



Щомісячний науково-практичний
юридичний журнал
видається з 1 січня 1996 р.

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО і ПРАВО

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
ІМ. АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА НАПрН УКРАЇНИ

Шеф-редактор
МАКАРОВА
Алла Іванівна

Редакційна
колегія:

ХАВРОНИУК
Микола
Іванович
головний
науковий
редактор

МЕЛЬНИК
Микола
Іванович
заст. головного
наукового
редактора

БЕЛЯНЕВИЧ О.
БОБРИК В.
ВАВЖЕНЧУК С.
ГАЛЯНТИЧ М.
ДЕМЧЕНКО С.
ЗУБ І.
КРУПЧАН О.
КУБКО Е.
КУЗНЕЦОВА Н.
ЛУК'ЯНЕЦЬ Д.
ЛУЦЬ В.
МАЙДАНИК Р.
МАМУТОВ В.
НАВРОЦЬКИЙ В.
СТЕЦЕНКО С.
ТОРГАШИН О.
ШАКУН В.
ШЕВЧЕНКО Я.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Валерія Радзивілюк

Процедури запобігання банкрутству (неспроможності):
види, система, поняття 3

Сергій Віхров

Господарські зобов'язання з управління активами
інституційних інвесторів 7

Анастасія Івченко

Щодо термінології правового регулювання господарської
неприбуткової діяльності 11

Олександр Джуринський

Звичай ділового обороту як джерело господарського права
України 14

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

Сергій Вавженчук, Тарас Рябенко

Сутність сталійного часу за договором чартеру 18

Анатолій Кодинець

Проблеми нормативного регулювання ліцензійного договору 22

Олександр Кухарев

Застосування юридичних фікцій у сфері спадкування 27

Ніна Нечипоренко

Про обмежену відповідальність залізниці
при перевезенні вантажу залізничним транспортом України 32

Володимир Ємельянов

До питання сутності юридичної природи договору
купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного
викупу за законодавством України 36

Олег Гриняк

Дискусійні питання захисту права спільної
власності подружжя на житло 40

На першій сторінці
обкладинки –
пам'ятник
Магдебурзькому
праву в м. Києві

Ростислав Соботник

Особливості цивільно-правової відповідальності сторін
за договором страхування цивільної відповідальності
за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки 44

Олена Ситнік

Особливості розподілу ризиків за договором
побутового підяду 48

Тарас Софіюк

Класифікація особистих паперів і її правове значення 52

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО. АГРАРНЕ ПРАВО

Тетяна Оверковська

Землі України як об'єкт правової охорони 58

Анна Любчик

Система процедурних норм в аграрному праві 62

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Олександр Береза

Морська безпека України: організаційно-правові засади
(частина II) 66

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Єгор Назимко

Особливості винесення вироків (призначення
покарання) неповнолітнім за ювенальним
кримінальним законодавством Канади 69

Перелік статей за 2014 рік

75

Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
ім. академіка Ф. Г. Бурчака

Національної Академії правових наук України,

ТОВ «Гарантія»

Видавець: ТОВ «Гарантія»

Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.

**Журнал рекомендовано до друку вченою радою Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(протокол № 11 від 17.12.2014 р.)**

УДК 346 : 347.736 / 738 : 340.5

Валерія Радзивілюк,

д-р юрид. наук,
доцент кафедри господарського права
юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ПРОЦЕДУРИ ЗАПОБІГАННЯ БАНКРУТСТВУ (НЕСПРОМОЖНОСТІ): ВИДИ, СИСТЕМА, ПОНЯТТЯ

У статті на основі використання різноманітних класифікаційних ознак наводиться розгорнута класифікація процедур запобігання банкрутству (неспроможності), розроблена багаторівнева їх система, пропонується доктринальне визначення зазначених процедур.

Ключові слова: запобігання банкрутству (неспроможності), заходи запобігання банкрутству (неспроможності), боржник, кредитор, неплатоспроможність.

На сучасному етапі особливого значення набувають законодавчо визначені багатоваріантні можливості запобігання банкрутству (неспроможності) боржника. За допомогою процедур банкрутства (неспроможності), перш за все, процедур запобігання банкрутству (неспроможності), як судових, так і тих, що здійснюються поза межами судового провадження, мінімізується негативний вплив на економіку процесів, пов'язаних із неплатоспроможністю учасників ринкового середовища тієї чи іншої країни, пом'якшуються наслідки, зумовлені змінами, які мають місце в національній економіці. Саме застосування процедур запобігання банкрутству (неспроможності) дозволяє не тільки задовольняти вимоги кредиторів неплатоспроможного боржника, а й відновити платоспроможність суб'єктів господарювання, врегулювати їх борги, захистити інтереси працівників неплатоспроможного боржника, тобто забезпечити оздоровлення вітчизняної економіки.

Актуальність дослідження теоретичних проблем, пов'язаних із класифікацією, систематизацією та визначенням процедур запобігання банкрутству (неспроможності), зумовлюється, перш за все, відсутністю комплексних досліджень у зазначеній сфері, недосконалістю нормативних приписів, що регламентують відповідні відносини (попри постійне реформування вітчизняного законодавства), й іншими чинниками.

Аналіз існуючих чинних положень вітчизняного законодавства, приписи яких регламентують процедури запобігання банкрутству (неспроможності), що можуть бути за-

стосовані до неплатоспроможного боржника як до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність), так і після порушення такого провадження, дозволяє стверджувати, що їх коло досить різноманітне та багаточисленне. Насамперед, це стосується досудових процедур запобігання банкрутству (неспроможності). До таких процедур, наприклад, належать:

- процедура санації, передбачена положеннями Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14.05.1992 р. № 2343-ХІІ, яка провадиться до порушення справи про банкрутство (неспроможність) щодо суб'єктів-боржників усіх форм власності;

- досудова санація з одночасним здійсненням реструктуризації, що застосовується лише до підприємств агропромислового комплексу відповідно до положень затвердженої Кабінетом Міністрів України постанови «Про особливості проведення санації підприємств агропромислового комплексу» від 16.06.1998 р. № 922 (далі – Постанова 1998 р.);

- досудова процедура санації та досудова процедура реструктуризації, які можуть застосовуватися щодо державних підприємств, підпорядкованих Міністерству промислової політики України, та господарських організацій, у статутних фондах яких корпоративні права держави перевищують 50 % і функції з управління корпоративними правами яких належать Міністерству промислової політики України згідно з приписами Положення про реструктуризацію підприємств, затвердженого наказом цього Міністерства від 18.07.2008 р. № 460, та Примірного плану реструктури-

зації та досудової санації, затвердженого наказом цього Міністерства від 29.08.2008 р. № 549, а також Положення про порядок проведення Державним агентством України з управління державними корпоративними правами та майном¹ досудової санації державних підприємств-боржників, господарських організацій, що належать до сфери його правління, затвердженого наказом цього Агентства від 22.06.2012 р. № 149;

• позасудові процедури, які можуть бути застосовані до неплатоспроможних банків-боржників. Новітнім законодавством передбачені дві основні позасудові процедури, пов'язані з неплатоспроможністю банків, до яких, крім процедури тимчасової адміністрації, регламентованої Законом України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III та підзаконними нормативними актами, була введена позасудова процедура ліквідації неплатоспроможного банку – процедура припинення банку як юридичної особи відповідно до Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23.02.2012 р. № 4452-VI та ч. 1 ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» (ч. 1 ст. 2). До банків також можуть застосовуватися й інші позасудові процедури, спрямовані на відновлення їх платоспроможності, зокрема процедура реорганізації за рішенням його власників, передбачена постановою Національного банку України «Про затвердження Положення про особливості реорганізації банку за рішенням його власників» від 27.06.2008 р. № 189, а саме: злиття, приєднання, виділення, поділ банку, перетворення його організаційно-правової форми, наслідком яких є передача, прийняття його майна, коштів, прав та обов'язків правонаступникам (ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність»); процедура створення санаційного банку (ст. 86¹ Закону України «Про банки і банківську діяльність») тощо.

Зазначені й інші різноманітні процедури, що проводяться до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність) і спрямовані на запобігання банкрутству (неспроможності), попередження відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність), диференціюються, перш за все, за основним критерієм – правовим становищем боржника, що зумовлене його галузевою належністю або його організаційно-правовою формою, формою власності, у тому числі наявністю визначеної частки державної влас-

ності у капіталі боржника, та поділяються залежно від цього на загальні та спеціальні процедури.

На основі цього ключового критерію можна визначити такі рівні класифікації, зокрема диференціація зазначених процедур за критерієм добровільності на: добровільні (непримусові) процедури (до яких можна віднести процедуру санації, що ініціюється боржником відповідно до ст. 6 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», або процедуру добровільної реорганізації, яка ініціюється банком, що зазнає фінансових труднощів) та недобровільні (примусові) процедури (серед яких, наприклад, можна назвати позасудову процедуру тимчасової адміністрації, що ініціюється Фондом та має примусовий характер щодо неплатоспроможного банку).

За критерієм ключової мети введення процедур, що провадяться до порушення провадження справи про банкрутство (неспроможність), останні поділяються на санаційні та ліквідаційні процедури. За критерієм впливу судових органів на можливість реалізації таких процедур вони поділяються на: процедури, введення яких санкціонується господарським судом, зокрема процедура санації, що провадиться до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність) відповідно до ст. 6 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», і позасудові процедури, які вводяться та реалізуються без судового втручання та застосовуються, зокрема, до неплатоспроможних банків згідно з положеннями Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» та інших суб'єктів-боржників.

За критерієм тривалості здійснення зазначених процедур останні поділяються на: процедури, що реалізуються у межах загальних строків (у межах загального 12-ти місячного строку відбувається проведення санації до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність)) та спеціальних строків (спеціальні строки передбачені, зокрема, банківським законодавством – 3-місячний для процедури тимчасової адміністрації всіх банків, крім системоутворюючих, для яких процедура тимчасової адміністрації може бути введена не більше ніж на шість місяців) тощо.

За критерієм формальної підстави здійснення процедур, які провадяться до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність) та відповідно до змісту основного документа, згідно з яким реалізуються ці процедури, можна виділити процедури, що здійснюються на підставі:

плану санації, зокрема, санація, що провадиться до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність);

¹Державне агентство України з управління державними корпоративними правами та майном, утворене шляхом реорганізації Міністерства промислової політики України, згідно з п. 1 Указу Президента України від 09.12.2010 р. № 1085/2010.

бізнес-плану та проекту санації, зокрема, на основі яких провадиться санація підприємств агропромислового комплексу;

плану реорганізації, зокрема, відповідно до якого відбувається процедура реорганізації неплатоспроможного банку;

програми капіталізації, зокрема, на підставі зазначеного документа реалізується процедура капіталізації неплатоспроможного банку;

плану врегулювання, згідно з яким, зокрема, провадяться процедури тимчасової адміністрації та ліквідації неплатоспроможного банку тощо.

За критерієм *обсягу повноважень боржника при здійсненні таких процедур* останні можна диференціювати на *процедури, в яких за боржником зберігаються його повноваження* (наприклад, збереження за боржником повного обсягу повноважень при безпосередній реалізації ним санації, що провадиться до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність), та *процедури, в межах яких боржник позбавлений зазначених повноважень*, наприклад, позбавлення неплатоспроможного банку-боржника притаманних йому повноважень при здійсненні процедури тимчасової адміністрації або процедури ліквідації Фондом.

Природно, що диференціація процедур, що можуть реалізовуватися до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність), за зазначеними критеріями не є вичерпною та згаданими різновидами процедур не обмежується. Вона вдосконалюватиметься та в подальшому набуватиме більш завершеного вигляду.

Аналіз процедур, що провадяться до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність), свідчить про те, що зазначені процедури принципово відрізняються від судових процедур запобігання банкрутству (неспроможності) притаманною ним різноманітністю та багатоваріантністю, своїми цілями, до основних із яких належить попередження відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність); тим, що зазначені процедури провадяться боржником або іншими визначеними особами без контролю з боку судових органів і характеризуються, як правило, активною участю в них самого боржника, власника його майна тощо; тим, що у межах таких процедур застосовується низка своєрідних заходів впливу на боржника, які не вживаються при здійсненні судових процедур банкрутства (неспроможності), тощо. Застосування таких процедур не тягне за собою значних фінансових витрат, витрат часу, пов'язаних із їх проведенням, надає можливість уникнути широкого розголошення труднощів фінансового порядку, що виникли у боржника, та дозволяє

боржнику продовжувати свою діяльність без значних зовнішніх втручань із збереженням усіх існуючих і майбутніх потенційних контрагентів.

Разом із тим слід зазначити, що позасудовим процедурам запобігання банкрутству (неспроможності), порівняно з відповідними судовими процедурами відновлення платоспроможності та врегулювання боргів, притаманні не лише переваги, а й недоліки. В. Степанов вважає, що, як правило, важко переконати всіх кредиторів неплатоспроможного боржника погодитися на застосування позасудових процедур; при зверненні до позасудових процедур не можна застосувати всі традиційні й ефективні заходи запобігання банкрутству (неспроможності) боржника, які застосовуються у межах судових процедур банкрутства (неспроможності), наприклад, заборону на індивідуальні дії кредиторів, відмову від виконання поточних договорів боржника, визнання угод боржника недійсними, введення мораторію тощо¹.

Висновки

Дослідження процедур запобігання банкрутству (неспроможності) свідчить, що це певне цілісне утворення, яке, у свою чергу, з необхідністю вимагає їх систематизації. Система процедур запобігання банкрутству (неспроможності) складається з таких структурних елементів, як:

судові процедури, що здійснюються в межах провадження у справі про банкрутство (неспроможність) – санація боржника, мирова угода;

процедури, введення яких санкціонується господарським судом – санація боржника до порушення провадження у справі про банкрутство;

спеціальні досудові процедури:

які вводяться та реалізуються без судового втручання і застосування яких потребує санкціонування з боку органів, наділених організаційно-господарськими повноваженнями – *санаційні* (наприклад, досудова санація з одночасним здійсненням реструктуризації, що застосовується до підприємств агропромислового комплексу; процедура тимчасової адміністрації неплатоспроможного банку, що здійснюється на основі плану врегулювання; капіталізація банку, що провадиться на основі програми капіталізації за рахунок держави) та *ліквідаційні* (зокрема, процедура ліквідації неплатоспроможних банків-боржників, що застосовується у випадку відкликання банківської ліцензії; процедура лікві-

¹Степанов В. В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. – М., 1999. – С. 17–18.

дації, яка проводиться на основі плану врегулювання, що затверджується рішенням Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, процедура створення санаційного банку);

які вводяться та реалізуються без судового втручання і застосування яких не потребує санкціонування з боку зовнішніх відносно боржника органів, наділених організаційно-господарськими повноваженнями (наприклад, капіталізація банку, що провадиться на основі програми капіталізації, затвердженої правлінням (радою директорів) і спостережною (наглядовою) радою банку, що підлягає викупу, та уповноваженим органом банку-інвестора за рахунок учасників та/або інвесторів на основі програми капіталізації або плану фінансового оздоровлення).

Викладене дозволяє запропонувати таке визначення: *процедури запобігання банкрутству (неспроможності)* – це законодавче встановлення порядку застосування до неплатоспроможного боржника або до суб'єкта підприємництва у зв'язку з загрозою неплатоспроможності визначених заходів, за наявності легальних підстав їх введення, як у межах провадження у справі про банкрутство (неспроможність), так і до порушення такого провадження, що спрямовані на: запобігання визнання боржника банкрутом, відновлення платоспроможності боржника або врегулювання його боргів, збереження бізнесу, попередження порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність), задоволення вимог кредиторів.

Стаття надійшла до редакції 14.12.2014 р.

In this article on the basis of applying various classification approaches a comprehensive classification has been devised and adduced: procedures of bankruptcy (insolvency) prevention, multilevel system of procedures of bankruptcy (insolvency) prevention applicable both prior to and after the initiation of bankruptcy (insolvency) proceedings have been elaborated, doctrinal definitions of the said procedures res have been proposed.

В статье на основании использования разнообразных классификационных признаков предлагается развернутая классификация процедур предупреждения банкротства (несостоятельности), разработана многоуровневая их система, предлагается доктринальное определение этих процедур.



УДК 346.34

Сергій Віхров,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри правових дисциплін

Чернігівського національного педагогічного університету ім. Т. Г. Шевченка

ГОСПОДАРСЬКІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З УПРАВЛІННЯ АКТИВАМИ ІНСТИТУЦІЙНИХ ІНВЕТОРІВ

У статті досліджуються відносини, що складаються при управлінні активами інституційних інвесторів – корпоративних інвестиційних фондів і недержавних пенсійних фондів, які характеризуються як майново-господарські договірні зобов'язання, обґрунтовується належність їх до зобов'язань з управління майном.

Ключові слова: управління активами, інституційний інвестор, інститут спільного інвестування, корпоративний інвестиційний фонд, пайовий інвестиційний фонд, недержавний пенсійний фонд, майново-господарське договірне зобов'язання.

У сучасній Україні активного розвитку набувають інституційні інвестори, насамперед інститути спільного інвестування (далі – ІСІ) та недержавні пенсійні фонди (далі – НПФ). Залучаючи тимчасово вільні грошові кошти своїх клієнтів – інвесторів індивідуальних (громадян та організацій), вони формують значні за обсягами інвестиційні ресурси, які за допомогою цінних паперів та інших фінансових інструментів спрямовують на розвиток економічної та соціальної сфери. Так, за даними Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР) на початок 2014 р. загальна сума активів ІСІ в Україні оцінювалася більш як у 180 млрд грн, НПФ – більш як у 2 млрд грн. Загалом система колективного (спільного) інвестування, що включає переважно інвестиційні та пенсійні фонди, на сьогодні є найбільш затребуваною формою фінансового посередництва, від якої значною мірою залежить економічне зростання країни [1]. Це зумовлює актуальність дослідження правових питань управління активами ІСІ та НПФ.

Аналіз досліджень і публікацій останніх років свідчить, що різні аспекти управління активами інституційних інвесторів тією або іншою мірою висвітлюються в юридичній науці [2–6]. У той самий час господарські зобов'язання, що виникають при управлінні вказаними активами, залишаються практично поза увагою дослідників. Господарський характер цих зобов'язань зумовлений тим, що вони складаються у процесі організації та здійснення господарської діяльності у сфері спільного інвестування, а сторонами їх є відповідні учасники господарських відносин.

Метою цієї статті є виявлення й аналіз господарських зобов'язань з управління акти-

вами інституційних інвесторів, їх правова характеристика, з'ясування юридичної природи вказаних відносин.

Слід зазначити, що активи інституційних інвесторів є майновою основою їх господарської діяльності. Згідно із ст. 1 Закону України «Про інститути спільного інвестування» від 05.07.2012 р. (далі – Закон про ІСІ) активи ІСІ – це сукупність майна, корпоративних прав, майнових прав і вимог та інших активів, сформована за рахунок коштів, інших активів, залучених від учасників і засновників ІСІ, доходів від операцій з активами ІСІ, інших доходів від їх діяльності. Аналогічним чином активи НПФ (пенсійні активи) згідно із ст. 1 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 09.07.2003 р. (далі – Закон про НПЗ) – це активи, з яких здійснюються пенсійні виплати; вони формуються за рахунок внесків до НПФ і доходів від інвестування цих внесків.

Закон про ІСІ встановлює, що ІСІ – це корпоративний інвестиційний фонд (далі – КІФ) або пайовий інвестиційний фонд (далі – ПІФ). КІФ є господарською організацією з правами юридичної особи, утворюється в організаційно-правовій формі акціонерного товариства та провадить виключно діяльність із спільного інвестування. Активи КІФ належать йому на праві власності, проте управління його активами здійснює на професійних засадах інша окрема господарська організація (юридична особа) – компанія з управління активами (далі – КУА) на підставі договору про управління активами. Згідно з Законом про ІСІ управління активами КІФ КУА включає право самого КІФ здійснювати управління своїми активами, самотійно (без залучення КУА) провадити будь-які операції з

ними. Такий порядок, запозичений з досвіду розвинутих країн, є доволі витратним, проте слугує ефективному, професійному здійсненню інвестиційної діяльності КІФ, запобіганню можливим зловживанням у використанні коштів його учасників (інвесторів).

Здійснюючи управління активами КІФ у відносинах з третіми особами КУА повинна діяти від імені та в інтересах цього КІФ згідно з названим договором про управління активами. Предметом цього договору є надання КУА послуг з управління активами КІФ, а змістом його є взаємні права й обов'язки вказаних сторін. Договір про управління активами повинен відповідати вимогам, встановленим ст. 74 Закону про ІСІ та Положенням про особливості здійснення діяльності з управління активами інституційних інвесторів, затвердженим рішенням НКЦПФР від 06.08.2013 р. № 1414. Зокрема, КУА в процесі здійснення діяльності з управління активами повинна формувати інвестиційний портфель відповідно до інвестиційної декларації з метою отримання максимального доходу при мінімально можливих ризиках, з урахуванням умов вказаного договору, кон'юнктури ринку цінних паперів, ризику вибору контрагента й інших факторів ризику. Отже, господарські правовідносини КУА з КІФ, управління активами якого вона здійснює, носять відносний характер і набувають форми майново-господарського договірної зобов'язання з управління активами.

На відміну від КІФ, ПФ згідно із ст. 41 Закону про ІСІ не наділений правами юридичної особи, а являє собою сукупність активів, що належать учасникам такого фонду на праві спільної часткової власності, перебувають в управлінні КУА й обліковуються нею окремо від результатів її господарської діяльності. ПФ створюється КУА в установленому названим Законом порядку шляхом продажу (розміщення) інвесторам випущених нею інвестиційних сертифікатів. Управління активами ПФ КУА здійснює в його інтересах від свого імені на підставі ст. 41 Закону про ІСІ. Господарські правовідносини ПФ і КУА при цьому мають абсолютний характер, оскільки опосередковують реалізацію відповідних абсолютних прав та обов'язків КУА, і належать до категорії господарських правовідносин з ведення власної господарської діяльності [7, с. 188–193]. Укладаючи договори за рахунок активів ПФ, КУА діє від свого імені, але в інтересах ПФ із обов'язковим зазначенням у таких договорах реквізитів вказаного фонду.

КУА здійснює діяльність з управління активами КІФ і ПФ за винагороду, яка встановлюється у співвідношенні до вартості чистих активів цих ІСІ. Порядок нарахування та виплати винагороди КУА, її максимальний розмір встановлено Положенням про склад і розмір витрат, що відшкодовуються за рахунок активів інституту спільного інвестуван-

ня, затвердженим рішенням НКЦПФР від 13.08.2013 р. № 1468.

НПФ за своїм правовим статусом згідно із Законом про НПЗ є неприбутковою організацією (непідприємницьким товариством) з правами юридичної особи, функціонує та провадить діяльність виключно з метою накопичення пенсійних внесків на користь учасників НПФ з подальшим управлінням пенсійними активами, здійснює пенсійні виплати учасникам НПФ. Проте управління активами НПФ здійснює не сам фонд, а КУА, або банк щодо активів створеного ним корпоративного НПФ, або професійний адміністратор НПФ – на підставі та відповідно до умов укладеного договору про управління активами НПФ за умови отримання переліченими особами (далі – управителями активами НПФ) ліцензії НКЦПФР на провадження діяльності з управління активами.

Предметом договору про управління активами НПФ є надання управителем активами відповідних послуг НПФ. Закон про НПЗ встановлює істотні умови договору, вимоги до здійснення діяльності з управління активами НПФ, а також обмеження діяльності управителя. Розмір винагороди управителю активами визначається радою НПФ і зазначається у названому договорі.

Таким чином, управління активами ІСІ та НПФ провадять КУА (або інші управителі активами стосовно НПФ) – фінансові посередники. Вони на професійних засадах здійснюють відбір об'єктів інвестування в межах, дозволених законами, та подальше управління інвестиційним портфелем вказаних інституційних інвесторів. Відносини між КІФ чи НПФ, з одного боку, та КУА чи іншим управителем активами НПФ – з іншого, набувають форми майново-господарського договірної зобов'язання з управління активами відповідного інституційного інвестора.

Зазначені договірні зобов'язання мають імперативно-диспозитивний характер: вказані інвестори (КІФ та НПФ) не мають права самостійно здійснювати управління своїми активами, проте вони вільні у виборі управителя та визначенні змісту договору в межах, встановлених законом. Договори про управління активами інституційних інвесторів є господарськими договорами [8, с. 4, 15], укладаються вони між відповідними суб'єктами господарювання та спрямовані на забезпечення господарської діяльності цих суб'єктів.

Договори про управління активами КІФ та НПФ є однотипними, хоча й регулюються різними законодавчими актами – Законом про ІСІ та Законом про НПЗ. Ці закони прийняті у різний час, і тому мають не завжди виправдані відмінності у правовому регулюванні відносин з управління активами. Зокрема, ст. 37 Закону про НПЗ встановлює умови та порядок проведення заміни управи-

теля активами. Крім того, заміна такого управителя докладно регламентується Положенням про порядок заміни особи, яка провадить діяльність з управління активами пенсійного фонду, затвердженим рішенням ДКЦПФР від 18.08.2004 р. № 348. Закон про ІСІ (статті 12, 17) лише допускає можливість заміни КУА і встановлює, що умови та порядок такої заміни передбачаються у регламенті КІФ. По-різному сформульовані у названих законах і норми про відповідальність управителя активами (ст. 43 Закону про НПЗ і ст. 67 Закону про ІСІ) та деякі інші.

Слід зазначити, що на підзаконному рівні ці відмінності певною мірою знівельовані НКЦПФР шляхом прийняття єдиного нормативно-правового акта – Положення про особливості здійснення діяльності з управління активами інституційних інвесторів від 06.08.2013 р. № 1414. Проте, на нашу думку, порядок управління активами інституційних інвесторів має бути уніфікований на законодавчому рівні в рамках названих законів.

Заслугує на увагу і питання про юридичну природу відносин з управління активами ІСІ та НПФ, яке в правовій науці та практиці не отримало однозначного розуміння, виступає як дуже складне і викликає гострі дискусії. Більшість авторів виходить із того, що управління спільними інвестиціями є одним із видів управління майном [2, с. 8; 3, с. 38–39], і вважає допустимим застосування до цих відносин загальних положень глави 70 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, яка регулює зобов'язання з управління майном, в частині, що не суперечить законодавству про ІСІ [4, с. 123]. Найбільш дискусійним є трактування самого інституту управління майном, щодо якого позиції вчених розходяться (від визнання його зобов'язальним правом згідно з вказаними положеннями ЦК до надання цьому інституту властивостей речового права, обґрунтування виникнення в управителя права довірчої власності на майно). Існує і проміжна точка зору – визнання управління майном зобов'язанням з елементами речового права [3, с. 36; 5, с. 49]. На нашу думку, вирішення цього питання стосовно відносин у сфері спільного інвестування єдино можливе на легальній основі, з використанням положень чинного законодавства, яке у зв'язку з цим потребує більш детального аналізу. Як впливає із ст. 1029 ЦК України, на підставі договору управління майном встановлюється можливість виникнення лише двох видів прав управителя на отримане в управління майно: або права на чуже майно (власником майна, що перебуває в управлінні, залишається установник), або права довірчої власності (право власності на довірене майно переходить від установника до управителя) [6, с. 37]. Згідно ж із ст. 316 ЦК право довірчої власності виникає внаслідок або закону, або договору управління майном.

Згадувані законодавчі та підзаконні нормативно-правові акти, що регулюють відносини у досліджуваній сфері, а також договори про управління активами та про приєднання до ПІФ, які укладаються відповідно до цих актів, не передбачають виникнення у КУА права довірчої власності. У цьому полягає принципова відмінність зазначених відносин від інших, щодо яких у законах прямо передбачено виникнення вказаного права (закони «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19.06.2003 р., «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19.06.2003 р.).

Більше того, згідно із Законом про ІСІ активи КІФ належать йому на праві власності, активи ПІФ належать інвесторам на праві спільної часткової власності, а згідно із Законом про НПЗ пенсійні активи належать НПФ також на праві власності. Отже, законодавство не пов'язує управління активами інституційних інвесторів із виникненням довірчої власності та не характеризує його як «довірче» управління. Проте окремі дослідники прямо або побічно звертають увагу на довірчий, фідучіарний характер відносин з управління активами інституційних інвесторів [5, с. 49; 9], а деякі навіть стверджують, що при укладенні договору про приєднання до ПІФ як договору управління майном відбувається розщеплення правомочностей власника майна, переданого в управління [4, с. 119]. Такі твердження не ґрунтуються на законі та не відповідають практиці, що склалася.

Слід зазначити, що ознака «довірчості» щодо подібних випадків сама собою не надає будь-якої юридичної специфіки відносинам, які складаються при управлінні активами інституційних інвесторів. Ці відносини у цілому підпадають під дію норм глави 70 ЦК України. Як справедливо зазначається у літературі, наділення управителя за договором управління майном значним обсягом повноважень хоч і зумовлює підвищений ступінь довіри між сторонами, однак не виходить за межі фактичної довіри та взагалі довіри, що має місце при вчиненні будь-якого договору [10, с. 650]. Аналогічної думки дотримуються й такі провідні російські вчені-правознавці, як В. Дозорцев, Є. Суханов, В. Вітрянський [11, с. 391]. Що стосується терміна «довірчість», то складається враження, що включення його у законодавство, інспіроване фінансово-банківськими лобістами [12, с. 209–210], має на меті «приспати» увагу потенційних клієнтів і надати фінансовим посередникам можливість скористатися їх коштами у своїх інтересах. На такі думки наштовхує як сумний досвід довірчих товариств [13], так і більш свіжі приклади використання «довірчих» конструкцій у механізмах залучення коштів громадян до фондів фінансування будівництва [14]. Конст-

рукція «довірча власність» запозичена з системи загального (англо-саксонського) права, а «довірче управління» – це категорія системи континентального права [15, с. 206–207], які формувалися віками. У вітчизняному ж законодавстві, за прикладом російського, ці поняття еклектично поєднані, тому вважається за доцільне підтримати пропозиції про виключення з ЦК України положень про довірчу власність і допустимість використання конструкції довірчих відносин лише за умови запобігання їх використанню у протизаконних цілях [16, с. 100].

Що стосується відносин, які складаються при управлінні активами інституційних інвесторів, то інвестори мають покладатися не на особисто-довірчий характер цих відносин, а на професійні можливості КУА, її ділову репутацію та досвід діяльності, відповідність встановленим вимогам і державний контроль за їх додержанням [3, с. 38–39].

Висновки

Відносини, що складаються при управлінні активами інституційних інвесторів (КІФ і НПФ), мають форму майново-господарського договірного зобов'язання з управління активами. За юридичною природою вони належать до категорії зобов'язань з управління майном і підлягають регулюванню загальними нормами глави 70 ЦК України та спеціальним законодавством.

Перспективи подальших досліджень пов'язані з розробленням пропозицій щодо уніфікації відповідних положень спеціальних законів – Закону про ІСІ та Закону про НПЗ.

Список використаних джерел

1. Річний звіт НКЦПФР за 2013 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nssmc.gov.ua/activities/annual.
2. Мащенко М. В. Господарська діяльність з управління майном: поняття, суб'єкти, види (господарсько-правовий аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 19 с.
3. Слободян О. Правова природа управління пайовим інвестиційним фондом // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 12. – С. 36–39.
4. Гнатів О. Правова природа договору про приєднання до пайового інвестиційного фонду //

Стаття надійшла до редакції 25.12.2014 р.

Relations developing in the management of assets of institutional investors – corporate investment funds and pension funds, are characterized as commercial property and contractual obligations. Substantiates their belonging to the obligations of property management.

В статье рассматриваются отношения, складывающиеся при управлении активами институциональных инвесторов – корпоративных инвестиционных фондов и негосударственных пенсионных фондов, которые характеризуются как имущественно-хозяйственные договорные обязательства, обосновывается принадлежность их к обязательствам по управлению имуществом.

Вісник Львів. ун-ту. Сер. Юридична. – 2009. – Вип. 49. – С. 118–123.

5. Жорнокуй Ю. Проблеми співвідношення категорій «управління майном» та «управління активами» в контексті довірчих відносин корпоративного інвестування // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 5. – С. 46–49.

6. Панченко М. До проблеми законодавчого регулювання відносин довірчої власності // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 4. – С. 36–40.

7. Віхров О. П. Організаційно-господарські правовідносини. – К., 2008. – 512 с.

8. Потова А. В. Правове становище професійних учасників ринку цінних паперів в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 18 с.

