіння приватним майном національне право більшості європейських держав передбачає існування «публічного інтересу». Так, відповідно до ст. 15 Закону України «Про відчу-

ження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у власності фізичних або юридичних осіб, у державну чи комунальну власність лише **як виняток з мотивів суспільної необхідності**. Ціль даної вимоги полягає у захисті особи від свавільної конфіскації її майна.

Існує велика кількість теорій, що пояснюють концепцію «публічного інтересу», який надає можливість державі втручатись у майнові права приватних осіб. В кінці 60-х років минулого століття Вірджинія Хелд запропонувала класифікацію теорій «публічного інтересу», яка згодом стала класичною: 1) теорії сукупності; 2) «публічний інтерес» як «загальний інтерес»; 3) унітарні концепції [2, с. 25].

Теорії переважної більшості полягають у тому, що якщо термін «публічний інтерес» взагалі має бодай якийсь зміст, то цей зміст не може суперечити сукупності інтересів або сумі індивідуальних інтересів, хоча ця сукупність може формуватись або враховуватись багатьма способами [2, с. 48]. Ця теорія заснована на філософії Гоббса, який вказував на силу більшості, Х'юма, який досліджував соціологічні аспекти думки більшості, та Бентама, який виробив теорію верховенства суми індивідуальних інтересів [3, с. 163].

Антоні Доунс, один з найвидатніших прибічників цієї теорії, виклав її так: «концепція публічного інтересу тісно пов'язана із загальним консенсусом, який є необхідним для існування демократичного суспільства. Він полягає у мовчазній угоді більшості населення щодо двох ключових моментів: загальні правила поведінки і система вироблення рішень в суспільстві та загальні принципи щодо найважливіших елементів соціальної політики держави» [4, с. 5]. Дещо по-іншому цю ідею сформулював Раймонд Маркс: він наполягав на тому, що публічний інтерес засновується не стільки на консенсусі, скільки на балансі інтересів різних верств населення або «політиці, яка випливає зі всієї маси інтересів суспільства – можливо що кожен з них є приватним інтересом – які збалансовані для загального добробуту суспільства» [5, с. 51].

Практичним прикладом реалізації цього підходу є втілення політичною силою, що виграла вибори, економічної політики, яку підтримують виборці такої політичної сили. Недоліком цього підходу є те, що публічний інтерес фактично ототожнюється із інтересом більшості населення, який не завжди збігається із інтересом «всіх». Так, реалізація болючих, але необхідних для розвитку суспільства економічних реформ, суперечитиме цій теорії. Також інтереси меншості населення можуть тією чи іншою мірою нехтуватись більшістю під гаслами такої теорії.

Друга група теорій зосереджується на тих інтересах, які всі члени громади поділяють, тобто «загальні інтереси». Публічний інтерес – це загальний інтерес, так вважають прихильники цієї теорії. Тільки те, що призводить до задоволення бажань усіх членів суспільства, становитиме публічний інтерес [6, с. 120]. Засновується ця теорія на ідеях Руссо, який відстоював загальний добробут та загальну волю [3, с. 164].

Сучасні прихильники цієї теорії визначають «загальний інтерес» через контраст зі спеціальним або груповим інтересом: «рішення слугує спеціальному інтересу, якщо воно спрямоване на досягнення цілей якоїсь окремої частини суспільства за рахунок цілей більш широкої громадськості. Воно слугує публічному інтересу, якщо спрямоване на цілі всього суспільства, а не її окремої частини» [7, с. 26]. Цікавий приклад наводить Белл: медичні працівники мають спеціальний інтерес у відкритті нового шпиталю, бо це створить більше робочих місць для них. Однак це не «публічний інтерес», бо це не інтерес всієї громади. З іншого боку, ті самі медичні працівники, як представники місцевої громади, зацікавлені у поліпшенні медичного обслуговування у місці проживання. Це – публічний інтерес. Тобто відкриття нової лікарні відповідатиме публічному інтересу, якщо воно буде спрямоване на поліпшення медичного захисту громади, а не на збільшення робочих місць медичних працівників. З іншого боку, громада, яка не потребує поліпшення медичного обслуговування, може вважати, що збереження або збільшення кількості медичних робітників є необхідним для тих чи інших цілей. У такому разі відкриття лікарні для надання лікарям робочих місць стає публічним інтересом [8, с. 23].

Зазначена теорія, з одного боку, визнає існування групових інтересів, які можуть не збігатися із загальним, але, з іншого – вона не вказує на шляхи розв'язання таких суперечностей. Також може виникнути суперечність і між самими публічними інтересами, наприклад, між інтересом у збереженні довкілля в окремій місцевості та в економічному розвитку відповідної території. Крім того, з практичної точки зору встановлення інтересу, який би поділяли всі без винятку представники бодай невеличкої громади, здається досить непростим завданням.

Третя група теорій відображає «унітарне» бачення публічного інтересу та надає моральний вимір цьому терміну. Вірджинія Хельд так описує цей підхід: «індивідуальні інтереси не можуть конфліктувати один з одним. Тільки універсальний моральний порядок може зробити їх дійсними або надати обґрунтування, та той самий універсальний порядок, якщо він вважає ту чи іншу дію або стан морально правильним або добрим, не може одночасно вважати таку дію або стан неправильним або злим» [2, с. 104]. Іншими словами, суспільство існує на моральних засадах, при цьому питання про те, чи відповідає та чи інша дія публічному інтересу оцінюється з точки зору її відповідності таким моральним засадам. Такий підхід начебто знімає питання конфлікту між індивідуальним та публічним інтересом. Однак виникає низка питань, наприклад, які саме моральні принципи вважати загальними, та те, хто саме встановлюватиме моральність або аморальність дій. Пані Хельд відповідає на останнє запитання так: «політика може вважатись системою, яка надає чинності вимогам публічного інтересу… Тільки політична система становить ефективну систему прийняття рішень, яка асоціюється із словом «публічний» для визначення того, чи є вимога публічним інтересом» [2, с. 109], тобто моральність публічного інтересу оцінюється в рамках політичної системи.

Хоча само по собі це не є негативним, але ідеалістичні спроби ввести моральні імперативи в політико-правову систему можуть призвести до того, що публічний інтерес перетвориться на «напрям дій, які є найкращими для суспільства в цілому з точки зору якихось абсолютних цінностей, незалежно від того, чи підтримують члени громади такий напрям дій» [4, с. 5]. Такий підхід має свої коріння у

філософії Платона та часто призводить до пошуку «мудрих лідерів» або «правителів-філософів», які встановлюватимуть загальні цінності та спрямовуватимуть суспільство на їх досягнення [9, с. 27]. Очевидно, такий підхід не відповідатиме демократичним традиціям і навряд чи може бути застосований для міжнародного захисту прав людини.

МакХард пропонує більш практичну та менш суперечливу унітарну теорію публічного інтересу. Він пропонує розглядати кожне право людини окремо та визначати кінцеву мету, задля досягнення якої це право встановлене, природу захисту, який надається людині таким правом. Якщо у конкретному випадку втручання з боку держави впливає на саму сутність права, роблячи таке право безглуздим, то право має підтримуватись навіть тоді, коли це впливатиме на досягнення будь-яких колективних цілей [10, с. 681].

З одного боку, такий підхід надає значно більшого значення судовій оцінці обставин справи: суддя не просто застосовує поняття «загальний інтерес», а оцінює, наскільки дії по його досягненню впливають на права конкретної особи. З іншого боку, залишається невизначеність щодо поняття «сутність права». Також судді фактично обмежені в оцінці сутності права, а також не можуть розглянути обґрунтованість заходів, що не впливають на сутність права.

2. Закріплення загального (публічного) інтересу в Конвенції.

Якщо звернутись до Європейської конвенції з захисту прав людини та основних свобод (далі – Конвенція), то необхідно зазначити, що статті 8-11 Конвенції містять конкретний перелік «законних підстав», за якими держава може обмежувати ті чи інші права. Серед таких підстав є як «публічні інтереси» (наприклад, національна та громадська безпека, економічний добробут країни, запобігання заворушенням чи злочинам), приватні інтереси (наприклад, захист прав і свобод інших осіб) та такі, які можуть залежно від обставин відноситись до перших або других (наприклад, захист здоров'я чи моралі) [11, с. 258 – 259].

Слід зазначити, що більшість науковців погоджується з тим, що як визначення «законних підстав» Конвенцією, так і практика Європейського суду з прав людини (далі – Суд) щодо їхнього застосування є досить розмитою та не спирається на серйозне наукове підґрунтя [12, с. 713; 13, с. 30; 14, с. 221]. Це стало результатом обережного підходу Суду до цієї проблеми: як правило, Суд надає широку сферу дискреції державі у питаннях визначення інтересів, задля захисту яких необхідно встановити ті чи інші обмеження прав, передбачених Конвенцією.

Одним з найбільш характерних прикладів такого підходу є справа Hatton and Others v. the United Kingdom, яка стосувалась скарги за ст. 8 Конвенції (права на повагу до особистого життя) заявників, які проживали неподалік від лондонського аеропорту Хітроу. Заявники скаржились на те, що вони втратили нічний сон у зв'язку із збільшенням нічних рейсів до та з цього аеропорту. Уряд держави зазначив, що такі рейси необхідні для «економічного добробуту» країни, бо їх зменшення може негативно вплинути на конкурентоспроможність Хітроу порівняно з іншими великими європейськими аеропортами. Заявники вказували на те, що жодного дослідження стосовно важливості саме нічних рейсів держава не проводила. Загальне економічне дослідження, проведене Оксфордською агенцією економічних прогнозів, на яке посилалась держава, прямо не вказувала на важливість саме нічних польотів. Більш того, заявники надали доповідь іншої консультаційної агенції, в якій результати цього дослідження ставились під сумнів. Суд не прийняв до уваги тверджень заявників про відсутність публічного інтересу в нічних рейсах. Він фактично прийняв на віру твердження уряду про важливий економічний ефект нічних польотів без детального розгляду подань заявників (*Hatton and others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 97, ECHR 2003-VIII).

3. Застосування принципу публічного інтересу у справах щодо права власності.

Щодо права власності, закріпленого в ст. 1 Першого протоколу Конвенції (далі – П1-1), то перше, на що треба звернути увагу, – це те, що у першому абзаці значиться, що забороняється позбавляти особу майна «інакше як в публічних інтересах», а у другому – державі дозволено регулювати користування майном «відповідно до загальних інтересів».

У справі James and Others v. the United Kingdom заявники стверджували, що використання у одному й тому самому контексті різних фраз, відповідно до загальновизнаних принципів інтерпретації міжнародних договорів, вказує на намір авторів тексту виписати різні концепції для обґрунтування державного втручання. Заявники тлумачили текст П1-1 таким чином, що держава має ширші повноваження з регулювання користування майном, ніж з його відібрання. Суд не погодився із такою аргументацією, зазначивши, що навіть якщо й існує якась різниця між концепціями «публічного» та «загального» інтересу в П1-1, то з точки зору обставин справи, фундаментальних розбіжностей у цих термінах немає (*James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, § 43). Отже, у цій справі Суд фактично слідує теорії «загальних інтересів», яка викладена вище.

Другою важливою особливістю П1-1 є те, що обмеження права власності, на відміну від інших конвенційних прав, можуть встановлюватись тільки задля досягнення публічних інтересів. У справі James це також привернуло увагу заявників – власників орендованої нерухомості, яку, за новим законом, орендарі мали право в них викупити за цінами, нижчими за ринкові. Заявники вважали, що П1-1 надає можливість позбавляти приватних осіб їхньої власності тільки тоді, коли відповідне майно використовуватиметься суспільством для публічних цілей. Більш того, у французькому тексті застосовано термін «pour cause d'utilité publique» («для публічного (суспільного) користування») який є вужчим за англійську версію П1-1. Відібрання майна на користь інших приватних осіб, з їхньої точки зору, не може вважатись «публічним користуванням».

Суд відкинув цей аргумент на таких підставах: по-перше, термін «публічні інтереси» як в англійському, так і у французькому тексті П1-1 має автономний характер і не залежить від його тлумачення англійським або французьким судами. По-друге, Суд погодився із заявниками, що позбавлення майна приватної особи не відповідатиме положенням П1-1, якщо воно відбуватиметься виключно задля користі інших приватних осіб. Однак примусове передання майна від одних приватних осіб до інших у деяких обставинах може відповідати «публічним інтересам». Нарешті, Суд дійшов висновку, що фраза «в публічних інтересах» не означає, що майно може передаватись виключно в публічну власність. Відібрання майна

на користь приватних осіб в руслі державної політики, спрямованої на підтримання політики соціальної справедливості, може обґрунтовано вважатись як таке, яке спрямоване на захист «публічних інтересів».

Цей підхід дещо відрізняється від бачення цієї проблеми Верховним судом США, який у відомій справі Kelo v. City of New London також визнав, що передання власності від однієї приватної особи до іншої може вважатись «публічним використанням» майна в розумінні п'ятої Поправки до Конституції США, якщо такий захід спрямований на економічний розвиток місцевої громади (Susette Kelo, et al. v. City of New London, CT 545 U.S. (June 23, 2005)). Однак у подальшій практиці Європейського суду траплялися випадки, коли він визнавав примусове передання майна від однієї приватної особи до іншої задля економічного розвитку, таким, що відповідає приватним інтересам. Так, Суд визнавав, що необхідність регулювання економікою обґрунтовує політику, спрямовану на консолідацію сільськогосподарських земель (*Erkner and Hofauer v. Austria*, judgment of 23 April 1987, Series A no. 117, § 75; право примусового викупу мажоритарними учасниками господарських товариств часток міноритарієв (*Bramelid and Malmström v. Sweden* (nos. 8588/79 and 8589/79, Commission decision of 12 October 1982, Decisions and Reports (DR) 29) та прогарами примусового корегування боргів (*Bäck v. Finland*, no. 37598/97, § 59, 20 July 2004).

Третьою характерною рисою П1-1 є те, що ця стаття, на відміну від більшості інших статей Конвенції, не містить вичерпного переліку публічних інтересів, задля досягнення яких держава може обмежувати право власності. Автори Першого протоколу навмисно не обмежили державну владу у цій сфері на підставі як практичних, так і філософських міркувань. З політичної точки зору автори тексту побоювались, що соціальна та економічна політика держави могла опинитись під контролем Суду. Така можливість значним чином ускладнила б ратифікацію Конвенції учасниками Ради Європи [15, с. 203]. Філософське підґрунтя такого обережного підходу до державної влади у сфері регулювання майнових інтересів полягало в функціональній теорії власності, яку поділяли багато з учасників розробки тексту П1-1. Відповідно до цієї теорії індивідуальне право власності обґрунтоване настільки, наскільки воно слугує загальному добробуту. Тому автори П1-1 лише намагались захистити приватних осіб від необґрунтованого позбавлення майна.

Таким чином, з одного боку, право власності не може бути обмеженим для досягнення будь-яких цілей крім публічних інтересів. З іншого – текст П1-1 та практика Суду надає державі широку свободу у встановленні того, що є публічним інтересом: у жодній справі держава не була змушена доводити, що оскаржуваний захід дійсно мав будь-який економічний ефект – як правило, досить того, що держава вважає, що втручання у право власності матиме позитивний економічний ефект [16, с. 79 – 80]. Це пояснюється міжнародним характером положень Конвенції, які не мають цілі створити єдиний режим регулювання власності в державах-учасницях та не вимагають від держав проводити однакову соціально-економічну політику [16, с. 80].

Як зазначає Суд, термін «публічний інтерес» є необхідно широким. Зокрема, рішення щодо ухвалення законів про експропріацію майна включатиме, як правило, розгляд політичних, економічних та соціальних питань. Суд, вважаючи це природним, що сфера дискреції, яку має законодавець при реалізації соціальної та економічної політики, має бути широкою, поважатиме рішення законодавця щодо того, що є «в публічних інтересах», якщо таке рішення не буде очевидно необґрунтованим» (*Draon v. France* [GC], no. 1513/03, § 76, 6 October 2005). Крім того, «широка сфера дискреції надається державі Конвенцією, коли питання стосуються загальної економічної та соціальної стратегії. Завдяки їхньому безпосередньому розумінню свого суспільства та його потреб національні органи у кращому становищі, ніж міжнародний суддя для встановлення, що становить публічний інтерес в соціальних та економічних питаннях та Суд загалом поважатиме політичний вибір законодавця» (*Carson and Others v. the United Kingdom*, no. 42184/05, § 61, 4 November 2008).

При цьому зазначене не означає, що Суд відмовляється взагалі розглядати аргументи заявників щодо невідповідності державного втручання у їхнє право власності принципу захисту публічного інтересу у тій чи іншій справі. Однак на сьогодні Суд визнавав порушення П1-1 на цій підставі тільки у найбільш очевидних випадках. Так, у справі *Zwierzyński v. Poland* Суд дійшов висновку, що довгострокове зайняття поліцейським відділком квартири заявника без будь-яких юридичних підстав та всупереч судовим рішенням не переслідувало будь-яких загальних інтересів та, відповідно, порушувало П1-1 (Zwierzyński v. Poland, no. 34049/96, § 63, ECHR 2001-VI).

4. Висновки.

Вищенаведене надає змогу зробити такі висновки. В правовій доктрині щодо публічного інтересу існують три групи підходів: теорії сукупності, що фактично ототожнюють публічний інтерес з інтересами більшості; теорії загального інтересу, які під публічними розуміють інтереси, що поділяють всіх учасників суспільства та унітарні концепції, які намагаються виділити публічні інтереси через моральні імперативи, що панують у відповідному суспільстві.

Конвенція передбачає, що державне втручання у права особи може відбуватись тільки за умови, що відповідний захід прийнятий в інтересах, які прямо передбачені у відповідній статті Конвенції. Серед таких інтересів більшість становлять саме публічні інтереси. При цьому практика Суду щодо застосування зазначеного принципу характеризується наданням державі широкої дискреції при визначенні того, що відповідатиме публічним інтересам.

П1-1 характерна тим, що не містить переліку інтересів, переслідуючи які держава може обмежувати право власності. При цьому П1-1 встановлює, що таке обмеження може бути тільки у публічному або загальному інтересі. Це, однак, не забороняє державі передавати в примусовому порядку майно одних приватних осіб у власність інших, якщо це робиться в рамках конкретної соціально-економічної програми. Надаючи державам широкі повноваження з визначення загальних або публічних інтересів, Суд все-таки залишає за собою право на визнання порушення П1-1 у випадках очевидно необґрунтованих дій державних органів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гроций Г.* О праве войны и мира : репринт. с изд. 1956 г. – М.: Ладомир, 1994. – 868 с.

2. *Held V. P.* The public interest and individual interests. Basic. Books Inc. Publishers; New York and London, 1970. – 248 p.

3. *McQuail D.* McQuail's Reader in Mass Communication Theory. L., Sage Publications Ltd, 2002. – 482 p.

4. *Downs A.* The Public Interest: Its Meaning in Democracy. Social Research. – 1962. – 29 Spring. – P. 1–36.

5. *Marks F. R., Leswing K., Fortinsky B. A.* The lawyer, the public and professional responsibility. – Chicago: American Bar Foundation, 1972. – 305 p.

6. *Barry B.* The Public Interest, in A. Quinton (ed.) Political Philosophy. – Oxford Univ. Pr., Oxford 1967. – 208 p. – P. 112 – 126.

7. *Meyerson M., Banfield E. C.* The Public Interest, in T. Scott Miyakawa (ed.) Science Public Policy. Routledge. – NY, 1999. – 560 p. – P. 26 – 32.

8. *Bell J.* Public Interest: Policy or Principle? in Brownsword, R. (ed.) Law and the Public Interest, Stuttgart, Franz Steiner, 1993. – 85 p.

9. *Weisbrod B. A.* Conceptual Perspective on the Public Interest: An Economic Analysis, in B.A. Weisbrod, J.F. Handler and N.K. Komesar (eds.) Public Interest Law: An Economic and Institutional Analysis, University of California Press, Berkley and Los Angeles, 1978 – P. 4 – 30 of 592 p.

10. *McHarg A.* Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. Modern Law Review, Volume 62: Issue 5 - September 1999. – P. 671 – 696.

11. *Greer S. C.* The European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects. Cambridge University Press, Cambridge, 2006. – 386 p.

12. *Simpson B.* Human Rights and the End of Empire (Britain and the Genesis of the European Convention). Oxford University Press, Oxford, 2004. – 1184 p.

13. *Jacobs F.* The «Limitation Clauses» of the European Convention on Human Rights, in A. de Mestrtal et al (eds.) Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law. Les Editions Yvon Blais, Cowansville (Québec), 1986. – P. 21 – 40 of 593 p.

14. *Hovius* B. The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter? 17 Ottawa Law Review, 1985. – P. 213 – 261.

15. *Travaux* Preparatoires, Vol. VI. Hague. Martinus Nijhoff. 1976. – 401 p.

16. *Malloy R. P.* Private Property, Community Development and Eminent Domain. Ashgate Publishing Company, Aldershot, Burlington, 2008. – 230 p.

The article explores three main groups of doctrines regarding public interest: the combination theory, the general interest theories and the unitary concept. The article further examines the general for the European Convention on Human Rights approaches towards the limitation of the power of the State to intervene into the human rights by the interests enumerated in the relevant Article of the Convention.

В статье изучаются три основных группы подходов к проблеме публичного интереса: теории совокупности, общего интереса и унитарные концепции. Также рассматриваются общие для Европейской конвенции по защите прав человека подходы к ограничению полномочий государства вмешиваться в права человека достижением специальных, предусмотренных в соответствующей статье Конвенции, интересов.

НАБУВАЛЬНА ДАВНІСТЬ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ СЕРВІТУТНИХ ПРАВ: ЗАСТОСУВАННЯ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ

Нагнибіда В. І.,

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

У статті на основі вітчизняного та зарубіжного досвіду аналізується набувальна давність у розрізі її застосування до встановлення прав користування чужим майном. Обґрунтовується нормативна спроможність норм Цивільного та Земельного кодексів України про набувальну давність до врегулювання відносин щодо виникнення сервітутів. Пропонується авторське бачення механізму застосування давності володіння як підстави виникнення сервітутних прав.

Ключові слова: набувальна давність, сервітут, підстава виникнення, право проживання.

Набувальна давність передбачена у чинному цивільному законодавстві як одна з підстав виникнення права власності (ст. 344 ЦК України). На цій підставі особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим – протягом п'яти років, набуває право власності на це майно. Як відомо, набуття права власності за набувальною давністю є новелою ЦК України 2003 року. Відповідно до п. 8 Прикінцевих та перехідних положень ЦК України правила про набувальну давність, передбачені ст. 344, поширюються також на випадки, коли володіння майном почалося за три роки до набрання чинності кодексом. Встановлені правила застосування набувальної давності протягом останнього року уже застосовуються на практиці в частині набуття права власності на нерухоме майно. Разом з тим останнім часом у низці досліджень отримують розвиток думки щодо поширення цього інституту на встановлення речових прав на чуже майно, зокрема сервітутних прав. Серед авторів, які частково торкались цього питання, слід назвати П. Кулініча [1; 2], В. Маковія [3], В. Мартина [4], І. Севрюкову [5; 6], В. Цюру [7] та інших авторів. Однак дослідження, яке б мало своїм предметом аналіз набувальної давності як підстави виникнення сервітутних прав, поки що немає. Тому в даній статті пропонується вивчити окреслене питання та з урахуванням досвіду зарубіжних країн сформулювати пропозиції до чинного законодавства в частині вдосконалення механізму встановлення сервітутних прав.