9. Александров Д. Історичні аспекти правового регулювання управління активами // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 4. – С. 86–90.

10. Спасибо-Фатеева І. В. Управління майном // Цивільний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2004. – 928 с.

11. Савченко Б. Г. До питання фідучіарності та правової природи договору управління майном // Держава і право. – 2011. – Вип. 53. – С. 389–394.

12. Чалий І. Г. Довірче управління: від часів соціалізму до нової доби // Університетські наукові записки. – 2007. – № 2. – С. 205–210.

13. Про звіт Тимчасової депутатської слідчої комісії по перевірці фактів фальсифікації окремих положень Декрету Кабінету Міністрів України «Про довірчі товариства» та контролю за виконанням пункту 3 Постанови Верховної Ради України від 6 липня 1995 року «Про проект Закону України про внесення змін і доповнень до Декрету Кабінету Міністрів України «Про довірчі товариства»: Постанова Верховної Ради України від 31.10.1996 р. № 452/96-ВР // Голос України. – 1996. – 6 листопада.

14. Афера «Еліта-Центр» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki/>.

15. Полюхович В. І. Державне регулювання фондового ринку України: господарсько-правовий механізм. – К., 2012. – 337 с.

16. Титова Е. В. Об отдельных аспектах реализации положений Гражданского кодекса Украины о праве доверительной собственности // Экономико-правовые исследования в XXI веке: проблемы и экономически необоснованные нормы в законодательстве, регулирующем хозяйственную деятельность, и пути их устранения: Материалы Второй междунар. науч.-практ. интернет-конф., г. Донецк, 2–5 июня 2009 г. – Д., 2009. – С. 97–101.



УДК 346.5

Анастасія Івченко,здобувачка кафедри цивільно-правових дисциплін
Інституту права МАУП

ЩОДО ТЕРМІНОЛОГІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ НЕПРИБУТКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті аналізуються термінологія та положення чинного господарського законодавства, що стосуються понять «неприбутковість», «некомерційна господарська діяльність» тощо.

Ключові слова: неприбутковість, некомерційна господарська діяльність, організаційні форми, підприємництво, майнові засади господарювання.

Багато підприємств і організацій, які є неприбутковими або нібито неприбутковими, претендують на пільгові умови функціонування, що пов'язані із статусом неприбутковості.

Податковий кодекс України [1] вводить таке поняття неприбуткового підприємства: неприбуткові підприємства, установи й організації – це підприємства, установи й організації, основною метою діяльності яких є не одержання прибутку, а провадження благодійної діяльності та меценатства, іншої діяльності, передбаченої законодавством (ст. 14).

Чинне господарське законодавство, зокрема Господарський кодекс (далі – ГК) України не оперує терміном «неприбутковість» діяльності, віддаючи чомусь перевагу поняттю «некомерційна господарська діяльність». Так, згідно з ч. 2 ст. 3 «Господарська діяльність та господарські відносини» ГК, господарська діяльність (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) може здійснюватися і без мети одержання прибутку (некомерційна господарська діяльність). Іншими словами, під некомерційною господарською діяльністю розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, що здійснюється без мети одержання прибутку. Незрозуміло, навіщо законодавцю потрібно було вводити поняття «некомерційна господарська діяльність», а потім пояснювати його через неприбутковість діяльності. Тим більше, що розробники ГК оперують ще й термінами «підприємництво», «підприємницька діяльність» як синонімом комерційної діяльності. Про це свідчить ч. 4 ст. 12 «Засо-

би державного регулювання господарської діяльності» ГК України. У цій частині ст. 12 вказується, що обмеження стосовно здійснення підприємницької діяльності, а також перелік видів діяльності, в яких забороняється підприємництво, встановлюються Конституцією України та законом. Звідси можна зробити висновок, що види діяльності, в яких забороняється підприємництво, можуть бути лише неприбутковими, тобто здійснюватися неприбутковими підприємствами.

Чи не з метою взагалі заплутати користувача, у главі 5 «Некомерційна господарська діяльність» ГК України вводиться вже нове поняття «некомерційне господарювання» – це самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку (ч. 1 ст. 52). Як випливає з назви ст. 53 «Організаційні форми здійснення некомерційної господарської діяльності» ГК, у ній мають визначатися, перелічуватися організаційні форми здійснення такої діяльності. Однак у ч. 1 зазначеної статті йдеться про майнові засади господарювання (некомерційна господарська діяльність може здійснюватися суб'єктами господарювання на основі права власності або права оперативного управління в організаційних формах, які визначаються власником або відповідним органом управління чи органом місцевого самоврядування з урахуванням вимог, передбачених цим Кодексом та іншими законами). Конкретні організаційні форми здійснення некомерційної господарської діяльності у частинах 2, 3 цієї статті теж не згадуються:

«2. Некомерційна господарська діяльність здійснюється суб'єктами господарювання дер-

жавного або комунального секторів економіки у галузях (видах діяльності), в яких відповідно до статті 12 цього Кодексу забороняється підприємництво, на основі рішення відповідного органу державної влади чи органу місцевого самоврядування. Некомерційна господарська діяльність може здійснюватися також іншими суб'єктами господарювання, яким здійснення господарської діяльності у формі підприємництва забороняється законом.

3. Не можуть здійснювати некомерційну господарську діяльність органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи».

Стаття 54 «Регулювання некомерційної господарської діяльності» ГК також недостатньо інформативна. Зважаючи на назву статті, користувач сподівається на визначення у ній регламенту саме для некомерційної господарської діяльності. Однак він неодмінно буде розчарований, бо в статті йдеться про те, що на суб'єктів господарювання, які здійснюють некомерційну господарську діяльність, поширюються загальні вимоги щодо регулювання господарської діяльності з урахуванням особливостей її здійснення різними суб'єктами господарювання, які визначаються цим Кодексом та іншими законодавчими актами (ч. 1), а також довідається, що при укладенні трудового договору (контракту, угоди) суб'єкт господарювання, який здійснює некомерційну господарську діяльність, зобов'язаний забезпечити належні та безпечні умови праці, її оплату не нижчу від визначеного законом мінімального розміру, інші соціальні гарантії, передбачені законом (ч. 2 ст. 53).

Безумовно, загальні вимоги до регулювання господарської діяльності більш жорсткі, ніж ті, що пред'являються до регулювання некомерційної господарської діяльності, тому вони поширюються на будь-яких суб'єктів господарювання і це сумнівів не викликає. Дійсно, у випадках, коли не встановлено особливостей, діють загальні вимоги. Заслужують на увагу такі особливості. Потрібно було вказати хоча б на їх сферу (податкова, надання держзамовлень, бюджетна підтримка тощо).

Хотілося би сподіватися на те, що організаційні форми здійснення некомерційної господарської діяльності будуть зазначені у главі 7 «Підприємство» ГК. Однак із ст. 62 «Підприємство як організаційна форма господарювання» ГК можна дізнатися лише про те, що підприємство – це самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку,

передбаченому цим Кодексом та іншими законами (ч. 1), а також те, що вони (підприємства) «можуть створюватись як для здійснення підприємництва, так і для некомерційної господарської діяльності» (ч. 2).

Як зазначалось у ч. 2. ст. 53 ГК України, некомерційна господарська діяльність здійснюється суб'єктами господарювання державного або комунального секторів економіки. Однак з ч. 3 ст. 78 цього Кодексу «Комунальні унітарні підприємства» впливає, що комунальні підприємства можуть бути як комерційні, так і некомерційні: майно комунального унітарного підприємства перебуває у комунальній власності та закріплюється за таким підприємством на праві господарського відання (комунальне комерційне підприємство) або на праві оперативного управління (комунальне некомерційне підприємство), а згідно з ч. 2 ст. 135 «Організаційно-установчі повноваження власника» ГК, власник має право особисто або через уповноважені ним органи з метою здійснення підприємницької діяльності засновувати господарські організації, закріплюючи за ними належне йому майно на праві власності, праві господарського відання, а для здійснення некомерційної господарської діяльності – на праві оперативного управління, визначати мету та предмет діяльності таких організацій, склад і компетенцію їх органів управління, порядок прийняття ними рішень, склад і порядок використання майна, інші умови господарювання у затверджених власником (уповноваженим ним органом) установчих документах господарської організації, а також здійснювати безпосередньо або через уповноважені ним органи у межах, встановлених законом, інші управлінські повноваження щодо заснованої організації та припиняти її діяльність відповідно до цього Кодексу та інших законів.

Вищевикладені у ч. 3 ст. 78 ГК положення дещо суперечать положенням ч. 1 ст. 53 ГК, де йдеться про майнові засади господарювання, про те, що некомерційна господарська діяльність може здійснюватися суб'єктами господарювання на основі не тільки права оперативного управління, а й права власності.

Що стосується особливостей регулювання господарської діяльності, то ст. 414 «Спеціальний режим господарювання в окремих галузях народного господарства» ГК України встановлює, що у разі необхідності стабілізації або прискореного розвитку окремих галузей народного господарства за поданням Кабінету Міністрів України може встановлюватися законом спеціальний режим господарювання у цих галузях (ч. 1); у Збройних Силах України може здійснюватися лише некомерційна (неприбуткова) господарська діяльність (ч. 2).

Спеціальний режим господарювання створено, слід розуміти, у сфері освіти. Згідно з Законом України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. № 1556-VII, вищий навчальний заклад утворюється у формі державної, комунальної, приватної установи і працює на засадах неприбутковості (ч. 1 ст. 27 «Правовий статус вищого навчального закладу»).

Неприбутковість діяльності передбачена і для громадських організацій (об'єднань). Так, згідно із ст. 19 «Виробнича і господарська діяльність релігійних організацій» Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23.04.1991 р. № 987-XII, прибуток від виробничої діяльності й інші доходи підприємств релігійних організацій оподатковуються відповідно до чинного законодавства в порядку та розмірах, установлених для підприємств громадських організацій. Суми їх прибутку, які використовуються в добродійних цілях, не оподатковуються.

Прийняття Закону України «Про громадські об'єднання» від 22.03.2012 р. № 4572-VI пожвавило інтерес до поняття, яким у праві позначається громадська асоціація. Проте цей Закон не зняв окремих теоретичних питань понятійного змісту, зокрема проблему конститутивних ознак громадської асоціації, до яких відноситься і неприбутковість (некомерційність) громадської асоціації. Але поняття «громадська асоціація», що в національному законодавстві позначалося терміном «об'єднання громадян», переслідує прикра неоднозначність щодо неприбутковості та некомерційного характеру, яка заважає встановленню різниці між громадськими асоціаціями в точному розумінні та комерційними спільнотами, ускладнює встановлення обсягу поняття, взагалі шкодить ученню про асоціацію. Крім того, на ґрунті Закону «Про об'єднання громадян» сформувався неправильний погляд на суб'єктивне право господарської діяльності (у значенні комерційної) громадської асоціації, має місце приписування права на таку діяльність самому об'єднанню.

Новий Закон України «Про громадські об'єднання» суттєво змінив господарський

(комерційний) статус громадських асоціацій, що породжує питання про їх комерційну правоздатність і питання про концептуальну узгодженість законодавчих новел. За цим Законом неприбутковість (некомерційність) як ознака стосується лише тих громадських об'єднань, що мають статус юридичної особи, який передбачає право комерційної діяльності, але визначаються такі об'єднання як непідприємницькі товариства (п. 5 ст. 1); щодо підприємницької (комерційної) діяльності громадські об'єднання отримали право на її провадження вже безпосередньо (підпункт 2 п. 2 ст. 21). У світі цих положень виникає питання щодо статусу громадських об'єднань як непідприємницьких (неприбуткових) товариств, оскільки підприємницька діяльність, на яку вони отримали безпосереднє право, за визначенням має на меті отримання прибутку. У даному випадку специфічний сенс таких юридичних понять, як «непідприємницькі» та «неприбуткові» з формально-логічної точки зору виявляється суперечливим, а в юридичному мисленні набувають умовного значення.

Висновки

Проведений аналіз свідчить, що для чинного законодавства, яке регламентує некомерційну, неприбуткову, непідприємницьку господарську діяльність, характерним є неуніфікованість термінології, відсутність чітких класифікацій і невизначеність відповідних організаційних форм. Це, з одного боку, створює можливість зловживати правом, а з іншого – проводити обґрунтовану справедливу податкову політику щодо відповідних організаційних утворень.

На нашу думку, доцільно відмовитися від вживаного терміна «некомерційна господарська діяльність» та вживати поняття «неприбуткова», «непідприємницька» господарська діяльність, а також позначити у чинному ГК України відповідні сфери господарювання, де така діяльність вже легітимізована за чинним законодавством.

Стаття надійшла до редакції 29.11.2014 р.

Analyzes the terminology and provisions of the current economic legislation regarding the concepts of «non-profit», «non-profit activity» and others.

В статтє анализируются терминология и положения действующего хозяйственного законодательства, касающегося понятий «неприбыльность», «некоммерческая хозяйственная деятельность» и др.



УДК 346.13

Олександр Джуринський,*аспірант кафедри господарського права
юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

ЗВИЧАЇ ДІЛОВОГО ОБОРОТУ ЯК ДЖЕРЕЛО ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА УКРАЇНИ

У статті досліджуються звичаї ділового обороту як джерела сучасного господарського права України, пропонуються зміни до законодавства, спрямовані на розв'язання проблеми застосування звичаїв ділового обороту для регулювання відносин у сфері господарювання.

Ключові слова: джерела господарського права, звичаї ділового обороту, види звичаїв ділового обороту.

Основним джерелом регулювання відносин у сфері господарювання є нормативно-правові акти господарського законодавства. Разом із тим все більшого значення в сучасній Україні набувають нетрадиційні (нетипові) джерела господарського права, зокрема, звичаї ділового обороту. Це пов'язано, передусім, із розвитком ринкових відносин, послабленням державного впливу на суб'єктів господарювання, бажанням України досягти економічної інтеграції, виявом чого стало підписання нею Угоди про асоціацію між Україною, з одного боку, й Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії, їх державами-членами – з іншого, а також поступовою адаптацією законодавства України до *acquis* ЄС відповідно до напрямів, визначених у зазначеній Угоді.

Проблема застосування звичаїв у праві України досліджувалася представниками різних галузевих юридичних наук – конституційного, цивільного тощо. Не є винятком і наука господарського права, хоча характеристики звичаю як джерела господарського права приділялося недостатньо уваги.

Метою цієї статті є дослідження змісту законодавства, що регулює застосування звичаїв ділового обороту в господарських відносинах, видів таких звичаїв, а також розроблення пропозицій, спрямованих на розв'язання проблеми застосування звичаїв ділового обороту для регулювання відносин у сфері господарювання.

Як самостійне джерело господарського права правовий звичай виділений у підручнику з господарського права [1, с. 45–46]. Охарактеризував звичай як джерело господарського права України Р. Прилуцький [2; 3; 4], а І. Стрельникова й Є. Погорелов зазначають,

що господарські правовідносини також можуть бути врегульовані за допомогою звичаїв ділового обороту та міжнародних торгових звичаїв [5, с. 54]. Так, згідно з ч. 1 ст. 32 Господарського кодексу (далі – ГК) України недобросовісною конкуренцією визнаються будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, *торговим та іншим чесним звичаям* у підприємницькій діяльності. Конструкція «торгові й інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності» неодноразово вживається також у Законі України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. № 2210-III, а в Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 р. № 236/96-ВР йдеться про торгові й інші чесні звичаї ведення конкуренції при здійсненні господарської діяльності (преамбула) та про торгові й інші чесні звичаї у господарській діяльності (ч. 1 ст. 1).

Чи не вперше в законодавстві незалежної України норма про застосування *міжнародних звичаїв* з'явилася в Законі УРСР «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. № 959-XII, ч. 1 ст. 6 якого передбачала, що суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо й у виключній формі цим та іншими законами України. Із урахуванням цього в ч. 4 ст. 265 ГК України, що діяла в редакції до 05.07.2012 р. було встановлено, що умови договорів поставки повинні викладатися сторонами відповідно до вимог Міжнародних правил щодо тлумачення термінів «Інкотермс».

Змінами, внесеними до ч. 4 ст. 265 ГК України Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо

визначення умов поставок» від 05.07.2012 р. № 5060-VI, встановлено, що сторони для визначення умов договорів поставки мають право використовувати відомі *міжнародні звичаї*, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо або у виключній формі цим Кодексом чи законами України. Так, ч. 1 ст. 9 Закону України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту» від 22.12.1998 р. № 330-XIV встановлено, що базисні умови поставки визначаються відповідно до Міжнародних правил тлумачення комерційних термінів «Інкотермс». Аналогічна норма міститься в абзаці 2 ч. 8 ст. 14 Закону України «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну» від 22.12.1988 р. № 332-XIV.

Можливість застосування міжнародних звичаїв щодо визначення умов договорів поставки передбачається також Законом України «Про державну підтримку сільськогосподарства України» від 24.06.2004 р. № 1877-IV (абзац 1 п. 2.19 ст. 2), відповідно до якого умови поставки – це умови, визначені у договорах (контрактах), згідно з якими сторони мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо або у виключній формі цим та іншими законами України.

Слід зазначити, що міжнародні звичаї як регулятор суспільних відносин застосовуються не лише для визначення умов договорів поставки. Згідно із Законом України «Про транспортно-експедиторську діяльність» від 01.07.2004 р. № 1955-IV експедитори за дорученням клієнтів забезпечують оптимальне транспортне обслуговування, а також організовують перевезення вантажів різними видами транспорту територією України й іноземних держав відповідно до договорів (контрактів), за якими сторони мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо або у виключній формі цим та іншими законами України (абзац 2 ч. 3 ст. 8).

Звичаї, як джерела права, добре відомі в торговельному мореплаванні. Зокрема, Кодекс торговельного мореплавання (далі – КТМ) України від 23.05.1995 р. № 176/95-ВР вживає кілька термінів із словом «звичаї»: просто звичаї (ст. 146), звичаї торговельного мореплавання (статті 6, 295), міжнародні звичаї торговельного мореплавання (ст. 293), звід звичаїв морського порту (ст. 9). Зокрема, звід звичаїв морського порту встановлює правила надання послуг у морському порту, обслуговування суден і пасажирів, що склалися та тривалий час застосовуються на практиці у

цьому морському порту. Звід звичаїв морського порту містить правила щодо порядку вручення повідомлення про готовність судна до здійснення операцій з вантажем; порядку розрахунку сталійного часу, якщо він не встановлений угодою сторін; переліку послуг, що надаються в морському порту; а також інші правила здійснення господарських операцій у межах морського порту.

Звід звичаїв морського порту застосовується: за наявності в договорі морського перевезення умов щодо застосування звичаїв морського порту; за відсутності в договорі морського перевезення відповідних правил з питань, що регулюються звичаями морського порту; за наявності в договорі морського перевезення умов, що суперечать звичаям морського порту.

Звід звичаїв морського порту видається адміністрацією морських портів України щодо кожного морського порту, завіряється Торгово-промисловою палатою України й оприлюднюється на офіційному веб-сайті адміністрації морських портів України (ст. 9 КТМ). Так, Звід звичаїв Одеського морського торгового порту (нова редакція), затверджений наказом начальника Одеського морського торгового порту № 238 від 16.04.2008 р., містить правила, що склалися та застосовуються в порту, зумовлені технологією вантажорозвантажувальних робіт при обслуговуванні суден, вантажів і пасажирів. У Зводі звичаїв Одеського морського торгового порту регламентується (ст. 2): виробничий режим роботи; черговість заходу та виходу суден в (з) порт(у); порядок та умови постановки, обробки й обслуговування суден, вантажів і пасажирів у порту; порядок та умови завезення в порт, перебування в порту і вивезення вантажу іншими видами транспорту; порядок та умови зберігання вантажів на складах порту; порядок запобігання забрудненню навколишнього середовища; порядок, умови та здійснення охорони суден службою морської безпеки (далі – СМБ) порту.

Відповідно до ч. 3 ст. 344 ГК України міжнародні розрахунки регулюються, зокрема, *банківськими звичаями*. Цей вид звичаїв закріплений також в Уніфікованих правилах та звичаях для документарних акредитивів, прийнятих Міжнародною торговельною палатою (далі – МТП) 01.01.1993 р., публікація МТП № 500 [16], хоч і не називається в них банківськими звичаями.

Створена у 1920 р. як міжнародна неурядова організація, що займається організаційним, технічним і правовим забезпеченням світового бізнесу, Міжнародна торгова палата проводить значну роботу із систематизації звичаїв, які діють у міжнародній комерційній і фінансовій практиці. Результатом цієї робо-

ти є низка збірників уніфікованих звичаїв, правил і узвичаєнь, що застосовуються майже в усіх країнах світу, у тому числі в Україні. Серед них – Правила з використання термінів для внутрішньої та міжнародної торгівлі «Інкотермс 2010», Уніфіковані правила по інкасо, Уніфіковані правила для гарантій за першою вимогою тощо.

У Цивільному кодексі (далі – ЦК) України визначено, що банк зобов'язаний вчиняти для клієнта операції, передбачені для рахунків даного виду законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту, якщо інше не встановлено договором банківського рахунка (ч. 1 ст. 1068).

Застосування звичаїв ділового обороту передбачається й окремими актами, що регулюють відносини у банківській сфері. Так, п. 1.10 Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах, затвердженій постановою Національного банку України від 12.11.2003 р. № 492 встановлено, що письмова форма договору банківського вкладу вважається дотриманою, якщо внесення грошової суми на вкладний (депозитний) рахунок вкладника підтверджено договором банківського вкладу з видачею ощадної книжки або іншого документа, що відповідає вимогам, установленим законом, іншими нормативно-правовими актами у сфері банківської діяльності (банківськими правилами) та звичаями ділового обороту [6].

Відповідно до ч. 6 ст. 4 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї.

Досліджуючи застосування торговельних звичаїв як джерела права в Україні, Т. Піскун пропонує для отримання звичаєм статусу повноцінного джерела права перетворити право суду застосовувати чи не застосовувати звичаї на обов'язок суду діяти таким чином, для чого пропонується внести зміни до ст. 4 ГПК України і привести її у відповідність із ст. 7 ЦК України [7, с. 147]. З такою пропозицією важко погодитися, оскільки ст. 7 ЦК України не містить імперативного припису щодо застосування звичаю, зокрема звичаю ділового обороту.

Аналізуючи ст. 4 ГПК України в частині застосування міжнародних торговельних звичаїв, О. Кот цілком обґрунтовано порушив питання про те, як бути у випадку відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю суб'єктів господарювання України? [8, с. 77]. Розв'язання цієї проблеми він вбачає у закріпленні в ст. 4 ГПК України права

господарського суду застосовувати аналогію закону або аналогію права [8, с. 77–78].

Допускаючи і такий варіант можливого розв'язання проблеми заповнення прогалини в регулюванні господарських відносин, вважаємо, що для даного випадку більш вдалим було б закріпити в ч. 6 ст. 4 ГПК України право господарського суду застосовувати звичаї ділового обороту та викласти її в такій редакції: *«У разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини, господарський суд може застосовувати звичаї ділового обороту»*. Внесення запропонованих змін дозволить розширити не лише види звичаїв, які на сьогодні безпідставно обмежені лише міжнародними торговими звичаями, а й коло суб'єктів, у відносинах між якими вони можуть застосовуватися.

Висновки

Проведене дослідження свідчить, що незважаючи на відсутність у ГК України норми, подібної встановленій ст. 7 ЦК України, яка б містила пряму вказівку на визнання звичаїв ділового обороту джерелами господарського права, зміст інших актів господарського законодавства, а також господарського процесуального законодавства дозволяє стверджувати, що фактично Українська держава визнає звичаї джерелами господарського права. При цьому джерелами господарського права є звичаї ділового обороту, які, на нашу думку, поділяються на види залежно від виду відносин, для регулювання яких вони застосовуються. Таким чином, серед звичаїв ділового обороту можна виділити:

- торгові й інші чесні звичаї;
- міжнародні торгові звичаї;
- звичай торговельного мореплавства;
- банківські звичаї.

Загалом погоджуючись із Р. Прилуцьким у тому, що в ГК України положення про звичай як джерело господарського права випливають дещо спонтанно та без належного опрацювання [4, с. 69], підтримуємо його пропозицію щодо виправлення такої ситуації, але шляхом доповнення ГК України не окремою статтею, яка в запропонованій Р. Прилуцьким редакції значною мірою є повторенням ст. 7 ЦК України, а шляхом доповнення ст. 7 ГК України окремою частиною такого змісту: *«Господарські відносини можуть регулюватися звичаями ділового обороту – правилами поведінки, що склалися та широко застосовуються у сфері господарювання, які не передбачені законодавством, незалежно від їх фіксації у будь-якому документі»*. Всі інші положення щодо застосування звичаїв ділового обороту у господарських відносинах встановлені ст. 7 ЦК України та, на нашу думку, не потребують дублювання в ГК України.

З урахуванням запропонованого легального визначення поняття «звичаї ділового обороту» (йдеться саме про звичай, а не звичай – як одне правило поведінки) можна сформулювати доктринальне визначення поняття «звичаї ділового обороту» – це санкціоноване державою джерело господарського права, що містить не передбачену господарським законодавством норму права, що склалася та широко застосовується у сфері господарювання.

Подальші наукові дослідження нетрадиційних (нетипових) джерел господарського права доцільно зосередити на з'ясуванні правової природи та місця норм міжнародного права в системі джерел господарського права України.

Список використаних джерел

1. *Хозяйственное право* / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулина и др.; Под ред. В. К. Мамутова. – К., 2002. – 912 с.

Стаття надійшла до редакції 09.12.2014 р.

The article investigates the business customs as sources of modern economic law of Ukraine and the proposed changes to the legislation to address the problem of application of business practices for the regulation of relations in the sphere of management.

В статье исследуются обычаи делового оборота как источники современного хозяйственного права Украины, предлагаются изменения в законодательство, направленные на решение проблемы применения обычаев делового оборота для регулирования отношений в сфере хозяйствования.

2. Прилуцький Р. Б. Джерела господарського права за чинним законодавством України // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 409–419 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.ua/e<journals\FP\2010<2\10prbczu.pdf>.

3. Прилуцький Р. Б. Щодо джерел господарського права України // Юридична наука. – 2012. – № 1. – С. 26–36.

4. Прилуцький Р. Б. Договір та звичай як джерела господарського права України // Юридична наука. – 2012. – № 6. – С. 59–71.

5. Стрельникова І. Ю., Погорєлов Є. В. Місце звичаю в сучасному праві України // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Сер. Юрид. науки. – 2010. – Т. 23, № 2. – С. 52–56.

6. *Офіційний вісник України*. – 2003. – № 51, ч. 1. – Ст. 2707.

7. Піскун Т. О. Застосування торговельних звичаїв як джерела права в Україні: правова традиція та перспективи // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4. – С. 141–147.

8. Кот О. В. Судові акти в господарському процесі України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 221 с.



УДК 347.795.5

Сергій Вавженчук,

д-р юрид. наук, доцент,
професор кафедри трудового права
та права соціального забезпечення
юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка,

Тарас Рябенко,

ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»

СУТНІСТЬ СТАЛІЙНОГО ЧАСУ ЗА ДОГОВОРОМ ЧАРТЕРУ

У статті досліджуються проблеми нормативно-правової регламентації сталійного часу, аналізується вітчизняне законодавство у сфері морських перевезень вантажів.

Ключові слова: сталійний час, нотис, диспач.

Договір чартеру широко використовується при вантажних перевезеннях морським транспортом. Відповідно до вказаного договору судновласник або фрахтівник зацікавлений у тому, щоб рейс був здійснений у найкоротші строки. Це сприятиме підвищенню рівня майнового обороту, забезпечить можливість збалансованого навантаження на лінії перевезення. Вказане прямо залежить від визначення часу, яке судно витратить на перебування в порту для здійснення вантажно-розвантажувальних робіт. Розуміння всіх тонкощів правил кожного порту, знання міжнародно-правових актів, чинного законодавства України у цій сфері дає судновласнику або титульному володільцю можливість раціонально використати час і в подальшому задовольнити власний приватний інтерес.

Сталійний час не абстрактна правова категорія. Однак проблемними залишаються підходи до встановлення порядку, визначення юридичних фактів, із якими пов'язується його початок, завершення, перебіг.

Сталійний час знайшов своє відображення в працях таких науковців, як Л. Ніколаєва, О. Кокін, В. Чуєнко, В. Лебедев, В. Єрмолаєв. Більшість із них частково окреслюють деякі аспекти, зазначаючи про сталійний час як необхідну умову існування договору чартеру. Л. Ніколаєва дослідила на науковому рівні як поняття «сталійний час», так і його перебіг, завершення.

Метою цієї статті є розкриття поняття «сталійний час», визначення його початку, перебігу та завершення на підставі аналізу норм вітчизняного законодавства.

Перш як аналізувати проблему, слід зазначити, що у юридичній літературі нарівні з терміном «сталійний час» деякі науковці вживають термін «сталія». Однак ми вживатимемо саме термін «сталійний час», адже у чинному законодавстві закріплений саме цей термін, а термін «сталія» в жодному чинному нормативно-правовому акті не вживається. Цивільний кодекс (далі – ЦК) України не вживає термін «сталійний час»; згадується лише те, що порядок укладення договору чартеру, а також його форма встановлюються транспортними кодексами (статутами).

У Кодексі торговельного мореплавства (далі – КТМ) України сталійний час визначається як термін, протягом якого вантаж повинен бути навантажений на судно або вивантажений з судна (сталійний час), який визначається угодою сторін, а за відсутності такої угоди – нормами, прийнятими в порту навантаження (розвантаження). Більше в КТМ України про сталійний час не згадується.

Для більш повного розуміння поняття «сталійний час» слід звернутися до аналізу точок зору науковців. Так, на думку В. Єрмолаєва, сталійний час – це визначена кількість днів, протягом яких судно може знаходитися в розпорядженні фрахтувальника (відправника, вантажоодержувача) під завантаженням або розвантаженням вантажу [1, с. 106]. В. Чуєнко під сталійним часом розуміє строк, який відведений фрахтувальникові для завантаження та розвантаження судна без додаткової оплати [2, с. 21]. Л. Ніколаєва сталійний час розуміє як час, який відповідно до умов чартеру надається фрахтувальникові для виконання вантажних робіт і пов'язаних з ними допоміжних операцій у портах заван-

таження/розвантаження, за який судовласник не отримує ніякої додаткової винагороди, крім погодженої фрахтової ставки [3, с. 125]. Зазначення в понятті того, що за сталійний час додаткова оплата не здійснюється є, на нашу думку, важливим і надасть можливість чіткіше розуміти саме поняття «сталійний час».

Розглянемо детальніше перебіг сталійного часу. Важливою є норма, закріплена в Законі України «Про морські порти», згідно із ст. 9 якого «звід звичаїв морського порту містить відомості про порядок розрахунку сталійного часу, якщо він не встановлений угодою сторін» [4], тобто проблема розрахунку сталійного часу вирішується за допомогою звичаїв, які встановлені в кожному порту.

Для обох сторін договору важливими є такі питання: момент початку розрахунку сталійного часу; способи розрахунку його тривалості; періоди, які виключаються з розрахунку сталійного часу; завершення сталійного часу.

Момент початку розрахунку сталійного часу розпочинається з моменту, коли судовласник або капітан судна надав нотис про готовність судна до вантажних операцій, тобто всі формальності пов'язані з прибуттям судна в порт вже вирішені і працівники мають право розпочати завантаження вантажу. Однак на законодавчому рівні не закріплено обов'язок фрахтівника подати повідомлення про готовність судна. Звід звичаїв морського порту по-різному тлумачить, коли має бути подано нотис. Як наслідок, початок відліку сталійного часу в кожному порту різний. Крім того, слід зазначити, що нотиси поділяють відповідно до готовності судна до завантаження на: попередній; кінцевий; нотис про готовність [3, с. 125]. Наприклад, у зводі звичаїв Одеського морського торговельного порту, затвердженому наказом начальника ДП «Одеський морський торговельний порт» від 16.04.2008 р. № 238, а саме – у ст. 11, зазначено, що: «Капітани суден (судновласники) зобов'язані письмово повідомити порту інформацію – попередній нотис про підхід за 10 і 6 діб до запланованої дати приходу, а також уточнювати час приходу судна в порт за 72, 48, 24 і 4 години». У зводі звичаїв Ренійського морського торговельного порту, затвердженому наказом начальника ДП «Ренійський морський торговельний порт» від 04.02.1998 р. № 66, у п. 5.1 вказано: «Судновласники, власники вантажів та інша клієнтура повинні надавати портові заяви про подачу суден не пізніше ніж за 5 діб до приходу судна», а в п. 5.2 вказано, що: «Про майбутнє прибуття судна капітан судна чи його агент повинні надати портові інформацію за 48, 24 та 4 години, яка повинна містити назву судна, дату приходу, реквізити перевезених вантажів. У зводі звичаїв

Миколаївського морського торговельного порту, затвердженому наказом начальника ДП «Миколаївський морський торговельний порт» від 2005 р., у п. 5.1 вказано: «Про майбутнє прибуття заявленого судна в порт адміністрація судна або його агент зобов'язані надати портові інформацію за 10 діб й уточнену за 72, 24 і 4 години до очікуваного часу приходу судна в порт».