Більшість законодавств зарубіжних країн містять положення, за якими сервітутні права встановлюються на підставі договору та заповіту (ст. 637, 649, 686 ЦК Франції [8], ст. 531 ЦК Іспанії [9] тощо). Разом з тим в окремих країнах встановлення сервітутних прав здійснюється в порядку набувальної давності (ст. 690 ЦК Франції, ст. 453 ЦК Мол-

дови [10] тощо). Так, ст. 690 ЦК Франції передбачено, що безперервні та явні сервітути можна встановлювати на основі 30–річного строку набувальної давності. Такий підхід до встановлення сервітутів обумовлений, на нашу думку, тим фактом, що відповідно до французького законодавства сервітутні права віднесено до нерухомості, яку, відповідно, також можна набувати за набувальною давністю (§ 2262–2270[1] ЦК Франції). Так само окремі норми про набувальну давність передбачено і при виникненні права узуфрукту. Зокрема, коли особа добросовісно, відкрито здійснювала узуфрукт протягом 10, 20 або 30 років, незалежно від волі власника, вона набуває права узуфрукту.

Більш деталізовано механізм застосування норм про набувальну давність стосовно сервітутних прав у ЦК Нідерландів. Тут передбачено, що за набувальною давністю набуваються права на рухомі об'єкти, які не є зареєстрованим майном, і права, що здійснюються їх добросовісним володільцем в результаті безперервного володіння протягом трьох років. Права на всі інші види майна набуваються в результаті безперервного володіння протягом 10 років. При цьому якщо особа, стосовно якої встановлено сервітутне право, помирає до закінчення визначеного строку, то її спадкоємці, які успадковують майно в порядку універсального правонаступництва, продовжують строк набувальної давності. Як правило, йдеться про можливість встановлення постійних і явних сервітутів, а також прихованих та позитивних сервітутів (наприклад, ст. 431, 433 ЦК Молдови).

Наведені положення із законодавств зарубіжних країн свідчать про поширення застосування набувальної давності до встановлення сервітутних прав у сучасних правопорядках. Разом з тим аналіз підстав встановлення сервітутних прав за вітчизняним законодавством свідчить, що серед них такої підстави як набувальна давність немає. Однак у наукових працях окремих вчених знаходимо висновки про доцільність поширення набувальної давності до встановлення сервітутних прав. Так, В. П. Маковій обґрунтовує, що «давнісне володіння» може бути використане як щодо характеристики передумови виникнення права власності, так і щодо виникнення обмежених речових прав (сервітутів) на земельні ділянки [3, с. 9]. Таку саму думку висловлюють і окремі російські вчені, серед яких М. Бубнов [11], Н. Хайрулліна [12] та інші. Поряд з цим у працях названих авторі немає комплексного бачення і аргументів, які б підтверджували доцільність такого поширення.

Для того, щоб оцінити обґрунтованість таких пропозицій, на нашу думку, слід дослідити такі питання: встановити сутність набувальної давності як підстави виникнення права власності та її придатність для встановлення сервітутних прав загалом; у разі придатності набувальної давності до встановлення сервітутних прав визначити види таких прав, які можуть встановлюватися на основі набувальної давності; сформулювати механізм застосування набувальної давності до встановлення таких сервітутних прав.

Перш за все, слід зазначити, що відповідно до логіки побудови гл. 24 ЦК України набувальна давність є одним зі способів набуття права власності, який передбачає низку умов, за наявності яких майно може бути набуте у власність за давністю володіння. До таких умов ст. 344 ЦК України віднесено: факт володіння річчю протягом визначеного строку; добросовісність, відкритість та безперервність такого володіння.

У літературі набувальну давність як цивільно-правовий інститут розглядають у широкому та вузькому розумінні: в широкому – як фактичний стан володільця майна протягом певного періоду часу, забезпечений правовим захистом і який зумовлює за певних обставин виникнення права власності на річ; у вузькому – як складний фактичний склад, який зумовлює виникнення права власності у володільця майна.

Розкриваючи зміст набувальної давності, І. Б. Новицький зазначав, що у відомих історії системах права момент «давнісного походження» того чи іншого стану розглядається як підстава для закріплення (за певних умов) перетворення фактичного становища речей в юридичне [13, с. 137]. При цьому, як зазначає Н. В. Безсмертна, набувальна давність поширюється на випадки фактичного, безтитульного (незаконного) володіння чужим майном. Наявність у володільця певного юридичного титулу, наприклад орендаря, виключає застосування набувальної давності [14, с. 444]. Як бачимо, інститут набувальної давності є своєрідним інструментом, за допомогою якого майно, юридичне становище якого невизначене, «персоналізується» та окреслюється як самостійний, відособлений об'єкт цивільного обороту. Французький юрист Ж. де ла Морандьєр про це пише так: «зміст набувальної давності полягає у тому, щоб в інтересах цивільного обороту після спливу більш-менш тривалого строку стабілізувати фактично встановлені відносини» [15, с. 138]. Іншими словами, набувальна давність надає змогу подолати невизначеність фактичних відносин у ситуації «прогалини» між фактом та правом.

Слід відмітити, що набувальна давність як юридичний склад пов'язана зі строком, за наслідками перебігу якого закон передбачає виникнення у володільця права власності. Добросовісне, відкрите та безперервне володіння протягом визначеного строку, за загальним правилом, викликає правові наслідки безпосередньо, тобто володілець стає власником в силу самого факту володіння. Винятки становлять лише випадки набуття права власності за набувальною давністю на нерухоме майно, транспортні засоби та цінні папери, щодо яких у ч. 4 ст. 344 ЦК України додатково передбачено у юридичному складі рішення суду як одну з умов набуття права власності. Щодо названих видів майна судове рішення про визнання права власності матиме конститутивний, правовстановлювальний характер і буде елементом юридичного складу. Якщо йдеться про встановлення права власності щодо нерухомого майна, яке підлягає державній реєстрації, то таке право виникає з моменту реєстрації (абз. 3 ч. 1 ст. 344 ЦК України).

Таким чином, право власності за набувальною давністю на нерухоме майно виникає в силу юридичного складу, елементами якого є такі юридичні факти: факт добросовісного, відкритого, безперервного володіння нерухомою річчю протягом десяти років, а земельною ділянкою – п'ятнадцяти років (ст. 119 ЗК України [16]); рішення суду про визнання права власності за набувальною давністю, а щодо набуття права власності на земельні ділянки рішення органу державної влади, Ради Міністрів АР Крим або органу місцевого самоврядування з питань земельних ресурсів про передачу земельної ділянки у власність; державна реєстрація права власності на нерухомість. Вбачається, що подібний склад повинен супроводжувати набуття права власності на транспортні засоби та цінні папери, оскільки

факт і умови володіння повинні бути встановлені і перевірені, а реєстратори не мають засобів та повноважень для здійснення такої перевірки. Тому найбільш правильно було б звернутись до суду із заявою про визнання права власності на таке майно, а після цього до реєстратора за реєстрацією права власності. Щодо встановлення права власності на інші види майна, відмінного від нерухомості, транспортних засобів та цінних паперів, законом передбачено, що добросовісне, відкрите і безперервне володіння таким майном є правовстановлювальним юридичним фактом, який безпосередньо зумовлює виникнення права власності. Проведене дослідження набувальної давності як підстави виникнення права власності за цивільним законодавством України надає змогу відповісти на питання щодо можливості поширення цієї підстави на виникнення сервітутних прав.

Як було встановлено, набувальна давність є однією з підстав виникнення права власності. За своєю природою право власності, як право особи на річ (майно), має речово-правовий характер і охоплює володіння, користування та розпорядження такою річчю (майном). І набувальна давність якраз і є тією підставою, яка через фактичне володіння, сполучене із ставленням особи до речі як до своєї (*corpus* + *animus*), надає змогу отримати правовий титул у разі дотримання визначених законом умов. Така конструкція дає підстави встановлювати суб'єктивні цивільні права, засновані на володінні, тобто права з речовою природою. Сервітутні права, як відомо, якраз і є такими правами та надають їх володільцеві право обмеженого користування чужою річчю (майном). Вони встановлюються у випадках, коли задовольнити інтереси чи здійснити права щодо визначеного майна неможливо інакше, ніж через надання можливості сервітуарієві користуватися чужою річчю. З огляду на це здійснення сервітутного права безпосередньо пов'язане із володінням, адже користуватися чужою річчю, не володіючи нею, неможливо. А оскільки це так, то набуття права, заснованого на володінні, є можливим, в тому числі у спосіб, який передбачає володіння як підставу правонабуття. Саме таким способом і є набувальна давність, в основі якої лежить давність володіння. Поширення цієї підстави виникнення на встановлення сервітутних прав надасть можливість повніше врегулювати речові відносини користування чужим майном. Варто зазначити, що право власності наразі є не єдиним суб'єктивним правом, яке виникає на підставі набувальної давності в рамках вітчизняного законодавства, і тенденція до розширення сфери застосування цієї підстави уже чітко окреслена. Йдеться про те, що у чинному земельному законодавстві України цей інститут використовується не тільки щодо встановлення права власності на земельні ділянки, а й права користування такими ділянками. Такий підхід законодавця є доволі прагматичним і сприяє повнішій реалізації прав суб'єктів земельних відносин. Вважаємо, що застосування набувальної давності до встановлення сервітутних прав також надасть учасникам цивільного обороту більше можливостей для здійснення своїх суб'єктивних прав щодо належного їм майна. Однак варто вивчити питання, чи може цей спосіб застосовуватись до встановлення усіх сервітутних прав?

Чинним законодавством передбачено два види прав користування чужим майном (сервітутів): земельні (ч. 1 ст. 401 ЦК України, ст. 98 ЗК України, ст. 23 Лісового кодексу України [17]) та особисті (ч. 2 ст. 401, ст. 405 ЦК України, ст. 156 ЖК України [18]). Аналізуючи сутність норм, які регулюють названі види сервітутних прав, зазначимо, що відповідно до ч. 1 ст. 401 ЦК України земельні сервітути встановлюються щодо: 1) земельних ділянок; 2) інших природних ресурсів; 3) іншого нерухомого майна. Критично оцінюючи застосування у наведеній статті термінів «земельна ділянка» та «нерухоме майно» у розрізі ч. 1 ст. 181 ЦК України та неприпустимість введення в оборот такого комплексного і юридично невизначеного об'єкта як «природні ресурси», зазначимо, що земельні сервітути встановлюються, головним чином, щодо двох видів об'єктів: земельних ділянок та об'єктів, розташованих на земельних ділянках (будинків, споруд тощо). Вбачається, що застосування набувальної давності стосовно названих об'єктів має підпорядковуватися правилам встановлення права власності щодо цих самих об'єктів. Тобто щодо земельних ділянок діють правила ст. 98 ЗК України, а щодо об'єктів, розташованих на земельних ділянках – ст. 344 ЦК України. Встановлення на підставі набувальної давності лісових сервітутів може відбуватися згідно з ч. 6 ст. 23 Лісового кодексу України шляхом субсидіарного застосування положень ст. 98 ЗК України до регулювання відносин з користування чужими *земельними* ділянками лісового фонду.

Говорячи про особисті сервітути, серед яких за чинним законодавством можна назвати лише право проживання (ст. 405 ЦК України, ст. 156 ЖК України), слід зазначити, що поширення набувальної давності до виникнення таких сервітутів може дестабілізувати цивільний оборот. Адже право проживання виникає у членів сім'ї в силу факту проживання і встановлення певного строку давності для набуття такого права було б, навпаки, обмеженням їх прав.

Щодо інших особистих сервітутів переважно йдеться про рухомі речі, щодо яких встановлено коротший строк давності володіння, а отже, у власника може і не бути можливості встановити факт відсутності того чи іншого майна, тоді як права щодо нього він уже втратив. Тому застосування набувальної давності до цієї групи сервітутних прав можливе лише у разі встановлення більш тривалого строку, порівняно із встановленим у ст. 344 ЦК України щодо набуття права власності на рухомі речі строком. Тут можна використати досвід ЦК Франції, де для особистих сервітутів передбачено тривалі строки давності володіння, і передбачити, наприклад, давність у 10 років.

З метою застосування набувальної давності до встановлення сервітутних прав ч. 1 ст. 402 ЦК України та перше речення ч. 1 ст. 100 ЗК України слід викласти у такій редакції: «Сервітут може бути встановлений договором, законом, заповітом, за рішенням суду, а також внаслідок набувальної давності у порядку, визначеному цим кодексом». Слід однак застерегти, що реалізація на практиці цієї статті стосовно встановлення земельних сервітутів за набувальною давністю може створити ситуацію, коли особа – потенційний сервітуарій, вимагатиме встановлення сервітуту лише на тій підставі, що вона використовувала земельну ділянку протягом відповідного строку. Вбачається, що необхідною умовою для встановлення сервітуту на основі набувальної давності, яку повинен встановити суд, має стати не просто використання земельної ділянки, а свідоме та цілеспрямоване пристосування службової земельної ділянки для потреб обмеженого користування. І такі дії здійснювалися в силу того, що інакше як через таке пристосування сервітуа-

рій не може у повному обсязі здійснити належні йому права щодо власної земельної ділянки. Наприклад, у зв'язку із неможливістю дістатися до своєї ділянки іншим шляхом, ніж як проїхати по сусідській ділянці, особа розчистила дорогу, засипала її щебенем або спорудила міст тощо. Саме за наявності таких дій можна вважати, що особа здійснювала сервітутне право до моменту звернення із заявою про його встановлення, а відтак про застосування набувальної давності.

Підсумовуючи здійснений аналіз набувальної давності як підстави виникнення сервітутних прав, зробимо такі висновки.

Набувальну давність як цивільно-правовий інститут розглядають у широкому та вузькому розумінні: в широкому – як фактичний стан володільця майна протягом певного періоду часу, забезпечений правовим захистом і який за певних умов зумовлює виникнення права власності на річ; у вузькому – як складний юридичний склад, який зумовлює виникнення права власності у володільця майна.

Як юридичний склад набувальна давність пов'язана зі строком, за наслідками перебігу якого закон передбачає виникнення у володільця права власності. Добросовісне, відкрите та безперервне володіння протягом цього строку, за загальним правилом, викликає безпосередньо правові наслідки, тобто володілець стає власником в силу самого факту володіння. В ряді випадків факт володіння повинен бути підтверджений рішенням суду (нерухомість, транспортні засоби, цінні папери).

Набувальна давність за своєю природою є підставою, на основі якої можуть виникати лише права із речовою природою, а тому поширення давності на встановлення сервітутних прав не суперечитиме їх сутності.

Давність володіння може застосовуватись до встановлення як земельних, так і особистих сервітутів (за винятком права проживання). Разом з тим, оскільки у чинному законодавстві, крім права проживання, інших особистих сервітутів не передбачено, то поширення набувальної давності на цю групу прав передбачає їх нормативне закріплення. При цьому давність набуття особистих сервітутних прав повинна становити не менше 10 років.

Запропоновано, щоб до встановлення сервітутних прав на підставі набувальної давності застосовувались положення чинного ЦК України та ЗК України про набувальну давність як підставу виникнення права власності, у зв'язку з чим сформульовано пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства.

У цій статі вивчено застосування набувальної давності лише щодо сервітутних прав. Однак вбачається, що ця підстава цілком придатна для встановлення й інших речових прав на чуже майно, що може бути предметом окремого дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Кулинич П. Ф.* Что такое земельный сервитут? Реанимация земельных сервитутов – объективное исследование правовой реформы / П. Кулинич // Юридическая практика. – 2003. – № 24 (286). – С. 4–5.

2. *Кулініч П.* Право земельного сервітуту: поняття, види та порядок реалізації / П. Кулініч // Юридичний журнал. – 2003. – № 10. – С. 64–68.

3. *Маковій В. П.* Набувальна давність у цивільному праві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. П. Маковій. – Харків, 2007. – 25 с.

4. *Мартин В. М.* Право користування чужим майном: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. М. Мартин. – Львів, 2006. – 19 с.

5. *Севрюкова І. Ф.* Проблемні аспекти права забудови чужої земельної ділянки / І. Ф. Севрюкова // Актуальні проблеми цивільного права і цивільного процесу в Україні / [Я. М. Шевченко, Ю. Л. Бошицький, А. Ю. Бабаскін, М. В. Венецька та ін.] ; відп. ред. Я. М. Шевченко. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. – С. 187–206.

6. *Севрюкова И. Ф.* Виды ограниченных вещных прав и владение в системе украинского гражданского законодательства : автореф. дис. на соиск. науч. степ. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право» / И. Ф. Севрюкова. – К., 1998. – 20 с.

7. *Цюра В. В.* Речові права на чуже майно : наук.-практ. посібник / В. В. Цюра. – К. : КНТ, 2006. – 167 с.

8. *Французский* гражданский кодекс / [пер. с фр. А. А. Жуковой, Г. А. Пешковской]. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 933 с.

9. Цивільний кодекс Іспанії / Codigo Civil espacol. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/cc_0762.htm#CAPHTULO%20PRIMERO .%20De%20las%20servidumbres%20en%20general.

10. *Цивільний кодекс* Республіки Молдова [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id= 325085&lang=2.

11. *Бубнов М. Ю.* Приобретательная давность как основание приобретения права собственности : дис.…канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бубнов Максим Юрьевич. – Рязань, 2003. – 177 с.

12. *Хайруллина Н. М.* Приобретательная давность: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Хайруллина Наталия Михайловна. – М., 2006. – 185 с.

13. *Новицкий И. Б.* Курс советского гражданского права / И. Б. Новицкий. – М. : Гос. изд–во юрид. лит–ры, 1950. – 416 с.

14. *Цивільний кодекс* України. Постатейний коментар у двох частинах. Частина 1. / Керівники авторського колективу та відповідальні редактори проф. А. С. Довгерт та Н. С. Кузнецова. – К. : Юстиніан, 2005. – 680 с.

15. *Морандьер Л. Ж.* Гражданское право Франции : [в 3-х кн.] / Л. Ж. Морандьер ; [пер. с фр. и вступительная статья Е. А. Флейшиц]. – М. : Изд–во иностранной лит., 1958–1970. – Том 1. – 1958. – 742 с.

16. *Земельний кодекс* України від 25.10.2001 р. // Офіційний вісник України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.

17. *Лісовий кодекс* України від 21.01.1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 17. – Ст. 99.

18. *Житловий кодекс* УРСР від 30.06.1983 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1983. – № 28. – Ст. 573.

The nabouvalna remoteness as a basis of the servitude rights origin is analyzed in the article on the basis of home and foreign experience. The author's view of it place in the origin motives is proposed. Changes to the legislation in force are suggested.

На основании отечественного и зарубежного опыта анализируется приобретательная давность как одно из оснований возникновения прав пользования чужим имуществом сервитутного типа.

МЕДІАЦІЯ: ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

Бондаренко-Зелінська Н. Л.,

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

Розкрито перспективи впровадження в Україні медіації, окреслено окремі проблеми, які гальмують цей процес, та сформульовано пропозиції щодо їх усунення.

Ключові слова: альтернативне вирішення правових спорів, європейські стандарти, медіація.

Відповідно до ст. 1 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Із змісту вказаної норми вбачається, що для забезпечення ефективної охорони прав особи має бути створено таку процесуальну процедуру провадження у справах, яка б не лише здійснювалась на вказаних засадах, а й надавала можливість досягти вирішення правового питання (спору про право, спору про факт), яке стало предметом судового розгляду.

Натомість в сучасній правозастосовній практиці непоодинокими є випадки, коли через довготривалість судового процесу питання, з яких подавалися судові позови, втрачають свою актуальність, а сторони несуть суттєві матеріальні та моральні збитки і величезні втрати часу. Навіть у випадку прийняття довгоочікуваного сторонами судового рішення, його виконання теж затягується на роки, а в більшості випадків не виконується [13].

Наразі показник виконання судових рішень в Україні становить лише близько 30 % [7]. За таких умов судовий захист, як і діяльність суду, не може вважатися ефективним, особливо якщо судові рішення не виконуються або виконуються неналежним чином [8].

На цьому наголошує і Європейський суд з прав людини: у рішеннях проти України ним найчастіше констатується порушення права на справедливий суд саме внаслідок невиконання рішень національних судів [3, п. 8]. Зокрема, 15 жовтня 2009 року Європейський суд з прав людини (далі – Європейський суд) виніс «пілотне» рішення у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України», у якому визнав порушення Україною її зобов'язань за Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) (п. 1 статті 6 «Право на справедливий суд» та стаття 1 «Захист права власності» Першого протоколу до Конвенції) у зв'язку з систематичним невиконанням державою рішень національних судів. Крім того, було визнано порушення статті 13 «Право на ефективний засіб юридичного захисту» Конвенції у зв'язку з відсутністю у національному законодавстві ефективних засобів юридичного захисту від такого невиконання. З огляду на суть порушення Європейський суд зобов'язав Україну запровадити ефективний засіб юридичного захисту (або комплекс таких засобів), який би забезпечив адекватний та достатній захист від невиконання або затримки у виконанні рішення національного суду, за виконання якого вона несе відповідальність відповідно до принципів, встановлених практикою Європейського суду [5].

З огляду на це в умовах сьогодення особливо гостро постає питання про забезпечення виконання судових рішень як необхідної умови ефективного судового захисту прав особи, адже мета правосуддя не може вважатися досягненою, якщо є лише акт суду по справі без його фактичного виконання.

В юридичній літературі висловлюється багато різних пропозицій щодо шляхів вирішення цієї проблеми. Пропонується вдосконалити процедури, пов'язані з примусовим виконанням судових рішень, упорядкувати повноваження державних виконавців і кодифікувати норми, які регулюють виконання судових рішень, але містяться в окремих нормативно-правових актах, запровадити інститут приватних виконавців [4; 6].

Водночас слід визнати, що можливість виконання судового рішення залежить не тільки від дій (бездіяльності) державного виконавця, а й від змісту відповідного акта.

В умовах змагального процесу, коли суд звільнений від обов'язку з'ясовувати об'єктивну істину у справі і зважає тільки на ті докази, що їх надали сторони, дедалі частіше виникають ситуації, коли виграє справу не той, хто правий, а той, хто має більше можливостей (отримати якісну правову допомогу, оплатити послуги спеціаліста чи проведення позасудової експертизи тощо). За таких обставин небажання сторони, яка програла справу, виконувати рішення і чинення перешкод виконавцям є цілком закономірними (хоча і незаконними).

Більше того, часто, по суті, законні рішення не можна виконати в силу об'єктивних причин. Так, уявімо ситуацію, коли у боржника немає майна у власності, за рахунок реалізації якого можна було б виконати грошове зобов'язання, і крім пенсії по інвалідності більше немає жодних доходів. Суд, вирішуючи справу за обґрунтованим позовом про стягнення грошової заборгованості, по суті, не може вийти за межі позовних вимог і змушений постановляти рішення про стягнення такої заборгованості відповідно до вимог закону, хоча вже на момент його постановлення очевидно, що його буде дуже складно виконати.

Важко заперечити і аргументам окремих науковців, які вказують, що проблеми, пов'язані з виконанням судових рішень, поряд з вищевказаними факторами часто обумовлені неналежною поінформованісю самих стягувачів про нюанси процедури примусового виконання судових рішень [10].

Зважаючи на комплексний характер цієї проблематики, очевидно, що узгодження та реформування потребує як законодавство про виконавче провадження, так і положення чинного ЦПК України. Водночас практичне впровадження відповідних змін – процес складний і довгогривалий, а невиконані судові рішення і невдоволення населення як сніжний клубок тільки збільшуються в обсязі, загрожуючи на якомусь етапі стати лавиною, яка повністю знищить національний механізм судового захисту прав людини.

З огляду на це вбачається доцільним звернути увагу на способи альтернативного вирішення правових спорів, використання яких може надати змогу вже на даному етапі якщо не виконати всі судові рішення, то хоча б зупинити їх нагромадження.

Серед усіх способів альтернативного вирішення правових спорів привертає увагу медіація (від лат. mediatio) – переговорний процес, що здійснюється за допомогою незалежного нейтрального кваліфікованого посередника – медіатора, який допомагає сторонам спору проаналізувати конфліктну ситуацію так, щоб вони змогли самостійно обрати той спосіб вирішення спору, що відповідатиме інтересам обох сторін.

При проведенні цієї процедури медіатор не приймає рішення за сторін конфлікту, а лише сприяє останнім у пошуку взаємовигідного рішення та оформленні його документально (медіаційною угодою). Основними принципами медіації є: добровільність (сторони спору повинні дати згоду на застосування альтернативного вирішення правового спору добровільно і усвідомлено), конфіденційність (отримані у процесі медіації відомості не підлягають розголошенню, за винятком певних ситуацій), нейтральність медіатора (медіатор повинен професійно і неупереджено виконувати свої обов'язки) тощо.

Як правильно зазначають деякі науковці, основною відмінністю медіації від інших способів вирішення конфліктів є те, що вона не зосереджується на пошуку та доведенні правоти тієї чи іншої сторони. Метою медіації є досягнення консенсусу, спільного рішення, що буде прийнятним і бажаним для обох сторін, а обставини, за яких сторони виконавчого провадження можуть знайти спільні інтереси, невичерпні [7].

Така специфіка медіації робить її не тільки гідною альтернативою судовому врегулюванню спорів [13], а й дуже привабливим способом їх вирішення, особливо на етапі виконання судових рішень. Адже, з одного боку, на етапі виконання судового рішення в однієї зі сторін спору вже є акт суду на її корить, який надає їй перевагу з точки зору аргументованості правової вимоги, а з іншого – така перевага не може відновити права останньої, попри застосування механізму державного примусу. Логічним в такій ситуації є пошук інших шляхів ліквідації спору, і саме це надає змогу застосовувати медіацію.

Невипадково 6 вересня 2011 року до порядку денного Верховної Ради України було в черговий раз включено проект Закону України «Про медіацію» (реєстр. № 8137) [12]. І попри зауваження, висловлені в адресу цього законопроекту, в своїх висновках і Комітет з питань правосуддя (25.05.2011 року), і Головне науково-експертне управління (15.06.2011 року) рекомендували Верховній Раді України прийняти його за основу [12]. Водночас 23 вересня 2011 року законодавче оформлення досліджуваного способу альтернативного вирішення спорів вкотре зазнало фіаско і проект акта, покликаного забезпечити впровадження медіації в національний механізм захисту прав людини, прийнято не було.

Виникає запитання, чому? Чому нашим сусідам– Республіці Білорусь [20] і Російській Федерації [21] вистачило кількох років для того, щоб розгледіти позитивний потенціал цього способу альтернативного вирішення спорів і надати йому законодавчого оформлення, в Україні, країні, в якій медіаторні групи функціонують понад 17 років [22], досі не прийнято відповідного закону?

Слід визнати, що запровадження та застосування в Україні нових способів альтернативного вирішення правових спорів, в тому числі медіації, мають відповідати європейським стандартам взагалі і взятим на себе Україною міжнародним зобов'язанням зокрема. Інакше кажучи, така процедура має узгоджуватись з Резолюцією № 57/18, якою затверджено типовий закон комісії ООН по праву міжнародної торгівлі щодо міжнародної комерційної примирної процедури від 19.11.2002 року [14], Дерективою 2008/52/ЄС щодо окремих аспектів медіації в цивільних та комерційних справах [15] та відповідати рекомендаціям Ради Європи щодо впровадження програм реформування правосуддя, зокрема Рекомендації № R (81) 7 щодо полегшення доступу до правосуддя від 14 травня 1981 року [16], Rec (2002) 10 щодо медіації в цивільних справах 18 вересня 2002 року [17]; № R (98) 1 щодо медіації в сімейних питаннях від 2 січня 1998 року [18], Rec (2001) 9 щодо альтернатив судовому розгляду між адміністративними органами влади і приватними сторонами від 5 вересня 2001 року [19], а також іншим актам, спрямованим на стимуляцію використання позасудових процедур вирішення спорів.

На жаль, проект Закону України «Про медіацію» (реєстр. № 8137), як і його попередники, не узгоджується із зазначеними актами.

Так, не відповідають вимогам Дерективи ЄС 2008/52, а вищевказаним рекомендаціям зокрема, такі положення проекту Закону, які визначають: терміни, що використовуються в законі (зокрема, поняття медіатора, медіаційного застереження, угоди про результати медіації), права та обов'язки учасників медіації (зокрема, право медіатора самостійно визначати процедуру медіації або припинити її), строки не тільки процедури медіації, а й вибору медіатора, відповідальність медіатора (її взагалі не конкретизовано) тощо.

Поза увагою залишено цілу низку надзвичайно важливих питань медіації, таких як: вплив медіації на процесуальні строки, строки виконавчого провадження (логічно було б якби медіація була підставою зупинення провадження) та строки позовної давності; гарантії конфіденційності як принципу медіації; оплата послуг медіатора, можливість використання інформації, отриманої сторонами та іншими особами під час медіації як докази в судовому процесі; можливість примусового виконання рішення, прийнятого в результаті медіації (наприклад, шляхом визнання такої угоди судом як мирової) тощо.

Крім того, автори законопроекту чомусь проігнорували той факт, що в рамках спільного проекту ЄС і Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України» в Україні вже впродовж кількох років практично впроваджується саме судова медіація [23]. Крім того, і сусідні країни, такі як Білорусь і РФ, практикують саме судову медіацію. Незважаючи на це, в законопроекті нічого не сказано про можливість використання медіації для цілей судочинства та провадження щодо примусового виконання судових рішень.

Водночас навряд чи саме вказані недоліки призвели до неприйняття чергового законопроекту про медіацію, адже їх нескладно було б виправити після прийняття проекту за основу. На нашу думку, основною перепоною на шляху законодавчого оформлення медіації в Україні є інформаційний вакуум навколо цього способу альтернативного вирішення спорів. Адже пори наявність великої кількості публікацій, більшість джерел з даної проблематики носить загальноінформативний характер без необхідної конкретики, тому юридична громадськість має

вельми туманне уявлення про сутність медіації, її процедуру та інструментарій, а найголовніше – про методику застосування медіативних технологій.

На жаль, в Україні для того, щоб заінтересована особа отримала більш-менш повне уявлення про медіацію, їй потрібно оплатити недешеві курси. А безкоштовні семінари [10], що їх проводять в рамках проекту «Прозорість та ефективність судової системи України», доступні лише обмеженому колу фахівців.

З огляду на це логічною є реакція парламентарів, які не бажають приймати проект закону про явище, суть якого їм незрозуміла.

Звісно, медіація не є панацеєю від всіх проблем правосуддя, водночас вона є ефективним способом ліквідації правового спору для тих, хто цього прагне. А тому нагальною є необхідність подальшого дослідження перспектив застосування даного способу альтернативного вирішення правових спорів для потреб як цивільного судочинства, так і виконавчого провадження. З цією метою, на нашу думку, інформацію про медіацію слід зробити доступнішою: необхідно від загального висвітлення значення та переваг переходити до ґрунтовного аналізу процедури та методики проведення медіації, що надасть можливість акумулювати максимум інтелектуального потенціалу юридичної громадськості навколо вироблення конкретних пропозицій щодо законодавчого закріплення медіації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Конвенція про* захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13. – Ст. 270.

2. *Про виконання* рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 р. № 3477–IV // Офіційний вісник України. – 2006. – № 12. – Ст. 792.

3. *Про Концепцію* вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.

4. *Про гарантії* держави щодо виконання рішень суду: Проект Закону України від 14.01.2011 р. № 7562 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Офіційний сайт. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39454.

5. *Пояснювальна записка* до Проекту Закону України «Про гарантії держави щодо виконання рішень суду» від 14.01.2011 р. № 7562 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Офіційний сайт. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39454.

6. *Виконання судових* рішень реальність чи фантастика? [Електронний ресурс] / Правовий тиждень. – 2009. – № 47 (173). – Режим доступу : http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=1532.

7. *Кільдюшкіна О.* Медіація у виконавчому провадженні. Як її застосовувати? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://smi.liga.net/articles/2011-04-05/768445-med%D1%96ats%D1%96ya-u-vikonavchomu-provadjenn%D1%96-yak-ii-zastosovuvati.htm.

8. *Кільдюшкіна О.* Медіація у виконавчому провадженні. Як її застосовувати? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://smi.liga.net/ articles/ 2011-04-05/ 768445-med%D1%96ats%D1%96ya-u-vikonavchomu-provadjenn%D1%96-yak-ii-zastosovuvati.htm.

9. *Курило Ю.* Виконання рішення суду: міф чи реальність? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://yust.kiev.ua/ua/publications/61.

10. *Матеріали Семінару* з питань передання справ для проведення медіації для суддів пілотних судів України 8-9 квітня 2010 року. – К., 2010. – 36 с.

11. *Проблеми на* стадії виконання судових рішень, або Як боротися з бездіяльністю держвиконавця [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lg-pravo.at.ua/blog/2009-01-06-7.

12. Про медіацію : Проект Закону від 21.02.2011 р. № 8137 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Офіційний сайт. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39276.

13. Пояснювальна записка до Проекту Закону України «Про медіацію» від 21.02.2011 р. № 8137 [Електронний ресурс] Верховна Рада України. Офіційний сайт. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=39276.

14. Типовый закон комиссии ООН по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре, принятый Резолюцией 57/18 Генеральной Ассамблеей ООН от 19.11.2002 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.un.org/ru/documents/decl_conv/ conentions/com_conciliation.shtml.

15. О некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и семейных делах по отдельным аспектам медиации в гражданских и коммерческних делах : Директива 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 21.05.2008 г. // Третейский суд. – 2008. – № 5. – С. 138–148.

16. Рекомендация № R (81) 7 Комитета министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию от 14.05.1981 г. [Електронний ресурс] // Права человека. – Мн. : Белфранс, 1999. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_133.

17. Рекомендация Rec (2002) 10 Комитета Министров государствам-членам по медиации в гражданских делах от 18.09.2002 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.commonground.org.ua/lib_law.shtml.

18. Рекомендация № R (98) 1 Комитета министров государствам-членам касательно медиации в семейных вопросах от 02.01.1998 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.commonground.org.ua/lib_law.shtml.

19. Рекомендация Rec (2001) 9 Комитета министров государствам-членам об альтернативах судебному разбирательству между административными органами и частными сторонами от 5 сентября 2001 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.csr.ru/document/original_648.stm.

20. Медиация в Республике Беларусь [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mediacia.by/about/default/3/.

21. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) : Федеральный закон от 27.07.2010 р. № 193–ФЗ [Електронний ресурс] Государственная Дума. Официальный сайт. – Режим доступу : http://duma.consultant.ru/page.aspx?1292564.

22. Резолюция Первой украинско-американской конференции судей и медиаторов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.commonground.org.ua/dld/doc/Resol_UaUSconf_rus.pdf.

23. Вінницький окружний адміністративний суд. Офіційний сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://voas.gov.ua/?action=menu&id_menu=9&type=1&module=0.

The problems of law enforcement practice of trial are revealed. The ways of their solving are proposed, recommendations directed on the introduction of mediation on Ukraine are formulated.

Раскрыто перспективы внедрения медиации в национальный механизм защиты прав человека в Украине. Определено отдельные проблемы, мешающие этому процессу, и сформулировано предложения по их устранению.

ПОНЯТТЯ ТА УМОВИ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИХ БАРТЕРНИХ КОНТРАКТІВ

Лисенко В.В.,

аспірант кафедри цивільного права та процессу Львівського національного університету ім. Івана Франка

Статтю присвячено обґрунтуванню необхідності розмежування понять «міна» та «бартер». Крім того, акцентується увага на питаннях визначення умов зовнішньоекономічних бартерних контрактів.

Ключові слова: зобов'язання, договір, міна, бартер, імпорт, експорт зовнішньоекономічний договір.

Нормативно-правове регулювання договору бартеру, яке існує на сьогодні в Україні, не можна назвати однозначним, тобто в чинному законодавстві не існує єдиного розуміння бартеру, що призводить до різного його розуміння сторонами і це, відповідно, негативно позначається на його виконанні.

Існування в чинному законодавстві України певних особливостей здійснення бартерних (товарообмінних) операцій у зовнішньоекономічній діяльності та деяких розбіжностей у розумінні міни та бартеру й викликає актуальність даного дослідження.

Метою статті є визначення умов зовнішньоекономічних бартерних контрактів на основі чинних нормативно-правових актів України.

Як і будь-який цивільно-правовий договір, зовнішньоекономічний контракт має відповідати низці загальних вимог (умов), додержання яких є необхідним для дійсності такого договору. Ці вимоги, як зазначає В. В. Луць, виводяться доктринальним шляхом із норми чинного законодавства [1] і сформульовані у ЦК України.

Крім загальних умов, зовнішньоекономічні контракти підпорядковуються й певним спеціальним умовам, які знайшли своє відображення у ГК України, Законі України «Про міжнародне приватне право», законах України «Про зовнішньоекономічну діяльність»; «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті»; «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» тощо.

Чинне законодавство України передбачає певні особливості здійснення бартерних (товарообмінних) операцій у зовнішньоекономічній діяльності. Особливого поширення бартер, як різновид договору міни, набув на початку 90-х років минулого сторіччя. Разом з тим, як зазначають Ю. Г. Семенюк і О. Терлецький, в умовах становлення ринкових відносин бартерні угоди, враховуючи їх безгрошовий характер (повністю або ж частково), були одним з чинників створення дефіциту оборотних коштів у країні, а тому завжди перебували на особливому контролі з боку держави [2].

Бартерні операції з точки зору сучасного українського законодавства є водночас об'єктами господарського й цивільного права. ЦК і ГК України ототожнюють поняття «бартер» з поняттям «міна».

Як зазначалося вище, чинний ЦК України не дає окремого визначення договору міни і договору бартеру. У ч. 1 ст. 715 ЦК України термін «бартер» вживається як тотожний терміну «міна». Разом з тим в наступних частинах цієї самої статті йдеться виключно про договір міни. Відповідно, при формальному тлумаченні положень, які містяться у цих частинах, можна розглядати як такі, що застосовуються тільки до договору міни.

Більш послідовно це питання врегульовано у ГК України, який використовує терміни «бартер» і «міна» як тотожні, і відповідно, передбачає можливість грошової доплати за товар більшої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості (ч. 3 ст. 293 ГК).

Свої особливості мають визначення бартерних операцій, які містяться у законах України «Про оподаткування прибутку підприємств» та «Про податок на додану вартість». Згідно з п. 1.19 ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» бартер (товарний обмін) – господарська операція, яка передбачає проведення розрахунків за товари (роботи, послуги) у будь-якій формі, іншій, ніж грошова, включаючи будь-які види заліку та погашення взаємної заборгованості, в результаті яких не передбачається зарахування коштів на рахунки продавця для компенсації вартості таких товарів (робіт, послуг). Тобто поняття бартеру з точки зору оподаткування суттєво відрізняється від поняття бартеру як цивільної чи господарської категорії.

Окремі аспекти визначення бартерних операцій містяться у Законі України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності». Згідно з п. 1 ст. 1 Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» товарообмінна (бартерна) операція у галузі зовнішньоекономічної діяльності – це один з видів експортно-імпортних операцій, оформлених бартерним договором або договором із змішаною формою оплати, яким часткова оплата експортних (імпортних) поставок передбачена в натуральній формі між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України та іноземними суб'єктами господарської діяльності, що передбачає збалансований за вартістю обмін товарами (роботами, послугами) у будь-якому поєднанні, не опосередкований рухом коштів у готівковій або безготівковій формі.

У реальному майновому обороті поняття «бартер», на відміну від поняття «міна», є більш вживаним. На нашу думку, поняття «бартерний договір» відмінне від поняття «міна». В юридичній літературі завжди виділяли окремо бартерні договори та договори міни та існувала думка, що бартер є різновидом міни, який укладається між суб'єктами господарювання.

Незважаючи на колізії чинного законодавства, які, насамперед, означають відсутність єдиного підходу до визначення

поняття «бартер», невідповідності податкового і бухгалтерського обліку, бартерні операції, як і раніше, актуальні. Зокрема, можна відзначити певні особливості в порядку розрахунків за договором міни (бартеру) в галузі зовнішньоекономічної діяльності. Якщо виходити з поняття «бартер», яке наведено у Законі України «Про оподаткування прибутку підприємств», а саме: «господарська операція, яка передбачає проведення розрахунків за товари (роботи, послуги) у будь-якій формі, іншій, ніж грошова...», Законі України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій в галузі зовнішньоекономічної діяльності», а саме: «збалансований за вартістю обмін товарами, роботами, послугами у будь-якому поєднанні, не опосередкований рухом коштів у готівковій або безготівковій формі», можливість здійснення грошової доплати виключається.

Здійснення розрахунку грошима відповідно до ст. 2 Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій в галузі зовнішньоекономічної діяльності» допускається лише після зміни виду договору, тобто договір бартеру передбачає обмін певної кількості одного товару (робіт, послуг) на еквівалентну за вартістю кількість іншого товару, а його особливістю є невикористання грошової форми розрахунків. У свою чергу, нормами цивільного й господарського права, які регулюють бартерні операції, грошова доплата за товар меншої вартості допускається.

Слід також звернути увагу на те, що згідно з п. 1 ст. 1 Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» товарообмінна (бартерна) операція у галузі зовнішньоекономічної діяльності – це один з видів експортно-імпортних операцій, оформлених бартерним договором ... що передбачає збалансований за вартістю обмін товарами, роботами, послугами у будь-якому поєднанні ... .

Свого часу робилися також спроби віднести до товарообмінних (бартерних) операцій операції з векселями. Так, у листі Державної податкової адміністрації України «Про податок на додану вартість» від 19.08.1998 № 9791/10/16-1217 було зазначено, що у випадку, якщо операція оформляється простим або переказним векселем, гроші на банківський рахунок продавця не поступають, а зобов'язання по сплаті за товари (роботи, послуги) виникає у третьої особи. Відповідно, операція купівлі-продажу, яка шляхом внесення змін до укладеного договору оформляється векселем, стає бартерною [3]. На помилковість такого підходу було звернуто увагу в листі Мін'юсту України від 15.10.1998 № 13-35-1308, в якому, зокрема, зазначається, що операції по векселю не мають ознак бартерних (товарообмінних) і мають різні правові режими [4].

Отже, як вбачається із наведеного, нормативно-правове регулювання договору бартеру, яке існує на сьогодні в Україні, не можна назвати однозначним. Тобто в чинному законодавстві України не існує єдиного розуміння бартеру, що тягне за собою різне розуміння його сторонами договору бартеру, від яких вимагається правильне визначення правових норм, які необхідно застосовувати до відносин, що випливають із зазначеного договору, і це, відповідно, негативно позначається на його виконанні, призводить до виникнення судових спорів.

Тому, на нашу думку, з огляду на наявність особливостей здійснення бартерних операцій необхідно, по-перше, забезпечити однозначність розуміння договору бартеру в чинному законодавстві України.

Зокрема, Закон України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій в галузі зовнішньоекономічної діяльності» як спеціальний нормативно-правовий акт, який регулює порядок здійснення бартерних операцій, необхідно доповнити положенням про можливість здійснення грошової доплати за товар більшої вартості, що обмінюється на товар меншої вартості. Крім того, у ЦК України в ч. 2, 6 ст. 715 та ст. 716 доцільно використовувати термін «договір міни, бартеру».

По-друге, оскільки в ЦК і ГК України договору бартеру не приділяється достатньої уваги, статті ЦК і ГК, які присвячено договору міни, доцільно доповнити положенням на зразок: «правове регулювання бартеру здійснюється відповідно до цього Кодексу та інших законів».

При укладенні бартерних договорів слід також враховувати, що до приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, застосовується право, визначене згідно з колізійними нормами та іншими положеннями колізійного права чинних законів України, міжнародних договорів та міжнародних звичаїв [5].

В Україні, зокрема, умови, яким повинен відповідати зовнішньоекономічний договір (контракт) і які в обов'язковому порядку мають передбачатися в його тексті, визначені Положенням про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів) [6]. У зазначеному нормативно-правовому акті щодо бартерного договору акцентується увага на таких умовах як предмет договору і ціна та загальна вартість договору.

Однак у зв'язку з тим, що договір бартеру має свою специфіку і окремі його розділи формулюються по-іншому, ніж у звичайному договорі (контракті) купівлі-продажу, на нашу думку, доцільно приділити увагу найсуттєвішим із них.

Першою істотною умовою договору бартеру є його предмет. Відповідно до Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» предметом бартерного договору може бути не тільки майно, а й роботи та послуги, конкретні види яких обираються сторонами договору.

Предмет договору бартеру повинен бути точно визначеним або, принаймні, повинна існувати можливість його визначити виходячи зі змісту і суті зобов'язання, національного законодавства, міжнародних документів тощо. В іншому випадку, під час виконання відповідного зобов'язання, можуть виникнути значні труднощі або взагалі його виконання буде неможливим.

Разом з тим договірна свобода не повинна спрямовуватися на ушкодження інтересів держави [7]. Тому у випадках, як зазначає В. А. Васильєва, коли з'являється публічний інтерес до самого договору, предмет такого інтересу може знаходитися як у площині здійснення тієї чи іншої діяльності, так і в переліку майна, що є предметом договору [8].

При здійсненні бартерних операцій у зовнішньоекономічній діяльності слід пам'ятати про ліцензування, яке може виникнути, якщо предметом цих операцій є товари, експорт (імпорт) яких підпадає під режим ліцензування, визначений Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність». Так, відповідно до ст. 16 зазначеного Закону ліцензування експорту товарів запроваджується в Україні в разі:

– значного порушення рівноваги щодо певних товарів на внутрішньому ринку, особливо сільськогосподарської продукції, продуктів рибальства, продукції

харчової промисловості та промислових товарів широкого вжитку першої необхідності або інших товарів, що мають вагоме значення для життєдіяльності в Україні;

– необхідності забезпечення захисту життя, здоров'я людини, тварин або рослин, навколишнього природного середовища, громадської моралі, національного багатства художнього, історичного чи археологічного значення або захисту прав інтелектуальної власності, а також відповідно до вимог державної безпеки;

– експорту дорогоцінних металів, крім банківських металів;

– необхідності застосування заходів захисту вітчизняного товаровиробника;

– необхідності забезпечення захисту патентів, торгових марок та авторських прав;

– необхідності забезпечення виконання міжнародних договорів України.