Початок відліку сталійного часу теж регламентується по-різному. В зводі звичаїв Одеського морського порту зазначено: відлік сталійного часу судна, включеного в Графік підходу, починається: з 13.00 год. поточної доби, якщо судно прибуло до полудня поточної доби; з 8.00 год. наступної доби, якщо судно прибуло після полудня поточної доби. Щодо звичаїв Ренійського порту, то тут відлік сталійного часу іноземного судна починається з 17.00 год., якщо нотис про готовність судна до вантажних операцій поданий капітаном до 12.00, і з 8.00 год. ранку наступного робочого дня, якщо нотис подано після 12.00. Якщо йдеться про звичаї Миколаївського порту, то тут рахунок сталійного часу починається з 16 год. дня, якщо нотис готовності судна до вантажних операцій вручено адміністрацією судна до 12 год., і з 8 год. ранку наступного робочого дня, якщо нотис вручено після 12 год. дня.

Порівняння зводів звичаїв трьох морських портів свідчить, що порти встановлюють обов'язок подачі нотису, однак строки такої подачі різняться. Різний і початок відліку сталійного часу. Слід зазначити, що транспортне законодавство України взагалі не містить вказівок на початок відліку сталійного часу.

Що стосується способів розрахунку тривалості сталійного часу, то на практиці обирають один із таких способів: за нормою завантаження/розвантаження на судно за добу; за визначеним числом діб; за звичаями порту; за нормою завантаження/розвантаження на люк за добу. Також слід зазначити, що порядок обчислення сталійного часу встановлюється звичаями морських портів. У звичаях зазначається, які саме дні вважаються сталійними, їх тривалість. Відповідно до «Визначення понять, які використовуються в чартері і відносяться до сталії» 2013 р., це: WWD (Weather working days) – робочий день або частина робочого дня, протягом яких навантаження/вивантаження вантажу здійснюється або, якщо судно чекає своєї черги, могло б здійснюватися без перешкод через погоду. Якщо така перешкода виникає (або виникла б, якби робота проводилася), то із сталії виключається період, протягом якого погода заважала або могла б заважати роботі. Робочі дні – дні, коли за місцевим законодавством або практикою вважається нормальним про-

ведення робіт. Поточні (календарні) дні – це дні, що наступають безпосередньо один за одним, тобто в останньому випадку в сталійний час зараховуються всі дні [4]. Законодавство України не містить подібних положень, що породжує неоднозначності у визначенні тих днів, які зараховуються або не зараховуються як сталійні. Тому необхідно імплементувати такого роду положення у вітчизняне законодавство.

До періодів, які виключаються з розрахунку сталійного часу належать: вихідні дні, святкові дні, а також години непогоди. Вихідними днями може вважатися неділя, в окремих випадках субота. Так, зокрема, у п. 6.1 звичаїв Ренійського порту зазначено, що: «Неділя та дні офіційних свят, а також час після 15.00 у суботу та святкові дні і до 8.00 у понеділок і дні, що йдуть за святковими, не вважається сталійним часом незалежно від того, виконувалась обробка судна чи ні». Згідно з п. 1 ст. 17 звичаїв Одеського порту субота і неділя, починаючи з 17.30 год. п'ятниці і закінчуючи 8.30 год. понеділка, із сталійного часу виключається незалежно від того, чи проводилися вантажні операції чи ні. Відповідно до п. 3 ст. 8 звичаїв Миколаївського порту неділі та дні офіційних свят, а також час після 12.00 суботніх і до 8.00 понеділків і днів, наступних після святкових днів, не вважаються сталійним часом незалежно від того, виконувалась обробка судна чи ні. Передсвяткові дні враховуються як $\frac{3}{4}$ дня. Таким чином, фрахтувальник може проводити завантаження судна і в ці дні, однак до сталійного часу вони не будуть зараховуватись. Як наслідок можна отримати диспач – компенсацію зусиль фрахтувальника у разі завершення вантажних операцій раніше, ніж це передбачено в договорі [5, с. 327]. Порівняння норм, закріплених у звичаях портів, свідчить, що вони неоднаково регламентують початок і завершення вихідного дня, і це суттєво впливатиме на визначення кількості сталійних днів, витрачених на вантажні операції в кожному окремому порту. Це зумовлює необхідність здійснити уніфікацію норм, що регулюють питання, яке розглядалося.

Що стосується святкових днів, то вони визначаються відповідно до законодавства України, тобто КЗпП. Це такі святкові дні, як 1, 2 травня, 9 травня, 24 серпня, а також релігійні свята – Різдво Христове, Пасха, Трійця.

Щодо погодних умов (як різновиду юридичних фактів), то необхідно визначити у чартері їх перелік, адже від нього залежатиме можливість зупинки відліку сталійного часу. Згідно із п. 6.1 Зводу звичаїв порту Рені відлік сталійного часу припиняється: за несприятливих метеорологічних умов тривалістю

більше 2-х год.; якщо не подано вагони під вантажі, які розвантажують тільки у прямий спосіб; за провиною судна (судновласника), власника вантажу, фрахтівника. У п. 15 ст. 17 Зводу звичаїв Одеського порту вказано, що сталійний час судна переривається: при несприятливих метеорологічних умовах (у всіх випадках негоди) незалежно від того, проводилися портом фактично в цей час виробничі операції чи ні; у разі неподання вагонів під вантажі, що перевантажуються за прямим варіантом, викликаного стихійними явищами або подіями, які носять характер непереборної сили; з вини судна (судновласника), в тому числі при відкачці баласту; з вини вантажовласника з моменту готовності судна, зазначеного в нотісі капітана. У Зводі звичаїв Миколаївського порту (п. 5 ст. 8) вказано: «Рахунок сталійного часу переривається у випадку, коли вантажні роботи, допоміжні операції, враховані в сталійному часі, не можуть виконуватися, тобто: вплив непогоди (опаді, мороз, жара, сильний вітер, землетрус); зайнятість причалу судном під обробкою, що прибуло раніше і підтверджене портом згідно із заявкою вантажовласника; перешвартування, перетяжка, розкантовка судна та інші». Залежно від звичаїв порту встановлюються і правила, обов'язкові для всіх суден.

Щодо завершення сталії слід зазначити, що із спливом встановлених за договором днів судно, якщо вантаж був завантажений повністю, відправляється в плавання. Важливим є те, що до спливу встановлених сталійних днів судновласник не вправі відправити судно в плавання, навіть якщо фрахтувальник взагалі не з'явився, незважаючи на його заяву або взагалі не почав здійснювати вантажні операції [6, с. 162]. Подібне уточнення, на нашу думку, є правильним, адже фрахтувальник з незалежних від нього причин може розпочати вантажні операції пізніше від встановленого, і все одно встигнути до завершення визначених сталійних днів. Утім, навіть якщо він цього і не зробить, судновласник матиме право на відшкодування збитків, завданих йому простоем судна в порту.

Висновки

Морське законодавство України не визначає порядок розрахунку сталії. Важливим, на нашу думку, є відсутність зазначення в КТМ України умови про обов'язковість подачі повідомлення про готовність судна до вантажних операцій. Вся інформація щодо сталії закріплюється в зведеннях звичаїв морських портів, як наслідок, кожний порт розраховує сталійний час по-своєму. Ми вважаємо, що доцільно доповнити ч. 2 ст. 148 КТМ

та викласти в такій редакції: «*Фрахтівник зобов'язаний повідомити фрахтувальника про готовність судна до вантажних операцій*». Що стосується дня та часу подачі, то вони можуть бути встановлені в договорі або відповідно до звичаїв порту. Також необхідно внести зміни до ч. 1 ст. 148 КТМ, у контексті дефініції сталії. Пропонуємо таке визначення: «*Термін, протягом якого вантаж повинен бути навантажений на судно або вивантажений із судна без надання судновласнику або фрахтівнику додаткової плати, крім погодженого фрахту (сталійний час), визначається угодою сторін, а за відсутності такої угоди – нормами, прийнятими в порту навантаження (розвантаження)*».

Стаття надійшла до редакції 25.11.2014 р.

This article explores the problem of normative legal regulation of lay time. It makes analyze of national legislation in the maritime shipping. Indicated the necessity amending MSC Ukraine on lay time.

В статье исследуются проблемы нормативно-правовой регламентации стальнойной времени, анализируется отечественное законодательство в сфере морских перевозок грузов.

Список використаних джерел

1. Ермолаев В. Г., Сиваков О. В. Морское право. – М., 2005. – 255 с.
2. Чуєнко В. М., Лебедев В. П. Договір морського перевезення вантажів. – О., 2008. – 140 с.
3. Николаева Л. Л. Коммерческая эксплуатация судна. – О., 2006. – 754 с.
4. Laytime Definitions for Charter Parties. – Special Circular. – BIMCO. – No. 8–10 September 2013.
5. Гуцуляк В. Н. Международное морское право (публичное и частное). – Ростов н/Д, 2006. – 416 с.
6. Федоров А. Ф. Морське право. – О., 2008. – 332 с.



УДК 347.476

Анатолій Кодинець,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри інтелектуальної власності
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЛІЦЕНЗІЙНОГО ДОГОВОРУ

Стаття присвячена розгляду цивільно-правових аспектів регулювання договірних ліцензійних відносин, аналізу чинного законодавства у сфері надання майнових прав на результати інтелектуальної діяльності, визначення правової природи ліцензії та ліцензійного договору.

Ключові слова: ліцензія, ліцензійний договір, розпорядження правами інтелектуальної власності, торговельна марка, інформаційні відносини, результат інтелектуальної діяльності, цивільне законодавство.

Одним із основних правових засобів опосередкування суспільних відносин з приводу створення і використання результатів літературної, художньої та науково-технічної творчості є договори у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. У системі договірних зобов'язань вони відіграють подвійну роль: з одного боку – сприяють реалізації майнових прав та інтересів авторів, їх правонаступників, з іншого – забезпечують можливість доступу й ознайомлення членів суспільства з результатами творчої діяльності.

На сьогодні у галузі інтелектуальної діяльності укладається велика кількість різних за своїм характером і природою договорів, значна частина з яких є специфічними договірними конструкціями, притаманними лише зазначеній сфері. Тому науковий аналіз правової природи та місця договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у системі цивільно-правових договорів, дослідження окремих різновидів та аспектів договірного регулювання відносин по використанню результатів інтелектуальної діяльності набуває особливого значення. Зазначеними факторами зумовлюється актуальність даного дослідження.

Метою цієї статті є дослідження цивільно-правових аспектів регулювання договірних ліцензійних відносин, аналіз чинного законодавства у сфері надання майнових прав на результати інтелектуальної діяльності, визначення правової природи ліцензії та ліцензійного договору, а також фор-

мулювання висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення цивільного законодавства у зазначеній галузі.

Питання вдосконалення правового регулювання договірних відносин у сфері інтелектуальної діяльності були предметом наукового дослідження представників різних галузей юридичної науки, зокрема І. Безклубого, В. Дмитришина, І. Кривошеїної, В. Крижних, Б. Падучака, О. А. Підпригори, О. О. Підпригори, О. Тверезенко та інших науковців. Науковим підґрунтям дослідження проблем, що розглядаються у статті, стали численні публікації О. Кохановської, присвячені розробленню теорії цивільно-правового регулювання інформаційних відносин. При написанні статті використовувалися як загальнонаукові, так і спеціально-юридичні методи дослідження правових явищ і юридичних категорій.

В юридичній літературі та на рівні законодавства відсутній єдиний підхід до системи договорів щодо створення та використання результатів літературної, художньої, науково-технічної творчості. Норми чинного законодавства, що визначають види й істотні умови цих договорів, досить часто суперечать одна одній або обмежуються лише поверхневою регламентацією правовідносин, що виникають з приводу укладання та виконання договорів у сфері інтелектуальної власності.

В юридичній науці та чинному законодавстві про інтелектуальну власність неоднозначно характеризується ліцензійний договір як договірна форма розпорядження

майновими правами на результати інтелектуальної, творчої діяльності. У сфері цивілістичної науки ліцензійні договори, незважаючи на їх суттєве значення для міжнародної торгівлі об'єктами інтелектуальних прав, протягом значного часу не розглядалися як самостійна договірна конструкція.

Незважаючи на використання різних класифікаційних критеріїв, ліцензійні договори залишалися за межами системи угод М. Брагінського, О. Іоффе й інших учених [1, с. 31–34; 2]. Тільки В. Вердников та О. Кабалкин, здійснюючи класифікацію договірних зобов'язань, виділили ліцензійні договори. Використовуючи як підставу поділу спрямованість на досягнення визначеного правового результату (юридичну мету), вчені в одній із груп договорів виділяють договори про надання прав на використання винаходу, на який виданий патент (ліцензійні договори) [3, с. 65–66].

На сучасному етапі розвитку науки цивільного права дослідження правової природи ліцензійних договорів були предметом наукових робіт В. Крижни та І. Безклубого [4; 5]. Виділяється цей вид договорів практично в усіх новітніх підручниках і посібниках з цивільного права та права інтелектуальної власності. У законодавстві України про охорону об'єктів промислової власності також згадується повноваження власника патенту на винахід, корисну модель і промисловий зразок чи свідоцтва на знак для товарів і послуг надати його іншій особі на підставі дозволу (ліцензії).

Проте, незважаючи на тривале законодавче закріплення та доктринальне дослідження цього типу договору, Цивільний кодекс (далі – ЦК) України встановив ряд положень, що мають спірний характер, реалізація яких на практиці потенційно може викликати певні складнощі. Вони стосуються проблеми співвідношення ліцензії та ліцензійного договору, визначення правової природи ліцензії як підстави надання майнових прав на результати творчості, визначення істотних умов, необхідних і достатніх для укладання ліцензійного договору, особливостей укладання ліцензійних договорів щодо надання прав на окремі об'єкти інтелектуальної власності (комп'ютерні програми, торговельні марки тощо). Вирішення цих та інших питань, пов'язаних із реалізацією зазначеної договірної моделі, неможливо здійснити, виходячи лише з положень глави 75 ЦК України, а тому ряд її правових норм потребують додаткової законодавчої деталізації та наукового осмислення.

При розгляді положень глави 75 ЦК України, присвяченої договорам щодо розпорядження майновими правами інтелектуаль-

ної власності, заслуговує на увагу виокремлення нарівні з ліцензійним договором в якості самостійної договірної моделі ліцензії на використання об'єкта інтелектуальної власності. Слід зазначити, що подібний підхід законодавця викликає певні заперечення як у сфері представників юридичної науки, так і серед юристів – практиків. У цивілістичній науці існує позиція щодо характеристики ліцензії не як виду договору у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, а як одностороннього правочину. В. Крижна з цього приводу зазначає, що «серед видів договорів зазначено ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності, яка насправді є одностороннім правочиною. Той факт, що видача ліцензії може слугувати підґрунтям для укладення ліцензійного договору, не перетворює її у вид договору» [6, с. 569]. Ми поділяємо таку точку зору. Разом із тим вважаємо за необхідне звернути увагу на те, що при визначенні ліцензії слід враховувати етимологічний характер цього терміна. Термін «ліцензія» має латинське походження та означає дозвіл [7]; ця правова категорія застосовується у різних галузях правової системи, які надають їй різні значення. У сфері публічного права ліцензія означає документ, який видається державними органами та засвідчує право суб'єкта на провадження певного виду господарської діяльності протягом визначеного строку за умови виконання встановлених ліцензійних умов. У межах приватного права, зокрема права інтелектуальної власності, ліцензія розуміється як дозвіл на використання об'єкта інтелектуальної власності в обмеженій сфері. Так, відповідно до ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» власник патенту має право дати будь-якій особі дозвіл (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі) на підставі ліцензійного договору.

ЦК України встановлює, що ліцензія на використання об'єкта інтелектуальної власності може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного чи іншого цивільно-правового договору. Щодо другого випадку оформлення ліцензії сумнівів не виникає. Ліцензія, тобто дозвіл на використання майнових прав інтелектуальної власності завжди є частиною ліцензійного договору, про що зазначається у ст. 1109 ЦК України, яка наголошує на визначення у ліцензійному договорі виду ліцензії та сфери використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Ліцензія у формі ліцензійного договору може також включатися до змісту інших цивільно-правових договорів. Так, договір про створення за замовленням і використання

об'єкта права інтелектуальної власності повинен визначати способи й умови використання цього об'єкта замовником (ч. 2 ст. 1112 ЦК України). Вбачається, що способи й умови використання майнових прав інтелектуальної власності на створений за замовленням об'єкт мають визначатися сторонами у вигляді ліцензійного договору, що нарівні з положеннями про створення за замовленням об'єкта інтелектуальної власності формують основний зміст договору, встановленого ст. 1112 ЦК України.

Складніше визначати випадки оформлення ліцензії як окремого документа. У навчальній літературі наводиться як приклад таких ліцензій односторонні правочини щодо комп'ютерних програм. На думку вчених, у такому випадку покупець матеріального носія, на якому записана комп'ютерна програма (наприклад, диска), може скористатися об'єктом інтелектуальної власності лише в обумовлених ліцензією межах [6, с. 576–577]. На нашу думку, у даному випадку укладається також ліцензійний договір, у силу якого ліцензіар надає окремі майнові права на комп'ютерну програму. Заслужують на увагу особливості ліцензійного договору про використання майнових прав на комп'ютерну програму: такий договір є договором приєднання, тобто його умови визначені ліцензіаром у вигляді стандартних форм. Слід зазначити, що умови подібного ліцензійного договору, як правило, не передбачають надання прав інтелектуальної власності на використання комп'ютерної програми користувачеві, а лише передбачають можливість користуватися примірником програми, зокрема шляхом її інсталяції на комп'ютері особи, яка правомірно придбала екземпляр програми. Інколи умови таких «ліцензійних» договорів встановлюють ще більше обмежень на використання комп'ютерних програм, ніж ті, що передбачені чинним законодавством, зокрема у ст. 24 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Пленум Вищого господарського суду України у п. 47 постанови зазначає, що у практиці продажу примірників комп'ютерних програм застосовується декілька видів ліцензій і ліцензійних договорів для надання користувачам цих програм певного обсягу прав щодо їх використання [8, с. 57]. Такі договори, за загальним правилом, є договорами приєднання (ст. 634 ЦК України). Таким чином, у практиці роздрібного продажу примірників комп'ютерних програм пропозиція укласти ліцензійний договір, як правило, надходить від суб'єкта авторського права. Це, зокрема, означає, що коли в даному договорі не зазначено місце його укладення і він є зовнішньоекономічним, до його форми підлягає застосуванню право країни місця проживання суб'єк-

та авторського права – фізичної особи або право країни місцезнаходження суб'єкта авторського права – юридичної особи (ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право»).

Слід зазначити, що згідно із ч. 3 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» форма зовнішньоекономічного договору, якщо хоча б однією стороною є громадянин України або юридична особа України, укладається в письмовій формі незалежно від місця його укладення. Тому згідно із законодавством України ліцензія на використання комп'ютерної програми незалежно від громадянства учасників договірних відносин завжди має укладатися у письмовій формі. Тому звертаємо увагу на неможливість укладення ліцензійного договору про використання комп'ютерної програми шляхом вчинення конклюдентних дій, у тому числі шляхом фактичного погодження з умовами ліцензії при інсталяції програмного забезпечення.

У навчальній літературі ліцензію інколи порівнюють із довіреністю як видом односторонніх правочинів [6, с. 569]. Ми вважаємо, що для такого порівняння немає правових підстав. Довіреність є односторонньою угодою, що визначає повноваження представника, тому її видача не вимагає його згоди [9, с. 218], а надання ліцензії носить оплатний характер, тому майбутній ліцензіат вправі відмовитися від ліцензії чи вимагати її оформлення на інших умовах. Іншими словами, дозвіл на використання майнових прав інтелектуальної власності (ліцензія) як такий має двосторонній характер, а тому його не можна беззастережно віднести до категорії односторонніх правочинів, до яких належить довіреність.

На нашу думку, ліцензія може бути оформлена лише у вигляді ліцензійного договору. Оскільки ліцензія є дозволом про надання майнових прав інтелектуальної власності, що містить коло повноважень ліцензіата, то вона формує основний зміст ліцензійного договору. Тому не може бути ліцензії без ліцензійного договору, і навпаки, кожен ліцензійний договір має містити умову щодо ліцензії – дозвіл на використання майнових прав інтелектуальної власності.

З огляду на викладене, ліцензію не можна трактувати як вид договору у сфері розпорядження правами інтелектуальної власності, про що зазначає ст. 1108 ЦК України. Вона є не одностороннім правочином, а лише умовою ліцензійного договору, що стосується обсягу повноважень щодо наданих ліцензіату майнових прав інтелектуальної власності.

В юридичній літературі нарівні з законодавчими видами ліцензій (виключна, одинична, невиключна) наводяться також інші кла-

сифікації ліцензій: за предметом (ліцензії на винахід, корисну модель, торговельну марку тощо); залежно від характеру надання прав з огляду на економічний зміст (оплатні та безоплатні ліцензії). Інколи нарівні з одиничною, виключною та невиключною виділяють повну ліцензію [4, с. 68–69]. Слід зазначити, що подібні класифікації носять достатньо умовний характер та не підкріплюються положеннями законодавства. Зокрема, науковці зазначають, що повна ліцензія має місце у випадку, коли ліцензіар надає ліцензіату повністю всі права на використання предмета ліцензії в повному обсязі протягом усього терміну її дії [6, с. 580]. Проте у такому випадку йдеться не про ліцензію, механізм якої передбачає надання прав на певний термін на обумовлених договором умовах і межах використання, а про відчуження (передачу) всіх майнових прав інтелектуальної власності іншій особі. У такому разі договір між сторонами носить характер не ліцензійного договору, а договору про передавання майнових прав інтелектуальної власності, який не слід отожденовати з ліцензійним правочином.

Заслугує на увагу також поділ ліцензій на оплатні та безоплатні, оскільки згідно із ст. 1109 ЦК України у ліцензійному договорі мають бути визначені порядок і строки оплати за використання об'єкта права інтелектуальної власності; укладення безоплатних ліцензійних договорів суперечитиме цьому положенню ЦК України.

Надання майнових прав інтелектуальної власності у визначених ліцензією межах здійснюється шляхом укладення сторонами ліцензійного договору. Загальні вимоги до змісту й істотних умов ліцензійного договору закріплені статтями 1109–1111 ЦК України. При укладенні ліцензійних договорів про надання прав на використання окремих об'єктів інтелектуальної власності необхідно враховувати також положення спеціального законодавства, що регулює відносини у сфері охорони таких об'єктів.

Крім загальних вимог до змісту цивільно-правового договору, що стосуються сторін, предмета та форми правочину, законодавство містить додаткові істотні умови ліцензійного договору, пов'язані із специфікою розпорядження правами інтелектуальної власності. До істотних умов ліцензійного договору можна віднести визначення сторонами: виду ліцензії, сфери використання об'єкта інтелектуальної власності, розміру, порядку та строків оплати за використання об'єкта ліцензійного договору. До істотних умов належать також ті, що вимагаються чинним законодавством для договорів даного виду й інші умови, які сторони чи одна із сторін вважає за необхідне включити до змісту договору.

Слід також зазначити, що конструкція ліцензійного договору, яка до набрання чинності ЦК України застосовувалася, насамперед, у сфері надання прав на використання об'єктів промислової власності, наразі придатна для опосередкування відносин із надання прав інтелектуальної власності, у тому числі щодо об'єктів авторського та суміжних прав.

ЦК України передбачає, що предметом ліцензійного договору можуть бути права на використання об'єкта інтелектуальної власності, які є чинними на момент його укладання (ч. 5 ст. 1109). Незважаючи на логічність цієї норми (якщо в особи відсутні права, вона не може їх надати іншому на підставі ліцензійного договору) беззастережно погодитися з доцільністю її закріплення не можна. Згідно із згаданою нормою об'єктом ліцензійного договору може бути лише зареєстрований об'єкт промислової власності, оскільки права, що випливають із державної реєстрації, виникають у заявника після видачі відповідного правоохоронного документа (патенту чи свідоцтва). У той самий час їх чинність може пов'язуватися законодавцем із більш ранньою датою. Зокрема, майнові права інтелектуальної власності на торговельну марку є чинними протягом десяти років з дати, наступної за датою подання заявки на торговельну марку (ст. 496 ЦК України), проте реалізувати право на видачу ліцензій може лише власник свідоцтва, оскільки лише власник свідоцтва згідно із ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» має право дати будь-якій особі дозвіл на використання знака на підставі ліцензійного договору. Проте у зв'язку з таким формулюванням законодавства особа-заявник протягом тривалого періоду експертизи заявки позбавлена права укласти попередній ліцензійний договір, тобто договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку укласти ліцензійний договір у майбутньому на умовах, встановлених попереднім договором. Крім того, особа позбавлена можливості укласти ліцензійний договір із відкладальною умовою (наприклад, з умовою про набрання ним чинності з дати видачі правоохоронного документа).

Можливість укладання договорів щодо об'єктів, які будуть набуті у майбутньому, допускається цивільним законодавством України. Так, згідно із ст. 656 ЦК України предметом договору купівлі-продажу може бути товар, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому. Предметом застави також може бути майно, яке заставодавець набуває після виникнення застави – майбутній урожай, приплід худоби тощо (ст. 576 ЦК України). У зв'язку з цим, пропонується скоригувати зазначене положення ЦК Ук-

раїни як таке, що перешкоджає нормальному цивільному обороту об'єктів інтелектуальної власності шляхом внесення відповідних змін до ст. 1109 ЦК України.

Законодавство України містить особливу вимогу до змісту ліцензійного договору про надання права на використання торговельної марки. Ліцензійний договір на торговельну марку повинен містити умову про те, що якість товарів і послуг, виготовлених чи наданих за ліцензійним договором, не буде нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва і останній здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови (ч. 8 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»). Закріплення цієї правової норми пов'язується з реалізацією основного призначення торговельної марки – забезпечити індивідуалізацію товарів і послуг відповідного виробника. Споживачі при виборі продукції орієнтуються, насамперед, на торговельну марку ліцензіара. Тому укладання ліцензійного договору не повинно передбачати зміну уподобань споживачів до товарів, позначених відповідною маркою. Тому якість товарів, виготовлених ліцензіатом, має бути не нижчою від якості товарів ліцензіара. Проте не завжди власник свідоцтва здійснює виробництво товарів чи надання послуг із використанням торговельної марки. Національне законодавство не містить обов'язкової вимоги щодо наявності правового статусу підприємця для заявника чи власника торговельної марки. Тому у сфері практичної площини не завжди може бути реалізована зазначена умова ліцензійного договору. Разом із тим не закріплення положення про якість у змісті ліцензійного договору може бути підставою для визнання його неукладеним, оскільки сторони не погодили всі істотні умови такого договору, передбачені чинним законодавством.

У зв'язку з наведеним пропонується внести зміни до абзацу 2 п. 8 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та викласти його у такій редакції: «Ліцензійний договір, сторонами якого є суб'єкти підприємницької діяльності, повинен містити умову про те, що якість товарів і послуг, виготовлених чи наданих за ліцензійним дого-

вором, не буде нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва і останній здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови».

Висновки

Дослідження цивільно-правових аспектів регулювання ліцензійних відносин свідчить про існування різних проблем договірної регламентації відносин у сфері інтелектуальної діяльності, значна частина яких є наслідком недоліків і суперечностей чинного законодавства, відсутності стійких теоретичних підходів до правової охорони. Наші пропозиції мають на меті вдосконалення системи номативного регулювання відносин щодо надання прав інтелектуальної власності на підставі ліцензійного договору, що є перспективним завданням вітчизняної правової системи, при оновленні якої слід враховувати не лише зарубіжний досвід, а й напрацювання вітчизняної правової науки та потреби юридичної практики.

Список використаних джерел

1. Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. – Минск, 1967. – 264 с.
2. Иоффе О. С. Советское гражданское право. – Ленинград, 1965. – Ч. 3. – 347 с.
3. Вердников В. Г., Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовые формы товарно-денежных отношений. – М., 1970. – 224 с.
4. Крижна В. М. Ліцензійний договір – правова форма реалізації патентних прав: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1999. – 226 с.
5. Безжлюбий І. А. Ліцензійний договір в патентному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1995. – 26 с.
6. Право інтелектуальної власності / За ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. – К., 2007. – 696 с.
7. Ліцензія: Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki/Ліцензія>.
8. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 р. № 12 // Вісник господарського судочинства. – 2012. – № 6.
9. Цивільне право України: У 2 кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К., 2004. – Кн. 1. – 864 с.

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

In the article are considered the legal aspects of the regulation the contractual license relations, the analysis of the current legislation in the field of intellectual property rights, the definition of the legal nature of the license and the license agreement.

Статья посвящена рассмотрению гражданско-правовых аспектов регулирования договорных лицензионных отношений, анализу действующего законодательства в сфере предоставления результатов интеллектуальной деятельности, определению правовой природы лицензии и лицензионного договора.



УДК 340.111.57 : 347.65/68

Олександр Кухарев,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ*

ЗАСТОСУВАННЯ ЮРИДИЧНИХ ФІКЦІЙ У СФЕРІ СПАДКУВАННЯ

У статті досліджуються питання застосування фікцій у сфері спадкових правовідносин; теоретичні положення ілюструються прикладами фікцій, закріплених чинним законодавством.

Ключові слова: спадкування, спадкодавець, лежача спадщина, спадкоємець, фікція, презумпція.

Для виникнення, зміни чи припинення правовідносин в окремих випадках мають життєві обставини, а й законодавчо допустимі припущення про певні факти – юридичні фікції. Останні, по суті, лише заміщають юридичні факти у випадках, коли динаміка правовідносин очікує наявності факту, а реальна дійсність допускає прогалину. Під правовими фікціями в юридичній літературі розуміють техніко-юридичний прийом, що застосовується у праві, яким неіснуючі положення оголошуються існуючими та набувають обов'язкового характеру в силу закріплення їх у правовій нормі [1, с. 28]. Що стосується лексичного розуміння слова «фікція», то під цим терміном розуміють: вигадку, вимисел, неіснуюче; юридична фікція – юридичний прийом, який полягає в тому, що реальність зводиться до формули, яка їй не відповідає, щоб у майбутньому з цієї формули зробити певні юридичні висновки; це встановлене законом положення, що суперечить реальності [2, с. 96].

Основною ознакою, що характеризує суспільні відносини, регулювання яких здійснюється із застосуванням фікцій як прийому законодавчої техніки, є стан невизначеності. При цьому фікція застосовується лише у випадках, коли інші засоби та прийоми законодавчої мети неефективні. До передумов введення юридичних фікцій можна віднести: необхідність регулювання правових відносин на основі соціально значущих фактів, які є недостовірними чи ймовірно хибними; необхідність забезпечення прав суб'єктів правовідносин, виникнення, зміна чи припинення яких пов'язані з недостовірними чи ймовірно хибними фактами [3, с. 50].

Фікції в основному переважають у гіпотезах чи диспозиціях імперативних норм. Цей

прийом законодавчої техніки розглядається в правовій доктрині як *форма заповнення прогалин у праві*. І. Ісаєв наголошує на тому, що юридична фікція може виступати одним із способів ефективного заповнення прогалин у законодавстві. Як правило, це відбувається у випадках, коли законодавець не готовий або не бажає усунути правову лакуну. Існуючий правопорядок при цьому не порушується і квазі-норми демонструють до нього свою лояльність [4, с. 35].