Особливої уваги також потребує правильне формулювання арбітражного застереження. Відповідно до п. 1.12 Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів) від 06.09.2001 р. у розділі контракту «Урегулювання спорів у судовому порядку» визначаються умови та порядок вирішення спорів у судовому порядку щодо тлумачення, невиконання та/або не належного виконання договору (контракту) з визначенням назви суду або чітких критеріїв визначення суду будь-якою зі сторін залежно від предмета та характеру спору, а також погоджений сторонами вибір матеріального і процесуального права, яке буде застосовуватися цим судом, та правил процедури судового урегулювання.

Як зазначає С. Теньков, судова практика свідчить, що наслідком помилок, яких припускаються сторони в арбітражному застереженні, може стати визнання договору в цій частині недійсним. Так, у постанові від 19.11.2003 у справі № 12/500 Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) зазначається: «Арбітражне застереження щодо розгляду спорів у міжнародному третейському суді, вказане в договорі застави, суперечить положенням міжнародних договорів, членами яких є Україна, та чинному законодавству України, тому є недійсним за законодавством України, якому сторони це арбітражне застереження підпорядкували». Відповідач мав у Києві зареєстроване постійне представництво. У спірному договорі сторони передбачили застосування законодавства України – «всі закони, декрети, постанови, розпорядження, накази та інші нормативні акти України або будь-якого органу державної влади України та обов'язкові для України міжнародні договори». ВГСУ, визнаючи арбітражне застереження недійсним, посилався на п. 1 ст. 83 Господарського процесуального кодексу України (процесуальна норма передбачає можливість для господарського суду визнавати недійсним договір). ВГСУ також послався на Конвенцію про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року і на п. 2 ст. 6 Європейської конвенції про зовнішньоекономічний арбітраж 1961 року, де зазначено, що державні суди при прийнятті рішення про наявність або дійсність арбітражного застереження повинні керуватися законом, якому сторони підпорядкували свою арбітражну угоду [9].

Підсумовуючи викладене, робимо висновок, що нормативно-правове регулювання договору бартеру, яке існує на сьогодні в Україні, не можна назвати однозначним, тобто в чинному законодавстві не існує єдиного розуміння бартеру, що призводить до різного його розуміння сторонами і це, відповідно, негативно позначається на його виконанні. Тому, з огляду на особливості здійснення бартерних операцій, необхідно, по-перше, забезпечити однозначність розуміння договору бартеру в чинному законодавстві, по-друге, оскільки законодавець у ЦК і ГК України договору бартеру не приділив достатньої уваги, статті ЦК і ГК, які присвячено договору міни, доцільно доповнити положенням на зразок: «правове регулювання бартеру здійснюється відповідно до цього Кодексу та інших законів». При укладенні і виконанні договору бартеру необхідно враховувати, що товари, які є предметом договору бартеру, можуть підпадати під режим ліцензування, а імпорт та експорт окремих товарів по договору бартеру заборонено чинним законодавством взагалі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Луць В. В.* Контракти у підприємницькій діяльності. Навчал. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 280.

2. *Семенюк Ю. Г., Терлецький О. О.* Коментар до ст. 715 Цивільного кодексу України // Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. – 2-е вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т.ІІ. – С. 295.

3. *Лист ДПА* України від 19.08.1998 № 9791/10/16-1217 «Про податок на додану вартість» // Бізнес. – 1998. – № 35 (294).

4. *Лист Міністерства* юстиції України «Про визнання вексельних операцій бартерними» від 15.10.1998 № 13-35-1308 // Экспресс-анализ законодательных и нормативных актов. – 1999. – № 6.

5. *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 219.

6. *Наказ Міністерства* економіки та з питань європейської інтеграції України «Про затвердження Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)» від 06.09.2001р. № 201. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.liga.net.

7. *Статівка А. М.* Правові проблеми договірної свободи в умовах ринкових відносин // Вісник Академії правових наук України. – Х.: Право. – 1997. – № 1 (8). – С. 138.

8. *Васильєва В. А.* Договір консигнації. Монографія. – Івано-Франківськ: Плай. – 2002. – С. 66.

9. *Теньков С.* Деякі проблемні питання підсудності справ з іноземним елементом (огляд судової практики) // Вісник господарського судочинства. – 2006. – № 3. – С. 143.

The article is devoted the ground of necessity of differentiating of concepts «mine» and «barter». Attention is in addition, accented on the questions of determination of terms of external economic barter contracts.

Статья посвящена обоснованию необходимости разграничения понятий «мина» и «бартер». Кроме того, акцентируется внимание на вопросах определения условий внешнеэкономических бартерных контрактов.

ТЕОРІЇ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ ТА ЇХ РЕЦЕПЦІЯ У ПРАВІ УКРАЇНИ

Боярський Є. Д.,

аспірант НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті розкривається зміст основних концепцій правової природи міжнародного комерційного арбітражу, виявляються їх переваги та недоліки щодо обґрунтування правової природи складових елементів міжнародного комерційного арбітражу, а також аналізується наявність рис таких концепцій у праві України.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, договірна теорія, юрисдикційна теорія, змішана теорія, автономна теорія, арбітражна угода, арбітражне рішення.

Проблема визначення правової природи міжнародного комерційного арбітражу займає центральне місце у його дослідженні. Попри численні дискусії у доктрині та практиці міжнародного приватного права, не досягнуто єдиної думки щодо правової природи як міжнародного комерційного арбітражу в цілому, так і окремих його складових елементів – арбітражної угоди, арбітражного розгляду та арбітражного рішення [1, с. 10]. На жаль, за 20 років незалежності України це питання не набуло широкого обговорення серед науковців, тому воно було і залишається актуальним для дослідження, оскільки обумовлює методологічні підходи до правового регулювання інституту міжнародного комерційного арбітражу.

Метою даного дослідження є аналіз теорій правової природи міжнародного комерційного арбітражу та виявлення їх характерних рис у правовому регулювання цього інституту в Україні.

Вважається, що спори щодо правової природи міжнародного комерційного арбітражу виникли ще у кінці XIX століття. З того часу виникло чотири концепції/теорії: договірна (консенсуальна), юрисдикційна (процесуальна), змішана й автономна [2, с. 641–642].

Договірна теорія стверджує, що компетенція та повноваження міжнародного комерційного арбітражу є результатом обопільної згоди сторін, вираженій в арбітражній угоді. Точніше кажучи, договірна теорія загалом розглядає арбітраж на всіх його стадіях як єдиний процес, заснований на волі сторін, що уклали арбітражну угоду. Арбітражна угода та арбітражне рішення розглядаються як дві частини договору про арбітраж, поєднані волею сторін. Самий арбітражний розгляд визначається як проміжна ціль для досягнення кінцевої цілі – остаточне врегулювання спору.

Характер арбітражної угоди вчені визначають порізному. Певні прихильники договірної теорії вважають арбітражну угоду різновидом договору доручення. Відповідно, на їх думку, арбітражне рішення є договором, укладеним арбітрами за дорученням сторін; арбітри ж діють як повірені [3, с. 28]. Але за договором доручення повірений діє від імені та в інтересах довірителя [4, с. 740–741). Навпаки, арбітр при вирішенні спору має діяти на зовсім протилежних засадах – неупередженості та незалежності [5, с. 74]. Крім того, арбітри не можуть бути повіреними сторін, оскільки вони не є сторонами арбітражної угоди і не перебувають із будь-якою стороною у договірних відносинах, в силу яких вони приймали б на себе зобов'язання вирішити конкретний спір.

Відомий юрист С. Н. Лєбєдєв вважав, що суттєва відмінність між арбітражем та договором доручення полягає у тому, що у другому випадку воля довірителя покладається на повіреного, тоді як у першому випадку воля арбітрів покладається на сторони за згоди останніх [3, с. 27]. Але така думка вважається надто радикальною, оскільки сучасні дослідники вважають, що повірений є виразником не лише волі довірителя, а й власної волі. За відсутності волевиявлення з боку повіреного юридичний ефект у вигляді правочину не настане [4, с. 743].

Разом з тим не можна не погодитися з думкою вищезгаданого юриста, що договір доручення передбачає, що дії, які здійснює повірений, можуть бути здійснені самим довірителем, в той час як сторони у спорі не можуть самі виконувати функції арбітрів, оцінювати взаємні вимоги та вирішувати, які з них є обґрунтованими.

Варто зазначити, що у випадку договору доручення довіритель має право припинити договір і, відповідно, звільнити повіреного від обов'язків діяти від імені, в інтересах та за рахунок довірителя (ст. 1008 Цивільного кодексу України [6, с. 231–232]). Натомість, після ініціації розгляду спору у міжнародному комерційному арбітражі сторони не можуть припинити арбітражний процес шляхом розірвання арбітражної угоди; таким чином, сторони втрачають контроль над арбітражним процесом і обопільно можуть його припинити лише шляхом укладення іншої угоди – мирової (або позивач може відмовиться від своїх вимог, проте це буде односторонньою відмовою, а не угодою) [7].

Деякі інші прихильники договірної теорії вважають, що арбітражна угода є подібною до мирової угоди з тієї точки зору, що при укладенні будь-якої з них сторони мають намір оминути вирішення спору державним судом. Такий підхід також критикується, оскільки мирова угода є компромісом, результатом взаємних поступок та домовленостей між сторонами, а арбітражне рішення виноситься на підставі закону, зазвичай, на користь однієї сторони, чим не може задовольняти сторону, що програла спір [8, с. 56].

Існує також думка, що арбітражна угода є якісно новим видом правового акта sui generis, який не вміщується в межі відомих правових категорій. Проте такий підхід не дає розуміння суті арбітражної угоди і не має практичного застосування (принаймні, в межах правової системи України).

Цікавим є підхід західних вчених, які вважають, що формально арбітражна угода є договором між сторонами, проте даний договір за своєю суттю не підтверджує згоду між сторонами щодо спору між ними, а лише констатує згоду щодо способу його вирішення, і доходять висновку, що арбітраж є скоріше методом, процедурою, аніж договором [9, с. 185].

На принципово протилежних засадах ґрунтується процесуальна теорія міжнародного комерційного арбітражу. Її прихильники розділяють арбітражне рішення та арбітражну угоду, оскільки вони мають різні цілі. У своєму класичному вигляді ця теорія стверджує, що міжнародний комерційний арбітраж набуває легітимності саме з державної правової системи [10, с. 69]. В рамках даної теорії арбітри вважають-

ся «приватними» суддями, оскільки їх функції ототожнюються з функціями державних суддів: з'ясування фактичних обставин, аналіз доказів, прийняття рішення на основі норм права, що підлягає застосуванню до спірних правовідносин [9, с. 186]. Арбітражна угода, на їх думку, має суто процесуальний зміст – це акт, спрямований на те, щоб виключити підсудність спору державним судам та підпорядкувати його вирішення арбітрам, які виносять своє рішення при повній незалежності та без будь-якого втручання сторін [3, с. 25], чим пояснюють ототожнення останнього із рішенням державного суду. Більше того, варто зазначити, що попри загальновизнаний принцип добровільності звернення до арбітражного розгляду, існують винятки, коли компетенція міжнародного комерційного арбітражу виникає на основі міждержавної угоди, що наділяє певну арбітражну установу компетенцією розглядати конкретний спір. Принаймні, такі винятки передбачаються такими конвенціями: Вашингтонською конвенцією про порядок вирішення спорів між державами та інвесторами з інших країн 1965 р., Московською конвенцією про вирішення арбітражним шляхом цивільно-правових спорів 1972 р., Лісабонською енергетичною хартією 1994 р.

Таким чином, міжнародний комерційний арбітраж може наділятися компетенцією не лише за волею сторін, а й за волею держави, що відповідає саме юрисдикційній теорії арбітражу. Проте такі випадки є поодинокими.

З іншого боку, ототожнення арбітражної угоди із пророгаційною угодою не можливе, оскільки арбітражна угода може передавати спір на розгляд арбітражу ad hoc, який спеціально створюється для вирішення такого спору і припиняє своє існування після винесення рішення; проте за пророгаційною угодою сторони не можуть створити державного суду ad hoc для вирішення свого спору.

Також прихильники даної теорії вважають, що оскільки правосуддя є функцією держави, то санкціонування державою можливості сторонам звертатися для вирішення спорів до міжнародних комерційних арбітражів, забезпечення правової регламентації основних засад арбітражного розгляду та передбачення механізму примусового виконання арбітражних рішень означають, що сутність арбітражу полягає у здійсненні саме цієї публічно-правової функції. З іншого боку, такі принципи міжнародного комерційного арбітражу як: виборність арбітрів та процедури розгляду спору, приватність арбітражного розгляду, неможливість оскаржити рішення по суті та інші, зазвичай, суперечать основним засадам державного правосуддя. Наприклад, в Україні така думка також не знаходить підтримки, оскільки 14 жовтня 1997 року Конституційний Суд України чітко визначив, що МКАС при ТПП України не здійснює функції правосуддя [11]. Будь-які пропозиції щодо включення третейських судів (зокрема, міжнародних комерційних арбітражів) до судової системи України вважаються недоцільними, оскільки окремі засади державного та третейського судочинства вступлять у супереч, що спричинить нагальну потребу розмежування в межах єдиної системи правосуддя правового регулювання як державних та третейських (недержавних) судів, так і правового статусу суддів та арбітрів.

Крім того, в Україні не знаходить підтримки теорія «делегування» як різновид юрисдикційної теорії, яка ґрунтується на тезі, що джерелом повноважень арбітрів є право держави, в якій проводиться арбітражний розгляд, оскільки вона принижує значення арбітражної угоди та принципу добровільності звернення до міжнародного комерційного арбітражу, а також суперечить загальному принципу правосуддя – забороні делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими органами (ст. 124 Конституції України [12, с. 37]).

З іншого боку, сама можливість вибору між державним та недержавним судом санкціонується державою [13, с. 25]. Саме державне визнання дерогаційного ефекту арбітражної угоди виключає підсудність спору її державним судам. Примусове виконання арбітражного рішення можливе лише шляхом його визнання державою і подальшого застосування державного виконавчого апарату для його примусового виконання. В Україні відповідно до Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 р., а саме – ст. 390 [14, с. 184], для цілей визнання та виконання іноземне арбітражне рішення прирівнюється до рішення суду іноземної держави. Зрештою, саме від держави залежить сприятливість її внутрішньо-правового середовища для арбітражного вирішення комерційних спорів з іноземним елементом, на що завжди звертається увага сторонами при укладенні арбітражної угоди та виборі місця арбітражу.

Як можна побачити з двох вищенаведених теорій, при доведенні їх переваг дослідники більшою мірою концентруються на певному елементі: прихильники договірної теорії – на арбітражній угоді, прихильники юрисдикційної теорії – на процесі прийняття рішення та самому арбітражному рішенні. Проте це не означає, що дані теорії мають обов'язково виключати одна одну. Визнаючи за міжнародним комерційним арбітражем риси як договірної, так і юрисдикційної теорії, змішана теорія є більш зваженою концепцією сучасного міжнародного комерційного арбітражу. Відповідно до даної теорії хоча арбітраж існує в силу збігу воль сторін, які відображені в арбітражній угоді, але, виходячи з правової природи інституту, арбітраж має характер, що вимагає застосування процесуального права [2, с. 644]. Тобто на різних етапах функціонування арбітражу більше виявляються чи договірний, чи процесуальний елементи. Так, на першому етапі – етапі укладення арбітражної угоди виникають питання дійсності арбітражної угоди, її форми, дієздатності і правоздатності сторін, можливості арбітражу, тобто допустимості об'єкта арбітражної угоди [2, с. 644]. Ці питання вирішуються відповідно до загальних положень договірного права. Проте можливість вільного волевиявлення сторін щодо організації арбітражного розгляду припиняється після його початку, коли сторони мають підпорядковуватися обраному регламенту міжнародного комерційного арбітражу.

У разі виникнення спору, коли сторони передають його на вирішення міжнародного комерційного арбітражу, цим самим настає етап, на якому яскраво виявляється процесуальний характер арбітражу та виникає багато елементів цивільно-процесуальної сфери: висування позовних вимог, доказування, процедура розгляду спору, винесення рішення, його оскарження тощо. Тобто даний етап є дуже схожим на розгляд спору у суді. При розгляді справ арбітр має бути абсолютно неупередженим і не повинен виявляти схильність до однієї зі сторін. Арбітражний розгляд ведеться відповідно до правил процедури третейських судів. Діяльність арбітражу щодо вирішення спору завершується прийняттям рішення, в якому

міститься відповідь по суті спору. Так само закінчується провадження у справі і в державному суді [10, с. 71].

Проте на відміну від можливості перегляду рішення державного суду в апеляційному та касаційному порядку, рішення міжнародного комерційного арбітражу не можна переглянути по суті, а можна лише скасувати за наявності підстав, що, скоріше за все, свідчать про порушення саме порядку та правил прийняття такого рішення. Це означає, що держава місця арбітражу здійснює лише певний контроль над міжнародним комерційним арбітражем, оскільки його організація та процедура визначаються сторонами арбітражної угоди з урахуванням загальних засад арбітражного процесу, встановлених державою місць арбітражу.

«Наймолодшою» є автономна теорія правової природи міжнародного комерційного арбітражу, що набуває популярності особливо у США та західноєвропейських країнах. Суть цієї теорії полягає у тому, що арбітраж є особливим, автономним утворенням, наділеним особливими ознаками, і тому до нього не можуть застосовуватися ані принципи та норми договірного права, ані принципи та норми цивільно-процесуального права [13, с. 30]; його діяльність не повинна обмежуватися законами держави місця арбітражу.

Прихильники теорії автономного характеру арбітражу вважають необхідним визнання таких засад як «денаціоналізація» арбітражу та необмежена автономія волі сторін в обранні правових та процесуальних норм, за допомогою яких арбітраж одержить справжній «наднаціональний» характер, і під час вирішення спорів буде застосовуватися виключно міжнародне торгове право [8, с. 64]. Можна зробити сміливе припущення, що природа міжнародного комерційного арбітражу має відповідати природі lex mercatoria – тобто бути позадержавним, автономним засобом вирішення міжнародних торгових спорів, що має відповідати вимогам міжнародного торгового обороту.

Проте ця теорія вважається досить сумнівною, перш за все, тому, що можливість звернення та сама організація міжнародного комерційного арбітражу повинна забезпечуватися законодавством держав. Інакше без застосування принципів res judicata та lis alibi pendens арбітраж абсолютно втрачає реальну можливість ефективно вирішувати спори. Відокремлення від національних правових систем, на що вказує теорія, переслідує мету швидкого та зручного розгляду спорів, але ускладнює примусове виконання арбітражних рішень в рамках таких національних правових систем.

З іншого боку, така теорія знаходить прихильників серед західних вчених, які вважають, що з огляду на окреме міжнародно-правове (тобто, Нью-Йоркську конвенцію про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р., Європейську конвенцію про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р., Міжамериканську конвенцію про міжнародний комерційний арбітраж 1975 р. та ін.) та національно-правове регулювання (окремі закони про міжнародний комерційний арбітраж, в тому числі створені на основі Типового закону про міжнародний комерційний арбітраж 1985 р.) важко розглядати арбітраж як щось інше, ніж автономну сферу у праві [9, с. 188].

На підтримку вищенаведеної думки зазначимо, що відповідно до Закону України «Про третейські суди» у ст. 1 зазначається [15], що попри те, що за характером і міжнародний комерційний арбітраж, і третейський суд є недержавними засобами вирішення спорів, дія цього закону не поширюється на міжнародний комерційний арбітраж, оскільки перший бере початок із транснаціональних комерційних відносин, в силу чого його регулювання ґрунтується на принципах міжнародного приватного права та звичаях ділового обороту, прийнятих у світовій торговельній практиці, тоді як внутрішні третейські суди регулюються внутрішнім законодавством.

Отже, на основі проведеного аналізу можна стверджувати, що в правовому регулюванні міжнародного комерційного арбітражу в Україні в більшій або меншій мірі присутні риси усіх чотирьох теорій. Враховуючи необхідність врахування як приватних, так і публічних інтересів при такому правовому регулюванні, вважаємо, що саме збалансоване застосування підходів та методів, пропонованих усіма цими теоріями, найбільш ефективно водночас забезпечує стабільність внутрішньодержавного правопорядку та задовольняє потреби міжнародного торгового обороту.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Николюкин С. В.* Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража. Проблемы теории и практики. – М.: Юриспруденция, 2009. – 144 с.

2. *Очерки* международного частного права / Под ред. проф. А. Довгерта. – Х.: ООО «Одиссей», 2007. – 816 с.

3. *Лебедев С. Н.* Международный торговый арбитраж. – М.: Международные отношения, 1965. – 219 с.

4. *Цивільне* право України. Особлива частина : підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 1176 с.

5. *Комаров В. В., Погорецкий В. Н.* Международный коммерческий арбитраж. – Х.: Право, 2009. – 164 с.

6. *Цивільний* кодекс України: текст відповідає офіц. Станом на 1 січня 2011 р. – К., 2011. – 304 с.

7. *Про міжнародний* комерційний арбітраж: Закон України від 24 лютого 1994 р.// Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 2. – С. 198.

8. *Притика Ю. Д.* Міжнародний комерційний арбітраж: питання теорії та практики. Монографія. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. – 516 с.

9. *Born G.* International commercial arbitration. – Bedfordshire: Terpin Distribution Services Ltd, 2009. – 1739 p.

10. *Lynch K.* The forces of economic globalization: Challenges to the regime of international commercial arbitration. – Hague : Kluwer law International, 2003. – 466 p.

11. *Про відмову* у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням державного зовнішньоекономічного підприємства «Славутич-Сталь» щодо тлумачення статті 124 Конституції України і Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»: Ухвала Конституційного Суду України від 14 жовтня 1997 року // Відомості Верховної Ради України. – 1997. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=vz44u710-97&new=1.

12. *Конституція* України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р.: із змінами, внесеними згідно із Законом № 2952–VI від 01.02.2011 // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 10. – Ст. 68. – К.: Велес, 2011. – 49 с.

13. *Бєлоглавек О.* Правовий характер міжнародного арбітражного розгляду у торговельних справах та про-

яви конфліктів між правовими культурами // Право України. – 2011. – № 1. – С. 22–35.

14. *Цивільний* процесуальний кодекс України : чинне законодавство із змінами та допов. станом на 14 червн. 2011 р.: (Офіц. текст). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 204 с.

15. *Про третейські* суди: Закон України від 11 травня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 35. – С. 412.

The article deals with the substance of the main concepts of international commercial arbitration's legal nature, defines advantages and disadvantages of their reasoning of the legal nature of the international commercial arbitration's components, as well as analyses the existence of relevant features of such concepts in the Ukrainian law.

В статье раскрывается содержание основных концепций правовой природы международного коммерческого арбитража, определяются их преимущества и недостатки в отношении обоснования правовой природы составных элементов международного коммерческого арбитража, а также анализируется наличие черт таких концепций в праве Украины.

РОЛЬ СУДУ ЯК СУБ'ЄКТА ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН В УКРАЇНІ ТА АНГЛІЇ

Гарієвська М. Б. ,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права
і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Розглянуто роль суду при здійсненні правосуддя, проаналізовано актуальні доктринальні положення про характер відносин, які виникають між судом та учасниками процесу, звернено увагу на досвід зарубіжних країн і можливості його запровадження у вітчизняну практику.