Більшість фікцій так чи інакше пов'язані з приватним правом, оскільки якщо фікція «не спрацьовує», то вона стосуватиметься лише невеликого кола осіб [5, с. 189]. Можна констатувати широке застосування фікцій у сфері спадкування, що не виступало предметом спеціальних наукових досліджень. Учені зосереджували увагу переважно на з'ясуванні сутності фікцій, їх співвідношення з іншими правовими феноменами – презумпціями й аксіомами, а також на особливостях застосування фікцій у кримінальному, фінансовому, конституційному, цивільному праві. У зв'язку з цим нез'ясованими залишаються питання видів фікцій при спадкуванні та специфіка їх застосування у відносинах померлого наступництва.

|| **Метою цієї статті** є виявлення й аналіз застосування фікцій у сфері спадкового права.

До фікцій у спадкових правовідносинах слід віднести, перш за все, правило про спадкування коморієнтів, закріплене у ст. 1220 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, зміст якого полягає у тому, що якщо протягом однієї доби померли особи, які могли б спадкувати одна після одної, спадщина відкривається одночасно й окремо щодо кожної з них. Якщо кілька осіб, які могли б спадкува-

ти одна після одної, померли під час спільної для них небезпеки (стихійного лиха, аварії, катастрофи тощо), припускається, що вони померли одночасно. У цьому випадку спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з цих осіб. Такі особи називаються «коморієнтами» (commorientes – ті, що померли одночасно). Спадкоємець, який помер хоч і через декілька годин після смерті спадкодавця, але на наступну добу, не вважається померлим з ним одночасно, й у нього виникає право на спадщину. Іншими словами, в даному випадку йдеться про *фікцію одночасної смерті*. Фіктивний характер зазначеного положення ЦК обумовлений тим, що термін «одночасність» розуміється як збіг точного часу, тобто дня, години, хвилини і в деяких випадках навіть секунди настання кількох подій (у вказаному нами випадку – смерті двох і більше осіб). Однак одночасність виступає при цьому як завідомо неіснуюча обставина, що допускає збіг у часі з точністю до секунди смертей осіб, які могли б спадкувати одна після одної. Очевидно, що одночасна смерть кількох осіб з такою хронологічною точністю трапляється вкрай рідко.

Доцільність закріплення фікції одночасної смерті пояснюється тим, що встановити конкретний момент смерті (години, хвилини, секунди) в межах однієї доби практично неможливо. Додамо до цього, що для спадкових правовідносин правове значення має саме день смерті, а не її точний час. Тому законодавець виходить із необхідності закріпити вказану фікцію, пов'язав із нею відсутність спадкового наступництва між коморієнтами.

З. Ромовська зазначає, що у нотаріальній практиці виникло цікаве питання: про яку добу йдеться – астрономічну чи календарну? Якщо календарну, то це має означати, що особи мали б померти у проміжку часу з 01 хв. до 00 однієї і тієї ж доби. Астрономічна ж доба визначається від часу смерті, наприклад, о 17 год. 30 хв. 20 серпня до 17 год. 30 хв. 21 серпня. Автор вважає, що пропозиція користуватися астрономічним поняттям доби більш прийнятна. Як аргумент зазначається, що невеличкий проміжок часу (наприклад, від 22 год. 20 серпня до 04 год. 21 серпня), який віддаляє, скажімо, смерті дружини та чоловіка, не може мати настільки вагомого юридичного значення [6, с. 27]. Наведена позиція, на нашу думку, є спірною, адже при обчисленні строків при спадкуванні використовується саме день (календарна доба). Це підтверджується, передусім, змістом ст. 1220 ЦК, в якій час відкриття спадщини пов'язується з днем, а не з моментом у часі. Крім того, з'ясувати час смерті спадкодавця точніше, ніж календарна доба, в переважній більшості випадків практично неможливо. Час смерті із точ-

ністю до хвилини може бути встановлений за умови, що особа перебуває на стаціонарному лікуванні в закладі охорони здоров'я. В інших випадках встановити час смерті з такою точністю вкрай важко. Можливо, саме цим пояснюється та обставина, що хвилини та секунди в межах календарної доби у спадкових правовідносинах правового значення не мають.

За допомогою *фікції споріднення* визначається правовий статус усиновленого та його нащадків. Згідно із ст. 1260 ЦК у разі спадкування за законом усиновлений і його нащадки, з одного боку, й усиновлювач і його родичі – з іншого, *прирівнюються до родичів за походженням*, тобто юридично є кровними родичами. Таким чином, закон вдається до певного прийому для встановлення правового статусу усиновленої особи, наділивши її тими ж правами, що й сина (дочку) спадкодавця. Відповідно до фікції споріднення усиновлювач, його родичі й усиновлений перебувають між собою у певному ступені споріднення таким чином, начебто вони походять від одного предка, що фактично не відповідає дійсності. Наведене й зумовлює фіктивний характер положення ст. 1260 ЦК. Дія вказаної фікції поширюється у тому числі на рідних дітей усиновлювача, які по відношенню до усиновленого стають рідними братами (сестрами), у зв'язку з чим після смерті останніх усиновлений буде закликатися до спадкування як спадкоємець за законом другої черги (ст. 1262 ЦК). Таким чином, фікція споріднення відіграє особливу роль у відносинах посмертного наступництва, виконує функцію не лише формального визначення приписів закону, а й моральної, соціальної спрямованості. Застосування такого засобу юридичної техніки дозволяє захистити дитину від можливих переживань з приводу розбіжностей, які можуть виникнути між юридичними та біологічними батьками.

З метою впорядкування спадкових відносин, а також забезпечення стабільності майнового обороту, закон вдається до *фікції зворотної сили прийняття спадщини*, за змістом якої незалежно від часу прийняття спадщини вона належить спадкоємцеві з часу відкриття спадщини (ч. 5 ст. 1268 ЦК), тобто з моменту смерті спадкодавця. Значення зворотної сили прийняття спадщини виявляється в тому, що саме на час відкриття спадщини визначається її склад, коло спадкоємців, обсяг відповідальності спадкоємців за боргами спадкодавця, інші обов'язки, що обтяжують спадщину. Слід зазначити, що застосування вказаної фікції має вкрай важливе значення для охорони прав спадкоємців, адже у разі прийняття ними спадщини вони набувають права не лише на майно, виявлене в момент прийня-

тя спадщини, а й на майно, що було в наявності в день смерті спадкодавця, але з тих чи інших причин виявилось у володінні третьої особи. Як зазначив Верховний Суд України у правовій позиції у справі № 6-164цс12, у спадкоємця, який у встановленому законом порядку прийняв спадщину, права володіння та користування спадковим майном виникають з часу відкриття спадщини. Такий спадкоємець може захищати свої порушені права володіння та користування спадковим майном відповідно до гл. 29 ЦК. Якщо у складі спадщини, яку прийняв спадкоємець, є нерухоме майно, право розпорядження нерухомим майном виникає в нього з моменту державної реєстрації цього майна (ч. 2 ст. 1299 ЦК). Спадкоємець, який прийняв у спадщину нерухоме майно, ще до його державної реєстрації має право витребувати це майно від його добросовісного набувача з підстав, передбачених ст. 388 ЦК, зокрема у разі, якщо воно вибуло з володіння спадкодавця поза волею останнього [7].

Правило про зворотну силу прийняття спадщини має фіктивний характер, адже встановлює завідомо неіснуюче положення про те, що спадкоємець прийняв спадщину в день смерті спадкодавця, хоча фактично особа звертається до нотаріусу з заявою про прийняття спадщини в інший день протягом шести місяців з часу відкриття спадщини. Умовою застосування виділеної фікції є факт прийняття спадщини спадкоємцем. Причому сплив шестимісячного строку, встановленого для прийняття спадщини, автоматично не позбавляє можливості застосовувати фікцію зворотної сили прийняття спадщини у відповідних правовідносинах. У випадку поновлення вказаного строку відповідно до ст. 1272 ЦК за згодою спадкоємців або в судовому порядку, спадщина аналогічно належатиме спадкоємцеві з часу відкриття спадщини.

З моменту смерті спадкодавця особа лише набуває право прийняти спадщину, яким вона може скористатися, або ні. У зв'язку з цим виникає ситуація, коли спадщина, з одного боку, відкрилася, а з іншого – ще не прийнята, що породжує своєрідну безхазяйність спадкової маси. Таке становище спадщини з часів римського права мало назву *hereditas jacens*, тобто «лежача спадщина» [8, с. 30]. До прийняття спадщина і, перш за все, коли спадкоємці не знають про смерть спадкодавця, суб'єктний склад спадкового правовідношення деякий час залишається невизначеним, що, у свою чергу, породжує дискусію у цивілістиці стосовно можливості визнання лежачої спадщини юридичною особою. У випадках, коли суб'єктом права визнається сукупність речей, майнових прав, обов'язків тощо, законодавець вдається до певної фікції, сутність якої

полягає у визнанні наявності волі за тими об'єктами матеріальної дійсності, які об'єктивно володіти такою волею не можуть (*фікція спадщини як суб'єкта права*). Слід зазначити, що римським правом було сформульовано фікцію, що «лежача спадщина» не є безхазяйним майном, вона представляє собою особу померлого спадкодавця, тобто юридична особистість продовжує існування в спадковій масі [9, с. 109]. Утім у літературі висловлюються й інші позиції, що пояснюють феномен «лежачої спадщини». Зокрема, Ю. Толстой наголошує, що з моменту відкриття спадщини та до прийняття її спадкоємцями спадкове майно є *сукупністю безсуб'єктних прав і обов'язків*. Однак такий стан короточасний. Він триває до тих пір, поки спадщина не буде прийнята спадкоємцями або не перейде до держави [10, с. 727].

Фікція спадщини як суб'єкта права закріплена в законодавстві ряду країн. Так, згідно із ст. 1175 ЦК Російської Федерації кредитори спадкодавця мають право пред'явити свої вимоги до спадкоємців, які прийняли спадщину в межах строку позовної давності, встановленого для відповідних вимог. До прийняття спадщини вимоги кредиторів можуть бути пред'явлені до виконавця заповіту або до *спадкового майна*. У Цивільному законі Латвійської Республіки закріплено положення, згідно з яким юридичними особами визнаються: держава, органи місцевого самоврядування, об'єднання осіб, органи, установи і сукупності речей, яким присвоєно статус юридичної особи (ст. 1407). Разом із тим у ст. 383 зазначеного Закону прямо закріплено, що *спадщина – це юридична особа*. Спадщина може набувати права і приймати на себе обов'язки.

Цивільне законодавство України не закріплює зазначену фікцію та не наділяє спадкове майно правами й обов'язками, притаманними суб'єкту.

Фіктивний характер положення про персоніфікацію спадщини як суб'єкта права пояснюється тим, що спадкове майно може виступати у відповідних правовідносинах виключно як об'єкт (те, з приводу чого такі відносини виникають). І наділення спадщини певними якостями юридичної особи – лише прийом, що має на меті забезпечити збереження спадкової маси.

У межах предмета дослідження нашої статті заслуговує на увагу своєрідний механізм закликання до спадкування за законом, закріплений у ст. 1266 ЦК, що має назву «спадкування за правом представлення». Під спадкуванням за правом представлення розуміється особливий порядок закликання до спадкування спадкоємців за законом (та деяких інших осіб), коли одна особа у випадку смерті іншої особи, яка є спадкоємцем за законом,

до відкриття спадщини нібито заступає її місце та набуває право спадкування тієї частки у спадковому майні, яку отримав би померлий спадкоємець, якби він був живий на момент відкриття спадщини [11, с. 108]. А. Дружнев у цьому аспекті наголошує на поновленні у сучасному спадковому законодавстві римсько-правової фікції прийняття майна за померлого спадкоємця його низхідними нащадками, оскільки спадкоємці за правом представлення спадкують лише тоді, коли б сам спадкоємець, якби не помер до спадкодавця, був закликаний спадкувати після нього [12, с. 17].

Термін «право представлення» є умовним і не відповідає повною мірою змісту зазначеного поняття. На це неодноразово зверталася увага в цивілістиці, оскільки ніякого представництва в даному випадку не виникає і в принципі бути не може, адже представництво як правовідношення існує лише між живими людьми.

Пропонувалося замінити термін «спадкування за правом представлення» словосполученням «поколінне наступництво» або «поколінний поділ». Особи, які спадкують за правом представлення, нікого не представляють, адже закликаються до спадкування як самостійні спадкоємці за законом; за ними визнається право спадкування як за родичами спадкодавця за низхідною або боковою лінією. Таким чином, у ст. 1266 ЦК міститься *фікція представництва померлого спадкоємця його нащадками*, оскільки останні спадкують тільки тоді, коли б сам померлий спадкоємець мав право спадкування, тобто не був позбавлений заповідачем такого права та не є недостойним спадкоємцем [13, с. 6, 7]. К. Кавелін свого часу відносив представлення до *законної фікції* як право зайняти місце при спадкуванні, що належало б родичу прямої висхідної лінії, якби він міг спадкувати в момент відкриття спадщини [14, с. 124–126].

Спадщина відкривається внаслідок смерті особи або оголошення її померлою – так звана юридична смерть (ст. 1220 ЦК). У ній склалися кілька позицій, що пояснюють природу останньої. Так, одні автори (наприклад А. Булаєвський [15, с. 230], І. Філімонова [16, с. 104, 105]) вважають, що оголошення особи померлою засновано на презумпції смерті, тобто є саме презумпцією. Інші ж вчені (О. Величко [17, с. 223], О. Черданцев [18, с. 311]) доходять висновку, що оголошення громадянина померлим – фікція. Така дискусія цілком природна, адже і презумпція, і фікція – результати логіко-юридичного абстрагування, які вводяться до правової матерії в процесі нормотворення та правозастосування.

Уявляється справедливим, що оголошення фізичної особи померлою представляє собою *презумпцію*:

- по-перше, презумпція смерті може бути спростована у разі, якщо особа, оголошена померлою, з'явиться або якщо одержані відомості про місце її перебування шляхом скасування рішення суду про оголошення особи померлою. Правило, сформульоване в презумпції, перевірене попереднім досвідом, а тому правильно відображає переважну більшість ситуацій, на які розрахована. На відміну від презумпції, фікції не притаманна ознака спростовності;

- по-друге, слід вказати на ступінь істинності факту смерті. Переважна більшість учених одним із критеріїв розмежування презумпцій і фікцій називають ступінь істинності, сутність якого полягає в тому, що презумпція вірогідним категоріям надає значення дійсних, а юридична фікція визнає дійсним те, що є завідомо хибним. Отже, презумптивне положення відносно істинне, а фіктивне положення – з самого початку хибне. Настання смерті людини не що інше, як припущення з високим ступенем вірогідності, враховуючи такі обставини, як тривала відсутність особи, а також відомості щодо місця її знаходження. Таким чином, законодавець не вдається до застосування завідомо неіснуючого положення про смерть людини;

- по-третє, в законодавчій техніці при конструюванні положення ст. 46 ЦК застосовується саме термін «оголошення померлим», що прямо вказує на припустимий характер настання правових наслідків, встановлених у вказаній нормі. І, навпаки, застосування терміна «визнається померлим» зробило б досліджуване положення закону більш наближеним до фікції. Примітно, що окремі автори, вказуючи на фіктивний характер оголошення особи померлою, використовують (очевидно, помилково) словосполучення «визнання відсутнього померлим» [18, с. 311; 19, с. 5–9].

Проведене дослідження дозволяє зробити **висновок**, що у сфері спадкового права застосовуються такі юридичні фікції: фікція одночасної смерті; фікція споріднення; фікція зворотної сили прийняття спадщини; фікція спадщини як суб'єкта права; фікція представництва померлого спадкоємця його нащадками. Оголошення особи померлою має презумптивний характер (презумпція смерті).

Список використаних джерел

1. Бабаєв В. К. Презумпции в советском праве. – Горький, 1974. – 124 с.
2. Павліченко О. В. Юридична презумпція, юридична преюдиція та юридична фікція: співвідношення понять // Держава і право. – 2010. – Вип. 50. – С. 94–99.

3. Косович В. «Правові припущення» як засіб створення досконалих нормативно-правових актів України // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2013. – Вип. 644. Правознавство. – С. 44–52.
4. Исаев И. А. Юридическая фикция как форма заполнения пробелов // Пробелы в российском законодательстве. – 2012. – № 5. – С. 35–37.
5. Кашанина Т. В. Юридическая техника. – М., 2007. – 512 с.
6. Ромовська З. Українське цивільне право: Спадкове право. – К., 2009. – 264 с.
7. Постанова Верховного Суду України від 23.01.2013 у справі № 6-164цс12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/A0E0FF21B7575F08C2257C92003A6515](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/A0E0FF21B7575F08C2257C92003A6515).
8. Бугаевский А. А. Советское наследственное право. – О., 1926. – 124 с.
9. Зинченко С. А. Юридические факты в механизме правового регулирования. – М., 2007. – 152 с.
10. Гражданское право: В 3 т. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 2005. – Т. 3. – 784 с.
11. Печений О. До питання про спадкування за правом представлення // Вісник Академії правових наук України. – 2012. – № 1. – С. 108–117.
12. Дружнев А. А. Наследование по праву представления: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – 22 с.
13. Блинков О. Е. Наследование по праву представления в гражданском законодательстве государств – участников Содружества Независимых Государств, Грузии и стран Балтии // Вестник Тверского государственного университета. Сер. Право. – 2013. – Вып. 35. – С. 6–16.
14. Кавелин К. Д. Очерки юридических отношений, возникающих из наследования имущества. – СПб., 1885. – 130 с.
15. Булаевский Б. А. Презумпции как средства правовой охраны интересов участников гражданских правоотношений. – М., 2014. – 240 с.
16. Филимонова И. В. Юридические фикции в праве России: история и современность. – М., 2012. – 376 с.
17. Величко О. М. Юридичні фікції в цивільному праві // Наукові записки: Зб. наук. пр. – 2003. – Том 22, частина 2. – С. 221–223.
18. Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции. – М., 2012. – 320 с.
19. Ишигилов И. Л. Понятие юридических фикций // Сибирский юридический вестник. – 2007. – № 1. – С. 5–9.

Стаття надійшла до редакції 14.12.2014 р.

This article examines the application of fictions in inheritance relationships. Theoretical concepts are illustrated with examples of fictions stipulated by the current legislation.

В статье исследуются вопросы применения фикций в сфере наследственных правоотношений; теоретические положения иллюстрируются примерами фикций, закрепленных действующим законодательством.



УДК 347.463

Ніна Нечипоренко,

здобувачка

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ПРО ОБМЕЖЕНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗАЛІЗНИЦІ ПРИ ПЕРЕВЕЗЕННІ ВАНТАЖУ ЗАЛІЗНИЧНИМ ТРАНСПОРТОМ УКРАЇНИ

У статті аналізується чинне законодавство України, що регулює порядок вирішення спорів при покладенні відповідальності за втрату, недостачу, псування та пошкодження вантажу на залізницю.

Ключові слова: договір перевезення, накладна, комерційний акт, акт загальної форми.

Закон України «Про залізничний транспорт України» від 04.07.1996 р. № 273/96-ВР визначає, що відшкодування збитків користувачам послуг залізничного транспорту загального користування у разі порушення договірних зобов'язань здійснюється в порядку, що встановлюється Статутом залізниць України (далі – Статут), затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 06.04.1998 р. № 457, і контролюється центральним органом виконавчої влади в галузі транспорту. За незбереження (втрату, недостачу, псування та пошкодження) прийнятого до перевезення вантажу перевізники несуть відповідальність у розмірі фактично заподіяної шкоди, якщо не доведуть, що втрата, недостача, псування, пошкодження виникли з незалежних від них причин.

За змістом ч. 2 ст. 924 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, ст. 314 Господарського кодексу (далі – ГК) України, ст. 105 Статуту сторони несуть *взаємну обмежену матеріальну відповідальність* за перевезення у межах і розмірах, передбачених Статутом та окремими договорами. Тому при вирішенні спору, пов'язаного з невиконанням або неналежним виконанням залізницею, вантажовідправником, вантажоодержувачем обов'язків, що виникли у зв'язку з перевезенням вантажів, слід враховувати, що вони несуть взаємну відповідальність лише в межах, передбачених Статутом, а у встановлених ним випадках – угодою сторін. Вимоги щодо відшкодування збитків, заподіяних невиконанням чи неналежним виконанням договору перевезення у розмірі більшому, ніж це передбачено Статутом, задоволенню не підлягають.

Понад встановлені граничні межі відповідальності перевізника за договором перевезення у внутрішньому сполученні за Статутом не підлягають стягненню з залізниці інфляційні втрати, річні відсотки й інші збитки, що також не нараховуються і на визнанні залізницею в претензійному порядку суми до часу їх фактичного перерахування заявнику.

Проте в міжнародних перевезеннях, що здійснюється за накладною СМГС (Угода про міжнародне вантажне залізничне сполучення), за несвоєчасну відповідь на претензію або несвоєчасне перерахування коштів передбачається згідно із ст. 28 цієї Угоди нарахування відсотків (4 % річних) на належну суму відшкодування. Стаття 47 Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ)¹ також надає право правомочній особі вимагати нарахування відсотків на відшкодування в розмірі 5 % річних (від дня подання претензії відповідно до ст. 53 або, якщо претензія не була заявлена, від дня пред'явлення позову).

Відповідно до ст. 909 ЦК України та ст. 307 ГК України, ст. 110 Статуту за договором перевезення вантажу залізниця зобов'язується доставити ввірений їй відправником вантаж до пункту призначення та видати його одержувачу і несе відповідальність за збереження вантажу з моменту прийняття його для перевезення і до моменту видачі одержувачу, якщо не доведе, що втрата, недостача,

¹Про приєднання України до Протоколу від 3 червня 1999 року, що стосується змін Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ) від 9 травня 1980 року: Закон України // Офіційний вісник. – 2005. – № 49. – Ст. 3041.

псування або пошкодження вантажу сталося внаслідок обставин, яким залізниця не могла запобігти й усунення яких від неї не залежало.

У Статуті наведено перелік обставин, наявність яких звільняє залізницю від відповідальності за втрату, недостачу, псування або пошкодження вантажу (ст. 111). Відповідно до ст. 110 Статуту залізниця може бути звільнена від відповідальності, якщо вона доведе, що перелічені негативні наслідки стали результатом неналежного виконання відправником обов'язків по збереженню, супроводженню й охороні особливо цінних і небезпечних вантажів.

Обставини, що можуть бути підставою для матеріальної відповідальності залізниці, вантажовідправника та вантажоодержувача при перевезенні вантажів залізницею, засвідчуються комерційними актами або актами загальної форми, які складають станції залізниць у випадках, передбачених ст. 129 Статуту.

Стаття 129 Статуту та п. 2 Правил складання актів, затверджених наказом Міністерства транспорту України від 28.05.2002 р. № 334 (далі – Правила складання актів) містять перелік обставин, за наявності яких залізниця повинна скласти комерційний акт, якщо вона сама виявила зазначені обставини або якщо про існування хоча б однієї з них заявив одержувач чи відправник вантажу. Форму такого акта визначено у додатку 1 до Правил складання актів.

Комерційні акти у міжнародних перевезеннях складаються відповідно до угод про міжнародне сполучення, стороною яких є Україна в особі уповноважених державних органів. Обов'язок скласти комерційний акт виникає у залізниці лише у випадках, коли вона згідно із ст. 52 Статуту зобов'язана перевірити масу, кількість місць і стан вантажу та при цьому виявила псування, пошкодження чи недостачу вантажу, що перевищує встановлені норми.

Згідно із п. 10 Правил складання актів комерційний акт підписує начальник станції (його заступник), начальник вантажного району (завідувач вантажного двору, складу, контейнерного відділу, контейнерного майданчика, сортувальної платформи). Цілком логічною є й участь у складанні комерційного акта одержувача, якщо він брав участь у перевірці. Крім того, у разі необхідності до перевірки вантажу та підписання акта можуть бути залучені також інші працівники залізниці.

Відповідно до пунктів 18, 23 та 24 Правил видачі вантажів, затверджених наказом Міністерства транспорту України від 21.11.2000 р. № 644 (далі – Правила видачі вантажів), одержувач не може вимагати від залізниці проведення перевірки та складання комерційного акта: після початку вивантаження, яке здійснюється на місцях загального користу-

вання; коли одержувач розпочав вивантаження на під'їзній колії без представника станції; у випадку видачі вантажів, які швидко псуються, що прибули у справних рефрижераторних вагонах без порушення граничного терміну перевезення та режиму обслуговування.

Згідно з п. 12 Правил видачі вантажів комерційний акт про пошкодження тари також не складається за відсутності пошкодження вантажу, натомість може бути складений акт загальної форми. Інші обставини, за наявності яких складається акт загальної форми, передбачені п. 3 Правил складання актів, а форма таких актів визначена додатком 6 до Правил користування вагонами і контейнерами. У разі витікання, псування або підмочування вантажу внаслідок технічної несправності вагона (контейнера), крім комерційного акта, складається також акт про технічний стан вагона (додаток 2 до Правил складання актів).

Згідно із ст. 924 ЦК України, ст. 314 ГК України і статтями 114 і 115 Статуту залізниця відповідає за незбереження прийнятого до перевезення вантажу у розмірі дійсної вартості втраченого вантажу чи в розмірі тієї суми, на яку була знижена його вартість. Вартість вантажу визначається на підставі загальної суми рахунка або іншого документа відправника, який підтверджує кількість і вартість відправленого вантажу, зокрема договору або контракту купівлі-продажу, специфікації на вантаж, довідки відправника про кількість, ціну та вартість відправленого вантажу, підписаної головним (старшим) бухгалтером, копії податкової накладної. Вартість вантажу, що перевозиться з оголошеною вартістю, визначається у такому ж порядку (п. 4 Правил перевезення вантажів з оголошеною вартістю).

Вантаж вважається втраченим, якщо його не видали одержувачу на вимогу останнього протягом 30 діб із моменту закінчення терміну доставки, а у разі перевезення вантажу у прямому змішаному сполученні – після закінчення двох місяців з дня прийняття вантажу до перевезення (ст. 117 Статуту); при цьому відправник або одержувач не повинні доводити місце й обставини втрати перевізником вантажу.

У випадках відвантаження матеріальних цінностей маршрутом або групою вагонів за однією накладною неприбуття на станцію призначення одного чи кількох вагонів слід розглядати як недостачу, а не втрату вантажу. Це має істотне значення не тільки для вирішення питання щодо порядку та строку пред'явлення до залізниці претензії та подання позову, а й для визначення доказів, на підставі яких відповідальність за недостачу може бути покладена на перевізника. Таким доказом є комерційний акт.

Відповідно до п. 13.4 глави 1 додатка 14 до СМГС (додаток 14 до СМГС застосовується на залізницях України у внутрішньому сполученні відповідно до наказу Мінтранс-з'язку від 18.05.2010 р. № 299) умови розміщення та закріплення вантажів на відкритому рухомому складі здійснюється залізницею за зовнішнім оглядом навантаження, доступного для огляду. Однак Статут не передбачає відповідальність перевізника за пошкодження вантажу, що перевозиться на відкритому рухомому складі, тільки з тієї підстави, що при завантаженні засобами відправника залізниця перевіряла правильність розміщення та закріплення вантажу.

На залізницю не може покладатися відповідальність за пошкодження вантажу через його неправильне кріплення в критих, ізотермічних та інших вагонах (контейнерах), що пломбуються, оскільки залізниця приймає до перевезення вагони (контейнери) в опломбованому стані та не може перевірити правильність кріплення. Тому вантажовідправник несе повну відповідальність за дотримання умов розміщення та кріплення вантажу як на відкритому рухомому складі, так і в критих, ізотермічних та інших вагонах (контейнерах).

Отже, якщо недостача або псування вантажу є наслідком комерційної несправності вагона (контейнера), відповідальність за це несе той, хто здійснив завантаження продукції у вагон; якщо ж недостача або псування вантажу є наслідком комерційної несправності контейнерів, цистерн чи бункерних напіввагонів, відповідальність несе відправник.

У випадках, коли під завантаження подано несправний за своїм технічним станом вагон або контейнер, відправник повинен відмовитися від їх використання. Якщо він цього не зробив, відповідальність за втрату, недостачу, псування або пошкодження вантажу, що сталися внаслідок технічної несправності рухомого складу, може бути покладена на залізницю та вантажовідправника або лише на вантажовідправника (залежно від встановлених обставин справи).

У випадках втрати вантажу внаслідок непридатності вагона у комерційному відношенні у технічному акті у графі «Висновок про можливість втрати псування вантажу внаслідок указаної вище несправності» відображається існування можливості втрати вантажу через нещільне прилягання люка, наявність щілин (засорів), передбачуваність (чи міг бачити) вантажовідправника щодо нещільності прилягання, але водночас у графі «Виявлена несправність» зазначається, що вагон технічно справний. При цьому в акті загальної форми ф. ГУ-2, а також в розділі «Д» комерційного акта ф. ГУ-22 або в графі 66 комерційного акта ф. ІНУ-67 відображаються

обставини, що свідчать про втрату вантажу через непридатність вагона для його перевезення у комерційному відношенні (наявність течії вантажу або слідів течії на деталях вагона під люками, щілинами, зазорами; воронкоподібний характер заглиблень на поверхні вантажу без ознак його вилучення тощо); разом із тим у комерційному акті зазначається, що вагон технічно справний – відповідно до акта про технічний стан.

Згідно із ст. 41 Статуту залізниця зобов'язана доставити вантаж за призначенням у встановлений строк. Терміни доставки вантажу, визначені п. 1.1 Правил обчислення термінів доставки вантажів, є граничними, при перевищенні яких залізниця має сплатити штраф за прострочення доставки. Однак Статут залізниць не забороняє залізниці доставити одержувачу вантаж раніше встановлених Правилами термінів доставки.

Залізниця звільняється від відповідальності за псування вантажу, що швидко псується, якщо він прибув без порушення встановленого режиму перевезень (охладження, опалення, вентиляція) і термін перебування вантажу в дорозі не перевищив граничного терміну перевезень, встановленого Правилами перевезення вантажів, що швидко псуються (п. «д» ст. 111 Статуту).

Якщо продукція зіпсована в результаті прострочення доставки або порушення встановленого режиму перевезень, але одержувач не звернувся до залізниці з вимогою про її видачу й оформлення результатів комерційним актом, він не має права на відшкодування збитків також і за рахунок відправника.

Відповідно до ст. 114 Статуту залізниця відшкодовує завдану недостачею, псуванням або пошкодженням вантажу шкоду у розмірі дійсної його вартості або у розмірі тієї суми, на яку знижена вартість вантажу.

Згідно із ст. 53 Статуту, п. 30 Правил видачі вантажів у разі потреби встановлення розміру або причини недостачі, псування або пошкодження вантажу та суми, на яку знижена його вартість, залізниця за власною ініціативою чи на вимогу одержувача запрошує експертів. Експертиза проводиться в присутності начальника станції, його заступника або іншого уповноваженого начальником станції працівника. Одночасно з викликом експерта станція повідомляє про це одержувача, який має право взяти участь в експертизі вантажу.

Якщо станція призначення ухиляється від пред'явлення вантажу до експертизи, у тому числі на письмову вимогу одержувача, останній має право оскаржити таку відмову (за аналогією із оскарженням відмови начальника станції скласти комерційний акт) начальнику дирекції залізничних перевезень і сам пред'явити вантаж до експертизи, повідомив-

ши про час її проведення станцію призначення. За відсутності доказів такого повідомлення акт експертизи, складений без участі відповідного представника залізниці, не може вважатися належним доказом у господарському спорі по відношенню до перевізника.

У всіх випадках загальна сума відшкодування збитків за незбережений вантаж не може перевищувати вартості вантажу. Згідно із ст. 114 Статуту залізниці зобов'язана відшкодувати не лише збитки, а й сплачену за перевезення належну провізну плату, якщо вона не включена до вартості втраченого вантажу, лише у випадку повної втрати вантажу. Відшкодування провізної плати у разі недостачі, псування або пошкодження вантажу Статут не передбачає.

Відповідно до п. 27 Правил видачі вантажів вантаж вважається доставленим без втрати, якщо різниця між масою, вказаною в залізничній накладній у пункті відправлення в залізничній накладній, та масою, визначеною на станції призначення, не перевищує норми природної втрати та граничного розходження у визначенні маси нетто. Виходячи з цього, у разі виявлення недостачі чи надлишку маси, які не перевищують норми, станція на вимогу одержувача зобов'язана зробити в накладній відмітку, передбачену п. 31 зазначених Правил. Значення норм недостачі (суми норми природної втрати та граничного розходження визначення маси нетто) передбачено п. 27 Правил видачі вантажів.

Таким чином, якщо недостача маси вантажу знаходиться у межах норми природної втрати та граничного розходження визначення маси нетто, у одержувача відсутні підстави вважати, що він одержав вантаж із недостачею та вимагати від залізниці складання комерційного акта.