Ключові слова: суд, повноваження суду, цивільні процесуальні правовідносини, правосуддя.

В умовах формування правової держави та становлення громадянського суспільства в Україні, проведення політики європейської інтеграції суттєво підвищується роль суду в суспільному житті. Виходячи з необхідності подальшого вдосконалення законодавчої бази здійснення цивільного судочинства, науковий інтерес становлять питання правового статусу суду як суб'єкта цивільних процесуальних правовідносин.

Метою дослідження є аналіз ролі суду як головного суб'єкта процесуальних правовідносин та характеру його повноважень, а також встановлення можливості та доцільності врахування зарубіжного досвіду.

При здійсненні правосуддя в цивільних справах суд, учасники цивільного процесу здійснюють чимало процесуальних дій, вступають у відносини між собою. Оскільки зміст процесуальних дій суду, інших суб'єктів процесуальної діяльності, а також порядок їх здійснення регламентовані нормами цивільного процесуального права, то ці відносини набувають форми правових.

Норми цивільного процесуального права, які є необхідними передумовами цивільних процесуальних правовідносин, характеризують цивільні процесуальні правовідносини і з точки зору формулювання суб'єктивних прав та обов'язків їх суб'єктів. Тому доречно звернути увагу на те, що досить-таки часто цивільні процесуальні правовідносини характеризуються як «владовідносини».

Владним характером процесуальні відносини, перш за все, і відрізняються від цивільних, сімейних, трудових та інших матеріальних відносин, які характеризуються рівністю їх учасників. У цивільних процесуальних відносинах немає рівності між судом та іншими учасниками процесу. Вони є відносинами влади і підпорядкування, в яких суд має у своєму розпорядженні владні повноваження, інші ж суб'єкти цих відносин таких повноважень не мають [1, с. 46].

Владний характер повноважень суду не означає, що він виступає лише як носій права, а всі інші учасники процесу – носії обов'язків. Суд наділений не тільки процесуальними правами, а й обов'язками відносно інших учасників процесу. Наприклад, суд зобов'язаний прийняти позовну заяву у цивільній справі, якщо вона подана в порядку, встановленому законом, він зобов'язаний розглянути і задовольнити обґрунтоване клопотання про долучення до справи доказів [1, с. 46].

Згадані твердження перенесені практично в усі підручники з курсу цивільного процесу. Однак їх правильність і практична користь викликають сумніви. О. Т. Боннер цілком обґрунтовано вважає, що при характеристиці цивільних процесуальних правовідносин виявляється деяка однобічність, надмірно підкреслюється владний характер стосунків суду з учасниками процесу. Влада суду в цивільному процесі зводиться в основному до двох моментів:

1) суд і від його імені головуючий керують судовим засіданням;

2) суд здійснює правосуддя в цивільних справах іменем держави, вирішує справи по суті, а судові рішення, що набрали чинності, обов'язкові для всіх державних установ, підприємств, громадських організацій, службових осіб, громадян і підлягають виконанню [10, с. 56].

Особливість процесуальних відносин пояснюється тим, що законом суду відведена головну роль у виконанні завдань, поставлених перед цивільним судочинством. Суд – орган державної влади. Саме на нього закон поклав обов'язок розглядати і вирішувати цивільні справи по суті. Тому суду відведено керівну роль у процесі. Він здійснює керівництво процесом, спрямовує дії всіх учасників процесу, роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, забезпечує виконання ними процесуальних прав і обов'язків, попереджає про наслідки вчинення або не вчинення процесуальних дій, надає особам, які беруть участь у справі, сприяння в реалізації їх прав, створює умови для всебічного і повного дослідження доказів, встановлення фактичних обставин і правильного застосування законодавства при вирішенні цивільних справ, вирішує всі питання, що виникають при розгляді справи. Виходячи з того, що суд є органом влади, то і його повноваження відносно інших учасників процесу носять владний характер [1, с. 46].

Суд керує ходом процесу, спрямовує дії осіб, що беруть участь у процесі, забезпечує виконання та здійснення

ними прав і обов'язків, виносить рішення, які мають владний характер, вирішує матеріально-правовий спір, чим і здійснює захист порушеного або оскарженого суб'єктивного права [5, с. 54]

Керівна роль суду в процесі, владний характер його дій, зміст повноважень і обов'язків визначаються змістом і особливостями норм цивільного процесуального права, які він застосовує. Застосування норм права судом, встановлення обставин, що вимагають правової регламентації, забезпечують законність правосуддя, охорону державних та громадських інтересів [5, с. 55].

Безумовно, заперечувати владне положення суду у державі було б заняттям марним. Однак зводити відносини суду й учасників цивільного процесу тільки до влади й підпорядкування теж неправильно і нереально. Здійснюючи правосуддя, ухвалюючи рішення іменем держави, суд реалізує судову владу. Але треба враховувати, що суд розв'язує головне питання справи не тільки тому, що він вправі робити це. Він зобов'язаний робити це ще й тому, що сторони мають право на правосуддя, тому що вони прагнуть від суду правосуддя, оскільки він зобов'язаний це робити перед державою.

Суд є основним і обов'язковим суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин, оскільки незалежно від присутності інших учасників процесу суд є наявним завжди та саме на нього покладено виконання основного завдання цивільного судочинства – справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд цивільних справ. Наявність у суду владних повноважень не свідчить про підвладне чи підпорядковане становище інших учасників процесу, і зазначені відносини не можна вважати відносинами влади й підпорядкування [7, с. 9].

Однак, говорячи про роль суду в змагальному процесі, Н. І. Клейн зазначає, що суд не є стороннім спостерігачем, він повинен сприяти захисту прав осіб та правопорядку, встановленню матеріальної істини. Для цього йому надаються відповідні повноваження. Таким чином, сучасний процес побудований на основі принципів змагальності та диспозитивності, втручання ж суду (керівництво його процесом) допустимо настільки, наскільки це необхідно для з'ясування матеріальної істини і дотримання встановленої законом змагальної процесуальної форми розгляду і принципу законності [2].

Як видається, про принцип процесуальної активності суду в сучасний період можна повною мірою говорити тільки в тому випадку, якщо в основу тих чи інших процесуальних дій суду законодавець поклав ініціативну можливість їх здійснення органом правосуддя [12].

Активність суду, тобто здійснення судом повноважень за власною ініціативою, слід розглядати у двох головних площинах, у межах яких розвивається вся процесуальна діяльність: 1) сфера управління рухом цивільного процесу (його виникненням, розвитком, переходом з однієї стадії в іншу, закінченням) 2) сфера процесуального пізнання. Перша регулюється принципом диспозитивності, друга – принципами судової істини і змагальності.

Таким чином, процесуальне становище суду прийнято характеризувати як активне, якщо суд здійснює повноваження за власною ініціативою. Отже, активні повноваження суду – це такі його процесуальні обов'язки, яким не кореспондують процесуальні права осіб, що беруть участь у справі і які встановлені законодавцем як гарантія захисту публічних (державних або громадських) інтересів.

Активні повноваження суду характеризуються такими обов'язковими ознаками:

1) мають процесуальний характер, існують у рамках процесуальних відносин;

2) не кореспондують процесуальним правам осіб, які беруть участь у справі;

3) встановлені законодавцем як гарантія захисту публічних (державних та громадських) інтересів [9].

Інтереси суду як головного суб'єкта процесуальних правовідносин не суперечать інтересам інших учасників правовідносин. Суд сам зацікавлений у найповнішій реалізації процесуальних прав усіх суб'єктів процесуальних відносин, що виникли в цивільному судочинстві, оскільки це необхідно для правильного здійснення завдань правосуддя. Не випадково закон зобов'язує суд роз'яснювати особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, попереджати про наслідки здійснення або нездійснення тих чи інших процесуальних дій і сприяти у здійсненні їх прав [1, с. 46].

Суд при цьому виступає як учасник процесуальних відносин, як владний орган, наділений повноваженням вирішувати правові питання, які можуть виникнути у зв'язку з розглядом конкретної справи. Наділяючи суд правом вимагати від учасників процесу в рамках наданих їм процесуальним законодавством повноважень, належної поведінки, держава одночасно з цим встановлює і для самого суду рамки дозволеної поведінки, а також форми відповідальності за невиконання обов'язків. Обсяг прав і обов'язків суду відносно кожного суб'єкта процесуальних відносин встановлено змістом норм цивільного процесуального права відповідно і залежно від цілей участі особи в процесі [5, с. 55].

Про суд як про суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин можна говорити безвідносно до інстанції, оскільки суд конкретної інстанції як суб'єкт цивільного процесуального права при вирішенні цивільної справи втілюється в певний склад суду і стає суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин – з потенційного учасника цивільних процесуальних правовідносин суд певної інстанції перетворюється на реального, у вигляді складу суду [7, с. 9].

Стаття 1 ЦПК України як завдання цивільного судочинства вбачає справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [11]. Це можливе там і тоді, де і коли цивільний суд розглядає і вирішує справу, додержуючись цивільної процесуальної форми, правильно застосовує відповідні норми матеріального права, оцінює докази без стороннього впливу, ухвалює законне та обґрунтоване судове рішення, коли судді не є прямо чи побічно заінтересованими в результаті розгляду справи.

Головний прояв судової влади і здійснення останньої залежить від права учасників процесу, точніше – від здійснення ними свого права. Такий обов'язок суду, що залежить від прав інших учасників процесуальної діяльності, і становить істотну ознаку правовідносин, саме і підтверджує висловлену вище тезу про взаємність прав і обов'язків суду й сторін по конкретній справі. Теза про абсолютність владного початку в цивільних процесуальних правовідносинах спростовується багатьма нормами та

інститутами цивільного процесуального права. Так, згідно зі ст. 3 ЦПК України будь-яка особа вправі в порядку, встановленому законом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод або інтересів [11]. Звідси витікає, що на суд покладається обов'язок прийняти до розгляду заяву заінтересованої особи, якщо вона не порушила встановлений законом порядок звернення до суду. Таке право встановлюється законом і у випадку звернення до вищестоящого суду. Так, ст. 292 ЦПК України встановлює, що сторони та інші особи, які беруть участь у справі, мають право оскаржити в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції. Більше того, таке право ЦПК закріплює і за особами, які не брали участі у справі, якщо суд першої інстанції вирішив питання про їх права і обов'язки [10, с. 41].

Норми цивільного процесуального права, які регламентують усі відносини між судом та особами, які беруть участь у справі, наділяють кожного учасника процесу самостійним комплексом процесуальних прав та обов'язків. Процесуальні права суду пов'язані з його компетенцією, тим самим вони є обов'язками перед державою і суспільством. Не маючи процесуальних прав і не будучи суб'єктом правовідносин, суд не міг би здійснювати свої обов'язки. Від імені суду як суб'єкта процесуальних відносин можуть виступати: суддя одноособово чи колегіальний склад суддів. Деякі права суду носять диспозитивний характер: від його розсуду залежить, викликати чи не викликати свідків, відкласти справу, провести огляд на місці. Процесуальні права осіб, що беруть участь у процесі, відповідають обов'язкам суду. Здійснення процесуальних прав і обов'язків забезпечує об'єктивне і справедливе вирішення цивільних справ. Вступаючи у процесуальні відносини з учасниками процесу, суд, зберігаючи неупередженість, зобов'язаний створювати необхідні умови для всебічного і повного дослідження обставин справи [10, с. 49].

Таким чином, слід визнати, що на сьогодні цивільне процесуальне законодавство містить активні повноваження суду не тільки у вигляді його процесуальних обов'язків, а й у вигляді процесуальних прав, реалізація яких залежить від розсуду суду [13, с. 30].

Характеризуючи суддівський корпус Англії, в першу чергу слід звернути увагу на те, що правосуддя здійснюється не тільки професійними юристами, а й суддями, які не мають юридичної освіти (мирові судді), їх діяльність заохочується як одна з важливих гарантій незалежності суду.

Судді в Англії (які здійснюють свої повноваження на професійній основі) являються не просто державними службовцями. Це особи, які наділені державною владою. Їх суддівсько-владні повноваження ґрунтуються на принципі розподілу влади і доктрині *inherent jurisdiction*. Вони наділяються не тільки правозастосовними, а й правотворчими функціями, які реалізуються в рамках здійснення ними повноважень. Доктрина судового прецеденту суттєво впливає на формування і розвиток права.

Мирові судді, які виконують судові функції, судово-владними повноваженнями не наділені. Вона виступають тільки правозастосовувачами [3, с. 168] .

Щодо обсягу повноважень суддів Англії , то вони не обмежуються тими, які закріплені в статутах та інших актах. Судова влада в Англії характеризується терміном «*inherent jurisdiction*» – повноваження, які надають можливість говорити про наявність у суддів будь-яких повноважень, які належать їм як носіям судової влади першопочатково, незалежно від того, чи закріплені вони в позитивному праві. І в даному випадку вони являються «хазяїнами права» [3, с. 166].

Реформа англійського процесуального права вплинула на зміст таких основних принципів цивільного процесу цієї країни як диспозитивність і змагальність. Для реформованого процесуального законодавства характерно наявність інституту судового управління справою, поширення його на всі суди і різновиди спорів, активізація суддів, відступ від багатовікової схеми, за якою права і обов'язки сторін та інших осіб, які беруть участь у справі щодо розпорядження об'єктом спору і рухом справи, а також можливості та обов'язки по доведенню заявлених вимог і заперечень, залежали переважно від волевиявлень зацікавлених осіб [8, с. 11].

Проведення судової реформи в Англії сприяє зближенню з європейськими стандартами, і, як наслідок цього процесу, нівелюються відмінності між англосаксонською і континентальною системами права.

Аналізуючи статус суддів в Англії та Україні, стверджуємо, що саме наявність у суддів правотворчих функцій свідчить про наділення їх владними повноваженнями.

Отже, діяльність суду здійснюється за правилами (нормами), що становить систему цивільного процесуального права, а кожна з процесуальних норм, будучи загальною до обов'язкових правил поведінки учасника процесу, визначає не тільки його обсяг прав і обов'язків, а й способи і засоби впливу на його поведінку (волю), тобто справляє на нього виховний вплив. Реалізація процесуальних правил (норм) забезпечує встановлену законами необхідну поведінку суб'єктів процесуальних відносин, сприяє формуванню у них шанобливого ставлення до права і суду [10, с. 52].

Правосуддя є формою реалізації судової влади, способом і засобом її прояву та розглядається в поєднанні із судовою владою як форма здійснення останньої. Судова влада визначається як правовідношення, в якому один суб'єкт підкоряється велінню іншого, а у випадку непідкорення останній (суд) може застосувати примус. Може видатись, що в процесуальних відносинах суд виступає тільки уповноваженим суб'єктом, але це не так – суд несе обов'язок по здійсненню правосуддя перед державою, яка наділила його повноваженнями і обов'язками по реалізації своїх повноважень перед особами, які беруть участь у справі. Права суду виступають одночасно і його обов'язками як перед учасниками цивільного процесу, так і перед державою є здійснення судом своїх повноважень [6, с. 9].

Таким чином, природа цивільних процесуальних правовідносин значно складніша, ніж відносини влади й підпорядкування між судом та іншими учасниками процесу. І не переконують тут тези про те, що суд керує ходом процесу, вирішує клопотання сторін, вирішує справу тощо. Як ми вже зазначали, це не тільки його права, а й обов'язки, причому і перед державою, і перед учасниками процесу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Борисова Е. А.* Гражданский процесс : [учебн.]. / [Борисова Е. А., Иванова С. А., Кудрявцева Е. В. и др.] ; под ред. М. К. Треушникова. – М. : Городец-издат, 2003. – 720 с.

2. *Глазкова М. Е.* Пределы активности суда в состязательном процессе / М. Е. Глазкова. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.litkafe.ru/7934-predely-aktivnosti-suda-v-sostjazatelnom-processe.html.

3. *Гражданский процесс* зарубежных стран : [учеб. пособ.] / [Алехина С. А., Давтян А. Г., Мирзоян М. Э., Кулакова В. Ю.]. – М. : ТК Велби, Проспект, 2008. – 480 с.

4. Гражданский процесс : [учебн.] / Под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. – [изд. третье, перераб. и доп.]. – М. : ПБОЮЛ Гриженко, 2001. – 544 с.

5. *Калмацкий В. С.* Гражданское процессуальное право : [учеб. пособ.] / Калмацкий В. С., Медведев Ю. В. – Уфа : РИО БашГУ, 2003 – 308 с.

6. *Козлова Н. В.* Полномочия суда первой инстанции в исковом производстве : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Козлова Наталья Владимировна. – Саратов, 2000. – 161 с.

7. *Колісник О. В.* Суд як суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процес, сімейне право; міжнародне приватне право» / О. В. Колісник. – Х., 2008. – 20 с.

8. *Кудрявцева Е. В.* Современная реформа английского гражданского процесса : автореф. дис. на соискание уч. степени док. юрид. наук : спец. 12.00.15. «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / Е. В. Кудрявцева. – М., 2008. – 52 с.

9. *Тимченко Г.* Гражданский процесс и проблема активности судов. Часть четвертая / Г. Тимченко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://yajurist.info/sudebnaya-praktika/grazhdanskij-process-i-problema-aktivnosti-sudov4.html.

10. Цивільне процесуальне право України : [підруч. для юрид. вузів і фак.] / [Комаров В. В., Тертишніков В. І., Пушкар Є. Г. та ін.] ; за ред. В. В. Комарова. – Х. : Право, 1999. – 592 с.

11. *Цивільний процесуальний* кодекс України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

12. *Чесовской Е.* Принцип процессуальной активности суда в гражданском судопроизводстве / Е. Чесовской. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lawmix.ru/comm/3796/.

13. *Чистякова О.П.* Проблема активности суда в гражданском процессе РФ : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Чистякова Ольга Петровна. – Москва, 1997. – 195 с.

The role of the court in administering justice, analyzed the current doctrinal position of the nature of relations that arise between the court and players, drawn attention to the experience of foreign countries and possibility of its implementation in domestic practice.

Рассмотрена роль суда при осуществлении правосудия, проанализированы актуальные доктринальные положения о характере отношений, возникающих между судом и участниками процесса, обращено внимание на опыт зарубежных стран и возможности его внедрения в отечественную практику.

ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ: ДОСВІД ЄС ТА ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

Черняк О. Ю.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Досліджено особливості альтернативних способів вирішення спорів за участю споживачів за законодавством України та Європейського Союзу, окреслено практику застосування таких способів у світі, а також шляхи їх запровадження в Україні.

Ключові слова: захист прав споживачів, альтернативні способи вирішення спорів, третейський суд, медіація.

Здійснюючи свої права, споживач досить часто змушений їх захищати від порушення з боку продавців (виробників, виконавців) та інших осіб. Надання споживачам прав, не забезпечених необхідними засобами захисту, варто було б розцінювати як декларацію, що розрахована на добровільну повагу з боку інших суб'єктів. Тому, визнаючи за суб'єктами цивільних правовідносин певні права, цивільне законодавство визнає за уповноваженими суб'єктами також і право на їх захист.

Здійснення споживачами своїх прав на захист може здійснюватися шляхом вчинення ними дій, передбачених законом або договором, спрямованих на усунення порушення та його наслідків. Порушення прав споживачів є підставою здійснення суб'єктивного права на захист. Здійснення права на захист цивільного права та інтересу залежить від вільного вибору особи, право якої порушено [1, с. 65].

При виникненні спорів щодо захисту прав споживачів більшість споживачів неохоче звертаються до офіційних судових органів, особливо коли вартість предмета спору невисока. Відповідно, у країнах ЄС популярними є альтернативні способи вирішення спорів, які використовуються для вирішення спорів між споживачами та підприємствами. На жаль, в Україні альтернативні способи вирішення спорів щодо захисту прав споживачів не досить поширені, тому виникає необхідність дослідження цього питання та надання певних рекомендацій та пропозицій для його забезпечення.

Питанням захисту прав споживачів в цілому, а також альтернативним способам вирішення спорів за участю споживачів присвячено велику кількість робіт, що обумовлено об'єктивними факторами, зокрема, гостротою проблем, що виникають, колом суб'єктів, інтереси яких є предметом охорони та захисту з боку держави. При цьому слід зазначити, що основна маса досліджень присвячена коментуванню чинного законодавства [2, с. 687; 3], дослідженню і аналізу окремих проблем [4, с. 76; 5; 6, с. 146 – 152; 7, с. 790 – 792; 8, с. 88 – 96], теоретичні ж аспекти в науковій літературі висвітлено, на наш думку, недостатньо.

У **Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів** [9] зазначається, що основною її метою є забезпечення становлення в Україні судівництва як єдиної системи судового устрою та судочинства, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і гарантує право особи на справедливий суд. Завданнями Концепції, що випливають з її мети, є: створення можливостей для розвитку альтернативних (позасудових) способів розв'язання спорів.

Законодавча база України надає можливість розвивати та реформувати інститути, безпосередньо пов'язані з реалізацією права на судовий захист. Так, Цивільний процесуальний кодекс України [10] і Господарський процесуальний кодекс України [11] регулюють укладання мирової угоди. І, з точки зору захисту прав споживачів, цей підхід може бути ефективнішим за традиційний судовий розгляд справи. Тим більше, що споживачів, зазвичай, відлякує складність та формалізованість судового процесу, значні матеріальні та часові затрати. Як наголошується в Концепції, держава повинна сприяти розвитку таких недержавних інституцій як третейські суди, посередники (медіатори) тощо, які допомагають залагодити спір, не доводячи його до суду.

У країнах ЄС популярними є альтернативні способи вирішення спорів, які використовують для вирішення спорів між споживачами та підприємствами. Альтернативні способи вирішення спорів в межах ЄС отримали широке загальноєвропейське визнання; подібні механізми підтримали усі держави–члени ЄС у рамках Європейської мережі споживчих центрів (колишня Європейська позасудова мережа), в тому числі й рекомендаціями стосовно мінімальних стандартів у альтернативних способах вирішення спорів [12]. В Україні існують зародки системи альтернативних способів вирішення спорів, які називаються третейськими судами, разом із тим змінами, внесеними до Закону України «Про третейські суди», було вилучено із підвідомчості вказаних судів щодо розгляду спорів у сфері захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки) [13].

На жаль, з цим важко погодитись, адже запропоноване у Законі формулювання самого вилучення «справ у спорах щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки)» з підсудних третейським судам справ викликає багато питань.

У багатьох розвинутих країнах, в тому числі й в країнах ЄС, спори між споживачами товарів (робіт і послуг) та відповідними виробниками чи продавцями товарів, виконавцями робіт чи надавачами послуг підсудні третейським судам. І споживач не позбавлений правової можливості зробити вибір на користь третейського розгляду як більш швидкого та ефективного способу вирішення спорів. Головне, щоб такий вибір було зроблено усвідомлено та добровільно.

Дотримання цього принципу забезпечено, в тому числі положеннями Директиви 93/13/ЄЕС [14] про несправедливі умови у споживчих договорах, яка встановлює мінімальний стандарт захисту прав споживачів від несправедливих умов, нав'язаних їм у договорах продавцями товарів чи надавачами послуг.