Пункт 31 Правил видачі вантажів визначає, які відмітки зобов'язана зробити станція в накладній на вимогу одержувача (зокрема, відмітки про видачу вантажу у справному стані без перевірки згідно із ст. 52 Статуту).

Під час перевезення вантажу насипом у вагонах відкритого типу, зокрема вугілля, необхідно виходити з того, що ст. 111 Статуту звільняє перевізника від відповідальності за втрату та недостачу вантажу, якщо вантаж

прибув на станцію призначення у непошкодженному відкритому рухомому складі, завантаженому засобами відправника за відсутності ознак втрати, псування або пошкодження вантажу під час перевезення. Це правило поширюється і на випадки, коли відповідно до п. 2 Правил перевезення вантажів у вагонах відкритого типу залізниці на прохання відправника, за згодою одержувача, перевозить у вагонах відкритого типу вантажі, не зазначені у додатку до цих Правил.

Відправник згідно із ст. 37 Статуту повинен визначити масу вантажу і зазначити її у накладній. Якщо залізниці використовує своє право перевірити правильність даних, зазначених відправником у накладній, та візьме участь у контрольній перевірці маси вантажу, то лише ця обставина не є підставою для покладання відповідальності за недостачу вантажу на залізницю, а повинна оцінюватися поряд з іншими обставинами справи.

Прибуття напіввагона на станцію призначення з рівномірною поверхнею вантажу, але недовантаженням до рівня бортів саме собою не свідчить про втрату або розкрадання навалочного або насипного вантажу при перевезенні, оскільки згідно із ст. 111 Статуту позивач має право довести вину перевізника. Залізниці вправі перевіряти дані, зазначені відправником у накладній, але не зобов'язана перевіряти масу всіх вантажів, які вона приймає до перевезення. Не має також правового значення оцінка того, чи могла залізниці при прийнятті вантажу до перевезення побачити недовантаження у вагоні, оскільки Статут та Правила перевезення не передбачають визначення маси вантажу «на око». Крім того, різні вантажі мають різну питому вагу та вологість, унаслідок чого вантаж масою 70 т може займати лише третину або половину вагона.

За змістом ст. 31 Статуту та пунктів 5 і 6 Правил перевезення вантажів у вагонах відкритого типу вантажівідправник перед навантаженням вантажу у вагон повинен визначити його придатність для перевезення у комерційному відношенні; при завантаженні вантажів, які містять дрібні фракції, він має усунути щілини та конструктивні зазори вагонів, а також вжити заходів щодо запобігання видуванню або висипанню вантажу.

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

The article presents an analysis of the current legislation of Ukraine governing the procedure for resolving disputes in the railroad vesting responsibility for loss, shortage, damage and damage to cargo.

В статье анализируется действующее законодательство Украины, регулиующее порядок разрешения споров при возложении ответственности за утрату, недостачу, порчу и повреждение груза на железную дорогу.



УДК 347.441.12

Володимир Ємельянов,*здобувач Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

ДО ПИТАННЯ СУТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ ІЗ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМ ЗВОРОТНОГО ВИКУПУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню окремих питань юридичної природи договору купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу за законодавством України.

Ключові слова: договір, договір купівлі-продажу із зобов'язанням зворотного викупу, цінні папери, репо, предмет і зміст договору.

На сьогодні не викликає ніякого сумніву той факт, що окреслені разом із здобуттям незалежності вектори політико-правового розвитку України є правильними та прогресивними. Прогресивні ідеї формування і розвитку засад суверенної та незалежної, демократичної, соціальної, правової держави згодом знайшли своє відображення у Конституції України 1996 р. Задекларувавши необхідність побудови в Україні правової держави перед, вітчизняною правовою наукою постало питання пристосування ряду правових інститутів в умовах реалізації політичних, правових та економічних реформ. Саме з економічними реформами повинні пов'язуватися якісні зміни в системі правового регулювання цивільних правовідносин та розвиток донедавна мало застосовуваних правових інститутів.

Перехід української економіки до ринкових відносин створив умови для розвитку та вільного обороту ринку цінних паперів. Конституційні положення щодо свободи економічної діяльності отримали подальший розвиток у таких нормативно-правових актах, як Цивільний кодекс (далі – ЦК) та Господарський кодекс (далі – ГК) України. Розвиток ринкових відносин стимулював інтенсивність цивільно-правового обігу цінних паперів, істотно розширив набір фінансових інструментів цивільних відносин, що каталізувало становлення ринку цінних паперів і появу його професійних учасників.

З початком ринкових відносин, а з ними і відродженням інституту цінних паперів, було прийнято низку законодавчих актів, спрямованих на вдосконалення правового регулювання ринку цінних паперів в Україні. Однак у зв'язку з відсутністю ґрунтовних теоретичних розробок на практиці дуже часто виникають проблеми із застосуванням нормативних положень, що регулюють обіг цінних паперів в Україні. В та-

ких умовах важливого значення набуває договірна форма.

Значення та роль цивільно-правового договору все більше зростає, оскільки він допомагає врегулювати суспільні відносини, які деякою мірою не надто деталізовані в приписах законодавства, а подекуди зовсім ним не врегульовані.

Актуальність теми дослідження зумовлена відсутністю ґрунтовних теоретичних розробок, які б мали на меті здійснення глибокого аналізу та дослідження договорів щодо купівлі-продажу із зобов'язанням зворотного викупу. Крім того, питання з цієї проблематики окреслювалися лише в окремих наукових статтях і публікаціях цивілістів.

Дослідження правової конструкції договору купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу здійснювалося у працях таких учених-цивілістів, як В. Луць, С. Вавженчук, Р. Майданик, І. Безклубий, С. Бервено, Г. Шевченко та ін.

Метою цієї статті є визначення сутності договору купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу за законодавством України.

Слід зазначити, що договірна конструкція купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу (договір репо) нормативно не закріплена положеннями ЦК та ГК України. Разом із тим сьогодні договірна конструкція репо доволі часто застосовується як на біржовому ринку його професійними учасниками, так і на позабіржовому ринку комерційними банками під час купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу за участі Національного банку України.

Оскільки договори купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу мо-

жуть укладатися як на фондових біржах, так і комерційними банками у відносинах із Національним банком України, слід окреслити юридичну природу договору репо. Однак не хотілося би переходити до дослідження місця договору купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу у системі договорів без внесення певної ясності у визначення поняття цього договору.

В юридичній літературі різняться підходи до визначення назви договору, який подекуди вживається у контексті договору репо або репорту. Ми не вбачаємо відмінностей між поняттями «договір купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу» та «договір репо». Вони за своїм змістом є тотожними та вживаються щодо однієї договірної конструкції. Крім того, чинне українське законодавство оперує саме терміном «договір репо». У зв'язку з цим до договірної купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу може застосовуватися термін «договір репо».

За часів Російської імперії цивілістами до виду договірних правовідносин, що розглядаються, вживався саме термін «договір репо». Широко відомий російський цивіліст Г. Шершеневич свого часу визначав репо як операцію, коли одна особа купує за готівку певну кількість цінних паперів й одночасно продає ці папери тій самій особі за вищу ціну, як правило, на незначний строк [1, с. 235]. З даного визначення випливає, що предметом договору репо у дореволюційній Росії виступали цінні папери.

На сьогодні існує значна кількість підходів до визначення поняття «договір репо». Найбільш широким і таким, що відображає певною мірою сутність даного договору, є визначення запропоноване Р. Майдаником. Він визначає договір репо, як правочин за яким одна особа купує за готівку певну кількість цінних паперів і одночасно продає ці папери тій самій особі за підвищеною ціною на строк, як правило, нетривалий. На його думку, правова природа договору репо зумовлена взаємним зв'язком із економічною сутністю даної операції [2, с. 445]. При цьому економічний зміст договору репо полягає у тому, що він виступає аналогом позики під заставу цінних паперів; підтвердження цього впливає також із нормативного визначення договору репо.

Нормативне визначення договору купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу викладене у постанові Національного банку України (далі – НБУ) «Про затвердження Положення про регулювання Національним банком України ліквідності банків України» від 30.04.2009 р. № 259 (далі – Постанова НБУ) і вживається у розумінні операції репо. Відповідно до Постанови НБУ операції репо поділяються на два види: операції прямого (кредитна операція, що ґрунтується на двосторонньому договорі про купівлю Національним банком державних облігацій України з портфеля банку або банківських металів (перша частина

договору репо) з подальшим зобов'язанням банку викупити державні облігації України або банківські метали (друга частина договору репо) за обумовленою ціною на обумовлену дату; зобов'язання щодо виконання другої частини договору репо у сторін договору виникає за умови повного виконання ними зобов'язань за першою частиною договору) та зворотного (депозитна операція, що ґрунтується на двосторонньому договорі про продаж Національним банком із свого портфеля державних облігацій України з одночасним зобов'язанням зворотного їх викупу у банків за обумовленою в договорі ціною та на обумовлену дату; національний банк може проводити операції зворотного репо з державними облігаціями України шляхом безпосередньої домовленості з банками) репо.

Нормативне визначення операції репо свідчить, що вона є аналогом позики під заставу (забезпечення) цінних паперів. Однак Постанова НБУ не містить чіткого визначення договору репо, оперуючи лише терміном «операція репо». Незрозуміло також, у якому значенні в Постанові НБУ вживається термін «операція репо» і як співвідноситься термін «операція репо» з договором репо. На нашу думку, це питання потребує більш детального уточнення в Постанові Національного банку України. З цього приводу заслуговує на увагу точка зору Р. Майданика, який вважає, що за економічним змістом операція репо є аналогом позики (кредитної операції) під заставу цінних паперів, а купівля-продаж – лише формою її реалізації [3, с. 45]. Однак сторони договору репо досягають правової мети, заради якої й укладається договір, шляхом виконання двох частин договору репо, під час яких право власності на цінні папери по черзі переходить від однієї сторони до іншої. Таким чином, хоча договір репо за своєю економічною сутністю подібний до позики під заставу цінних паперів, все ж виконання договору у рамках правової конструкції репо досягається шляхом виконання двох договорів купівлі-продажу цінних паперів, під час яких право власності на цінні папери по черзі переходить від однієї сторони до іншої.

Відсутність договірної конструкції репо у положеннях ЦК України дозволяє застосовувати до правовідносин сторін за цим договором загальні положення глави 54 ЦК України (купівля-продаж) щодо істотних умов договору репо та його предмета. При цьому змістом будь-якого договору є умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, обов'язкові відповідно до актів цивільного законодавства. Викладене свідчить, що змістом договору купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу є, по-перше, умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними; по-друге, умови, які чітко визначені в цивільному законодавстві. Це судження базується на положенні ст. 638 ЦК України, якою визначається момент укладення договору.

Врешті-решт у законі конкретизовано лише предмет договору. Всі інші умови для кожного

договору будуть окремо взятими із актів цивільного законодавства або погоджені сторонами для кожного договору окремо.

Визначаючи предмет договору купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу, слід виходити із загальних положень глави 54 ЦК України (купівля-продаж). Відповідно до ст. 656 ЦК України предметом договору купівлі-продажу може бути товар, який є у продавця на момент укладення договору або буде створений (придбаний, набутий) продавцем у майбутньому.

На думку Р. Майданика, предметом договору репо є досить широке коло високоліквідних цінних паперів, які, зокрема, мають офіційну котирунку на фондових біржах, до складу яких входять: державні цінні папери; першокласні комерційні векселі; акції й облігації великих промислових компаній і банків, що перебувають в обігу на біржі; депозитні сертифікати [2, с. 445]. Зважаючи на викладене, можна вести мову про віднесення до предмета договору репо цінних паперів, які мають офіційну котирунку на фондових біржах. У свою чергу, розширює перелік істотних умов договору репо І. Трошин, до яких він відносить, зокрема, предмет, об'єкт, ціну, ставку, строк [4, с. 346]. Дещо інший підхід до визначення предмета та правової природи договору репо пропонує І. Безклубий, який відносить репо до банківських правочинів. На його думку, існує певна дуалістична природа об'єктів правочину репо, яка полягає у тому, що цінні папери, з одного боку, розглядаються як предмет купівлі-продажу та одночасно вартісний еквівалент зазначеного договірною зобов'язання, з іншого – виконують функцію забезпечення повернення кредиту [5, с. 428]. З цього випливає, що українське законодавство дозволяє використовувати правову конструкцію репо як на біржовому, так і позабіржовому ринку (комерційними банками із Національним банком України). В обох випадках предметом цього договору будуть виступати цінні папери.

У контексті застосування правочинів репо у банківській діяльності триває дискусія щодо правової природи згаданих договорів. Здебільшого її суть, як стверджує І. Безклубий, зводиться до ототожнення репо з кредитом під заставу цінних паперів і договору купівлі-продажу [5, с. 435].

Своєрідною позицією під заставу договір репо визнається також багатьма сучасними цивілістами [3, с. 47].

В. Белов аргументує заставний характер договору репо тим, що право власності на цінні папери, які перейшли за першою частиною угоди репо до покупця, одразу ж обтяжуються зобов'язальним правом вимоги продавця [6]. Однак з цим можна не погодитися. Справа в тому, що право вимоги, яким, на думку В. Белова, обтяжуються цінні папери, не може позбавити покупця за першою частиною договору репо володіти, користуватися та розпоряджатися цінними паперами, що перейшли у його власність.

Наприклад, покупець за першою частиною договору репо може здійснити відчуження цих цінних паперів (подальший продаж). Так зване обтяження правом вимоги щодо цінних паперів набуває юридичної сили для зобов'язаної сторони лише при настанні певного моменту у часі задля виконання другої частини договору репо (оскільки за першою частиною договору репо первісний продавець має право вимагати від зобов'язаної сторони передати йому у власність цінні папери лише при настанні певного моменту у часі відповідно до умов договору). Таким чином, характерне для застави, у силу ст. 17 Закону України «Про заставу», обмеження права власності, а саме – право розпоряджатися цінними паперами, не виникає. Отже, вести мову про те, що договір репо виступає аналогом договору позики під заставу цінних паперів неможливо. Цю позицію підтримує автор: договір репо подібний до договору позики за своїм економічним змістом, що може ввести в оману стосовно кінцевої мети договору репо, яка, однак, відрізняється від мети договору позики.

Відмінність зазначених договорів також впливатиме із суті зобов'язання, що створює той чи інший договір для сторін, які його уклали.

К. Победоносцев зазначав, що там, де сторони згодні між собою в змісті вираження договору, суд сам не вправі шукати іншого змісту: він може тлумачити лише ті речі, через які виникає між сторонами спір і суперечки. Коли трапляється двохзмістове вираження, потрібно надавати йому такий зміст, за якого дія, до якої він відноситься, могла би бути виконана: припускається, що сторони мають на меті поліпшення, а не ускладнення виконання договору [7, с. 200]. У даному випадку К. Победоносцев вказував саме на критерій волевиявлення сторін; він пов'язав певну дію із змістом договору та звертав увагу на те, що сторони самі визначають мету, для якої укладається договір і не повинні їй протирічити в іншому випадку. Якщо мета договору протирічить волевиявленню сторін, договір вважатиметься недійсним. Іншими словами, волевиявлення сторін при укладенні договору репо та договору позики під заставу цінних паперів є різним, отже, буде різною і мета цих договорів. У зв'язку з цим прихильники забезпечувального характеру договору репо зазначають, що мета договірної конструкції репо збігається з метою договору позики під заставу цінних паперів.

І. Трошин дійшов висновку про визнання угоди репо договором позики, оскільки, на його думку, головною і єдиною метою угоди репо є надання вільних фінансових ресурсів (грошових коштів, цінних паперів) однією стороною в тимчасове та за плату користування іншій стороні [4, с. 346]. З цієї позицією не можна погодитися; під час укладення договору репо волевиявлення його сторін аж ніяк не спрямоване на укладення договору позики. Дійсно, договір репо передбачає дещо іншу мету, ніж звичайний договір купівлі-продажу. Його мета є більш глибокою та віддаленою, як про це зазначає В. По-

ляков, ніж звичайна «causa» купівлі-продажу [8]. Метою договору репо є передача права власності на цінні папери на певний строк за певною ціною.

Про неможливість застосування до договірної конструкції репо положень щодо договору позики свідчить класифікація цих договорів. Що стосується класифікації договору позики, то слід взяти за основу класифікацію, проведеної С. Вавженчуком, який відносить договір позики до реальних, односторонніх договорів (оплатних або безоплатних) [9, с. 419].

Класифікація договору, проведена С. Вавженчуком, повною мірою відображає місце договору позики в системі зобов'язального права України. При цьому, на відміну від договору позики, правовій конструкції договору репо притаманні ознаки договору купівлі-продажу. Договір репо можна охарактеризувати як консенсуальний, двосторонній і оплатний договір.

Консенсуальний характер договору репо полягає у тому, що такий договір вважатиметься укладеним з моменту, коли сторони досягли обопільної згоди з усіх істотних умов договору.

Договір репо є двостороннім, оскільки покупець і продавець мають зустрічні права й обов'язки за цим договором. Покупець цінних паперів за першою частиною договору має право вимагати надання йому у власність цінних паперів і несе обов'язок сплатити вартість цих цінних паперів продавцю, а продавець зобов'язаний передати цінні папери та має право вимоги оплати їх вартості. Відплатний характер договору репо полягає у тому, що продавець, передавши цінні папери покупцю, отримує оплату за них від покупця.

Викладене дозволяє стверджувати, що договірна конструкція репо за своєю суттю й юридичною природою складається з двох частин:

- прямого репо – перша частина договору репо, за якою одна сторона виступає продавцем цінних паперів, а інша – приймає на себе зобов'язання покупця. При цьому перехід права власності та передача цінних паперів відбувається в момент укладення договору;

- зворотного репо – друга частина договору репо, за якою сторони при настанні певного моменту у часі змінюють своє положення відносно один одного – первісний продавець стає покупцем, а первісний покупець виступає вже продавцем цінних паперів.

Незважаючи на те, що договір репо складається з двох частин, які можна розглядати як два окремих правочини, його слід визначати як єдиний договір, що втрачає своє значення та сутність при його поділі на два договори, оскільки в

такому випадку сторони договору не досягають правової мети, заради якої його уклали.

Висновки

Договори купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу (репо) є видом договору купівлі-продажу. Так, договір репо, як і договір купівлі-продажу, є двостороннім, консенсуальним, оплатним, містить у собі взаємопов'язані обопільні зобов'язання сторін, які виникають у момент досягнення між ними згоди.

При визначенні предмета договору репо сторони керуються загальними положеннями цивільного законодавства щодо купівлі-продажу; мета укладення договору репо є більш «віддаленою», ніж при звичайній купівлі-продажу та полягає у передачі права власності на цінні папери на певний строк, з метою надання іншій стороні вільних фінансових ресурсів.

Проведена наукова розвідка дозволяє сформулювати визначення договору купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу (договору репо): *договір купівлі-продажу цінних паперів із зобов'язанням зворотного викупу (договір репо)* – це цивільно-правовий договір, за яким одна сторона продає іншій стороні цінні папери із зобов'язанням їх зворотного викупу у строк, встановлений у договорі, за попередньо обумовленою ціною.

Список використаних джерел

1. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). – М., 1994. – 335 с.
2. *Майданик Р. А.* Аномалії в цивільному праві України. – К., 2010. – 1008 с.
3. *Майданик Р. А., Бєрвєно С. М.* Договір репо (цивільно-правова природа та види) // Вісник національного університету внутрішніх справ. – 2005. – Вип. 30.
4. *Бєрвєно С. М.* Проблеми договірної права України. – К., 2006. – 392 с.
5. *Бєзклубий І. А.* Банківські правочини. – К., 2007. – 456 с.
6. *Бєлов В. А.* Банковские операции с ценными бумагами: Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е. А. Суханова. – М., 1997.
7. *Побєдоносцев К. П.* Курс гражданского права: Ч. 3. Договоры и обязательства. – М., 1990. – 445 с.
8. *Поляков В. И.* Договор купли-продажи ценных бумаг с обязательством обратного выкупа: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – 30 с.
9. *Вавженчук С. Я.* Договірне право. – К., 2011. – 584 с.

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

The article investigates some of the legal nature of the contract of sale of securities with a commitment to repurchase under the laws of Ukraine.

Статья посвящена исследованию отдельных вопросов юридической природы договора купли-продажи ценных бумаг с обязательством обратного выкупа по законодательству Украины.



УДК 347.238 : 347.9

Олег Гриняк,*здобувач Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВА СПІЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ПОДРУЖЖЯ НА ЖИТЛО

У статті аналізуються проблемні питання захисту права спільної власності подружжя на житло, розглядається необхідність виділення загальних критеріїв, що характеризують способи захисту права спільної власності подружжя на житло.

Ключові слова: право на захист, суб'єктивне цивільне право, способи захисту, форми захисту, право спільної власності, подружжя.

Відповідно до частин 3–5 ст. 41 Конституції України ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток із мотивів суспільної необхідності на підставі та в порядку, встановлених законом, і за умови попереднього та повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів із наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом. Однак, незважаючи на зазначену конституційну норму, правомірно набувши право спільної власності на житло, подружжя може зіткнутися з протидією з боку учасників цивільних правовідносин. Як правило, така протидія носить протиправний характер. Щоб захистити своє право спільної власності на житло подружжя вправі вживати адекватні заходи у відповідь. Такі заходи в юридичній літературі називаються способами захисту права власності. Зокрема, в юридичній літературі під способами захисту права власності розуміють передбачені законодавством засоби, за допомогою яких може бути досягнуто припинення, запобігання, усунення порушень права, його відновлення та компенсація втрат, зумовлених порушенням права [1, с. 210–213].

Мета цієї статті – аналіз проблемних питань захисту права спільної власності подружжя на житло.

На думку Т. Підлубної, способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів –

це правові прийоми, передбачені договором або законом, за допомогою яких заінтересована особа, право якої порушено, невизнано чи оспорено, має змогу припинити порушення, здійснити відновлення і таким чином реалізувати надане їй суб'єктивне цивільне право на захист [2, с. 61]. С. Погрібний розглядає спосіб захисту суб'єктивного права як визначений законом порядок забезпечення відновлення (визнання) порушених прав і одночасного правового впливу на порушника з метою відновлення порушеної майнової та немайнової сфери [3, с. 204]. У свою чергу, А. Фігель вважає, що способи захисту житлових прав однієї особи є формами примусового виконання певних обов'язків іншої особи. При цьому такого роду примус у межах правовідносин із захисту житлових прав слід розуміти як приведення конкретним законним способом поведінки особи, яка порушує житлові права, у стан, що забезпечує усунення такого порушення або компенсацію його наслідків [4, с. 74].

На особливу увагу заслуговує думка Я. П'янової, згідно з якою спосіб захисту суб'єктивного цивільного права чи законного інтересу може бути визначений як правозахисна за спрямованістю юридична конструкція – система законних (визначених чи допущених законом) дій суб'єктів захисту (уповноважених осіб та/або юрисдикційних органів) та матеріально-правового юридичного ефекту цих дій (тобто виникнення, зміни чи припинення відповідних прав та обов'язків), що дозволяє тим чи іншим чином попередити, усунути або компенсувати наслідки порушення, невизнання або оспорювання суб'єктивного цивільного права чи охоронюваного законом інтересу [5, с. 61]. Слід зазначити, що способи захисту права спільної власності подружжя

на житло дійсно є системою дій, які вчиняються у встановленому законом порядку і спрямовані на відновлення порушеного права та (або) усунення негативних наслідків його порушення. Такі дії не є порядком, прийомом чи формою, оскільки порядок чи форма визначають послідовність вчинення дій, а способи захисту права спільної власності на житло можуть застосовуватися як у сукупності, так і окремо. В іншому випадку для захисту порушеного права необхідно було б використовувати всі передбачені законом способи захисту права власності у певній послідовності. Однак законодавець у Цивільному кодексу (далі – ЦК) передбачає лише можливі варіанти поведінки, тобто дії співвласника залежно від характеру порушення його прав.

Викладене дозволяє стверджувати, що під способами захисту права спільної власності подружжя на житло потрібно розуміти передбачену законом систему заходів, які можуть застосовуватися як окремо, так і в сукупності, спрямовані на запобігання або припинення порушення права спільної власності подружжя на житло, а також усунення негативних наслідків порушення цього права.

Крім того, способи захисту права власності визначаються у нормах, що регулюють ті чи інші види житлових правовідносин або встановлюють відповідальність за порушення норм законодавства. Суб'єкт цивільного права може обрати один чи кілька способів захисту. При цьому правом на звернення до суду за захистом наділена не лише особа, яка має матеріально-правову заінтересованість у справі, а й особи, які за законом мають на це право з метою захисту прав та інтересів інших осіб [6, с. 424].

Крім способів захисту порушеного права, зокрема права спільної власності, у цивілістичній літературі вживається поняття «засоби захисту». С. Алексєєв зазначає, що захист права – це державно-примусова діяльність, спрямована на відновлення порушеного права, забезпечення виконання юридичного обов'язку [7, с. 280]. Є. Харитонов і Н. Саніахметова вважають, що засобами захисту є правохоронні засоби примусового впливу, спрямовані на захист прав і правопорядку, припинення дій, що порушують право, та відновлення правового положення, яке існувало до порушення, примусове виконання обов'язків; застосовуються вони до суб'єкта незалежно від його вини і не створюють для нього додаткового обов'язку чи некомпенсованого обтяження. На їх думку, у цивільному праві у випадку порушення цивільних прав можуть застосовуватися дві групи санкцій: пов'язані з осудом поведінки боржника з боку суспільства і держави та не пов'язані з таким осудом. У першому випадку має місце цивільно-правова відповідальність, у другому – застосу-

вання засобів захисту цивільних прав [8, с. 77–80].

Т. Ярова зазначає, що засоби захисту можна розглядати як інструмент реалізації передбачених у законодавстві способів захисту, а процес застосування цих засобів є дією, за допомогою якої заінтересовані особи вимагають захисту порушеного права від інших суб'єктів. До них можна віднести, наприклад, позов, претензію, скаргу, заяву. Однак вибір засобу захисту залежить, у свою чергу, від способу та форми захисту [9, с. 390]. На думку Г. Стоякіна, з одного боку, будь-які засоби захисту спрямовані проти правопорушника та мають на меті несприятливий для нього наслідок майнового (особистого, організаційного) характеру [10, с. 6].

На нашу думку, слід підтримати Л. Лічмана, який вважає, що у наведених судженнях є явне протиріччя, адже не всі засоби захисту звернені проти правопорушника, оскільки правопорушення може і не бути, а засіб захисту застосовуватися. Зокрема, навряд чи добросовісного набувача, в якого витребовується річ, можна розглядати як правопорушника. У цьому випадку засіб захисту (віндикація) застосовується не проти нього, а з метою захисту порушеного права власника. Крім того, вести мову в цьому випадку про позбавлення суб'єкта майнових прав не можна, оскільки ніякого права в добросовісного набувача не виникло. Він є незаконним володільцем, і цього достатньо (за відсутністю інших негативних умов, встановлених правилами віндикації) для відібрання в нього речі. Негативне ставлення до поведінки особи може мати місце лише при винній, протиправній його поведінці [11, с. 117–118].

Н. Христенко розглядає захист права спільної власності як застосування співвласниками (співвласником), юрисдикційними органами, які наділені відповідною компетенцією, необхідних заходів щодо забезпечення здійснення повноважень права спільної сумісної власності, усунення перешкод у його здійсненні та відновлення порушеного права співвласників (співвласника) із покладенням на правопорушника передбачених законом заходів [12, с. 140]. Іншими словами, можливість захисту є самостійним суб'єктивним правом. Тому не слід право на захист зводити тільки до можливості звернення з вимогою захисту права до відповідних державних органів. При захисті свого права особа має право застосувати і заходи примусового впливу.

За своїм матеріально-правовим характером, на думку Н. Христенко, зміст права на захист передбачає: можливість застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства (самозахист); можливість уповно-

важеної особи застосувати юридичні заходи оперативного впливу на правопорушника (оперативні санкції); можливість особи звернутися за захистом свого права до компетентних державних органів [12, с. 139–140].

Аналіз викладеного свідчить, що способами захисту права спільної власності є передбачені законом або визначені за домовленістю сторін способи впливу на протиправну поведінку особи, яка порушила чи порушує право спільної власності подружжя на житло, у тому числі перешкоджає здійсненню подружжям свого права спільної власності на житло, з метою їх припинення та відновлення порушеного права.

Крім того, у науці цивільного права тривають дискусії щодо розмежування таких категорій, як «охорона права власності» та «захист права власності». Зокрема, З. Ромовська вважає, що взаємозаміна понять «охорона» та «захист» права спільної власності подружжя на житло не має достатніх підстав. Тому вона розглядає правову охорону як регулювання суспільних відносин, як визначення заходів щодо охорони конкретного суб'єктивного права. Захищаючи суб'єктивне право особи, суд здійснює охоронну функцію, а правовий захист – це лише результат реалізації особою права на захист [13, с. 9–10]. На думку В. Коссака, «правовий захист нерозривно пов'язаний з правовою охороною, проте це різні категорії. Різниця цих понять визначена в законі» [14, с. 248]. В. Кройтор та С. Сліпченко розглядають право на захист як дії із запобігання правопорушенням чи відновлення порушених прав та інтересів громадян, організацій, що охороняються законом [15, с. 42].

На нашу думку, охорона та захист права спільної власності подружжя на житло не є тотожними поняттями, оскільки охорона передбачає вживання запобіжних, превентивних заходів, тобто попередження порушення певного права, а захист – це відповідь на порушення того чи іншого права. Ці заходи вживаються як уповноваженими органами влади, так і співвласниками (подружжям). Зокрема, згідно із ст. 62 Сімейного кодексу (далі – СК) України, якщо майно дружини, чоловіка за час шлюбу істотно збільшилося у своїй вартості внаслідок спільних трудових чи грошових затрат або затрат другого з подружжя, воно у разі спору може бути визнане за рішенням суду об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Згідно із ст. 65 СК України дружина, чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її (його) згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового. Відповідно до ч. 2 ст. 70 СК України

при вирішенні спору про поділ майна суд може відступити від засади рівності часток подружжя за обставин, що мають істотне значення, зокрема якщо один із них не дбав про матеріальне забезпечення сім'ї, приховав, знищив чи пошкодив спільне майно, витрачав його на шкоду інтересам сім'ї.

Отже, навіть поверхневий аналіз способів захисту права спільної власності на житло свідчить, що таких способів є чимало. Оскільки право спільної власності подружжя на житло є різновидом права власності, припускаємо, що до права спільної власності подружжя на житло можуть бути застосовані способи захисту права власності. Останні у літературі поділяються на *юрисдикційні* та *неюрисдикційні*. На думку М. Галантича, юрисдикційною формою захисту є діяльність державних чи уповноважених державою органів із захисту цивільних прав. У межах юрисдикційної форми захисту виділяють можливість захисту цивільних прав у загальному (судовому) чи спеціальному (адміністративному) порядку. Неюрисдикційна форма захисту цивільного права – це дії громадян та організацій із самозахисту цивільних прав і охоронюваних законом інтересів без звернення до державних чи інших уповноважених органів [16, с. 400–401]. На нашу думку, необхідно підтримати зазначений поділ способів захисту права спільної власності подружжя на житло, оскільки він дозволяє визначити порядок вирішення певної категорії цивільних справ, пов'язаних із порушенням права спільної власності подружжя на житло.

Викладене свідчить, що юрисдикційні способи захисту права спільної власності подружжя на житло полягають у вирішенні спорів уповноваженими державними органами або органами місцевого самоврядування. Серед державних органів, які здійснюють захист права спільної власності подружжя на житло, необхідно виділити суди, прокуратуру та правоохоронні органи, а серед органів місцевого самоврядування – місцеві ради й їх виконавчі органи. До органів, які здійснюють захист права спільної власності подружжя на житло згідно із ст. 18 ЦК України, належить і нотаріат. Разом із тим ми поділяємо точку зору вчених, які вважають, що нотаріуси здійснюють не захист, а охорону [4, с. 148] права спільної власності подружжя на житло, оскільки, вчиняючи виконавчий напис на борговому документі, об'єктом якого є житло, нотаріус попереджає можливість порушення чи зловживання з боку сторін договору, а захист передбачає відновлення порушеного права.

Важливе теоретичне та практичне значення має також визначення моменту виник-

нення права на захист. Зокрема, Ю. Білоусов вважає, що захисту підлягає суб'єктивне цивільне право й інтерес, який охороняється законом. Під порушенням, на його думку, слід розуміти такий стан суб'єктивного права, коли воно зазнало протиправного впливу з боку правопорушника, внаслідок чого суб'єктивне право уповноваженої особи зменшилося або зникло як таке [17, с. 114]. Цей момент може бути пов'язаний із моментом виникнення права спільної власності подружжя на житло, оскільки особа, яка проживає у житловому приміщенні, повною мірою може використати належні їй засоби захисту. Іншими словами, момент виникнення права на захист можна пов'язати з правочином щодо житлового будинку (квартири), їх частини як об'єкта нерухомості. При цьому право спільної власності подружжя на будинок (квартиру) виникає саме з моменту державної реєстрації документів, що встановлюють право заволодіння будинком (квартирою), зміни та перереєстрації документів.

Висновки

Право на захист виникає з моменту виникнення права спільної власності подружжя на житло, але може бути здійснене з моменту його порушення або з моменту виникнення загрози такого порушення. Такий висновок зумовлений тим, що право на судовий захист виникає з моменту порушення певного права. Зокрема, захист права має місце у разі порушення права, а до того часу має місце охорона права. Тому і право на захист виникає з моменту порушення права спільної власності подружжя на житло. В іншому випадку звернення до суду до порушення права спільної власності подружжя на житло або до виникнення загрози порушення цього права буде безпідставним, а вимога задовольнити позов не буде задоволена.

Стаття надійшла до редакції 25.12.2014 р.

The article analyzes the problematic issues of protection of common ownership housing spouses. Attention is focused on the need to discharge the general criteria that characterize the ways to protect the rights of the common property of spouses housing.

В статті аналізуються проблемні питання захисту права спільної власності подружжя на житло, розглядається необхідність виділення загальних критеріїв, характеризуючих способи захисту права спільної власності подружжя на житло.

Список використаних джерел

1. *Цивільне право України: У 6 т. / За ред. Р. Б. Шишки, В. А. Кройтора.* – Х., 2008. – Т. 1.
2. *Підлубна Т. М.* Право на захист цивільних прав та інтересів: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009.
3. *Погрібний С. О.* Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України. – К., 2009.
4. *Фігель А. А.* Цивільно-правовий захист житлових прав фізичних осіб: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012.
5. *П'янова Я. В.* Судовий захист майнових цивільних прав: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2009.
6. *Цивільне право України: В 2 т. / За ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої.* – Х., 2008. – Т. 1.
7. *Алексеев С. С.* Общая теория права. – М., 1981. – Т. 1.
8. *Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А.* Правовое обеспечение надлежащей реализации права на жилище. – К., 1990.
9. *Ярова Т. М.* Поняття способів захисту цивільних прав та інтересів // *Держава і право.* – 2008. – Вип. 41.
10. *Стоякин Г. Н.* Меры защиты в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1973.
11. *Личман Л. Г.* Судовий захист прав та інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення: дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2005.
12. *Христенко Н. Ю.* Право спільної сумісної власності фізичних осіб: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006.
13. *Ромовская З. В.* Защита в советском семейном праве. – Л., 1985.
14. *Цивільне право України: У 2 кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, В. В. Луць та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової.* – К., 1999. – Кн. 1.
15. *Кройтор В. А., Слитченко С. А.* Гражданское право Украины: В 2 ч. – Х., 2000. – Ч. 1.
16. *Галантич М. К.* Приватноправові засади реалізації житлових прав громадян в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2007.
17. *Білоусов Ю. В.* Виконавче провадження. – К., 2005.



УДК 347.518 : 368.86

Ростислав Сobotник,

здобувач

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ОСОБЛИВОСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СТОРІН ЗА ДОГОВОРОМ СТРАХУВАННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШКОДУ, ЗАПОДІЯНУ ДЖЕРЕЛОМ ПІДВИЩЕНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

У статті аналізується зміст цивільно-правової відповідальності сторін за невиконання або неналежне виконання сторонами умов договору страхування цивільної відповідальності.

Ключові слова: страхування цивільної відповідальності, цивільно-правова відповідальність, безвинна відповідальність, склад цивільного правопорушення, джерело підвищеної небезпеки, матеріальна шкода, моральна шкода.

Страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, є самостійним, широким і багатограним видом страхування. Його самостійність зумовлена як правовою природою інституту відповідальності, так і особливою технікою проведення страхування. Останнє, у свою чергу, пов'язане із специфікою об'єкта страхування, колом учасників договору страхування відповідальності, а також обсягом зобов'язань страховика. Беззаперечним є той факт, що дослідження об'єкта страхування цивільно-правової відповідальності є надважливим завданням сучасної цивілістики, що допоможе вдосконалити відповідні положення цивільного законодавства, стане запорукою належного захисту порушених прав і законних інтересів сторін досліджуваного договору.

Питання договору страхування цивільно-правової відповідальності та складу цивільного правопорушення є об'єктом детального вивчення вітчизняних науковців, серед яких можна виділити В. Луця, А. Гриняка, І. Канзафарову, Г. Крисаня, О. Гришка. Разом із тим дослідження, що поєднували б у собі вивчення проблематики цивільно-правової відповідальності сторін за невиконання або неналежне виконання сторонами умов договору страхування цивільної відповідальності, відсутні.

Розкриття поняття «цивільна відповідальність» як об'єкта страхування неможливе без звернення до загальнотеоретичних положень правової науки. Як одному з різновидів юридичної відповідальності цивільно-правовій відповідальності властиві загальні ознаки першої. Особливістю цивільно-правової відповідальності є незалежність її обсягу від ступеня вини порушника та від ступеня суспільної небезпеки

його дій, а у певних випадках при накладенні цивільної відповідальності вина взагалі не враховується [1, с. 46]. Ці випадки охоплюються поняттям «безвинна відповідальність», сутність якої полягає в тому, що є протиправні дії, шкода, завдана певній особі, навіть причинний зв'язок між діями та шкодою, але немає вини. У таких випадках особа, як правило, усвідомлює можливість настання негативних наслідків, проте вважає, що їх можна легко уникнути.

Важливе значення для страхування цивільної відповідальності має, безумовно, і склад цивільного правопорушення, який в юридичній науці радянського періоду протягом багатьох років вважався необхідною та загальною підставою цивільно-правової відповідальності [2, с. 57]. Таку позицію поділяють і більшість сучасних науковців [3, с. 175].

Що стосується складу цивільного правопорушення за невиконання або неналежне виконання сторонами умов договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, то існують різні підходи до дослідження складу цивільного правопорушення, з яких слід виділити два основних. Відповідно до першого (за аналогією із складом злочину) досліджуються такі чотири елементи: суб'єкт, об'єкт (норма права та регульовані їй суспільні відносини), суб'єктивна й об'єктивна сторони. Об'єктивна сторона, у свою чергу, складається з трьох елементів (ознак): протиправної дії (бездіяльності), шкоди та причинного зв'язку між першим і другим [4, с. 43]. Відповідно до другого підходу виділяються такі чотири елементи складу правопорушення: шкода, протиправність (протиправна поведінка), причинний зв'язок і вина [5, с. 56]. Вони ж вважають-

ся умовами цивільно-правової відповідальності. Останній підхід, на нашу думку, більше відповідає умовам цивільно-правової відповідальності – дослідження об'єкта цивільного правопорушення (порушених суспільних відносин) цілком може замінити характеристика заподіяної шкоди.

У зв'язку з викладеним вважаємо за необхідне розглянути всі чотири загальні умови цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання сторонами умов договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки: шкода, протиправність, причинний зв'язок і вина. Найважливішим завданням цього аналізу є виявлення специфіки кожної з ознак досліджуваного нами правопорушення (умов відповідальності за заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки).

Наявність шкоди є першою й обов'язковою умовою покладання відповідальності за заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки, адже за її відсутності відшкодувати фактично нічого. В літературі існують різні визначення поняття «шкода». Ми схиляємося до висловленої в юридичній літературі думки, що шкода – це, перш за все, соціальне поняття, невід'ємна ознака кожного правопорушення [6, с. 33]. Іншими словами, це сукупність негативних наслідків правопорушення. Обсяг і характер заподіяння шкоди в цих випадках (на відміну від заподіяння шкоди особою дією) безпосередньо не залежить від суб'єктивного ставлення особи, відповідальності за заподіяння шкоди, а сама шкода настає частіше і в більшому обсязі, ніж при звичайних видах діяльності.

Вважаємо за доцільне окремо розглянути питання про співвідношення понять «шкода», «збиток», «збитки». У літературі, як правило, зазначається, що шкода – це родове поняття негативних наслідків правопорушення; збиток – натурально-речова форма вираження шкоди, якій відповідає один із встановлених у законі способів його відшкодування – відшкодування в натурі (надання речі того ж роду й якості або виправлення пошкодженої речі тощо). Грошова оцінка шкоди визнається збитком, який підлягає компенсації (відшкодуванню) при неможливості, недоцільності або відмові потерпілого від відшкодування шкоди в натурі [5, с. 58–59].

Таким чином, страхувальник у разі порушення страховиком зобов'язання за умовами договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, і за наявності складу цивільного правопорушення може звернутися до суду за захистом порушеного права та застосуванням до страховика заходів цивільно-правової відповідальності, основними з яких можна назвати відшкодування збитків, сплату неустойки, стягнення відсотків за користування чужими грошовими коштами, компенсацію моральної шкоди.

Основним принципом інституту відшкодування збитків є принцип повного відшкодування. Згідно з ч. 3 ст. 22 Цивільного кодексу (далі –

ЦК) України особа, право якої порушене, може вимагати повного відшкодування заподіяних їй збитків, якщо законом або договором не передбачено відшкодування збитків у меншому або більшому розмірі. Це означає, що особа, яка завдала шкоду або збитки, має відшкодувати їх у повному обсязі, включаючи як реальний збиток, так і неодержані доходи [7, с. 208]. Розмір збитків, що підлягають відшкодуванню, має визначатися з урахуванням конкретних обставин. Так, якщо страхувальник не погоджується з сумою страхового відшкодування та проводить за свій рахунок експертизу, то розмір збитків визначатиметься вартістю проведеної експертизи. Якщо страховик не здійснює у визначені строки страхову виплату, а страхувальник за свій рахунок здійснив ремонт пошкодженого та застрахованого майна, то збиток страхувальника, що підлягає відшкодуванню, буде визначатися в розмірі зроблених витрат на ремонт. Неустойка може встановлюватися законом або договором. Чинне законодавство про страхування, на відміну від попереднього, не встановлює законну неустойку, у зв'язку з чим вимога страхувальника про виплату неустойки може базуватися тільки на передбаченні такої умови безпосередньо договором (правилами страхування), що на практиці теж трапляється нечасто.

З огляду на диспозитивність цивільно-правового регулювання можна припустити можливість страхового відшкодування завданої шкоди як такого, що більше відповідає інтересам потерпілих. Погоджуємося з думкою Р. Шишки, згідно з якою впровадження страхового відшкодування може бути за умови, що страхування є обов'язковим і навіть у тому воно не вирішує проблеми, а поглиблює її. За певних вад механізму правового регулювання страхового відшкодування та його залежності від стану ринків фінансових послуг наразі не слід відкидати відповідальність делінквентів перед потерпілими. Так чи інакше, але йдеться про регресну відповідальність делінквента перед страховиком [8, с. 129–130].

Форми вираження майнової шкоди також можуть бути різними: шкода, завдана майну громадян та організацій; тілесні травми; екологічна шкода; фінансові втрати. Так, шкода майну означає пошкодження чи знищення будь-якого майна третіх осіб (у тому числі тварин). При цьому шкода повинна бути конкретною та заподіяна безпосередньо страхувальником. Під тілесними травмами розуміють будь-яку шкоду, заподіяну при посяганні на життя та здоров'я третіх осіб, у тому числі смерть.

Заслугує на увагу й інститут моральної шкоди, що згідно з чинним цивільним законодавством є одним із способів захисту суб'єктивних цивільних прав і законних інтересів як гарантована державою матеріально-правова міра, за допомогою якої здійснюється добровільне або примусове відновлення порушених (оспарюваних) особистих немайнових благ та прав [9, с. 122].

Відшкодування моральної шкоди посідає унікальне місце в системі способів захисту цивільних прав та інтересів і серед заходів цивільно-правової відповідальності. Потенційна сфера його правового впливу перевершує навіть коло правовідносин, у яких має місце застосування такої санкції, як відшкодування збитків, оскільки теоретично в кожному випадку завдання матеріальних втрат може йтися також і про виникнення моральної шкоди. Натомість зворотної кореляції не спостерігається (далеко не у кожному випадку посягання на особисті немайнові блага, що супроводжувалося заподіянням моральної шкоди, у потерпілого можуть виникнути матеріальні втрати) [10, с. 175].

Викладене свідчить, що згідно з чинним ЦК України відшкодування моральної шкоди (принаймні з формального погляду) є універсальним засобом цивільно-правового захисту, який може бути застосований у разі заподіяння особі немайнових втрат унаслідок первісного порушення її як абсолютних, так і відносних (включно з договірними), не лише немайнових, а й майнових суб'єктивних цивільних прав (незалежно від того, у результаті порушення яких (цивільних, інших приватноправових чи навіть публічно-правових) відносин це сталося).

У цивілістичній літературі надається велике значення протиправності, зокрема, як умові відповідальності за заподіяння шкоди. В літературі існують різні визначення поняття «протиправність», серед яких слід визначити два основні: *протиправність* – це властивість діяння, що порушує норми об'єктивного (позитивного) права; *протиправність* – це властивість діяння, що порушує чуже суб'єктивне право [11, с. 219–220]. Є також точка зору, згідно з якою протиправним є діяння, що порушує юридичний обов'язок (заборона), або діяння, що спрямоване на зловживання правом.

Що стосується причинного зв'язку, то він є найбільш важливою умовою покладання відповідальності за невиконання або неналежне виконання сторонами умов договору страхування цивільної відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки.

Відповідальність за порушення умов договору страхування цивільної відповідальності (категорії «санкція», «відповідальність», «заходи захисту») досі викликають серед правознавців дискусії, які певною мірою зумовлюються тим, що в цивільному праві багато понять вживаються в різних цілях. Так, термін «санкція» (лат. *sanctio* – схвалення, влада, примусовий захід) має декілька значень. Він позначає, насамперед, частину норми, яка встановлює правові наслідки при її недотриманні. У цьому розумінні поняття «санкція» тісно пов'язане з логічною структурою правової норми, до складу якої, як відомо, входять три обов'язкові елементи: диспозиція, гіпотеза та санкція. Термін «санкція» використовується також у цілях надання юридичної сили (шляхом санкціонування) тому чи іншому нормативно-правовому акту. В законодавстві санкцію іно-

ді розуміють як твердження, схвалення, дозвіл якої-небудь дії. Предметом жвавої дискусії серед учених-юристів є питання співвідношення таких понять, як «санкція», «державний примус», «юридична відповідальність».

Слід погодитися з тим, що санкція є правовим засобом; вона вказує на несприятливі (особисті, майнові, організаційні) наслідки для суб'єктів права у випадку вчинення ними правопорушення за допомогою застосування передбачених законодавством чи договором правових охоронних заходів. Крім того, категорії «санкція» й «юридична відповідальність» не є синонімами. У науковій літературі існують різні точки зору щодо природи цивільно-правової відповідальності. Одна з них зводиться до того, що цивільно-правову відповідальність необхідно визначати як санкцію за правопорушення, що викликає для порушника негативні наслідки у вигляді позбавлення суб'єктивних цивільних прав або покладання додаткових цивільно-правових обов'язків.

Перелік способів захисту закріплений у ст. 16 ЦК України. Цивільно-правові санкції можна класифікувати за різними підставами. За змістом вони поділяються на майнові та немайнові (організаційні). У числі перших слід назвати стягнення неустойки, відшкодування збитків, сплату відсотків за грошовими зобов'язаннями, конфіскацію майна. Інші санкції (заходи захисту) відносяться до організаційних. З урахуванням цілей (виконуваних функцій) їх можна поділяти на санкції заходу, відновлення та забезпечення. У свою чергу, зазначені санкції також неоднорідні та можуть бути поділені на окремі види.

Розглянемо деякі цивільно-правові санкції у сфері дії договору страхування: стягнення неустойки та відшкодування збитків – традиційні форми цивільно-правової відповідальності, застосовувані до правопорушника за невиконання зобов'язань із страхування. Разом із тим страховим законодавством спеціально обумовлюються окремі випадки, коли та чи інша сторона несе відповідальність у формі відшкодування збитків. Так, відповідно до ст. 991 ЦК України при невиконанні страхувальником або вигодонабувачем обов'язків, передбачених ч. 1 цієї статті, страховик має право вимагати розірвання договору страхування та відшкодування збитків, заподіяних розірванням договору. У цьому випадку застосування відшкодування збитків як універсальної міри цивільно-правової відповідальності необхідно розглядати як окремий випадок наслідків зміни та розірвання договору.

Неустойка (штраф, пеня) є одним із способів забезпечення виконання страхових зобов'язань (ст. 992 ЦК України). Одночасно, стягнення неустойки є мірою цивільно-правової відповідальності за договором страхування цивільної відповідальності власників джерела підвищеної небезпеки, оскільки дозволяє вирішувати завдання примусу до дотримання норм закону та договору і засудження поведінки правопорушника. Неустойка надає потерпілій стороні

можливість захистити та відновити порушені суб'єктивні права способом, відмінним від відшкодування збитків. Застосування штрафу або пені дозволяє встановлювати відповідальність за дії, які приведуть до відшкодування збитків тільки в майбутньому. Неустойка, як додаткова міра відповідальності, може бути встановлена законом або домовленістю сторін. Можливий перегляд сторонами законної неустойки в сторону збільшення, якщо це не заборонено законом. За загальним правилом (п. 1 ст. 624 ЦК України), неустойка носить заліковий характер, тобто відшкодування збитків відбувається в частині, не покритій неустойкою. Сторони, встановлюючи додаткову відповідальність за порушення обов'язків, що формують зміст страхового договору, можуть вибрати й інші форми (виняткова, штрафна або альтернативна неустойка).

Серед цивільно-правових санкцій превентивної дії, застосовуваних за порушення умов договору страхування цивільної відповідальності власників джерела підвищеної небезпеки, необхідно назвати відмову страховика у страховій виплаті. Відповідно до п. 5 ст. 991 ЦК України невиконання страхувальником (вигодонабувачем) обов'язків щодо своєчасного повідомлення страховика про настання страхового випадку дає останньому право відмовити у виплаті страхового відшкодування (страхового забезпечення). В цьому випадку зазначена санкція застосовується як запобіжний захід за невиконання страхувальником (вигодонабувачем) покладених на нього законом обов'язків. Проте відмову у страховій виплаті не можна розглядати як міру цивільно-правової відповідальності. Відмова у виплаті є односторонньою відмовою від виконання зобов'язання. Відповідно до ст. 525 ЦК України одностороння відмова від зобов'язання або одностороння зміна його умов не допускаються, за винятком випадків, передбачених законом. Самостійність відмови у страховій виплаті як санкції превентивної дії зумовлена іншою, ніж при відшкодуванні збитків і стягненні неустойки, формою негативних наслідків. На страхувальника не покладається жодних нових або додаткових цивільно-правових обов'язків.

Він позбавляється права вимагати виконання від страховика обов'язків по страховому відшкодуванню чи виплаті страхового забезпечення, страховій виплаті, визнається винним, поки не доведе зворотного.

Стаття надійшла до редакції 12.12.2014 р.

Article analyzes content of the concept of civil liability of the parties for non-performance or improper performance of contractual terms and conditions of liability insurance.

В статтє анализируется содержание гражданско-правовой ответственности сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение сторонами условий договора страхования гражданской ответственности.

Висновки

Цивільно-правову відповідальність слід розуміти як санкції, пов'язані з додатковими обтяженнями (негативними наслідками) для правопорушника. Ці санкції можуть мати вияв у позбавленні правопорушника певних прав, у заміні невиконаного обов'язку новим, у приєднанні до невиконаного обов'язку нового додаткового або зменшенні чи позбавленні майнового блага. І все це забезпечується можливістю застосування державного примусу. Лише в такому розумінні цивільно-правова відповідальність може виступати об'єктом страхування, адже метою страхування відповідальності є згладжування та зменшення впливу тих негативних майнових наслідків, які покладаються на порушника-страхувальника за ненавмисно скоєне правопорушення.

Список використаних джерел

1. Собчак А. А. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности // Правоведение. – 1968. – № 1.
2. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М., 1958.
3. Гражданское право: В 2 т. / Под ред. Е. А. Суханова. – М., 1993. – Т. 1.
4. Хохлова І. В., Шем'яко О. П. Кримінальне право України (Загальна частина). – К., 2006.
5. Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. – Л., 1983.
6. Шишкин С. Источник повышенной опасности и его виды // Российская юстиция. – 2002. – № 12.
7. Подколзин І. В. Реалізація принципу повного відшкодування збитків у ЦКУ // Університетські наукові записки. – 2007. – № 4.
8. Відшкодування моральної шкоди: коментар, законодавство, судова практика / За ред. М. К. Галантича. – К., 2013. – С. 129–130.
9. Гуцин Д. И. Юридическая ответственность за моральный вред. – СПб., 2002.
10. Примак В. Д. Особливості відшкодування моральної шкоди як заходу цивільно-правової відповідальності // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2.
11. Шершеневич Г. Ф. Загальна теорія права. – М., 1995. – Т. 2.



УДК 347.4 : 69

Олена Ситнік,*здобувачка Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

ОСОБЛИВОСТІ РОЗПОДІЛУ РИЗИКІВ ЗА ДОГОВОРОМ ПОБУТОВОГО ПІДРЯДУ

*У статті аналізується правова природа ризиків за договором побутового підляду, досліджу-
ються особливості правових наслідків випадкового знищення чи пошкодження матеріалів, із
яких виконувалося замовлення.*

Ключові слова: підрядник, замовник, договір, зобов'язання, побутовий підряд, ризики, пошкодження матеріалів.

Посилення диспозитивних засад у регулюванні відносин, пов'язаних із комерційним ризиком, поява нових і ускладнення існуючих видів діяльності, пов'язаних із професійним ризиком або з підвищеною небезпекою для оточуючих, зумовлює додаткову актуальність і підвищений інтерес як науковців, так і практиків до правової природи ризиків, у тому числі ризику в окремих видах договорів. Щоб хоч якось уберегти суб'єктів від непередбачених ситуацій законодавець, як правило, правові проблеми щодо розподілу ризиків вирішує в імперативному порядку. Проте реальне життя багатше за будь-які правові конструкції, тому інколи виникають ситуації, в яких першість займають правові прогалини.

Метою цієї статті є висвітлення правових прогалин щодо ризиків у побутових підрядних зобов'язаннях, а також формулювання рекомендацій щодо їх усунення.

Сучасна наука цивільного права майже не приділяє уваги таким проблемним питанням, як «ризик», що не сприяє адекватному нормативному регулюванню та формуванню практики, пов'язаної із настанням виконання договірних зобов'язань, у тому числі побутових.

Питання розподілу ризиків заслуговує на увагу з правової точки зору. Так, учасники підрядних побутових правовідносин, здійснюючи свої суб'єктивні цивільні права, без стороннього впливу можуть обирати варіанти дозволеної поведінки, які, безумовно, полягають у реалізації належних їм повноважень. При цьому принцип свободи договору відіграє важливу роль, оскільки саме його дія

забезпечує баланс інтересів учасників підрядних побутових правовідносин.

Перші згадки про «ризики» в приватному праві є в джерелах Стародавнього Риму [1, с. 500]. Проте, незважаючи на такий багатовіковий досвід, на сьогодні відсутній єдиний погляд щодо ризиків у договірних зобов'язаннях. Більше того, такого розуміння немає й серед розподілу ризиків у договорах побутового підляду. Щоб хоч якось врегулювати ситуацію законодавець у загальних положеннях до договорів підляду закріпив положення, згідно з яким ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження (псування) матеріалу до настання строку здачі підрядником визначеного договором побутового підляду результату несе сторона, що надала матеріал, а після настання цього строку – сторона, що пропустила строк. На нашу думку, таке законодавче положення містить багато запитань. Перш за все, це стосується розподілу ризиків у випадку, якщо замовник надав матеріал для пошиття костюма, але вчасно не забрав його із майстерні.

Відомо, що договори підрядного типу відрізняються від інших договорів насамперед своєю ризиковістю (як прийнято вважати в юридичній літературі – алеаторністю). Так, виходячи з положень гл. 61 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, підрядник у договорі підляду виконує роботу на власний ризик і, якщо інше не встановлено договором, своїм коштом, тобто не тільки власними засобами, а й із власного матеріалу, який погоджений із замовником.

У договорах побутового підляду найціннішим є матеріалізований результат, який лежить на підряднику, в свою чергу, ризик випадкового знищення майна, безумовно, має

покладатися на нього, оскільки до передачі матеріалізований результат (пошитий костюм чи пальто тощо) знаходиться у володінні підрядника. Проте в юридичній літературі є й інші думки. Так, Флорентин, досліджуючи ризики в побутових підрядних відносинах, зазначав, що предмет підряду знаходиться на ризyku підрядника, поки виконана ним робота не схвалена. Під «схваленням робіт» автор розумів прийняття роботи замовником і подальшу її оплату. Якщо результат робіт втрачався унаслідок непереборної сили раніше його схвалення замовником, то ризик втрати та пов'язані з ним наслідки переходили до замовника, якщо інше не передбачено договором [2, с. 474].

У зарубіжному законодавстві ризикам надається вагомий значення. Так, § 1286 Цивільного уложення ФРН передбачає обов'язок розірвання договору в разі ризику стягнення, а у французькому Цивільному кодексі міститься положення про «ризикові договори», яким присвячений повністю титул XII Кодексу [3, с. 290]. При цьому, в ЦК Франції зазначено, що ризик втрати предмета підряду залежить виключно від того, яка із сторін надала необхідний для виконання роботи матеріал, а Цивільним уложенням ФРН встановлено, що ризик знищення предмета договору лежить на підряднику до моменту прийняття речі замовником [4].

Ризик у цивільному праві України розуміють як несприятливі наслідки, що можуть настати і за які не відповідатимуть ні сторони договору, ні будь-які інші треті особи. У зв'язку з цим ризики розглядають як в об'єктивному, так і суб'єктивному значеннях. В об'єктивному (пасивному) значенні ризик – це загроза виникнення негативних наслідків майнового або немайнового характеру; при цьому зміст ризику пов'язується з можливістю нанесення шкоди певним благам та інтересам, тому ризик існує незалежно від того чи усвідомлюють люди його наявність, враховують чи ігнорують його. У суб'єктивному (активному) значенні – це усвідомлення особою можливого виникнення шкоди внаслідок здійснення нею правомірних дій, спрямованих на досягнення корисного результату. Суб'єктивно-об'єктивна сторона ризику (як складної категорії) визначається тим, що ризик породжується процесами як суб'єктивного характеру, так і тими, що не залежать від волі чи свідомості людини [5, с. 207].

Аналіз статей ЦК України свідчить про існування окремих груп «ризиків» при здійсненні особами суб'єктивних цивільних прав. Йдеться про те, що ризики в юридичній літературі розглядаються переважно у вигляді переліку основних різновидів і властивих кожному із них спеціальних значень, зміст яких

автори розуміють по-різному. Так, аналізуючи використання поняття «ризик» у підрядних відносинах, А. Гриняк констатував різні варіанти тлумачення цього поняття та пов'язав їх з: ризиком у підприємницькій діяльності; ризиком у страховій діяльності; зобов'язальними ризиками тощо [6, с. 17]. Проте наведена класифікація охоплює переважно алеаторні ризики, які, як правило, штучно включаються у подібного роду договірні правовідносини. При цьому поза увагою залишаються ризики випадкового невиконання зобов'язання.

У доктрині права ризик випадкового невиконання зобов'язання розуміють по-різному. Одні вчені зазначають, що це невідгідні майнові наслідки, що виникли без вини осіб, які брали участь у правовідносинах [7, с. 145], інші вважають, що це економіко-правові наслідки втрати матеріального блага, належного власнику, за відсутності вини власника чи іншої особи [8, с. 539]. Проте оскільки ризик не залежить від поведінки осіб, можна вести мову про його об'єктивність – суть якої полягає в можливості настання невідгідних наслідків безпосередньо для обох сторін. Так, об'єктивно слід вважати можливість виникнення у підрядника обов'язку повернути отриманий на пошиття пальто аванс у випадку неможливості виконання роботи. У свою чергу, для замовника таку обставину слід вважати невідгідною, адже надаючи матеріал та оплачуючи аванс останній сподівався на матеріалізований результат, тобто на готовий виріб – пальто, яке він зможе одягнути. Очевидним стає те, що у випадку невиконання підрядного зобов'язання невідгідні наслідки настануть для обох сторін.

В юридичній літературі особливість правового режиму ризику в ризикових зобов'язаннях інколи розглядають як обставини непереборної сили. Так, на думку І. Тімуш, обставини непереборної сили, інші види випадків включаються до переліку умов диспозитивно-ризикових договорів як правомірної, штучно передбаченої умови (звичайної чи випадкової), настання якої є підставою припинення зобов'язання (шляхом звільнення боржника від вчинення зворотного майнового надання), а не загальною підставою звільнення від відповідальності [9, с. 41–42]. У зв'язку з цим зазначимо, що передбачене умовами договору побутового підряду звільнення замовника від відповідальності за невиконання грошового зобов'язання у випадку його неплатоспроможності (невиплати заробітної плати чи затримка будь-яких інших грошових платежів) визначається дещо іншою, ніж форс-мажор, обставиною, яка можливо і звільнить від відповідальності боржника-замовника, але при цьому договір побу-

тового підряду не перетвориться на алеаторний, оскільки зазначені обставини жодним чином не будуть визнаватися підставами для припинення побутових підрядних зобов'язань. Адже у випадку відновлення платоспроможності (виплати заробітної плати, інших виплат), обов'язок сторони щодо виконання основного зобов'язання відновиться.

Наведений нами приклад дуже схожий з правилами щодо презумпції вини в цивільному праві. Саме тому в юридичній літературі до питання про відповідальність за збитки досить часто включають і питання про ризики випадкового знищення (пошкодження) майна. Так, підрядник несе відповідальність за втрату або пошкодження майна замовника (ст. 841 ЦК України), яка, зазвичай, підпорядкована принципу вини. Тому зазначимо, що про виключення відповідальності підрядника може йтися тільки у випадку, якщо останній доведе свою невинуватість; тільки після цього можна вести мову про ризик замовника як сторони, яка надала матеріал для виконання договору побутового підряду.

В юридичній літературі звертається також увага на випадки відповідальності без вини. Так, В. Ровний зазначає, що згідно з ЦК РФ за договором побутового підряду підрядник несе відповідальність не лише за винуватість, а й за випадкове знищення (пошкодження) майна замовника (відповідальність, що ґрунтується на принципі ризику); відповідно, ризик замовника тут обмежується обставинами непереборної сили, які лише й здатні виключити відповідальність підрядника [10, с. 44].

Таким чином, підрядник зобов'язаний вживати всіх заходів щодо збереження майна, переданого йому замовником. Більше того, він відповідатиме за втрату або пошкодження цього майна у випадку не тільки винуватості, а й випадкового його знищення чи пошкодження. Зважаючи на викладене, вважаємо доречним доповнити положення ст. 841 ЦК України щодо випадкового знищення чи пошкодження майна та викласти її в такій редакції: *«Підрядник зобов'язаний вживати всіх заходів щодо збереження майна, переданого йому замовником, та відповідає за його втрату або пошкодження у випадку не тільки своєї винуватості, а й випадкового знищення чи пошкодження»*.

Серед правових питань щодо розподілу ризиків за договором побутового підряду найпоширенішим є питання ризиків зміни обставин договору (договірний ризик). Як правило, такі ризики виникають у силу зміни обставин умов договору. Наприклад, особа, запрошена на святкову тематичну вечірку, присвячену новорічним святкам, замовила пошиття тематичного костюма й оплатила при

цьому суму авансу. Пізніше стало відомо, що вечірка скасована і тематичний костюм уже не потрібний. Проте підрядник замовлення не виконав, обґрунтовуючи це щоденним відключенням електроенергії та наголошуючи, що його вини тут немає. Однак, на нашу думку, вести мову про відповідальність особи – підрядника, яка не виконала або неналежним чином виконала зобов'язання, тим більше ставити її у залежність від вини, не зовсім правильно. Адже, як зазначено в цивільному законодавстві, у випадку невиконання або неналежного виконання зобов'язання, вести мову про невинуватість боржника можна лише з урахуванням непереборної сили чи випадку.