Так, за загальним правилом, умова договору зі споживачем, яка не була погоджена з ним окремо, вважається несправедливою, якщо всупереч вимогам добросовісності вона призводить до значного дисбалансу договірних прав та обов'язків на шкоду споживача. Важливим наслідком кваліфікації тієї чи іншої умови як несправедливої є те, що вона не матиме обов'язкової сили для споживача без шкоди для дії інших положень контракту, якщо вони можуть продовжувати діяти без таких несправедливих умов. Не вдаючись до глибокого аналізу Директиви 93/13/ЄЕС, для цілей цієї статті зазначимо, що в додатку до вказаної директиви міститься орієнтовний перелік договірних умов, які можуть вважатися несправедливими. Останніми у цьому переліку зазначені умови, які стосуються обмежень процесуальних прав споживача та, зокрема, вимагають від нього передавати спори з договору виключно на вирішення арбітражу, не передбаченого правовими нормами. Практика застосування цих приписів національними судами та Судом ЄС свідчить про ефективність такого механізму захисту прав споживачів, в тому числі в питаннях, пов'язаних з належним укладанням третейських застережень у договорах з продавцями товарів чи надавачами послуг. Цікаво, що ст. 18 Закону України «Про захист прав споживачів» також містить положення щодо несправедливих умов договорів та визнання їх недійсними, при розробці яких очевидно використовувалася Директива 93/13/ЄЕС. Щоправда, використовувалась вона дещо вибірково, а тому питання укладання третейських застережень у законі вирішені не були. І хоча наведений у ст. 18 Закону України «Про захист прав споживачів» [15] перелік не є вичерпним, визнавати третейське застереження несправедливою та, відповідно, недійсною умовою договору може бути доволі проблематично.

Тим більше, що практика українських судів з розгляду спорів у сфері надання фінансових послуг розвивається зовсім в іншому напрямі. Так, у Листі Верховного Суду України «Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин (2009 – 2010)» від 07.10.2010 р. [16], серед іншого, зазначається, що «застосування Закону України «Про захист прав споживачів» до спорів, які виникають з кредитних правовідносин, можливе у тому разі, якщо предметом і підставою позову є питання надання інформації споживачеві про умови отримання кредиту, типи відсоткової ставки, валютні ризики, процедуру виконання договору тощо, які передують укладенню договору. Після укладення договору між сторонами виникають кредитні правовідносини, тому до спорів щодо виконання цього договору цей закон не може застосовуватись, а застосуванню підлягає спеціальне законодавство у системі кредитування».

Слід відмітити, що альтернативні способи вирішення спорів не замінюють і не можуть замінити судову систему, а завжди будуть існувати паралельно з нею як допоміжна система, що сприяє своєрідному фільтруванню спорів. Одним із завдань альтернативних способів вирішення спорів можна вважати вирішення якомога більшої частини загальної маси спорів для розвантаження судової системи загальної юрисдикції. З цієї позиції поняття «альтернативні способи вирішення спорів» слід застосовувати для характеристики процедур вирішення спорів, відмінних від судового розгляду [17, с. 55].

На сьогодні не можна вказати на визначену кількість альтернативних способів вирішення спорів. Так, в одних країнах їх може бути 5–6, в інших 10–12, американські юристи в даний час нараховують близько двадцяти різних

процедур врегулювання спорів [18, p. 19]. Це пов'язано з тим, що альтернативні способи вирішення спорів мають певну специфіку застосування, і окремі методи можуть використовуватись як самостійні або у поєднанні з іншими. Виходячи з цього, всі альтернативні способи вирішення спорів можна розподілити на основні та комбіновані.

У літературі до основних альтернативних способів вирішення спорів відносять [19]: переговори (*negotiation*), посередництво (*mediation*), третейський суд (*arbitration*). Критеріями для такого розподілу є участь в урегулюванні розбіжностей третьої особи та її повноваження. Елементи цих трьох «чистих» видів є складовою частиною інших методів. Так, переговори майже завжди мають місце в будь-якому іншому альтернативному способі вирішення спорів, а посередництво часто використовується як попередня процедура до початку судового розгляду [17, с. 55].

На сьогодні українській правовій практиці відомі такі позасудові форми врегулювання і вирішення цивільно–правових спорів: переговори, претензійний порядок, посередництво, третейський суд. Ці способи характеризуються загальними ознаками: добровільність застосування; незалежність від судової системи; конфіденційність процедур; добровільність виконання досягнутих угод.

Дослідивши досвід країн СНД щодо альтернативних способів вирішення спорів, можемо стверджувати, що така практика є і дає досить вагомі результати. Наприклад, у звіті Національної Ліги споживачів Казахстану за 2008 рік зазначено, що за вказаний період діяльності ліга шляхом здійснення медіації повернула споживачам у досудовому порядку близько 85 млн. тенге (понад 700 тис. доларів), у судовому порядку відшкодовано 453 млн. тенге (3 775 000 доларів) матеріальної шкоди та понад 8 млн. тенге (понад 60 тис. доларів) моральної шкоди.

За останні місяці 2008 року завдяки діяльності Ліги споживачів Казахстану в досудовому порядку споживачам неякісних товарів і послуг повернуто близько 2 млн. тенге, у судовому порядку відшкодовано понад 8 мільйонів тенге матеріальної шкоди й близько 100 тис. тенге моральної шкоди. У зазначений період надійшло понад 2 700 скарг від споживачів. Половина звернень пов'язана із придбанням неякісної техніки, відмовою сервісних центрів від гарантійного обслуговування, наданням неякісних медичних і освітніх послуг населенню. Велика кількість скарг надійшла на роботу постачальників комунальних послуг і кооперативів власників квартир, неякісну установку пластикових вікон, низьку якість бензину на АЗС і т. д. [20].

Можливість адекватного сприйняття застосування вирішення спорів шляхом третейського розгляду ускладнювалась чинником збільшення кількості зловживань з боку продавців (виконавців, виробників) щодо зазначення у договорах можливості вирішення спорів третейським судом. Так, за 2008–2009 роки на території України розглядалось 11 справ щодо визнання недійсною третейської угоди, укладеної у вигляді третейського застереження у договорі[1]. Саме це і стало причиною внесення відповідних змін до законодавства про третейські суди. Разом із тим необхідно зазначити, що таке обмеження прав споживача є неприпустимим, оскільки повністю виключає можливість звернення до третейських судів по вирішенню спорів у цій сфері.

Повертаючись до питань особливостей правового регулювання альтернативних способів вирішення спорів в законодавстві ЄС, необхідно зазначити, що такі способи можуть помітно відрізнятися у різних країнах – членах ЄС. Для забезпечення легкого доступу до альтернативних методів вирішення спорів за ініціативою Європейської Комісії у 2001 році було засновано Європейську позасудову мережу – EEJ–Net. До складу EEJ–Net увійшло 15 країн – членів ЄС, а також Норвегія та Ісландія. У мережі було створено контактні пункти та органи альтернативних методів вирішення спорів. Серед завдань контактних пунктів стало інформування споживачів про чинні органи альтернативних методів вирішення спорів, надання допомоги споживачам у формулюванні заяв, а також у співпраці з контактними пунктами у країні розміщення продавця, пошук належного органу для розв'язання конфліктів. У 2005 році мережа EEJ–Net об'єдналася з мережею «Європейські споживчі центри» (*European Consumer Centre* – ECC) і нині носить назву «Мережа європейських споживчих центрів» (*European Consumer Centre Network*, ECC–Net).

Європейська Комісія активно підтримує розвиток альтернативних методів розв'язання спорів. Дві рекомендації, ухвалені Європейською Комісією, встановлюють критерії якості, які кожна схема альтернативних методів вирішення спорів має надавати користувачам. Окрім того, пропозиції, внесені Комісією до Європейської директиви щодо посередництва у громадянських і комерційних справах, спрямовані на забезпечення повноцінних зв'язків між процесом посередництва та судовими процедурами через утворення спільних правил ЄС стосовно низки ключових аспектів громадянського судочинства.

Багато проблем, з якими стикаються споживачі, можуть бути розв'язані шляхом примирення, причому безкоштовно, через безпосереднє звернення до продавця чи постачальника послуг. Європейська Комісія розробила спеціальну форму подання скарг, яка має допомогти як покупцям, так і продавцям у вирішенні спорів між ними. Цю форму можна застосовувати для вирішення спорів з постачальниками з будь-якої країни Європейського Союзу; її перекладено на 11 мов [22]. У 2008 році ECC було прийнято понад 62 000 заяв споживачів щодо порушення їх прав, що на 22 % перевищує кількість заяв порівняно з попереднім роком. В 2008 році найбільші проблеми були пов'язані з авіаперевезеннями, розважальними послугами, послугами готелів і ресторанів. Кількість скарг у цих сферах значно зросла, що свідчить про необхідність удосконалення правового регулювання цих сфер.

Електронна комерція є ще однією сферою, що вимагає особливої уваги з боку ECC, оскільки в 2008 році майже половина заяв була пов'язана з порушеннями в цій сфері [23].

З метою розвантаження судів потрібно розвивати альтернативні (позасудові) способи врегулювання спорів, а також створювати умови для стимулювання дешевших і менш формалізованих способів їх врегулювання. У **Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів** [9] підкреслюється важлива роль медіації. **Медіація –** діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу і врегулювання спору само-

[1] Інформація за даними, викладеними на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Search.

стійно самими учасниками. Основою медіації є діалог сторін, в якому бере участь медіатор, сприяючи налагодженню конструктивного обговорення, дослідженню справи і варіантів досягнення згоди та прийняттю оптимального для обох сторін рішення. Ефективність медіації тісно пов'язана із вміннями та навичками медіатора, який має володіти знаннями з психології, економіки, юриспруденції, знатися на техніці медіації. Важливо, щоб медіатор отримав всю необхідну і навіть конфіденційну інформацію у справі, але при цьому залишався нейтральною ланкою.

Серед позитивних рис медіації відмітимо такі:

– активна участь сторін у вирішенні спору,

– допомога кваліфікованого спеціаліста-медіатора,

– кожна зі сторін у будь-який момент може звернутися до суду,

– остаточне рішення оформляється письмово сторонами (договір) і набуває обов'язкового характеру,

– швидке розв'язання спору.

В Україні помітно зростає зацікавленість у послугах медіаторів, але більше зі сторони власників бізнесу. Споживачі ще недостатньо знайомі з цим достатньо ефективним альтернативним механізмом захисту своїх прав. В країнах ЄС значна кількість конфліктів вирішується саме за допомогою професійних медіаторів. Вони були б особливо корисними у розгляді групових спорів, так, в нашій країні вже створено недержавні організації: Асоціація груп медіації України, Український центр порозуміння, які підтримують розвиток медіації [24, с. 20 – 23].

На нашу думку, з метою поширення в Україні альтернативних способів вирішення спорів, необхідно інформувати громадськість про переваги альтернативних способів захисту прав порівняно з судовим механізмом. Звернення до суду бажано використовувати як винятковий спосіб врегулювання юридичного спору [20].

У становленні інституту альтернативних способів захисту прав споживачів значну роль можуть відіграти представники засобів масової інформації, які будуть не тільки поширювати інформацію про позасудові способи розгляду групових позовів, а й матимуть нагоду висвітлювати безпосередньо ці процеси. Важливо підвищити рівень поінформованості громадян (як споживачів, так і власників бізнесу) з питань захисту їх прав та інтересів, з метою подальшого впровадження і активного розвитку ефективних способів досудового вирішення спорів.

Підсумовуючи, зазначимо, що правове регулювання альтернативних способів вирішення спорів у сфері захисту прав споживачів є досить недосконалим. Загальні положення про такі способи, зафіксовані у законодавстві, деякою мірою не збігаються із нормами, викладеними у законодавстві щодо захисту прав споживачів, і тому потребують приведення у відповідність із обов'язковим застосуванням практики ЄС в цій сфері.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Осетинська Г. А.* Цивільно–правовий захист прав споживачів за законодавством України: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Осетинська Ганна Анатоліївна. – К., 2006. – 220 арк.

2. *Комментарий* к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. О. Н. Садикова. – М., 1998. – 1124 с.

3. Комментарий к Закону Российской Федерации «О защите прав потребителей» (постатейный) / Под ред. А. М. Эрделевского. – М., 2002. – 382 с.

4. *Іваненко Л.* Реалізація права споживачів на придбання товару належної якості / Л. Іваненко, О. Язвінська // Право України. – 2003. – № 8. – С. 73 – 77.

5. *Опрышко В. Ф.* Качество продукции: управление и право / В. Ф. Опришко. – К.: Вища школа, 1982. – 224 с.

6. *Парамонова А. М.* Компенсация морального вреда, причиненного товаром ненадлежащего качества / А. М. Парамонова // Актуальные проблемы правовой науки. Выпуск 1. – Архангельск : Поморский государственный университет им. М. В. Ломоносова, 2000. – С. 146 – 152.

7. *Проскурина Е. В.* Информация о товаре как одна из составляющих его качества / Е. В. Проскурина // Российская академия юридических наук. Научные труды. Выпуск 3. Том 1. – М. : Юрист, 2003. – С. 790 – 792.

8. *Чапкевич Л. Е.* Качество и безопасность потребительских товаров: эволюция правового регулирования / Л. Е. Чапкевич // Адвокат. – 2005. – № 7. – С. 88 – 96.

9. *Про Концепцію* вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.

10. *Цивільний* процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 16. – Ст. 1088.

11. *Господарський* процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

12. *Alternative* Dispute Resolution: out of court [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr.

13. *Про внесення* зміни до статті 6 Закону України «Про третейські суди» щодо підвідомчості справ у сфері захисту прав споживачів третейським судам: Закон України від 03.02.2011 р. № 2983–VI // Офіційний вісник України. – 2011. – № 16. – Ст. 647.

14. *Council* Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts // Official Journal. – L 95. – 21.04.1993. – P. 29 – 34.

15. *Про захист* прав споживачів : Закон України (в редакції від 01. 12. 2005 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 7. – Ст. 84.

16. *Узагальнення* судової практики розгляду цивільних справ, які виникають з кредитних правовідносин (2009 – 2010 роки) від 07.10.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sudpraktika.in.ua/uzagalnennya-sudovo%D1%97-praktiki-rozglyadu-civilnix-sprav-yaki-vinikayut-z-kreditnix-pravovidnosin-2009-2010-roki/.

17. *Притика Ю. Д.* Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді: дис. … док. юрид. наук : 12.00.03 / Притика Юрій Дмитрович. – К., 2006. – 632 арк.

18. *Arnold T.* Why ADR? / T. Arnold // Alternative Dispute Resolution: How to Use it Your Advantage. – ALI – ABA course of study, 1996. – 56 p.

19. *Фалькович М. С.* Альтернативные средства урегулирования споров в США / М. С. Фалькович // Хозяйство и право. – 1998. – № 1. – С. 24 – 25.

20. *Отчет за 2008 г.* Лиги потребителей Казахстана [Электронный ресурс] – Режим доступа : http://potrebitel.kz/static/za_2008_year.html.

21. *Інформація* за даними, викладеними на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Search.

22. *The European* Consumer Centres Network (ECC-Net) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/consumers/redress_ cons/index_en.htm#joint.

23. *European* Consumer Centre Network (ECC-Net) Annual Report [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/consumers/ redress_cons/docs/ecc_annual_report_2008_en.pdf.

24. *Гуржеєва Н.* Захист невизначеного кола споживачів в ЄС та в Україні / Н. Гуржеєва. – К. : Спільнота споживачів та громадські об'єднання, 2009. – 106 с.

In this paper the author studied the features of alternative methods of resolving disputes involving consumers under the laws of Ukraine and the European Union, outlines the practical application of such methods in the world, and how their implementation in Ukraine.

Исследованы особенности альтернативных способов разрешения споров с участием потребителей по законодательству Украины и Европейского Союза, очерчена практика применения таких способов в мире, а также пути их внедрения в Украине.

ПОСТТАНАТИВНІ ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА ФІЗИЧНИХ ОСІБ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Посикалюк О. О.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено порівняльно-правовому дослідженню посттанативного захисту особистих немайнових прав фізичних осіб. Охарактеризовано особливості посттанативних особистих немайнових прав фізичних осіб у праві Франції, Німеччини, США та Великої Британії. Проаналізовано наукові підходи щодо визначення темпоральних рамок посттанативного захисту особистих немайнових прав фізичних осіб.

Ключові слова: особисті немайнові права фізичних осіб, посттанативний захист, порівняльне цивільне право, цивільне право Французької Республіки, цивільне право Федеративної Республіки Німеччини, право Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії, право Сполучених Штатів Америки.

Особисті немайнові права в силу своєї особистісності припиняються зі смертю особи-носія та не допускають правонаступництва, як сингулярного, так і універсального. Разом з тим після смерті фізичної особи, з одного боку, залишається ціла низка об'єктів, пов'язаних з її особистістю: особисті папери, фото, відео, аудіо та інші форми відображення особистості, пам'ять про померлого в окремих осіб та суспільства в цілому; з іншого боку, у певного кола суб'єктів, зокрема у близьких родичів померлого, виникає інтерес щодо зберігання, відтворення та використання таких об'єктів. Питання щодо визначення правового режиму таких об'єктів та можливості правового захисту вказаних інтересів вже ставали предметом наукового дослідження, нормативного закріплення та судового тлумачення як у вітчизняному праві, так і в інших системах приватного права.

Теоретичне підґрунтя нашого дослідження становлять праці науковців, присвячені посттанативному захисту особистих немайнових прав фізичних осіб, серед яких праці цивілістів радянського періоду (Л. О. Красавчикової, М. М. Малєїної, К. А. Флєйшиц), вітчизняних науковців (Р. О. Стефанчука, В. І. Бобрика), так і здобутки іноземних науковців (Л. Брандейс, У. Проссер, С. Уоррен, А. Вестін, Х.-Й. Шрамм, Я. Шапп, Х. Беверлі-Сміт, А. Лаптер, Є. Ложаї) та інші. Разом з тим необхідно вказати на відсутність порівняльно-правового дослідження посттанативного захисту особистих немайнових прав фізичних осіб.

Завданням дослідження є визначення сутності та особливості посттанативного захисту особистих немайнових прав фізичних осіб у праві Франції, Німеччини, США та Великої Британії.

У Франції загальновизнаним є те, що родичі померлого можуть звернутися до суду з позовом про захист доброї пам'яті про померлого чи своїх почуттів, приміром, від поширення про померлого неправдивої інформації [1, с. 544]. Проте правова природа такої можливості родичів померлого не має однозначного розуміння та знаходить спроби свого пояснення з точки зору, принаймні, трьох концепцій: 1) одні автори стверджують, що в даному випадку має місце правонаступництво особливого виду; 2) окремі науковці пояснюють вказану можливість родичів померлого наявністю специфічних відносин представництва; 3) більшість науковців вважає, що зазначена можливість ґрунтується на окремому суб'єктивному цивільному праві родичів померлого – посттанативному особистому немайновому праві, яке спрямоване на захист їх особистісної сфери [2, с. 201–202]. На нашу думку, остання позиція є більш виправданою, оскільки перші дві мають серйозні методологічні неузгодженості. По-перше, особисті немайнові права, як вже було сказано, не допускають правонаступництва, оскільки в силу нерозривного зв'язку із особою-носієм припиняються зі смертю останньої. По-друге, відносини представництва передбачають обов'язкову наявність особи, яку представляють, але з моменту смерті фізичної особи припиняється її правосуб'єктність. Подібні висновки підтверджує й французька судова практика [3]. Таким чином, посттанативне особисте немайнове право характеризується тим, що виникає після та внаслідок смерті фізичної особи у її близьких родичів та спрямоване на захист доброї пам'яті померлого.

У Німеччині концепція посттанативних особистих немайнових прав (*postmortales Persönlichkeitsrecht*) набула достатнього розроблення. Німецька судова практика здійс-

нює посттанативний захист особистих немайнових прав протягом усієї ґенези їх нормативно-правового закріплення, ілюстрацією чого може слугувати справа Бісмарка, що згадувалась. Також необхідно враховувати, що інтереси з приводу вказаних вище об'єктів можуть мати як немайновий (збереження доброї пам'яті про померлого), так і майновий зміст (використання імені як торгової марки). Академічними прикладами в цьому контексті можуть вважатися два таких судових рішення. Зокрема, у справі про заборону публікації книги «Мефістофель», в якій під вигаданим ім'ям на основі реальних подій розповідається про життя відомого актора, який на час розгляду справи помер, до та під час нацистського панування. Федеральний Конституційний Суд зазначив, що положення ст. 1 та 2 Основного Закону охороняють гідність як таку, а тому повага до гідності людини повинна бути захищена навіть після її смерті [4]. Поряд з цим визнається потреба у захисті інтересів комерційного використання ознак особистості після смерті особи-носія. Так, Федеральний Верховний Суд задовольнив позов дочки та єдиної спадкоємиці Марлен Дітріх про компенсацію шкоди, завданої неправомочним використанням ознак особистості її матері в комерційних цілях, зазначивши при цьому, що елементи загального особистого немайнового права, які мають комерційну цінність, не перебувають у нерозривному зв'язку з особою-носієм, не припиняються з її смертю, а тому потребують правового захисту спадкоємцями померлої особи [5]. У теперішній час в Німеччині посттанативні особисті немайнові права охоплюють здійснення поховання, трансплантацію органів, дослідження причин смерті та їх таємницю, використання імені померлої особи в найменуванні юридичної особи тощо [6, с. 184]. Більше того, окремі посттанативні особисті немайнові права закріплюються на законодавчому рівні, наприклад, ст. 22 Закону про охорону творів мистецтва встановлює право родичів померлої особи надавати згоду на використання її зображення.

Хоча посттанативні права отримали своє відображення у законодавстві Німеччини та застосування у судовій практиці, їх методологічне підґрунтя залишається недостатньо визначеним. З цього приводу виділяють, принаймні, три підходи: посттанативні права пояснюються як суб'єктивні права родичів померлої особи; посттанативний захист особистих немайнових прав аргументується тим, що окремі з них не припиняються зі смертю особи-носія та переходять до її родичів; особисті немайнові права як такі припиняють своє існування в момент смерті особи-носія, а посттанативний захист особистості заснований на обов'язку держави забезпечувати охорону пам'яті про померлу особу [2, с. 127–128]. Кожен із зазначених поглядів має свою наукову цінність, але все ж таки найбільш виправданою видається позиція, відповідно до якої посттанативні права розуміються як суб'єктивні цивільні права.

Німецька цивілістика визначає такі характерні риси посттанативних особистих немайнових прав. По-перше, посттанативні права спрямовані на захист доброї пам'яті про померлу особу. При цьому потрібно вказати, що, незважаючи на те, що переважна більшість судових справ щодо посттанативного захисту пов'язана з особами, що були відомими у суспільстві, такий захист стосується будь-якої фізичної особи [6, с. 182]. По-друге, посттанативні особисті немайнові права своїм змістом охоплюють також можливість комерційного використання ознак особистості померлої особи. По-третє, посттанативні права характеризуються спеціальним суб'єктом. Наприклад, німецька правова думка виділяє три категорії таких суб'єктів: близькі родичі померлої особи, незалежно від того, чи виступають вони спадкоємцями останньої – можуть вимагати захисту від поширення про померлу особу неправдивих відомостей; спадкоємці померлої особи – до них в порядку спадкування переходять майнові вимоги, пов'язані із комерційним використанням ознак померлої особистості [7, с. 110]; інші особи, в тому числі юридичні, які мають охоронюваний законом інтерес щодо захисту спадщини та доброго імені померлої особи [8, с. 113–114]. В окремих випадках німецький законодавець чітко визначає перелік суб'єктів посттанативних прав, зокрема, ст. 22 Закону про охорону творів мистецтва до родичів, які мають право надавати згоду на використання зображення померлої особи, відносить іншого з подружжя, дітей, а у разі їх відсутності – батьків померлої особи. Разом з тим немає чітко визначеної черговості, в якій суб'єкти посттанативних прав можуть звертатися до суду, більше того, допустимим є об'єднання їх вимог чи виступ через спільного представника. По-четверте, у разі порушення посттанативних особистих немайнових прав можливим є застосування цивільно-правових способів захисту. Серед способів, спрямованих на попередження та припинення порушення права, слід назвати встановлення судом заборони на оприлюднення, публікацію чи подальше поширення неправдивої чи такої, що принижує репутацію, інформації. При застосуванні компенсаційно-відновлюваних способів захисту необхідно дотримуватись диференційованого підходу щодо майнової та моральної шкоди. Майнова шкода, завдана неправомочним комерційним використанням ознак особистості померлої особи, має бути відшкодована її правонаступникам [5], проте моральна шкода може бути компенсована лише особі, якій було завдано шкоду, а її родичі не мають права отримання такої компенсації [8, с. 114]. Тому в контексті посттанативного захисту родичі померлої особи можуть звертатися до суду з вимогою про компенсацію моральної шкоди, лише якщо така шкода завдана їм особисто, внаслідок завданих їм страждань, пов'язаних із порушенням посттанативних особистих немайнових прав. По-п'яте, посттанативні права характеризуються темпоральними рамками свого захисту. Безумовно, що посттанативні права не можуть охоронятися безстроково, більше того, потреба в їх захисті з часом зменшується у зв'язку із згасанням суспільної пам'яті та інтересу. Разом з тим визнається, що неможливо встановити загальний строк посттанативного захисту, який повинен визначатися з урахуванням обставин кожної конкретної справи, а саме: глибини втручання, ступеня відомості померлої особи тощо [6, с. 182]. Зокрема, Федеральний Верховний Суд у рішенні по справі Еміля Нольде зазначив, що неможливо встановити фіксовані часові рамки посттанативного захисту особистих немайнових прав. Оскільки Нольде належить до найвідоміших німецьких художників-експресіоністів, а також враховуючи тяжкість порушення, суд визнав, що посттанативне право не припинилось, незважаючи на те, що минуло понад тридцять років після його смерті. Одночасно посттанативний захист комерційних інтересів, пов'язаних із загальним особистим немайновим правом, не може перевищувати в часі посттанативний

захист немайнових інтересів [5]. При цьому межі захисту окремих посттанативних прав знаходять своє легальне встановлення на законодавчому рівні. Наприклад, право родичів померлої особи надавати згоду на використання зображення останньої обмежується строком в десять років після її смерті відповідно до ст. 22 Закону Федеративної Республіки Німеччина про охорону творів.

США також відомий посттанативний захист особистісної сфери фізичної особи, але при цьому по-різному підходять до права на приватність та права на комерційне використання ознак особистості. Право на приватність, будучи особистісним, припиняється в момент смерті носія та не переходить в порядку правонаступництва. Тому з урахуванням того, що тільки живі можуть відчувати біль та страждання, позов про захист від поширення інформації про померлу особу можуть пред'явити її родичі лише за умови, якщо таке поширення становить втручання в їх (родичів) приватне життя [6, с. 195–196]. Право комерційного використання ознак особистості окрім сингулярного допускає також і універсальне правонаступництво внаслідок смерті фізичної особи. Хоча питання щодо посттанативного захисту даного права залишається широко обговорюватися в науковій літературі, а судова практика протягом розвитку не завжди відзначалась однозначністю [9, с. 81], все ж таки найпоширенішим є твердження про можливість переходу права на комерційне використання ознак особистості в порядку спадкування. Вперше право спадкоємців на комерційне використання ознак особистості померлого спадкоємця було захищено судом у 1979 році у справі Лугоші проти Юніверсал Пікчерз [10]. У подальшому судова практика розширила посттанативний захист не тільки на спадкоємців, а й на осіб, які за життя фізичної особи отримали дозвіл на використання ознак її особистості. Обґрунтовується застосоване правило тим, що: воно забезпечує свободу заповіту; попереджує безпідставне збагачення; сприяє сподіванням фізичної особи передати нащадкам створену чи набуту майнову цінність; забезпечує інтереси осіб, які отримали дозвіл на використання ознак іншої особистості; охороняє суспільний інтерес у правдивому відображенні протегування відповідних товарів, робіт чи послуг [11]. Слід відмітити значну варіативність у нормативному закріпленні права комерційного використання ознак особистості в кожному конкретному штаті. Зокрема, в окремих штатах взагалі не визнається перехід в порядку спадкування права на комерційне використання ознак особистості (ст. 5 Закону Нью-Йорка про права особи) [12]; більшість штатів закріплює обмежений строком посттанативний захист права комерційного використання ознак особистості (100 років після смерті фізичної особи – штат Індіана [13], 70 років – штат Каліфорнія [14], 50 років – штат Невада [15], 10 років – штат Вашингтон [16]); в одиничних випадках посттанативний захист вказаного права обмежується часом існування використання самої комерційної цінності ознак особистості (штат Теннессі [17]).

Необхідно відмітити, що праву Великої Британії не відомий захист посттанативних особистих немайнових прав фізичних осіб [18], що, безумовно, повинно бути враховано при вирішенні спорів, що виникають з відносин з іноземним елементом. Наприклад, Апеляційний суд дев'ятого округу США відмовив у задоволенні позову представників Меморіального фонду принцеси Уельської Діани про захист посттанативного права комерційного використання ознак особистості принцеси Діани від неправомірного продажу ювелірних прикрас, дитячих іграшок та інших товарів з використанням імені та зображення Діани на тій підставі, що Велика Британія, останнє місце проживання Діани, не визнає посттанативних особистих немайнових прав [19].

Вітчизняна цивілістика також не залишила поза увагою існування посттанативних особистих немайнових прав, при цьому останні пропонується розглядати як різновид окремих особистих немайнових прав [20, с. 525–534], тобто таких прав, які належать не кожній фізичній особі, а лише окремим із них в силу певного юридичного факту (юридичного складу). Цілком підтримуючи охарактеризований системний підхід, вважаємо за можливе висловити окремі міркування з цього приводу. Насамперед звертає на себе увагу той факт, що захист особистих немайнових прав, які ніби «переживають» своїх носіїв та продовжують існування після їх смерті, стосується як окремих особистих немайнових прав (наприклад, які виникають у сфері інтелектуальної діяльності, медичних відносин), так і загальних (приміром, які забезпечують індивідуалізацію, соціальний статус фізичної особи). Тому вважаємо, що поряд із посттанативними правами як окремими особистими правами слід виділити ширше за своїм змістом поняття – посттанативний захист, тобто як цивільно-правовий захист особистісної сфери фізичної особи після її смерті, який би стосувався як загальних, приміром, прав на честь та репутацію, особисті папери, індивідуальність, так і окремих особистих немайнових прав, наприклад, у сфері інтелектуальної власності, медичних відносин, якщо це обумовлено природою останніх.

Найбільш проблемне питання, пов'язане з посттанативним захистом, стосується його темпоральних рамок. Ні вітчизняна доктрина, ні зарубіжний досвід не дає з цього приводу єдиної та однозначної відповіді. Можна виділити три підходи. Перший – встановлення чітко визначеного строку існування посттанативних особистих немайнових прав, який починає свій перебіг з моменту смерті фізичної особи. Другий – підтримується окремими вітчизняними вченими, які пропонують обмежувати строк захисту посттанативних прав часом існування суб'єкта таких прав, тобто життя родичів померлої особи [20, с. 533]. Третій – заперечення можливості та необхідності встановлення загальних темпоральних рамок, натомість строк існування посттанативних особистих немайнових прав повинен визначатися з урахуванням обставин кожного конкретного випадку. З цього приводу вважаємо, що при визначенні часових рамок посттанативного захисту слід підходити диференційовано: добра пам'ять про померлого та інші немайнові інтереси, пов'язані з померлою особою, повинні захищатися протягом усього життя родичів померлого; для посттанативного захисту майнових інтересів щодо комерційного використання ознак померлої особистості слід встановити максимальну граничну межу, яка може бути зменшена судом у випадку втрати комерційної цінності такого використання (наприклад, ім'я померлої особи стало настільки широко вживаним, що перетворилось на загальне ім'я, чи навпаки, пам'ять про померлу особу у суспільстві настільки зменшилась, що використання ознак її особистості в очах громадськості з нею вже не асоціюється).

Таким чином, у праві Франції, Німеччини, США та Великої Британії визнається необхідність захисту особистісної

немайнової сфери фізичної особи після її смерті, але межі такого захисту різні. Так, у праві Франції, Німеччини посттанативні права своїм змістом охоплюють як добру пам'ять померлого, так і можливість комерційного використання ознак особистості. Натомість у США після смерті особиносія захищається лише право комерційного використання ознак особистості, а Великій Британії взагалі не відомі посттанативні особисті немайнові права. Темпоральні межі такого захисту залишаються дискусійним питанням, а тому потребують подальшого доктринального дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Gigante A.* Ice patch on the information superhighway: foreign liability for dometically created content / Alexander Gigante // Cardozo Arts and Entertainment Law Journal. – 1996. – Vol. 14. – Is. 3. – P. 523 – 562.

2. *Beverley-Smith H.* rivacy, Property and Personality: Civil Law perspectives on Commercial Appropriation / H. Beverley-Smith, A. Ohly and A. Lucas-Schloetter. – New York : Cambridge University Press, 2005. – 245 p.

3. *Cass. civ.* 27 mai 1997 (JCP 1977. II. 22894) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.utexas.edu/ law/academics/centers/transnational/ work_ new/french/case.php?id=1240.

4. *BVerfG, 24* February 1971, BVerfGE 30, 173 – Mephisto [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http:// www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/gercases.asp#Mephisto.

5. *BGH 1 ZR* 49/97 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=726.

6. *Rösler H.* Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law / Hannes Rösler // Berkeley Journal of International Law. – 2008. – Vol. 26:1. – P. 153 – 205.

7. *Шрамм Х.-Й.* Общее личное право и возмещение нематериального вреда в немецком праве / Х.-Й. Шрамм // Личные неимущественные права: проблемы теории и практики : сб. статей и иных материалов / Под ред. Р. А. Стефанчука. – К. : Юринком Интер, 2010. – С. 103 – 118.

8. *Böttner G.* Protection of the Honour of Deceased Persons – A Comparison Between the German and the Australian Legal Situations / Götz Böttner // Bond Law Review. – 2001. – Vol. 13. – Is. 1. – P. 109 – 135.

9. *Kwall R.* The Right of Publicity vs. The First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis / Kwall Roberta Rosenthal // Indiana Law Journal. – 1994. – Vol. 70. – P. 47 – 116.

10. *Lugosi* v. Universal Pictures Cal 603 P 2d 425 (1979) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://rightofpublicity.com/pdf/cases/lugosi.pdf.

11. *State of Tennessee,* ex rel The Elvis Presley International Memorial Foundation v. Crowell 733SW 2d 89 (1987) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.preslaw.net/stateexrelepimfvcrowell.pdf.

12. *New York* Civil Rights Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://public.leginfo.state.ny.us/LAWSSEAF.cgi?QUERYTYPE= AWS+&QUERYDATA=@SLCVR0A5+&LIST=LAW+&BROWSER=BROWSER+&TOKEN=00378660+&TARGET=VIEW.

13. *Ind. Code sec.* 32-36-1-8 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.in.gov/legislative/ic/code/title32/ar36/ch1.html.

14. *The Civil Code* of the State of California: Adopted March 21, 1872 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=civ&group=03001-04000&file=3344-3346.

15. *Nevada Revised* Statutes [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-597.html#NRS597Sec770.

16. *Revised Code* of Washington [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=63.60.040.

17. *Tennessee* Code Annotated [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://rightofpublicity.com/statutes/tennessee.

18.*Jennings J.* The right of publicity and cyberspace / Jonathan S. Jennings [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pattishall.com/pdf/Publicity-Cyberspace.pdf.

19. *Cairns v. Franklin* Mint Co., 292 F.3d 1139 (9th Cir. 2002) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/292/292.F3d.1139.00-56796.00-56217.html.

20. *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія / Р. О. Стефанчук. – Хмельницький : Видавництво Хмельницького ун-ту управління та права, 2007. – 626 с.

Research deals with comparative law research the Protection of the Personal Non-Property Rights of Natural Person. The features of post-mortem personal non-property rights of natural person in the law of France, Germany, USA and Great Britain are characterized. The scientific approaches of defining the temporary limits of the post-mortem protection of the personal non-property rights of natural person are analysed.

Статья посвящена сравнительно-правовому исследованию посттанативной защиты личных неимущественных прав физических лиц. Охарактеризованы особенности посттанативних личных неимущественных прав физических лиц в праве Франции, Германии, США и Великобритании. Проанализированы научные подходы определения темпоральных пределов посттанативной защиты личных неимущественных прав физических лиц.

ЧИ ВАРТО РЕЄСТРУВАТИ ОБ'ЄКТИ АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА США

Новосельцев І. І.,

науковий співробітник відділу міжнародного приватного права
і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті проведено аналіз та надано пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України у сфері захисту авторського права і суміжних прав в аспекті судових витрат та відшкодування шкоди, нанесеної власникам майнових прав на об'єкти авторського права та суміжних прав на основі досвіду іноземних країн, зокрема США.

Ключові слова: авторське право, суміжні права, реєстрація об'єктів авторського права, компенсація, відшкодування шкоди.

Характеристика законодавства США щодо реєстррації об'єктів авторського права. Авторське право в США захищає лише оригінальні авторські роботи, ідеї та наукові відкриття не захищаються авторським правом. Твір знаходиться під захистом авторських прав з моменту створення і фіксації його в матеріальній формі, який можна прочитати безпосередньо або за допомогою комп'ютера або пристрою.

Реєстрація авторського права в США є добровільною. Однак якщо автор розпочинає судове переслідування або подає судовий позов у США, то реєстрація авторського права необхідна [1]. Чому автор повинен зареєструвати свою роботу, якщо захист авторських прав є автоматичним?

Реєстрація рекомендується з низки причин. Лише правовласники зареєстрованих творів можуть мати право на відшкодування збитків та витрат на адвоката за успішного судового розгляду. Якщо реєстрація авторського права здійснюється протягом п'яти років після публікації, то вважається, що ця реєстрація є доказом prima facie[1] [1 – 3].

Авторське право і національне походження роботи. Захист авторських прав доступний для всіх неопублікованих творів, незалежно від національності чи місця проживання автора. Опубліковані роботи мають право на захист авторських прав в Сполучених Штатах за однієї з таких умов:

на дату першої публікації один або більше авторів є громадянином США або постійно проживає в США, є громадянином або має постійне місце проживання в країні – учасниці міжнародної угоди, яку підписали і США, або є особою без громадянства, незалежно від місця свого проживання;

робота вперше опублікована в Сполучених Штатах або іноземній державі, яка є членом міжнародного договору. Робота опублікована в Сполучених Штатах або в країні –учасниці міжнародного договору. Якщо ж публікація твору відбулась в країні, яка не є учасником міжнародного договору, то протягом 30 днів після опублікування в іноземній державі робота вважається вперше опублікованою в Сполучених Штатах або країні – учасниці міжнародного договору.

Реєстрація авторського права є юридичною формальністю, яка проводиться з метою зробити доступними публіці основні об'єкти авторського права. Проте реєстрація не умова захисту авторських прав. Хоча реєстрація не є обов'язковою вимогою для захисту, але Закон про авторське право надає деякі переваги власникам авторських прав за умови їх реєстрації. Серед цих переваг є такі:

державна реєстрація авторського твору (формули об'єкта авторського права);

перед порушенням позовного провадження необхідна реєстрація для творів (не) американського походження;

якщо реєстрацію зроблено протягом п'яти років після публікації, реєстрація встановлює юридичну презумпцію щодо доказування в суді дії авторського права і фактів, викладених у сертифікаті про реєстрацію авторського права;

якщо реєстрація здійснюється протягом трьох місяців після опублікування твору або до порушення прав на твір, то правовласник має право на компенсацію і відшкодування витрат на адвоката під час судового розгляду. В іншому випадку, тільки відшкодування нанесеної шкоди (тобто фактично понесених збитків) є можливим для власника авторських прав;

реєстрація надає можливість власникові авторських прав внести запис про реєстрацію об'єкта авторського права до Митного реєстру Митної служби США для захисту від ввезення контрафактних примірників.

Реєстрацію можна зробити в будь-який час протягом життя автора (правовласника).

Процедура реєстрації. Подача твору для реєстрації здійснюється Управлінням США з авторського права. Заява для реєстрації авторського права складається з трьох основних елементів: заповненої заявки за формою, мита за подачу, документів, що не повертаються, тобто копій чи копії творів. Реєстрація авторського права набуває чинності з дати отримання Бюро реєстрації авторських прав документів разом із заявкою, незалежно від того, скільки часу потрібно для обробки документів і видачі свідоцтва про реєстрацію.

Варіанти реєстрації авторського права. Варіант 1. Online-реєстрація є кращим способом для реєстрації літературних творів; візуальних творів, виконання, включаючи кінофільми, звукозаписи, а також серіали. Онлайн- реєстрація має такі переваги:

нижчий розмір мита за подання;

швидкий час обробки (до двох тижнів);

онлайн відстеження статусу;

забезпечення оплати за допомогою кредитної картки, електронного чека або депозитного рахунку;

можливість завантаження окремих категорій творів у вигляді електронних файлів.

Варіант 2. Реєстрація за допомогою заповнення форми СО. Реєстрація здійснюється на основі використання технології сканування штрих-кодів. Управління може обробляти ці форми набагато швидше і ефективніше, ніж паперові бланки, заповнені вручну. Заповніть форму СО на вашому персональному комп'ютері, роздрукуйте його і відправте її разом з чеком або грошовим переказом на адресу Бюро.

Варіант 3. Реєстрація паперових форм. Реєстрація здійснюється протягом шести – восьми місяців шляхом подання заявки у простій писемній формі та поданням копії об'єкта авторського права на папері.

Законодавство України щодо реєстрації авторського права (в частині доказування правовласником авторських прав розмірів понесеної шкоди та (або) компенсації). Відповідно до даних Єдиного реєстру судових рішень з початку 2011 р. до 12.12.2011 р. [4] судами розглянуто понад 600 справ щодо порушення авторських прав. За змістом статей 435, 440, 441, 443 Цивільного кодексу України [5],ст. 7, 15, 31 – 33 Закону України «Про

[1] У більшості судових розглядів одна зі сторін має тягар доказування. Prima facie – є презумпцією того, що позивач має такі права і, отже, автоматично доказав всі істотні обставини, необхідні для порушення провадження. Якщо позивач не надає доказів Prima facie, то позивачеві може бути відмовлено, по суті, без необхідності відповіді іншими сторонами можливого провадження // Black's Law Dictionary, 6th ed., 1990, 1748 p.

авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 № 3792-XII (далі – Закон) [6]: використання твору здійснюється лише за згодою автора або особи, якій передано відповідне майнове право (за винятком випадків, вичерпний перелік яких встановлено законом).

Суб'єкт авторського права і (або) суміжних прав вправі подавати позови про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права і (або) суміжних прав, або виплату компенсацій [6, п. «г» ч.1. ст.52]

Розмір компенсації визначається судом у межах заявлених вимог залежно від характеру порушення, міри вини відповідача та інших обставин. Зокрема, враховується: тривалість порушення та його обсяг (одно– або багаторазове використання об'єкта авторського права); передбачуваний розмір збитків потерпілої особи; розмір доходу, отриманого внаслідок правопорушення; кількість потерпілих осіб; наміри відповідача; можливість відновлення попереднього стану та необхідні для цього зусилля тощо.

Таким чином, для обчислення понесених правовласником збитків та (або) упущеної вигоди, для начислення певних сум компенсації суд застосовує різні способи, в тому числі призначає по деяких справах спеціальну експертизу. Єдиного підходу тут не існує, а отже, немає прозорості у формулюванні судом сум компенсацій.

З метою упорядкування порядку обчислення сум компенсацій та для того, щоб процес формулювання судом сум компенсацій став прозорішим, пропонуємо:

1. Ввести обов'язкову реєстрацію для всіх об'єктів авторського права, щодо яких правовласник заявляє компенсацію та упущену вигоду, тобто автор (правовласник) має право заявити суду вимоги щодо компенсації лише за наявності твору в реєстрі об'єктів авторського права.

2. Реєстр об'єктів авторського права має бути з відкритим доступом.

3. Не допускаються спори про авторство, якщо об'єкт авторського права існує (зареєстрований) в реєстрі об'єктів авторського права понад 5 років, починаючи з року, наступного після реєстрації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Циркуляр 1.* Основи авторського права в розділі «Реєстрація авторських прав» // http://www.copyright.gov/circs/circ01.pdf

2. *Black's* Law Dictionary, 6th ed., 1990, 1748 p.

3. *Циркуляр 38b.* Основні правки до Закону про Авторське право, які містяться в угодах Уругвайського раунду (URAA) щодо неамериканських творів // http://www.copy right.gov/circs/circ38b.pdf.

4. www.reyestr.court.gov.ua

5. *Цивільний кодекс* України від 16.01.2003 № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

6. *Закон України* «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

Abstract: The analysis and suggestions for improving the current legislation of Ukraine in the sphere of protection of copyright and related rights in respect of costs and damages bared by holders of copyright and related rights based on the experience of foreign countries, e.g. the United States.

В статье проводится анализ и представляются предложения по совершенствованию действующего законодательства Украины в сфере защиты авторских и смежных прав в аспекте судебных издержек и возмещения ущерба, нанесенного правообладателям имущественных прав на объекты авторского права и смежных прав на основании опыта зарубежных стран, в частности США.

КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНОВИХ ВІДНОСИН ПОДРУЖЖЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ДЕЯКИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН

Шупінська О. В.,

науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

В статті розглядаються основні тенденції колізійного регулювання майнових відносин подружжя за законодавством України і інших європейських країн.

Ключові слова: майно подружжя, колізійне регулювання.

У міжнародному приватному праві існують проблеми, які потребують колізійного регулювання – це стосується і майнових відносин подружжя. Низка питань з цієї проблематики розглядалася: в окремих дисертаціях, зокрема, О. Є. Бурлай «Правовідносини подружжя в між народному приватному праві», де приділено увагу особистим і майновим відносинам подружжя (2007 р.) [1]; в монографічному дослідженні В. І. Кисіля «Міжнародне приватне право: питання кодифікації» (2000 р.) [2]; в науковій публікації В. Калакури «Договірне регулювання майнових відносин подружжя в міжнародному сімейному праві» (2011 р.), присвяченій лише аналізу особливостей колізійного регулювання відносин шлюбного договору з участю іноземного елемента [3]. Але питання сучасного колізійного регулювання майнових відносин подружжя за законодавством країн континентальної правової системи висвітлено недостатньо. У зв'язку з наведеним мета цієї статті полягає у виявленні загальних тенденцій колізійного регулювання майнових відносин подружжя за законодавством України, Австрії, Угорщини, Німеччини, Іспанії, Італії, Польщі, Румунії, Швейцарії, залишаючи поза увагою питання регулювання майнових відносин між батьками і дітьми, опікуном і підопічним та іншими третіми особами.