Під випадком цивілістична доктрина розуміє певні обставини (події, наслідки), які надають можливість вести мову про невинуватість боржника, якщо невиконання зумовлене ними. Є й інші погляди, згідно з якими під випадком як підставою невинуватості розуміються наслідки, що не охоплюються і не повинні охоплюватися передбаченням зобов'язаної особи, не можуть бути поставлені їй у вину [11, с. 306]. Таким чином, саме випадок є підставою визнання особи невинуватою в силу неможливості уникнути таких обставин, оскільки якщо б особа знала наперед про можливість настання таких випадкових обставин, то вона зобов'язана вчинити всі залежні від неї дії щодо можливості уникнення настання випадку. Зважаючи на викладене, слушною видається пропозиція А. Гриняка, який вважає, що ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження майна у підрядних зобов'язаннях доцільно розглядати як небезпеку (загрозу) знищення або випадкового пошкодження майна (матеріалів) за відсутності вини учасників договірних зобов'язань [6, с. 19].

Відповідно до цивільного законодавства України роботи за договором побутового підряду виконуються за рахунок підрядника, який здійснює підприємницьку діяльність, його силами та засобами. Більше того, за домовленістю сторін підрядник може виконати замовлення із свого матеріалу. При цьому слід зазначити, що ризик щодо випадкового пошкодження або випадкової загибелі результату замовлення лежить на підряднику. Що стосується випадків, коли матеріал чи будь-яке інше майно надається замовником, то в законодавстві існують певні прогалини відносно розподілу ризиків. Так, згідно з нормами ЦК України устаткування та будь-які інші матеріали належать підряднику на праві власності. У свою чергу, ризик випадкового знищення чи випадкового пошкодження майна несе її власник. Таким чином, замовник (надавши матеріали для виконання свого завдання) повинен нести ризики щодо випад-

кового знищення та випадкового пошкодження майна. Проте така конструкція є не зовсім правильною, адже не можна покласти на сторону ризик випадкового знищення чи випадкового пошкодження матеріалів, що не перебувають безпосередньо у його користуванні.

Якщо матеріали чи інші засоби, що використовувались у процесі виконання замовлення, знищені, то ризики цього знищення, насамперед, слід покласти на особу, в якій вони зберігалися, і тільки у випадку, якщо остання доведе свою невинуватість, на особу, яка їх надала.

Аналіз основних напрямів розподілу ризиків за договором побутового підяду дозволяє зробити **висновок**, що незважаючи на багатомірові дослідження проблеми розподілу ризиків залишаються малодослідженими на сьогодні та потребують вивчення в силу постійного розвитку ринкових відносин. Запропоновані нами зміни до чинного законодавства неодмінно знайдуть своє правове місце серед відповідних норм, що дозволить повною мірою реалізувати права й інтереси сторін, а також запобігти законодавчим прогалинам у цивільному праві.

Стаття надійшла до редакції 25.12.2014 р.

The article analyzes the legal nature of the risk of contracting domestic liabilities, peculiarities of legal consequences of accidental destruction or damage of materials which carried out the order.

В статье анализируется правовая природа рисков в бытовых подрядных обязательствах, исследуются особенности правовых последствий случайного уничтожения или повреждения материалов, из которых выполнялся заказ.

Список використаних джерел

1. Дождєв Д. В. Римское частное право: учебник для вузов / Д. В. Дождєв; под ред. В. С. Нерсесянца. – М., 1997. – 500 с.
2. Памятники римского права. – М., 1997. – 599 с.
3. Кізова О. С. Застава в цивільному праві (питання теорії). – О., 2011. – 352 с.
4. Німецьке Цивільне Уложення від 18.08.1896 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gesetze-im-internet.de>.
5. Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України. – К., 2013. – 374 с.
6. Гриняк А. Б. Розподіл ризиків за договорами підяду // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 8. – С. 15–19.
7. Красавчиков О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. – М., 1966. – 200 с.
8. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. – К., 2005. – Т. 1. – 838 с.
9. Тімуш І. С. Цивільно-правове регулювання ризикових (алеаторних) договорів: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 196 с.
10. Ровный В. В. Размышления о праве собственности и рисках гибели (повреждения) имущества в договоре подряда // Цивилистические записки. – Екатеринбург, 2005. – Вып. 4. – 606 с.
11. Тархов В. А. Гражданское право: Общая часть. – Чебоксары, 1997. – 331 с.



УДК 347.121.1

Тарас Софіюк,

здобувач Національної академії внутрішніх справ

КЛАСИФІКАЦІЯ ОСОБИСТИХ ПАПЕРІВ І ЇЇ ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ

У статті аналізуються критерії класифікації особистих паперів з точки зору співвідношення публічного інтересу в отриманні інформації й прав та інтересів особи, приватна сфера якої перебуває під загрозою внаслідок розголошення певних даних.

Ключові слова: особисті папери, право на особисті папери, неопублікований літературний твір, публічний перегляд, публічне ознайомлення, публічний інтерес.

Особисті папери є одним із видів матеріальних проявів особистого життя, який виступає як окреме немайнове благо [1, с. 58]. Зазвичай особисті папери мають речову форму (письмові документи, фотографії тощо), тому їх можна розглядати як об'єкти права власності [1, с. 59]. Особисті папери є, передусім, носіями інформації про думки, переживання або почуття людини, а вже потім об'єктами матеріального світу. Тому їх інформаційному змісту надають більшого значення, ніж формі [1, с. 60]. Якщо розглядати особисті папери як твори мистецтва, літератури чи науки, право на особисті папери постає як право інтелектуальної власності, переважно авторське право. Але не всі особисті папери відповідають тим вимогам, що пред'являються до об'єктів авторського права, тому таке трактування права на особисті папери є дещо обмеженим, оскільки враховує лише частину його об'єктів [1, с. 59]. Під особистими паперами можна розуміти особисте немайнове благо, що характеризує внутрішній світ особи, якій вони належать, та збиральну річ як сукупність предметів матеріального світу, поєднаних загальним призначенням і назвою. Об'єктивованість особистих паперів як нематеріального блага здійснюється через матеріальний носій [2, с. 222]. Особисті папери як нематеріальні блага особистих немайнових правовідносин на сьогодні є малодослідженими об'єктами цивільного права [2, с. 210].

Дослідженням питань, пов'язаних із класифікацією особистих паперів, займалися А. Коні, Д. Дорошенко, І. Крип'якевич, Л. Красавчикова, М. Малєїна, О. Кохановська, Р. Стефанчук, В. Бобрик, С. Сліпченко, С. Водяхін та інші вчені. Проте у вітчизняній цивілістиці недостатньо уваги приділено питанню класифікації особистих паперів за різними критеріями з точки зору співвідношення публічного інтересу в отриманні інформації й прав

та інтересів особи, приватна сфера якої знаходиться під загрозою внаслідок розголошення певних даних. Потребує додаткового вивчення питання розмежування авторського права та права на недоторканність особистих паперів. Це зумовлює необхідність дослідження таких питань:

- визначення правомірності ознайомлення з не призначеними для публічного перегляду особистими паперами через їх наукову, художню, історичну й іншу цінність;
- співвідношення понять «авторське право» та «право на недоторканність особистих паперів»;
- необхідність врахування в певних випадках історичних і культурних реалій періоду, протягом якого створені ті чи інші особисті папери, в разі проведення їх класифікації.

Метою цієї статті є пошук критеріїв класифікації особистих паперів за ознакою співвідношення публічного інтересу в отриманні інформації й прав та інтересів особи, приватна сфера якої знаходиться під загрозою внаслідок розголошення певних даних.

Сучасні дослідники розглядали окремі аспекти проблеми, що розглядається. Зокрема, досліджені юридична природа права фізичної особи на особисті папери [1, с. 58–61], питання характеристики особистих паперів, проаналізовані теоретичні погляди на їх природу та функції [2]. Проте у сфері дослідження класифікації особистих паперів, її правового значення існує низка питань, що потребують ґрунтовного вивчення й обговорення. Зокрема, йдеться про:

- характеристику особистих паперів, що поєднують у собі ознаки листів і щоденників;
- розмежування особистих і соціальних проблем, порушених у епістолярних творах, в

яких відтворюється в документальній формі життєвий матеріал, що знайшов собі в того ж автора художнє відображення;

- встановлення можливості віднесення епістолярного твору до художньої прози або публіцистики з питань філософії та культури;
- характеристику епістолярних творів, в яких відтворюється у документальній формі життєвий матеріал, що знайшов собі в того ж автора художнє відображення.

В юридичній літературі інколи ототожнюють поняття «особисті папери» й «особиста документація» чи «документи (документація) особистого характеру». Висловлювалася також точка зору, згідно з якою документи входять до поняття «особисті папери», але є нарівні з фотографіями, щоденниками, іншими записами, особистими архівними матеріалами лише однією із складових основного поняття [2, с. 210–211]. За такого підходу документ – це матеріальний носій, що містить інформацію, закріплену створеним людиною способом, основними функціями якого є її збереження, використання, поширення та передавання у часі та просторі [2, с. 214]. Однією із складових особистих паперів є щоденник – особистий архів спостережень, подій, спогадів і переживань. Відомості, що містяться в ньому, становлять, перш за все, інтерес для особи, якій він належить. До форми запису не висуваються особливі вимоги. Вважається, що особисті щоденники належать до документальної літератури, тобто є жанром документальної прози, а суб'єктивний окрас – до публіцистичного жанру [2, с. 217]. *Кореспонденція* – це спосіб спілкування; в її основі лежать відомості, якими обмінюються суб'єкти; на них може встановлюватися таємниця [2, с. 224]. *Листування* – це приватна кореспонденція, що передається поштовим зв'язком або електронною поштою [2, с. 223]. Перелік складових, що входять до поняття особистих паперів, не є вичерпним [2, с. 211].

Заслугує на увагу характеристика щоденників. *Щоденник* – це літературно-побутовий жанр, фіксація побаченої, почутої, внутрішньо пережитої події, яка щойно сталася. Щоденник пишеться для себе і не розрахований на публічне сприймання; у ньому нотуються переважно явища особистого життя, здебільшого у монологічній формі, хоча може бути й внутрішньо діалогічна [3, с. 731]. На відміну від автора листа, який роздумує про сьогоднішні для нього події, автор щоденника рухається до майбутнього, яке він може передбачити [3, с. 436]. Характерними особливостями щоденника є те, що: по-перше, автор щоденника не тримає в голові загального його плану, а пише, йдучи за течією власного життя; по-друге, має місце один часовий план зображення; по-третє, щоденнику властива «неза-

лежність» суб'єктивності. Окремі факти, про які він повідомляє, можна вважати просто унікальними; по-четверте, події, почуття, переживання постають у щоденнику в міру свого розгортання. Існує постійно оновлювана Я-концепція, що поєднує самопізнання з пошуками сенсу власного життя, із самовизначенням в історії, культурі, повсякденному існуванні. Форма щоденників, як і інших особистих паперів, може бути різною [2, с. 217–219].

Третя частина першої книги роману Михайла Шолохова «Тихий Дон» містить особливий фрагмент – вставну новелу про студента Тимофія, його невдалий роман і загибель у Першій світовій війні. Після смерті Тимофія його щоденник знаходять на полі бою. Цей щоденник став окремим розділом у тексті роману. Чужорідність вставної новели в основному тексті «Тихого Дону» виявляється в усьому – в манері письма, в деяких нестиковках, з якими ця новела виявилася вписаною в текст роману. З'являлися домисли з приводу належності «щоденника» якомусь іншому невідомому автору [4]. Висловлювалися припущення, що щоденник студента, який пішов добровольцем на війну, є не «літературним вимислом», а документом [5].

Припустімо можливість існування особистих паперів, що містять оригінальний літературний твір, до складу якого як окремий розділ автор включив, наприклад, неопублікований щоденник невідомого автора. У щоденнику є не призначені для публічного перегляду подробиці приватного життя його автора й інших осіб. Разом із тим щоденник може допомогти уявити на людському або особистісному рівні природу тих чи інших важливих історичних подій або явищ. Для правильної характеристики такого роду особистих паперів пропонуємо ввести їх класифікацію за критерієм виправданості публічного ознайомлення з ними через їх наукову, художню, історичну й іншу цінність.

П. Скоропадський, який на початку російсько-японської війни виїхав на Далекий Схід, майже щоденно писав з дороги листи, які віддзеркалювали події його «вагонного» життя та дорожні враження. В листах відображені адміністративно-господарські турботи автора, проте найголовніше в них – спілкування з дружиною, намагання донести до неї свої думки та настрої. Такі листи відправлялися щоденно, інколи навіть по кілька на день. У сукупності їх можна вважати щоденником. Майбутній гетьман писав листи, не очікуючи відповіді від дружини. Слід зазначити, що практика оприлюднення змісту листів у колі друзів і знайомих була досить поширеною за тих часів. Листи П. Скоропадського, які могли містити інформацію, що не потрапляла до офіційних повідомлень, були предме-

том особливої заінтересованості та нерідко зачитувалися у вибраному товаристві [6].

Листи та щоденники П. Скоропадського та його дружини генетично пов'язані між собою. Зокрема, під час Першої світової війни його дружина вмістила в одному з листів як додаток фрагмент свого щоденника за ключові дні (23 лютого – 3 березня 1917 р.) Лютневої революції в Росії [7]. У даному випадку маємо справу із щоденниками в листовній формі, зміст яких міг бути оприлюднений у певних колах. Як вже зазначалося, щоденник пишеться для себе і не розрахований на публічне сприймання; це особистий архів із спостережень, подій, спогадів і переживань. Найголовніше в таких щоденниках – спілкування з близькою людиною, намагання донести до неї свої думки та настрої, не очікуючи відповіді. Відомості, якими обмінюються особи під час спілкування, містять самопізнання, спроби самовизначення в історії, культурі, повсякденному існуванні. Як автори листів П. Скоропадський і його дружина роздумують про сьогодишні для них події, як автори щоденників в листовній формі – рухаються до майбутнього. На нашу думку, для правильної характеристики неопублікованих особистих паперів, що поєднують у собі ознаки листів і щоденників, правомірно поставити питання їх класифікації за критерієм оприлюднення в певних колах з огляду на наявність відповідного публічного інтересу. За наявності факту такого оприлюднення пропонуємо характеризувати зазначені особисті папери як листи, оскільки в даному випадку йдеться, передусім, про характерні для листування ознаки – спілкування, обмін відомостями. У випадку, якщо особисті папери, що поєднують у собі ознаки листів і щоденників, не розраховані на публічне сприймання та можуть сприйматися лише в своїй сукупності як особистий архів автора із спостережень, подій, спогадів і переживань, маємо справу із щоденником.

Епістолярна література – це твори різних родів і видів, в яких використовується форма листів або послань (епістол). У стародавні часи епістолярне мистецтво відрізнялося від літературно-художньої творчості на тій підставі, що завдання листа – називати речі своїми іменами, тобто за всієї майстерності оформлення залишатися документом, побутовим явищем. Але для розвитку літератури саме лист як повне вираження морального обличчя людини, зображення душі та розповідь про просту справу простими словами мав перспективне значення. Епістолярна література розвивається за двома основними напрямками: до першого належать відкриті листи – памфлети; до другого – художня проза, яка одночасно зберігає особливості приватного листування.

Приватне листування письменників є лабораторією, в якій освоюються мовні звороти, слова, поняття, які входять потім у загальнолітературну мову [8]. На нашу думку, особливого значення в цьому контексті набувають записи, в яких відтворюється у документальній формі життєвий матеріал, що знайшов собі у того ж автора художнє відображення.

Повною мірою виражений у Кафки характерний для мистецтва експресіонізму мотив конфлікту батьків і дітей, що відображає зіткнення двох поколінь на початку століття. Для Кафки, який болісно порвав із середовищем і оточенням, цей мотив був глибоко виражаним особисто, про що свідчить «Лист до батька» (1919 р.), де приватне звернення переростає у сповідь покоління [9]. Лист до батька, який ніколи не дійшов до адресата, був найважливішою спробою автобіографії Кафки [10].

Лист до батька, який є побутовим явищем, відтворює у документальній формі життєвий матеріал, що знайшов собі художнє відображення у творчості письменника (мотив конфлікту батьків і дітей). Лист також є спробою автобіографії митця. Сповідь цілого покоління, в яку переростає лист, містить «повне вираження морального обличчя» та «зображення душі» автора. Властива епістолярному мистецтву розповідь «про просту справу простими словами» характерна і для творчості Кафки. Його оповідна манера полягає в ясній, точній мові, строгому стилі, який іноді нагадує наукову або «ділову» прозу, спокійному, стриманому описі подій [11]. Ці особливості «Листа до батька» ставлять питання про необхідність розмежування порушених у такого роду епістолярних творах особистих і соціальних проблем і встановлення можливості віднесення епістолярного твору до художньої прози або публіцистики з питань філософії та культури.

Пропонуємо класифікувати листи, в яких відтворюється у документальній формі життєвий матеріал, що знайшов собі в того ж автора художнє відображення, за критерієм тожності порушених автором листа особистих і соціальних проблем. Якщо особисті та соціальні проблеми, які хвилюють автора листа, є подібними за своєю суттю й зовнішніми ознаками та виявом (наприклад, вже згаданий конфлікт батьків і дітей, який осмислюється автором не просто як особиста драма, а й як глобальне соціальне протиріччя в переломну історичну добу), ми маємо справу з публіцистикою з питань філософії та культури або навіть своєрідним художнім експериментом (письменницькою лабораторією). Якщо ж особисті та соціальні проблеми, порушені в листі, є цілковито різними, йдеться, передусім, про приватне листування митця,

особисті записи, які можуть містити окремі фрагменти, наділені соціальною значущістю.

Діячі радянської літературної групи «Лівий фронт мистецтва» у 20-х роках минулого століття висунули теорію «літератури факту», що заперечувала художню вигадку та вимагала висвітлення в мистецтві фактів нової дійсності без белетристичних «спотворень» [12]. До «літератури факту» відносили, зокрема, мемуари, автобіографії, «людські документи» (листи, записки тощо), щоденники. Висловлювалася думка, що саме тут має бути центр ваги мистецтва нової епохи, адже фактографія (документальна література) може не тільки уможглидно, а й недвозначно-ринковим чином конкурувати з белетристикою [13]. Стверджувалося, що жанр мемуарів, біографій, спогадів, щоденників стає панівним у літературі та рішуче витісняє жанр великих романів і повістей [14]. На нашу думку, ознайомлення з цим прикладом дозволяє вести мову про необхідність врахування в певних випадках історичних і культурних реалій періоду, протягом якого створені ті чи інші особисті папери, в разі проведення їх класифікації.

У літературі висловлювалися точки зору, згідно з якими саме особистий характер як основна ознака листів, щоденників, записок, інших особистих матеріалів виключає обґрунтованість ототожнення їх з об'єктами авторського права, які з самого початку замислюються та створюються як «речі» публічної природи, призначаються для широкої публіки. Вони можуть мати автобіографічний характер, бути плодом захоплюючої фантазії, можуть бути дійсно творчими і т. д., але це лише окремі особливості, що відображають вказану природу, властивості або, якщо можна так висловитися, якість створеного автором, і не більше [15, с. 102]. Однак якщо уявити можливість існування неопублікованих особистих матеріалів, що призначалися авторами для широкої публіки саме з огляду на їх беззаперечний особистий характер, запропонований деякими дослідниками підхід до співвідношення понять «авторське право» та «право на недоторканність особистих паперів» видається спрощеним. Можливі випадки, за яких особисті папери виступають як «речі» публічної природи. Наприклад, це можливо у разі, якщо автори особистих паперів прагнуть висвітлення фактів дійсності без художньої вигадки, вважаючи особистий характер ознакою мистецтва нової епохи. Такі особисті папери можуть бути наділені науковою, художньою, історичною й іншою цінністю. З цього приводу доцільно запропонувати такий критерій класифікації особистих паперів: якщо автор неопублікованих особистих паперів усвідомлював і допускав можли-

вість їх оприлюднення, не заперечував проти цього й (або) сподівався зробити наділені особистим характером матеріали надбанням громадськості, можна вести мову про особисті матеріали – об'єкти авторського права. В іншому випадку йтиметься про особисті папери, наукова, художня, історична й інша цінність яких повинна визначатися спеціальною експертизою за погодженням з їх власниками.

Розглянемо ще одне питання, пов'язане з класифікацією особистих паперів. У зв'язку з цим заслуговує на увагу характеристика мемуарів. *Мемуари* – це оповідь у формі записок від імені автора про реальні події минулого, учасником або ж очевидцем яких він був. Провідною жанровою ознакою мемуаристики є суб'єктивне осмислення певних історичних подій, життєвого шляху конкретно-історичної постаті із залученням документів, співвіднесенням власного духовного досвіду автора з внутрішнім світом його героїв, соціально-психологічною природою їх вчинків, мотивацією дій і рішень. Мемуарам притаманна документальність, історична достовірність, хоча не виключається право автора на художній домисел. Для мемуарів характерний подвійний погляд письменника на події, які він описує: так він сприймав їх насправді, а ось такими ці події постали в його свідомості через роки, в момент творчої праці над мемуарами. Складніша форма мемуарів – *нотатки*. Цей жанр характеризує, насамперед, можливість ретроспективного погляду на минуле. Нотатки сприймаються як літературно опрацьований матеріал, де чітко заявляє про себе авторська позиція. Сам автор то перебуває ніби на периферії сюжету, то наближається до його переднього рубежу, то віддаляється в глибину, але не часто є головним героєм. Досить поширеними жанрами мемуарної прози є повість, роман [3, с. 436–437].

Уявімо можливість існування неопублікованих особистих паперів, що містять літературний твір, який поєднує в собі ознаки власне мемуарів і художнього твору, написаного у формі мемуарів. Щоб зрозуміти складність характеристики такого роду особистих паперів, звернімося до такого прикладу: деякі літературознавці стверджували, що твори М. Пруста навряд чи можна назвати романами; це скоріше психологічні мемуари, але з планом, уважно продуманим і послідовно проведеним [16]. Таким чином, існують певні складнощі з характеристикою навіть опублікованих творів, які можна віднести як до художньої літератури, так і до записок. За таких обставин висновок про остаточне розмежування в науковій літературі авторського права та права на недоторканність особистих паперів може здатися передчасним. На нашу думку, не завжди особистий характер особистих

матеріалів виключає обґрунтованість ототожнення їх з об'єктами авторського права. Мемуарна література відрізняється від художньої прагненням до точного відтворення певного моменту дійсності. Твори мемуарної літератури виконують виключно або переважно пізнавальні функції без будь-яких спеціальних художніх установок. Однак чітку межу між мемуарами та художньою літературою іноді провести вкрай складно. В пам'ятках мемуарної літератури може бути наявним прагнення до художньої виразності. Поєднання в мемуарному творі моментів «достовірного» та «вимислу» пов'язане з величезними труднощами для біографа письменника або дослідника його творчості. Пропорція співвідношення обох елементів може сильно варіюватися [17]. З огляду на викладене пропонуємо класифікацію особистих паперів, що містять наділений особистим характером літературний твір, який поєднує в собі ознаки власне мемуарів і художнього твору, написаного у формі мемуарів, за критерієм співвідношення моментів «достовірного» та «вимислу». Якщо внаслідок спеціальної експертизи буде з'ясовано, що автор певного літературного твору мав на меті просте відтворення певного моменту дійсності, мова йтиме про мемуари. Якщо ж автор мав на меті надати відтворенню пережитого творчий характер, якщо він здійснював саме творче відтворення реальних подій минулого, йтиметься про об'єкт авторського права, навіть якщо останній не призначався автором для широкої публіки.

Висновки

Проведене дослідження дозволяє запропонувати такі підходи до класифікації особистих паперів:

рекомендується розподіляти на групи не призначені для публічного перегляду особисті папери, включені до складу створеного іншою особою неопублікованого літературного твору, за критерієм виправданості публічного ознайомлення з ними через їх наукову, художню, історичну й іншу цінність;

якщо зміст тих чи інших неопублікованих особистих паперів, що поєднують у собі ознаки листів і щоденників, оприлюднений у певних колах з огляду на наявність відповідного публічного інтересу, вважаємо за доцільне характеризувати зазначені особисті папери як листи, оскільки в даному випадку йдеться, передусім, про характерні для листування ознаки – спілкування, обмін відомостями;

якщо неопубліковані особисті папери, що поєднують у собі ознаки листів і щоденників, не розраховані на публічне сприймання та можуть сприйматися лише в своїй сукупності як особистий архів автора із спостережень,

подій, спогадів і переживань, рекомендується характеризувати їх як щоденники;

у випадку тотожності особистих і соціальних проблем, які порушуються в листі, що відтворює матеріал, який знайшов собі в того ж автора художнє відображення, то його потрібно характеризувати не як об'єкт приватного листування митця, а як публіцистичний твір із питань філософії та культури або навіть своєрідний художній експеримент (письменницьку лабораторію);

вважаємо за потрібне враховувати економічні, історичні, культурні, політичні й інші обставини доби, протягом якої створені ті чи інші особисті папери;

якщо автор неопублікованих особистих паперів усвідомлював і допускав можливість їх оприлюднення, не заперечував проти цього і (або) сподівався зробити наділені особистим характером матеріали наданням громадськості, можна вести мову про особисті матеріали – об'єкти авторського права;

неопублікований літературний твір, що поєднує в собі ознаки власне мемуарів і художнього твору, написаного у формі мемуарів, створений автором з метою простого відтворення певного моменту дійсності, необхідно характеризувати як мемуари;

якщо автор неопублікованого літературного твору, що поєднує в собі ознаки власне мемуарів і художнього твору, написаного у формі мемуарів, намагався надати відтворенню пережитого творчий характер, якщо він здійснював саме творче відтворення реальних подій минулого, йтиметься про об'єкт авторського права, навіть якщо останній не призначався автором для широкої публіки.

Пошук критеріїв класифікації особистих паперів за ознакою співвідношення публічного інтересу в отриманні інформації, прав та інтересів особи, приватна сфера якої знаходиться під загрозою внаслідок розголошення певних даних, має важливе значення для подальших досліджень питань, пов'язаних із особистими немайновими правами особи, а також для практики, сприяючи усуненню небезпек ігнорування видатних витворів мистецтва й ознайомленню з особистими документами, що перебувають у приватних збірках.

Список використаних джерел

1. Бобрик В. І. Юридична природа права фізичної особи на особисті папери // Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових прав фізичної особи в умовах євроінтеграції. – Тернопіль, 2007. – С. 58–61.

2. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів. – Х., 2013. – 552 с.

3. Літературознавчий словник-довідник / За ред. Р. Т. Гром'яка, Ю. І. Коваліва, В. І. Теремка. – К., 2007. – 752 с.

4. Кузнецов Ф. Ф. «Тихий Дон»: судьба и правда великого романа. – М., 2005. – [Электронный ресурс] / Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор». – Режим доступа: <http://feb-web.ru/feb/sholokh/critics/ksp/ksp-001ba.htm>. – Назва з екрана.

5. Кузнецов Ф. Рукопись «Тихого Дона» и проблема авторства // Новое о Михаиле Шолохове: Исследования и материалы. – М., 2003. – С. 132–134 [Электронный ресурс] / Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор». – Режим доступа: <http://feb-web.ru/feb/sholokh/critics/nos/nos-096.htm>. – Назва з екрана.

6. Папакін Г. Невідомий щоденник Павла Скоропадського періоду російсько-японської війни 1904–1905 рр. // Архіви України. – 2006. – № 1–6. – С. 412–418 [Электронный ресурс] / Національна бібліотека України імені В. І. Вернадського. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/ay_2006_1-6\(259\)_24.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/ay_2006_1-6(259)_24.pdf).

7. Папакін Г. В. Перша світова війна в рефлексії П. Скоропадського (за матеріалами приватного листування) // Український історичний журнал. – 2013. – № 3. – С. 80–97 [Электронный ресурс] / Інститут історії України Національної академії наук України – Режим доступу: <http://histans.com/JournALL/journal/2013/3/7.pdf>.

8. Урнов Д. М. Эпистолярная литература // Краткая литературная энциклопедия. – М., 1975. – Т. 8 [Электронный ресурс] / Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор». – Режим доступа: <http://feb-web.ru/feb/kle/Kle-abc/ke8/ke8-9181.htm>. – Назва з екрана.

9. Архипов Ю. И. Пражская немецкая школа // История всемирной литературы: В 8 т. – М., 1994. – Т. 8. – С. 355–359 [Электронный ресурс] / Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор». – Режим доступа: <http://feb-web.ru/feb/ivl/vl8/vl8-3552.htm>. – Назва з екрана.

10. Franz Kafka. 2014. Encyclopedia Britannica Online. Retrieved 17 листопада, 2014, from <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/309545/Franz-Kafka>.

Стаття надійшла до редакції 03.01.2014 р.

Theoretical and legal analysis of classification criteria of personal papers in the context of a correlation of public interest in obtaining the information and the rights and interests of the person the private sphere of which is under the threat in a result of disclosure of certain data is presented.

В статті аналізуються критерії класифікації личних документів з точки зору співвідношення публічного інтересу в отриманні інформації та прав і інтересів особи, приватна сфера якої знаходиться під загрозою в результаті розкриття певних даних.

11. Копелев Л. З. Кафка Ф. // Краткая литературная энциклопедия. – М., 1966. – Т. 3 [Электронный ресурс] / Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор». – Режим доступа: <http://feb-web.ru/feb/kle/kle-abc/ke3/ke3-4543.htm>. – Назва з екрана.

12. Швецова Л. К. Леф [литературная группа] // Краткая литературная энциклопедия. – М., 1967. – Т. 4. – С. 171–172 [Электронный ресурс] / Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор». – Режим доступа: <http://feb-web.ru/feb/kle/kle-abc/ke4/ke4-1711.htm>. – Назва з екрана.

13. Чужак Н. Литература жизнестроения // Новый Леф. – 1928. – № 11. – С. 15–19 [Электронный ресурс] / СовЛит. Советская литература: тексты, библиография, исследования. – Режим доступа: <http://www.ruthenia.ru/sovlit/j/3437.html>. – Назва з екрана.

14. Брик О. М. Фиксация факта // Новый Леф. – 1927. – № 11–12. – С. 44–50 [Электронный ресурс] / СовЛит. Советская литература: тексты, библиография, исследования. – Режим доступа: <http://www.ruthenia.ru/sovlit/j/3311.html>. – Назва з екрана.

15. Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона. – М., 1983. – 160 с.

16. Воронский А. Марсель Пруст: К вопросу о психологии художественного творчества (Марсель Пруст. В поисках за утраченным временем, т.т. I и II, изд. «Academia». Марсель Пруст. Под сенью девушек в цвету, изд. «Недр», перевод с французского.) // Перевал: Литературно-художественный альманах. Сборник. – М.; Л., 1928. – Сб. 6. – С. 341–352 [Электронный ресурс] / СовЛит. Советская литература: тексты, библиография, исследования. – Режим доступа: <http://www.ruthenia.ru/sovlit/c/1022449.html>. – Назва з екрана.

17. Р. К. [Кулле Р. J., Бельчиков Н., Дынник В. Мемуарная литература // Литературная энциклопедия: В 11 т. – М., 1934. – Т. 7 [Электронный ресурс] / Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор». – Режим доступа: <http://feb-web.ru/feb/litenc/encyclp/le7/le7-1312.htm>. – Назва з екрана.



УДК 349.415 (477)

Тетяна Оверковська,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри правознавства
Вінницького національного аграрного університету*

ЗЕМЛІ УКРАЇНИ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

У статті досліджується поняття земель як об'єкта правової охорони, виокремлюються юридичні ознаки земель як об'єкта правової охорони.

Ключові слова: земля, земельна ділянка, ґрунти земельних ділянок, охорона земель, об'єкт охорони.

Проблеми раціонального використання й охорони земель на сучасному етапі набувають актуального значення у зв'язку з тим, що стали відчутнішими негативні екологічні наслідки техногенного впливу, які справляють негативний вплив на навколишнє природне середовище, здоров'я людей, завдають значних економічних збитків господарському комплексу. Тому дослідження позначеної наукової проблематики має важливе значення як для юридичної науки, так і для правозастосовної практики у сфері охорони земель.