У Законі України «Про міжнародне приватне право» майнові відносини подружжя врегульовано ст. 61. Так, подружжя, використовуючи колізійний принцип автономії волі, може обрати право країни, яке буде застосовуватися для регулювання майнових наслідків

шлюбу з обмеженого кола правопорядків, визначеного ч. 1 цієї статті, а саме: право особистого закону одного з подружжя; право держави, в якій один з них має звичайне місце перебування; право держави, у якій знаходиться нерухоме майно. Далі ч. 2 цієї самої статті встановлює, що обране право припиняє застосовуватися або змінюється за згодою сторін у разі зміни особистого закону або звичайного місця перебування того з подружжя, до особистого закону або звичайного місця перебування якого було прив'язане обране право. Нове право застосовуватиметься до правових відносин з моменту укладення шлюбу, якщо інше письмово не встановлено подружжям. У разі відсутності вибору права подружжям майнові наслідки шлюбу визначаються правом, яке застосовується до правових наслідків шлюбу згідно зі ст. 60 цього Закону (ч. 3 ст. 61) [4, с. 251 – 252].

У **Вступному законі до Німецького цивільного уложення 1896 р.** в редакції 1986 р. визначено, що майново-правові наслідки шлюбу підкоряються праву, яке при укладенні шлюбу є визначальним відносно загальних наслідків шлюбу. Подружжя може обрати стосовно майново-правових наслідків свого шлюбу: 1) право тієї держави, громадянином якої є один із них; 2) право тієї держави, де один із них має своє звичайне місцеперебування; 3) стосовно нерухомого майна – право місця його знаходження (ст. 15) [5, с. 274].

Вирівнювання часток подружжя в їх майні при розірванні шлюбу підкоряється тому праву, яке є визначальним для загальних наслідків шлюбу на час початку провадження за заявою про розірвання шлюбу. При цьому вирівнювання здійснюється тільки тоді, коли воно відоме праву однієї із тих держав, громадянами якого є подружжя на момент початку провадження за заявою про розірвання шлюбу. Якщо вирівнювання часток подружжя в їх майні при розірванні шлюбу відповідно до цього не може мати місце, то воно на прохання одного із подружжя здійснюється згідно з німецьким правом у таких випадках:

1) якщо один із подружжя під час шлюбу отримав всередині країни [в Німеччині] право на соціальне забезпечення;

2) якщо загальні наслідки шлюбу протягом будь-якої частини часу шлюбу підкорялись будь-якому праву, якому відоме вирівнювання часток подружжя в їх майні при розірванні шлюбу;

3) тією мірою, якою його здійснення, враховуючи взаємні економічні можливості, також протягом будь-якої частини часу, перебуваючи поза країною [не в Німеччині], не суперечить справедливості (ст. 17) [5, с. 275].

У Федеральному законі Австрії «Про міжнародне приватне право» 1978 р. регулювання шлюбного майна визначається згідно із тим правом, яке сторони вказали безпосередньо, а у випадку відсутності такого вибору – згідно із правом, яке на момент укладення шлюбу є визначальним відносно особистих правових наслідків шлюбу (§19) [5, с. 160].

В Указі Президії Угорської Народної Республіки «Про міжнародне приватне право» від 31 травня 1979 р. № 13, що набрав чинності з 1 липня 1979 р., майнові правовідносини подружжя, включаючи також і договори щодо подружнього майна, визначаються за правом, яке на момент розгляду справи є загальним особистим законом подружжя. Якщо особисті закони подружжя на момент розгляду справи відрізняються, їх відносини визначаються за останнім особистим законом, а за його відсутності – за правом держави, на території якої подружжя протягом останнього часу спільно проживало. Якщо подружжя не мало спільного місця проживання, застосовується право тієї держави, суд або інший орган влади якої розглядає справу. Зміна особистого закону подружжя не торкається майново-правових наслідків, що дійсно виникли, включаючи й договір про подружнє майно (§39) [5, с. 239].

У **Цивільному кодексі Іспанії** 1889 р. наслідки шлюбу визначаються загальним особистим законом подружжя на момент його укладення; за відсутності цього закону – особистим законом або законом звичайного місця перебування будь-кого з них, вибраного ними обома в справжньому документі, складеному до укладення шлюбу; за відсутністю такого вибору – законом загального звичайного місця перебування безпосередньо після укладення [шлюбу] і, за відсутності вказаного місця перебування, – законом місця укладення шлюбу (ч.2 ст. 9) [5, с. 308].

Угоди або шлюбні договори, якими встановлюється, змінюється або замінюється майновий режим шлюбу, є чинними, коли вони відповідають або закону, який визначає наслідки шлюбу, або закону громадянства, або закону звичайного місця перебування будь-якої зі сторін на момент [їх] укладення (ч. 3 ст. 9) [5, с. 308].

В **Законі Італії** «Реформа італійської системи міжнародного приватного права» 1995 р. № 218 майнові відносини між подружжям регулюються правом, що застосовується до особистих відносин між ними. Проте подружжя може погодитися в письмовій формі про те, що майнові відносини між ними регулюються правом країни, громадянином якої є, принаймні, один із них або на території якої один із них перебуває. Угода між подружжям щодо права, що підлягає застосуванню, є чинною, якщо вона визнається такою відповідно до обраного подружжям права або права країни місця укладення угоди (ст. 30) [5, с. 330].

У **Федеральному законі Швейцарії «Про між народне приватне право»** від 18 грудня 1987 р. режим майнових відносин між подружжям визначається за правом, обраним подружжям. Подружжя може обрати право держави, в якій обидва із подружжя мають місце проживання або будуть мати його після укладення шлюбу, або право держави громадянства одного із них (ст. 52) [5, с. 638].

При цьому: 1) вибір права має бути оформлений у вигляді письмової угоди або в явній формі випливати із шлюбного договору; в іншому вибір права регулюється обраним правом; 2) вибір права може бути здійснений або змінений в будь-який час, і вибір права, здійснений після укладення шлюбу, має зворотну силу і вважається чинним з моменту укладення шлюбу, якщо сторони не домовились про інше; 3) обране право застосовується доти, доки подружжя не змінить або не скасує свій вибір (ст. 53) [5, с. 638].

Режим майнових відносин між подружжям, яке не обрало право, що застосовуватиметься, визначається: 1) за правом держави, в якій обидва із подружжя одночасно мають місце проживання; або, якщо вони мають місце проживання в різних державах; 2) за правом держави, в якій обидва з подружжя одночасно мали місце проживання протягом останнього часу. Якщо подружжя ніколи одночасно не мало місця проживання в одній державі, застосовується право їх спільного громадянства. Стосовно подруж-

жя, яке ніколи не мало місце проживання в одній державі і не мало спільного громадянства, діє встановлений швейцарським правом режим роздільного майна (ст. 54) [5, с. 639].

Іноземні рішення, що стосуються режиму майнових відносин між подружжям, визнаються в Швейцарії:

1) якщо вони винесені або визнаються в державі місця проживання того із подружжя, який виступав відповідачем;

2) якщо вони винесені або визнаються в державі місця проживання того із подружжя, який виступав позивачем, за умови, що той із подружжя, що виступав відповідачем, не мав місця проживання в Швейцарії;

3) якщо вони винесені або визнаються в державі, право якої згідно з цим Законом застосовується до режиму майнових відносин подружжя;

4) якщо вони винесені або визнаються в державі місця знаходження спірного нерухомого майна (ст. 58) [5, с. 639 – 640].

В **Законі Польщі** «Про міжнародне приватне право» від 12 листопада 1965 р. майнові відносини між подружжям регулюються їх загальним на кожний момент національним правом. Загальним на кожний момент національним правом сторін визначається також допустимість укладення, зміни або розірвання майнового шлюбного договору. Майнові відносини, що виникають із майнового шлюбного договору, регулюються загальним національним правом сторін на момент укладення договору. За відсутності загального національного права подружжя застосовується право держави, де обидва з подружжя мають місце проживання, а якщо подружжя не має місця проживання у одній і тій самій державі, застосовується польське право (ст. 17) [5, с. 472].

В **Законі Румунії** стосовно регулювання відносин міжнародного приватного права від 22 вересня 1992 р. № 105 майнові відносини між подружжям підкоряються їх спільному особистому закону; якщо подружжя має різне громадянство, ці відносини підкоряються закону їх спіль-ного місця проживання. Спільний особистий закон або за-кон спільного проживання подружжя регулює наслідки укладення шлюбу і тоді, коли один із под.-ружжя змінює відпо-відно громадянство або місце проживання. За відсутності спільного громадянства або спільного місця проживання майнові відносини між подружжям підкоряються праву тієї держави, на території якої вони мають або мали спільне місце проживання або з якою обидва з подружжя підтри-мують спільні найтісніші зв'язки (ст. 20) [5, с. 496].

Наведений аналіз законів європейських країн у частині колізійного регулювання майнових відносин подружжя надає можливість зробити висновок, що колізійні норми в цій сфері формулюються переважно як двосторонні і це цілком закономірно, оскільки йдеться про приватні відносини осіб, в яких державний інтерес переважно відсутній і виявляється, як правило, лише як захист слабої сторони.

До загальних тенденцій можна віднести такі:

– в Україні, Австрії, Німеччині, Іспанії, Італії, Швейцарії, застосовується принцип автономії волі у сфері майнових відносин подружжя, що знаходить своє вираження в формі шлюбного договору і є найбільш гнучким механізмом регулювання цих відносин, оскільки договірний механізм, властивий сімейному праву в цілому, є максимально зручним при врахуванні конкретних життєвих обставин для захисту слабкої сторони;

– в Угорщині, Польщі, Румунії регулювання майнових відносин подружжя здійснюється за одним спільним законом;

– регулювання майнових відносин подружжя здійнюється як за допомогою договору, так і на підставі положень закону, тобто існує договірний і законний режими;

– шлюбний договір існує як механізм регулювання суто майнових відносин подружжя.

На підставі проведеного порівняльного аналізу колізійного законодавства України та деяких європейських країн у сфері регулювання майнових відносин подружжя виявлено сучасні тенденції у цій сфері, які можна враховувати при розробці договірних документів у галузі міжнародного приватного права та використовувати для вдосконалення механізмів співробітництва держав в угодах про правову допомогу, що містять, зокрема, порядок колізійного регулювання майнових відносин подружжя.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Бурлай О.Є.* Правовідносини подружжя в міжнародному приватному праві: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. Є. Бурлай; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. К., 2007. – 22 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/ard/2007/07boempp.zip.

2. *Кисіль В.І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К., 2000.

3. *Калакура В.* Договірне регулювання майнових відносин подружжя в міжнародному сімейному праві / В. Калакура. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nzizvru/2010_3/p3_21.html.

4. *Міжнародне* приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. А. С.Довгерта. – Х., 2008.

5. *Международное* частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: «Статут», 2000. – 892 с. (Серия: «Современное зарубежное и международное частное право»).

This article explains the general tendencies of the conflict regulation of the marriage property on the basis of Ukrainian and other European countries legislation.

В статье рассматриваются основные тенденции коллизионного регулирования имущественных отношений супругов за законодательством Украины и некоторых европейских стран.

ТЛУМАЧЕННЯ «ПАРАСОЛЬКОВОЇ КЛАУЗУЛИ» НА ПРИКЛАДІ СПРАВИ GEA GROUP AKTIENGESELLSCHAFT ПРОТИ УКРАЇНИ

Черних Ю.С.,
молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено аналізу застосування арбітрами парасолькової клаузули Угоди між Україною та Федеративною Республікою Німеччини «Про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій» у справі міжнародного інвестиційного арбітражу GEA Group Aktiensesellschaft проти України (ARB/08/16).

Ключові слова: міжнародний арбітраж, міжнародний інвестиційний арбітраж, ІКСІД, парасолькова клаузула.

Актуальність дослідження теми статті підтерджується розвитком практики та активізацією застосування парасолькової клаузули у світовому масштабі, а надто – в українському контексті, що проходить у певному дисонансі із розвитком та інтенсивністю наукових досліджень цієї проблематики. Поодинокі наукові доробки проблеми належать в основному іноземним авторам. Стаття Каті Янаки-Смол 2006 р., співробітника Організації Економічного Співробітництва та Розвитку, попри свій оглядовий характер, до сих пір залишається чи не найповнішою спробою представити різноманітність проблем, пов'язаних із значенням, тлумаченням та застосуванням парасолькової клаузули [1]. Повноту західних наукових шкіл спробувала також охарактеризувати Монік Сассон в окремому розділі своєї монографії 2010 року, присвяченій міжнародному інвестиційному праву [2]. Українська правова наука, на жаль, наразі не має широких комплексних досліджень як парасолькової клаузули в цілому, так і окремих її проблем, в тому числі поширення парасолькової клаузули на інші, окрім договірних за своєю природою, зобов'язань держави. Отже, зазначена проблематика є актуальною та важливою як у науковому, так і практичному контексті. Метою статті є огляд та аналіз розширеного тлумачення парасолькової клаузули на прикладі конкретної справи міжнародного інвестиційного арбітражу 2011 р., що є першою для України в цьому контексті.

31 березня 2011 р. Арбітражний трибунал ІКСІД (Міжнародний центр із вирішення інвестиційних спорів) у справі GEA Group Aktiensesellschaft проти України (ARB/08/16)[1] повністю відмовив іноземному інвестору у позовних вимогах щодо стягнення із держави компенсації у розмірі близько 30 млн. доларів США та 141 млн. євро за порушення Угоди між Україною та Федеративною Республікою Німеччини «Про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій» від 15 лютого 1993 року[2] (далі – «двостороння угода про захист інвестицій»). Попри багатство правових концепцій, зазначених в арбітражному рішенні, у цій статті справа GEA Group Aktiensesellschaft проти України буде проаналізована саме з точки зору поширення так званої парасолькової клаузули, що міститься у двосторонній угоді про захист інвестицій, на односторонні зобов'язання держави.

Суть спору, адресована Арбітражному трибуналу ІКСІД, мала витоки із суто комерційних відносин між німецькою компанією New Klöckner та українським державним підприємством «Оріана». Позивачем у справі виступила німецька компанія GEA Group Aktiengesellschaft, яка придбала акції New Klöckner та виступила її правонаступником.

Розлогіше, 13 грудня 1995 року New Klöckner та український комбінат (державне підприємство) «Оріана» уклали угоду, відповідно до якої New Klöckner мав щорічно поставляти 200 000 тонн сирої нафти для конверсії (переробки). Протягом 1996 – 1998 років «Оріана» та КСН (дочірня компанія New Klöckner) уклали понад 147 додатків до Угоди на переробку сирої нафти. У 1998 році німецька компанія виявила нестачу понад 250 тис. тонн нафти, відповідно звинувативши українську сторону у розкраданні.

7 серпня 1998 року у результаті переговорів сторони уклали мирову угоду, відповідно до якої «Оріана» визнала свою заборгованість перед КСН. 29 вересня 1998 року «Оріана» та КСН підписали Угоду про відшкодування (Repayment Agreement), яка передбачала відшкодування близько 28 млн. німецьких марок на користь КСН. Угода передбачала, що якщо сторони не виконають своїх зобов'язань, спір вирішуватиме Арбітражний суд Міжнародної торговельної палати (ICC) з місцем арбітражу у Відні.

27 червня 2001 року компанія КСН подала проти «Оріани» позов до Арбітражного суду Міжнародної торговельної палати у Відні, який його задовольнив. Після отримання рішення КСН намагалася впродовж багатьох років виконати його на території України, в чому компанії було відмовлено.

Позивач звернувся до ІКСІД, вважаючи, що його права як інвестора були порушені, а саме, компанія вважала, що контракт на переробку нафти, укладений з «Ораною», Угода між сторонами про відшкодування, а також арбітражне рішення Арбітражного суду Міжнародної торговельної палати підлягали захисту на основі двосторонньої угоди про захист інвестицій.

Двостороння угода про захист інвестицій, на основі якої виник спір в ІКСІД, належить до порівняно невеликої групи подібних угод за участю України (усього 21 з 73), що містила парасолькову клаузулу у п. 8 (2). Причому формулювання парасолькової клаузули було чи не найширшим із тих, що наразі застосовуються у двосторонніх угодах про захист інвестицій, а саме, з посиланням на «будь-які зобов'язання» без конкретизації їхнього характеру (договірні чи не договірні, двосторонні чи односторонні): «Будь-яка Договірна Держава має дотримуватись будь-яких зобов'язань, які вона взяла щодо інвестицій осіб чи компаній іншої Договірної Держави на своїй території». Через свою неоднозначність подібні положення двосторонніх угод викликають обґрунтовану критику серед дослідників та практиків.

Саме широким формулюванням парасолькової клаузули у п. 8 (2) двосторонньої угоди про захист інвестицій і спробував скористатися іноземний інвестор, вважаючи існуючі односторонні зобов'язання держави Україна компенсувати експропрійовано (п. 347 Арбітражного рішення). На підтвердження своєї позиції позивач посилався на лист Міністерства індустріальної політики України, протокол зустрічі, яка відбулася між представниками Уряду України, «Ораною» та ним. Позивач також посилався на заяву Віце-прем'єра України, який заявив під час зустрічі, що Уряд України хоче виконати свої зобов'язання, та запис, зроблений під час зустрічі, в якому йшлося, що Україна обіцяє підтримати GEA Group Aktiensesellschaft в процесі визнання та примусового виконання рішення Арбітражного суду Міжнародної торговельної палати проти «Оріани».

Окрім заперечення факту існування подібних обіцянок/зобов'язань з боку держави, представники України також піддали сумніву існування належної правової доктрини щодо власне можливості трансформувати односторонні заяви у зобов'язання на

[1] www.icsid.worldbank.org.
[2] http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=276_415.

підставі двосторонньої угоди між двома державами, особливо коли позивач «не є здатним вказати на одностороннє юридичне зобов'язання, зазначене у достатньо ясних та спеціальних формулюваннях для того, щоб відповідати звичаєвим стандартам міжнародного права» (п.349 Арбітражного рішення).

Арбітражний трибунал у складі відомих науковців та практиків міжнародного арбітражу (професор Альберт ван ден Берг, професор Бріджит Стерн та практикуючий юрист Тобі Ландау) не піддали глибокому теоретичному аналізу обґрунтованість позиції відповідача щодо відсутності правової доктрини, яка б надала можливість трансформувати односторонні заяви у зобов'язання на підставі двосторонньої угоди про захист інвестицій. Аналіз арбітрів стосувався, власне, фактичного боку справи, а саме, змісту та характеру односторонніх тверджень, на які посилався позивач. У результаті арбітри дійшли висновку про безпідставність позову у зв'язку з відсутністю фактичних зобов'язань зі сторони держави, а отже, і порушень будь-яких положень двосторонньої угоди про захист інвестицій.

Подібні спроби широкого тлумачення парасолькової клаузули є першими серед публічно доступних справ у міжнародному інвестиційному арбітражі проти України, попри те, що загальні посилання на парасолькову клаузулу та її тлумачення вже мали місце раніше (принаймні, у двох справах проти України: Joseph C. Lemire проти України[1] (ARB/06/18), Alpha Projektholding проти України[2] (ARB/07/16).

Історично парасолькові клаузули ще із 60-х років минулого століття були створені задля поширення захисту інвестицій, доступного на міжнародному рівні, на зобов'язання приватнопублічного договірного (контрактного) характеру. З часом формулювання парасолькової клаузули набували своєї варіативності у двосторонніх угодах про захист інвестицій та подекуди стали включати формулювання «будь-які зобов'язання держави». Останнє викликало спроби поширити ефект парасолькових клаузул на зобов'язання одностороннього характеру і навіть на односторонні заяви декларативного характеру.

Оскільки парасолькові клаузули містяться у двосторонніх міждержавних угодах про захист інвестицій, вони мають піддаватися системному тлумаченню відповідно до ст. 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року: добросовісно відповідно до звичних значень, що можуть мати терміни у договорі відповідно до їхнього контексту та мети договору. Саме тому не можна не погодитися із позицією представників відповідача, які зазначили необхідність існування одностороннього юри-дичного зобов'язання саме у ясних та спеціальних форму-люваннях задля застосування парасолькової клаузули, а не загальних заяв про сприяння вирішенню конфлікту.

Незважаючи на відносну ясність проблематики та успішність завершення справи для України, реальність неоднозначного тлумачення парасолькових клаузул, а надто – іншої точки зору арбітрів в інших справах міжнародного інвестиційного арбітражу виключати не можна. Окремо варто зазначити, що «Оріана» вже була фігурантом іншої скандальної справи проти України в Європейському суді захисту прав людини (Regent Company v Ukraine ECHR 773/03[3]), в якій також розглядались питання невиконання державним підприємством рішення міжнародного комерційного арбітражу і яка, на відміну від аналізованої у цій статті справи, закінчилась негативно для України.

Цінність справи GEA Group Aktiensesellschaft проти України (ARB/08/16) у тому, що односторонні заяви державних посадовців про загальне сприяння вирішенню конфлікту не були кваліфіковані як беззаперечні односторонні зобов'язання у контексті парасолькової клаузули, а інакше б це мало невиправдано широкий ефект.

Отже, підсумовуючи вищезазначене, поширення дії (ефекту) парасолькової клаузули із формулюванням «будь-які зобов'язання держави» на односторонні зобов'язання держави можливе виключно в обмежених випадках та лише у разі існування подібних зобов'язань у достатньо ясних та спеціальних формулюваннях. Загальні декларативні заяви державних посадовців чи державних органів про сприяння не можуть бути кваліфіковані як беззаперечні односторонні зобов'язання держави. У подальшому є доцільним комплексне наукове дослідження проблематики природи парасолькової клаузули в цілому, у тому числі і у зв'язку із новими спробами її тлумачення та застосування, що матиме надзвичайно важливе значення як для правової науки, так і правозастосовчої практики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Interpretation* of Umbrella Clauses in Investment Agreements by Katia Yannaca-Small 2006/3, OECD Working Papers on International Investment. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf.

2. *Monique Sasson*, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration. The Unsettled Relationship between International and Municipal Law. – Wolters Kluwer, 2010 – P. 172 – 194.

[1] www.icsid.worldbank.org.
[2] Там само.
[3] http://www.echr.coe.int/echr/.

The article is devoted to the application of umbrella clause contained in the Bilateral investment treaty between Ukraine and Germany in the ICSID case GEA Group Aktiensesellschaft against Ukraine(ARB/08/16).

Статья посвящена анализу применения арбитрами зонтичной оговорки Соглашения между Украиной и Федеративной Республикой Германии «О содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций» в деле международного инвестиционного арбитража GEA Group Aktiensesellschaft против Украины (ARB/08/16).

НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
Національної академії правових наук України

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 11, 2012

Редактор **А. М. Шадріна**

Оригінал-макет **Т. Г. Попович**

Художнє оформлення та дизайн обкладинки

І. М. Корнієнко, С. В. Максименко

Підписано до друку 27. 02. 2012. Зам. № 11-037 Формат 60х84/8 Гарн. Times New Roman
Офс. друк. Папір офс. № 1 Умовн. друк. арк. 32,0 Тираж 300 прим.

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 3926 від 29. 12. 1999