Аналіз публікацій і досліджень із проблем правової охорони земель України свідчить, що вагомий внесок у розроблення питань охорони земель зробили такі вчені, як В. Андрейцев, Г. Балюк, П. Кулинич, А. Мірошніченко, В. Носік, Н. Титова, М. Шульга та багато інших. Разом із тим, зважаючи на особливу цінність земель як основного елемента екологічної системи, основного національного багатства, питання щодо аналізу земель України як об'єкта правової охорони не втрачають своєї актуальності.

Метою цієї статті є акцентування уваги на необхідності подальшого вдосконалення розуміння земель як об'єкта правової охорони.

Земельний кодекс (далі – ЗК) України від 25.10.2001 р. № 2768-ХІІ у ст. 1 відтворює положення ст. 14 Конституції України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР про те, що земля є основним національним багатством, яке перебуває під особливою охороною держави. Слід зазначити, що запровадження цієї норми зумовлено певними особливостями такого об'єкта правового регулювання й охорони, як земля.

На думку науковців, земля виконує три важливі функції, що є ключовими для забез-

печення нормальної життєдіяльності суспільства – економічну, соціальну й екологічну. Виконуючи економічну функцію, земля виступає як важливий матеріальний ресурс, що відіграє роль основного засобу виробництва та предмета праці в сільському господарстві, як просторовий базис для розвитку інших галузей економіки. Соціальне значення землі зводиться до того, що вона є місцем проживання всього людства. Екологічна функція землі полягає в тому, що земля є центральним, цементаючим ресурсом екологічної системи, який значною мірою зумовлює функціональну стійкість як цієї системи в цілому, так і окремих елементів природного середовища. Отже, охорона земель має здійснюватися на основі комплексного підходу до земельних ресурсів із урахуванням необхідності збалансованого використання землі як економічного, соціального й екологічного ресурсу [1, с. 318].

На науковому рівні визначається й таке призначення землі як складової просторової частини довкілля, яке ґрунтується на положеннях чинного законодавства України. Так, ч. 1 ст. 5 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. № 1264-ХІІ закріплює, що державній охороні та регулюванню використання на території України підлягають: навколишнє природне середовище як сукупність природних і природно-соціальних умов та процесів, природні ресурси (як залучені в господарський обіг, так і невикористовувані в народному господарстві на даний період – земля, надра, води, атмосферне повітря, ліс та інша рослинність, тваринний світ), ландшафти й інші природні комплекси.

На думку В. Андрейцева, земля, з одного боку, є самостійним об'єктом господарського використання, а з іншого – складовою довкілля, яка сприяє формуванню складних природних утворень, тобто екологічних систем, справляє біологічний вплив на створення

ландшафтів та інших природних комплексів – заповідників, заказників, пам'яток природи, заповідних урочищ, штучно створених систем (дендропарків, ботанічних садів, зоопарків, парків – пам'яток садово-паркового мистецтва), рекреаційних, лікувальних, оздоровчих зон тощо.

У такому аспекті йдеться також про особливості землі як певної території, що акумулює інші природні утворення, використання властивостей яких спрямовується на задоволення матеріальних, духовних, пізнавальних, рекреаційних, оздоровчих, лікувальних, спортивних, туристичних та інших потреб людини і суспільства. І в цьому полягає незаперечне юридичне закріплення викладених особливостей землі як складової просторової частини довкілля [2, с. 133–134].

На законодавчому рівні поняття «земля» визначається як поверхня суші з ґрунтами, корисними копалинами й іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом із нею (ст. 1 Закону України «Про охорону земель» від 19.06.2003 р. № 962-IV). При цьому не важко помітити, що у даному визначенні переважно відображаються біологічні властивості землі.

Визначення поняття «земля» закріплюється й на нормативно-технічному рівні, а саме ГОСТ 26640-85 [3, с. 2] розглядає землю як найважливішу частину навколишнього природного середовища, що характеризується простором, рельєфом, ґрунтовим покривом, надрами, водами, є основним засобом виробництва у сільському господарстві, а також просторовою базою для розміщення галузей народного господарства.

В юридичному значенні земля – це розташований над надрами, територіально обмежений кордонами України, цілісний, нерухомий поверхневий шар земної кори, який є основою ландшафту та просторовим базисом для гармонійного розподілу місць розселення, діяльності людей, об'єктів природно-заповідного фонду з урахуванням економічних, соціальних, екологічних та інших інтересів суспільства, належить народу на праві абсолютної власності, є частиною національного багатства, що перебуває під особливою охороною держави [4, с. 496]. В. Носік виокремлює також поняття «земля» як основного національного багатства – це розташована над надрами в межах державних кордонів частина земної поверхні з родючим шаром ґрунту, який використовується для виробництва у сільському господарстві абсолютної та додаткової вартості, що має розподілятися між сільським господарством, промисловістю і державою через приватну та суспільну форми власності за об'єктивним природним законом прогресивного економічного розвитку суспільства, що забезпечує збереження і підвищення родючості ґрунту, відновлення людської праці, розширення відтворення капіталу

з метою забезпечення потреб та інтересів кожного громадянина і всього Українського народу [4, с. 497]. При цьому слід зазначити, що таке визначення, на нашу думку, має більш економічне спрямування.

У процесі регулювання суспільних земельних відносин використовується також поняття «земельна ділянка». Відповідно до ч. 1 ст. 79 ЗК України земельна ділянка є частиною земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. При цьому простежується така важлива ознака земельної ділянки як об'єкта правового регулювання, яка полягає в її позначенні за місцем розташування та розміром площі в складі однієї із категорій земель України. Без такого позначення неможливо встановити права щодо земельної ділянки. Зазначене виокремлення здійснюється шляхом встановлення меж земельної ділянки відповідно до затвердженого проекту її відведення в порядку землевпорядкування. Межі земельної ділянки фіксуються в планах відводу та виносяться в натурі з їх позначенням на місцевості, після чого визначається розмір її площі [5, с. 213].

За визначенням В. Носіка, земельна ділянка – це розташована над надрами частина земної поверхні, що є основою ландшафту, нерухома за місцем знаходження, індивідуально визначена в конкретній місцевості за розмірами, межами, цільовим (функціональним) призначенням, встановленими законом, адміністративним актом чи договором правами й обов'язками на неї громадян та юридичних осіб, інших суб'єктів земельного права [4, с. 188].

На думку В. Андрейцева, в юридичному значенні земельна ділянка може розглядатися як територіально-просторова, індивідуально-визначена й юридично відособлена поверхнева частина (включаючи ґрунтовий покрив) відповідної категорії земель, межі якої встановлені на місцевості та зафіксовані у земельно-правових документах, що посвідчують її належність на підставі відповідного юридичного титулу власникам чи користувачам для цільового використання як операційної бази, засобу, умови і джерела життєдіяльності та задоволення матеріальних, соціальних, екологічних, духовних та інших потреб, інтересів особи [6, с. 16–17].

Існують й інші наукові погляди щодо поняття земельна ділянка: це частина земель, яка як безпосередній об'єкт земельних правовідносин має фіксовану площу, межі, місце розташування, характеризується якісним станом, що відповідає її цільовому призначенню, та притаманним їй правовим режимом [7, с. 8]; обміряна частина земної поверхні, що повинна бути зафіксована в державному кадастрі та характеризується притаманним їй правовим режимом використання, є визначальним виміром при застосуванні права

приватної власності [8, с. 110]. В останньому наведеному визначенні простежується така важлива юридична ознака земельної ділянки, як фіксація даних про неї у Державному земельному кадастрі, тобто формування земельної ділянки як об'єкта цивільних правовідносин. При цьому відповідно до ст. 79¹ ЗК України формування земельної ділянки полягає у визначенні земельної ділянки як об'єкта цивільних прав, зокрема визначення її площі, меж і внесення інформації про неї до Державного земельного кадастру. Формування земельних ділянок здійснюється:

- у порядку відведення земельних ділянок із земель державної та комунальної власності;

- шляхом поділу чи об'єднання раніше сформованих земельних ділянок;

- шляхом визначення меж земельних ділянок державної чи комунальної власності за проектами землеустрою щодо впорядкування територій населених пунктів.

Отже, на законодавчому рівні встановлено, що земельна ділянка вважається сформованою з моменту присвоєння їй кадастрового номера. Таким чином, тільки сформовані земельні ділянки можуть бути об'єктом цивільних прав – права власності, права користування, оренди тощо.

Згідно з ч. 2 ст. 79 ЗК України право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (грунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси та багаторічні насадження, які на ній знаходяться, якщо інше не встановлено законом і не порушує права інших осіб.

Поверхневий (грунтовий) шар, тобто ґрунти, мають багато спільного у правовому режимі їх використання й охорони з правовим режимом земель. Незважаючи на це, ст. 168 ЗК України визначає ґрунти земельних ділянок об'єктом особливої охорони. Саме цим, на нашу думку, обумовлюється окремий правовий режим використання й охорони ґрунтів земельних ділянок. Так, власники земельних ділянок і землекористувачі не мають права здійснювати зняття та перенесення ґрунтового покриву земель без спеціального дозволу (ч. 2 ст. 168 ЗК України); у процесі діяльності, пов'язаної з порушенням поверхневого шару ґрунту, землевласники та землекористувачі повинні здійснювати зняття, складування, зберігання поверхневого шару ґрунту та нанесення його на ділянку, з якої він був знятий (рекультивация), або на іншу земельну ділянку для підвищення її продуктивності та інших якостей (ч. 3 ст. 168 ЗК України).

Слід зазначити, що положеннями ч. 3 ст. 168 ЗК України виокремлюються способи використання поверхневого шару ґрунту землевласниками та землекористувачами, а саме: зняття; складування; зберігання; нанесення його на ділянку, з якої він був знятий; нанесення поверхневого шару ґрунту на іншу

земельну ділянку для підвищення її продуктивності й інших якостей. Отже, за певних умов ґрунти земельної ділянки можуть бути самостійним об'єктом земельних правовідносин, пов'язаних із відновленням родючості земельних ділянок, із яких ці ґрунти були зняті або нанесені на інші земельні ділянки з метою підвищення їх продуктивності. У таких випадках юридичною підставою здійснення операцій із поверхневим шаром ґрунтового покриву з метою проведення рекультивацийних робіт є спеціальні дозволи органів державного контролю у сфері використання, відтворення й охорони земель. У зв'язку з цим у визначених законодавством випадках ґрунти як складовий елемент земельної ділянки можуть бути самостійним об'єктом земельних правовідносин, пов'язаних із підвищенням продуктивності й якості земель [2, с. 150].

Різний правовий режим земель і ґрунтів земельних ділянок зумовлює різницю у правових засобах їх охорони. Таким чином, ґрунт слід розглядати як самостійний об'єкт правової охорони та складову земель (земельних ділянок). Крім того, на відміну від земель, поверхневий шар ґрунту може бути вилучений, а тому поняття «земля» не можна ототожнювати з поняттям «ґрунти».

Право власності на земельну ділянку поширюється на простір, що знаходиться над і під поверхнею ділянки на висоту та глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд (ч. 3 ст. 79 ЗК України). Але, незважаючи на те, що закон у цих випадках обмежує правооб'єктність ділянки землі зведенням житлових і виробничих будівель та споруд, все ж може мати місце поширення прав на земельну ділянку з охопленням підземної сфери та повітряного простору [5, с. 214]. Саме тому земля може охоронятися як у комплексі з іншими природними ресурсами (наприклад, у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду), так і як окремий складовий елемент довкілля.

Враховуючи зазначені положення чинного законодавства України й існуючі наукові доробки з проблем охорони та використання земель, на нашу думку, слушною є позиція А. Мірошніченка щодо поняття «земля» та «земельна ділянка»: земля – це земна поверхня та простір над та під нею на висоту та глибину, необхідну для використання земельної ділянки за цільовим призначенням (у тому числі її забудови), включаючи ґрунтовий покрив у межах цього простору. У свою чергу, земельна ділянка – це частина землі із визначеними межами [9, с. 18].

На думку представників правової доктрини, земельна ділянка вказує на її належність до більш загальної категорії – землі, здатної ділитися на частини (ділянки) і виконувати відповідні функції. Тому термін «земельна ділянка» має важливе значення для характеристики категорії «землі», оскільки є її скла-

довою як частка цілого, що визначає особливості її цільового використання, об'єкта конкретних життєвих правовідносин і юридично закріплену «персоніфікацію», тобто належність її конкретному носію прав і обов'язків та реалізації правомочностей щодо володіння і користування (право землекористування) або володіння, користування та розпорядження (право власності) [2, с. 151].

В. Андрейцев визначає найбільш істотні ознаки земельної ділянки, які відображають особливості її правового режиму [2, с. 151]:

- поверхнева частина, у тому числі ґрунтового покриву відповідної категорії земель;
- просторово визначена територія на місцевості;
- індивідуально визначена й юридично відокремлена частина відповідних земель;
- належність частини території на відповідному юридичному титулі – права власності, права користування, у тому числі на праві земельного сервітуту, конкретній юридичній чи фізичній особі;
- використання (експлуатація) такої частки здійснюється відповідно до цільового функціонального призначення;
- межі земельної території визначаються на місцевості відповідно до затвердженої в установленому порядку землевпорядної документації та правовстановчих документів (державного акта, договору, сертифіката тощо).

В юридичній літературі поняття «земля» наділяється також особливими ознаками як об'єкт правової охорони та використання. Зокрема, землі як об'єкт відносин, урегульованих екологічним правом, характеризуються певними особливостями: обмеженість площ земель, яка визначається природним походженням земель і вказує на неможливість їх кількісної зміни; локалізованість земель за місцем розташування, де кожна окрема земельна ділянка знаходиться у визначеному географічному та геодезичному просторі; землі є нерухомим об'єктом, тобто розташування земної поверхні в просторі є незмінним; особливий засіб виробництва, при якому особливість зумовлюється тим, що землі є об'єктом навколишнього природного середовища та функціонують у виробництві саме у такій якості, при цьому, незважаючи на участь у виробництві, не втрачають свого зв'язку із цим середовищем; землі, володіючи ґрунтовим покривом із унікальною властивістю родючості (у сільському господарстві), є засобом вирощування сільськогосподарської продукції [10, с. 127–128].

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

The article explores the concept of land as an object of legal protection, marked legal signs of land as an object of legal protection.

В статье исследуется понятие земли как объекта правовой охраны, выделяются юридические признаки земель как объекта правовой охраны.

До земель України належать усі землі в межах її території, в тому числі острови та землі, зайняті водними об'єктами, які за основним цільовим призначенням поділяються на категорії (ст. 19 ЗК України). Іншими словами, об'єктом правової охорони та використання є всі землі в межах території України.

Викладене дозволяє зробити **висновок** про те, що земля як об'єкт правової охорони характеризується такими юридичними ознаками: є основним національним багатством народу України; є елементом навколишнього природного середовища і перебуває у нерозривному зв'язку з іншими елементами природи; одночасно є природним ресурсом, просторовим базисом та основним засобом виробництва у сільському господарстві, що, у свою чергу, зумовлює необхідність збалансованого використання землі як екологічного, соціального й економічного ресурсу; обмеженість у просторі, яка зумовлюється природою походження землі; порядок охорони та використання земель залежить від її належності до тієї чи іншої категорії; ґрунтовий покрив землі виділяється як об'єкт особливої охорони та використання.

Список використаних джерел

1. Екологічне право України / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 2008. – 720 с.
2. Андрейцев В. І. Земельне право і законодавство суверенної України: актуальні проблеми практичної теорії. – К., 2005. – 445 с.
3. Государственный стандарт Союза ССР: Земли. Термины и определения. ГОСТ 26640-85. – М., 1989.
4. Носік В. В. Право власності на землю Українського народу. – К., 2006. – 544 с.
5. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України / Л. О. Бондар, А. П. Гетьман, В. Г. Гончаренко та ін.; За ред. В. Г. Гончаренко. – К., 2004. – 656 с.
6. Андрейцев В. І. Об'єкти земельних правовідносин за новим Земельним кодексом України // Законодавство України: науково-практичні коментарі. – 2002. – № 2. – С. 3–19.
7. Ільницька Н. В. Оренда земель сільськогосподарського призначення: правові аспекти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 18 с.
8. Землі сільськогосподарського призначення: права громадян України / За ред. Н. І. Титової. – Л., 2005.
9. Мірошниченко А. М. Земельне право України. – К., 2007. – 432 с.
10. Ільків Н. В., Гаєцька-Колотило Я. З. Екологічне право України. – К., 2008. – 296 с.



УДК 349.42

Анна Любич,*аспірантка кафедри земельного та аграрного права
Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків*

СИСТЕМА ПРОЦЕДУРНИХ НОРМ В АГРАРНОМУ ПРАВІ

У статті досліджуються питання сутності системи процедурних норм в аграрному праві, обґрунтовується точка зору щодо системності процедурних норм в аграрному праві, здійснена спроба їх систематизації.

Ключові слова: процедурна норма аграрного права, система процедурних норм в аграрному праві, систематизація процедурних норм.

Будь-яка галузь права – це органічно цілісна система юридичних норм. Оскільки кожній галузі права притаманна багатовидова єдність юридичних норм, то це без винятку характерно і для галузі аграрного права.

В аграрному праві важливу роль відіграють не лише матеріальні норми, а й процедурні. Аналіз особливостей феномена процедурних норм в аграрному праві передбачає розгляд системи останніх як об'єкта дослідження.

Слід зазначити, що будь-який об'єкт може розглядатися як особлива система [1, с. 22], як множинність пов'язаних між собою елементів цілісного завершеного явища [2, с. 320]. Тому процедурну норму в аграрному праві доцільно розглядати як самостійне цілісне явище, як особливу систему, до якої входять сукупність взаємопов'язаних елементів, які, у свою чергу, забезпечують досягнення мети процедурної норми права [3, с. 6].

Метою цієї статті є спроба обґрунтування авторської позиції відносно поняття «система процедурних норм в аграрному праві» через встановлення ознак, визначення та проведення систематизації останніх.

Необхідність дослідження явища, що розглядається, потребує, перш за все, визначення поняття «система». Останнє має різноманітне значення, а вперше почало застосовуватися у стародавній Греції для визначення цілого, яке складається з відповідних частин. Є декілька визначень досліджуваного нами терміна. Зокрема, система – це порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням і взаємним зв'язком частин чого-небудь; форма організації, будова чого-небудь; сукупність яких-небудь елементів, одиниць, частин, об'єднаних спільною ознакою, призначенням; сукупність способів, ме-

тодів, прийомів здійснення чого-небудь; будова, структура, що становить єдність закономірно розташованих і функціонуючих частин [4, с. 1320].

Системою також називається поєднання однорідного знання в єдине ціле. Підставою для такого поєднання є один будь-який початок або принцип. Підпорядкування понять і їх поділ завжди переростає в класифікацію. Від класифікації система відрізняється тим, що остання має на меті пізнання предметів, а не довільне об'єднання понять на підставі суб'єктивного принципу [5, с. 90].

Слід зазначити, що система процедурних норм у правовій літературі не досліджувалася на відповідному рівні. Лише вчені деяких галузей права здійснили спробу групування процедурних норм за окремими особливостями (критеріями), але вона не доведена до логічного завершення. Так, Р. Алімов зробив спробу згрупувати процедурні норми права залежно від змісту, що є її основою, а саме – систему правовідносин. Учений виокремлює такі види (групи) процедурних норм: нормотворчі; процедурні норми з прийняття індивідуальних актів управління; допоміжні процедурні норми (за якими не приймаються управлінські рішення, проте результат діяльності за цими процедурами може стати основою для прийняття рішення як нормативного, так і індивідуального плану) [6, с. 22].

О. Серєда пропонує ввести такий критерій, як форма закріплення (фіксації) процедурних норм, що дозволяє виокремити усні та письмові процедурні приписи, які мають або документарну або без документарну (усну) форму [7, с. 119].

Досить оригінальними та своєрідними є погляди В. Марчука та Л. Ніколаєвої, які вважають: «за характером діяльності, що відбувається у певних процедурних нормах, є підстави розрізняти [8, с. 89]:

•правостворювальні процедурні норми, які, у свою чергу, поділяються на законодавчі процедури, інші нормотворчі процедури, що охоплюють творення підзаконних нормативно-правових актів;

•правозастосовні процедурні норми, які також поділяються на організаційні, управлінські, юрисдикційні, квазіюрисдикційні;

•організаційно-технічні процедурні норми, тобто процедури виконання окремих видів робіт. При цьому окремі види процедурних норм можуть мати змішаний (інтегративний) характер.

Очевидним є групування процедурних приписів залежно від їх галузевої належності. Так, І. Зайцев, який ототожнює процедуру та процес, виокремлює види процедурних норм як такі, що є складовою частиною сімейного, земельного, екологічного, трудового й інших галузей права, закріплені матеріально-правовими нормами, кожний із яких відповідає певна процесуальна галузь права [9, с. 448]. Разом із тим представник екологічного права А. Гетьман, який також ототожнює процедуру та процес, не приділяє уваги системі останніх. Наведені погляди вчених щодо виділення відповідних груп процедурних приписів дозволяють зробити такі висновки:

•існують різні погляди стосовно питання різновидів юридичних процедур, що зумовлено недостатньою вивченістю даного явища;

•існуючі точки зору потребують оновлення відповідно до сучасного стану розвитку суспільних відносин;

•на сьогодні юридична наука потребує конкретнішого розкриття сутності того чи іншого явища;

•відсутня належна систематизованість процедурних норм права, що зумовлюється різними точками зору на питання, яке розглядається.

У науці аграрного права не приділялася увага дослідженню системи процедурних норм. Перш як визначити поняття «система процедурних приписів» доцільно виокремити її *ознаки*:

•система процедурних норм є зовнішньою формою існування основної частини системи аграрного права;

•вона виражає процедурні норми права через первинні елементи – матеріальні приписи, що розташовані в положеннях законів і підзаконних нормативно-правових актів;

•система процедурних приписів є способом надання юридичного (формального) значення процедурним нормам права;

•основою формування системи процедурних норм є ідея права, суть якої полягає в розумінні необхідності існування процедурних приписів в аграрному праві;

•їй притаманна внутрішня єдність складових.

Таким чином, зазначені ознаки дозволяють сформулювати поняття «система проце-

дурних норм» в аграрному праві, під яким слід розуміти цілісний і погоджений комплекс процедурних приписів, що міститься в законах і підзаконних нормативно-правових актах, які пов'язані та взаємодіють між собою задля досягнення порядку реалізації суб'єктами аграрного права своїх прав та обов'язків.

Система процедурних норм в аграрному праві охоплює процедурні приписи, закріплені не лише в законах, а й ті, що знайшли своє відображення в інших джерелах аграрного права, зокрема підзаконних актах, що приймаються Президентом, урядом, міністерствами й іншими органами держави, тобто системі всіх нормативно-правових актів держави й органів місцевого самоврядування, у тому числі локальних нормативно-правових актах. Так, система процедурних норм в аграрному праві вимагає, щоб останні були систематизовані за юридичною силою (ієрархією) нормативно-правових актів в яких вони закріплені, із чітко вираженою структурою, взаємозумовленістю, взаємозв'язком і взаємозалежністю. Тому *систематизація процедурних норм* в аграрному праві – це діяльність, спрямована на зведення процедурних приписів у цілісний, упорядкований та узгоджений комплекс із метою приведення процедурних норм в аграрному праві у певну внутрішню узгоджену систему.

Основним джерелом в аграрному праві, як і в інших галузях права України, виступає Основний Закон – Конституція України. Непевне, логічним і доцільним було б віднести до першої групи процедурні приписи, закріплені в Основному Законі. Слід зазначити, що Конституція не закріплює таких приписів у розрізі аграрної галузі права, адже вона є лише фундаментом для формування та розвитку всіх галузей права, у тому числі аграрного права [10, с. 39]. У той самий час закони й інші нормативно-правові акти, що приймаються на основі Конституції, повинні відповідати їй, адже остання є актом, який має найвищу юридичну силу.

Наступне місце за ієрархією в системі посідають процедурні норми міжнародно-правових актів, які містяться в міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Відповідно до ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2002 р. № 1906-VI (у редакції від 20.07.2014 р.) міжнародним договором вважається договір, який укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права та регулюється міжнародним правом, незалежно від найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо). Так, процедура визначення мінімальної заробітної плати в сільському господарстві конкретизується Міжнародною організацією праці в таких конвенціях: «Про створення процедури встановлення мінімальної заробітної плати»

від 16.06.1928 р. № 26, «Про процедуру встановлення мінімальної заробітної плати у сільському господарстві» від 26.08.1951 р. № 99. Слід зазначити, що Україна ще не ратифікувала ці конвенції. Тому питання порядку визначення розміру мінімальної заробітної плати у сільському господарстві залишається для України проблемним. По-перше, з огляду на невідповідність життєвим обставинам норм права, що регулюють порядок її визначення. По-друге, внаслідок відсутності загального механізму (процедури) її обчислення. Незважаючи на це, Україна ратифікувала 19 жовтня 2005 року Конвенцію Міжнародної організації права «Про встановлення мінімальної заробітної плати з особливим урахуванням країн, що розвиваються» від 22.06.1970 р. № 131, в якій немає жодної процедурної норми, що розкривала б специфіку даного питання (це демонструє негативну оцінку інтегрування українського законодавства у міжнародне).

Важливою групою є процедурні норми законів встановлених Верховною Радою України як загально обов'язкові правила поведінки, що мають найвищу юридичну силу. Так, ст. 14 Закону України «Про бджільництво» від 22.02.2002 р. № 1492-III (у редакції від 29.09.2013 р.) закріплює порядок надання земельних ділянок для зайняття бджільництвом, але сутність цього порядку розкривається у нормах права, закріплених у Земельному кодексі (далі – ЗК) України та Законі України «Про оренду землі». Порядок отримання земельної ділянки для зайняття бджільництвом передбачає:

- оформлення земельної ділянки (підготовка та подання заяви до обласного управління земельними ресурсами при обласній державній адміністрації. У заяві потрібно зазначити бажаний розмір земельної ділянки, місце її розташування, із зазначенням права у них на безоплатне отримання земельних ділянок у власність або оренду. До заяви слід додати документи, які б підтверджували досвід роботи у сільському господарстві, або документи про освіту, отриману в аграрному навчальному закладі;

- отримання дозволу на підготовку проекту відведення земельної ділянки;

- розроблення проекту відведення земельної ділянки;

- погодження розробленого проекту;

- затвердження проекту відведення розпорядженням;

- оформлення державного акта на право власності на земельну ділянку або укладення договору оренди землі;

- проведення державної реєстрації акта або договору у відділі державної реєстрації речових прав на нерухоме майно (статті 118, 123 ЗК України).

Останній пункт передбачає дві стадії реєстрації. Перша – коли, отримавши розпо-

рядження на виділення земельної ділянки для створення фермерського господарства, особа повинна звернутися до відділу земельних ресурсів, на території якого розташована земельна ділянка, щоб відділ Держкомзему зареєстрував спочатку своє право в Державному реєстрі на нерухоме майно; після цього укладений з особою договір оренди або купівлі-продажу може бути зареєстрований у Державному реєстрі.

Наступною групою є процедурні норми, закріплені в підзаконних нормативно-правових актах (постанови, розпорядження Кабінету Міністрів України, нормативні документи які приймаються окремими міністерствами та відомствами, укази та розпорядження Президента України тощо). Під останніми розуміють акти, що видаються відповідно до закону, для конкретизації законодавчих розпоряджень та їх трактування або встановлення певних норм [11, с. 362]. Так, відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 11.08.2010 р. № 794 (у редакції від 17.04.2013 р.) затверджено Порядок використання коштів, передбачених у державному бюджеті для здійснення фінансової підтримки суб'єктів господарювання агропромислового комплексу через механізм здевелювання кредитів та компенсації лізингових платежів. Згідно з останнім для здійснення компенсації за лізинговими платежами на першому етапі Міністерство аграрної політики та продовольства України утворює комісію з питань надання державної підтримки суб'єктам господарювання агропромислового комплексу через механізм здевелювання кредитів та компенсації лізингових платежів (п. 6). Другим етапом є визначення переліку суб'єктів господарювання агропромислового комплексу для отримання права на компенсацію за лізинговими платежами; зокрема, Міністерство аграрної політики та продовольства, обласні та міська держадміністрації утворюють конкурсні комісії. Наступний етап: конкурсні комісії оприлюднюють у друкованих засобах масової інформації визначений перелік суб'єктів господарювання агропромислового комплексу для отримання права на компенсацію за лізинговими платежами. У день публікації конкурсні комісії розпочинають приймання заявок на участь у конкурсі та документів, що додаються до них (п. 7), а закінчують за два робочих дні до початку проведення останнього засідання конкурсної комісії.

Розпочинається етап коли конкурсні комісії приступають до розгляду поданих лізингоодержувачами документів, необхідних для отримання права на компенсацію, у порядку черговості їх реєстрації. У разі відмови в наданні права на компенсацію лізингоодержувачу надсилається у триденний строк після прийняття конкурсною комісією рішення письмова відповідь із обґрунтуванням при-

чин відмови. У разі прийняття позитивного рішення конкурсні комісії визначають річну суму компенсації для кожного лізингоодержувача в межах строку дії договору фінансового лізингу, видають лізингоодержувачу відповідну довідку та включають його до реєстру лізингоодержувачів, які мають право на отримання компенсації за лізинговими платежами, і щомісяця до 5 числа подають його до комісії Міністерства аграрної політики та продовольства України.

Далі головні управління агропромислового розвитку обласних і управління промисловості, розвитку інфраструктури та агропромислового комплексу подають щомісяця до 10 числа наступного періоду Міністерству аграрної політики та продовольства України реєстр лізингоодержувачів із зазначенням сум фактично сплачених лізингоодержувачами лізингових платежів за відповідний період із визначенням суми, що підлягає відшкодуванню лізингоодержувачу за рахунок бюджетних коштів.

Останнім етапом є компенсація лізингових платежів, що здійснюється з 1 січня по 31 грудня за договорами фінансового лізингу, укладеними в поточному році. Розмір компенсації лізингових платежів щорічно оприлюднюється Кабінетом Міністрів України не пізніше 1 березня поточного бюджетного року.

Ще однією групою є процедурні норми, закріплені в локальних нормативних актах (статути, правила, положення, колективний договір). Прийняття останніх у сільськогосподарських підприємствах здійснюється з метою деталізації та конкретизації загальних норм чинного законодавства, положень спеціальних законів щодо сільськогосподарських підприємств з урахуванням економічних, організаційних, соціальних та інших особливостей діяльності кожного сільськогосподарського підприємства [12, с. 157–159]. До цієї групи належить, зокрема порядок розподілу прибутку, передбачений Положенням про розподіл (використання) прибутку.

Розподіл прибутку проходить послідовно чотири стадії, на кожній із яких відбувається зміна, коригування величини прибутку, що підлягає розподілу.

На першій стадії проводяться платежі з отриманого прибутку в державний бюджет за виробничі фонди та трудові ресурси, а також сплачується відсоток банку за короткострокові кредити.

На другій стадії проводяться відрахування від розрахункового прибутку (той, що за-

лишився після попередніх виплат) за нормативами в державний і місцевий бюджети, міністерству та відомству.

На третій стадії відбувається коригування величини прибутку, що залишилася в розпорядженні трудового колективу (формується остаточний прибуток). З цією метою прибуток, що залишився після всіх відрахувань, зменшують або збільшують на суми різних незапланованих доходів, витрат і втрат.

На заключній – четвертій – стадії фактичний прибуток, що залишився в розпорядженні підприємства, направляють по затвердженому нормативам у фонд розвитку виробництва, науки та техніки, фонд соціального розвитку, фонд матеріального заохочення.

Таким чином, з'ясування питання системи та систематизації процедурних норм в аграрному праві дає можливість провести класифікацію процедурних приписів. Це питання є похідним, але потребує детального розкриття у подальших статтях.

Список використаних джерел

1. Уемов А. И. Системный подход и общая теория систем. – М., 1978. – 272 с.
2. *Философский словарь* / Под ред. М. М. Розенталя, П. Ф. Юдина. – М., 1968. – 431 с.
3. *Протасов В. Н.* Гражданский процесс с позиции системного подхода (методологический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1979. – 18 с.
4. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови. – К.; Ірпінь, 2005. – 1728 с.
5. *Энциклопедический словарь* Брокгауза и Ефрона. – СПб., 1900. – Т. 30. – 480 с.
6. *Алімов Р. С.* Процедури в адміністративному праві України: теорія і практика: дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2002. – 171 с.
7. *Середа О. О.* Деякі аспекти співвідношення понять «правова процедура» та «юридична процедура» у контексті сучасної юридичної науки // *Держава і право*. – 2006. – Вип. 34. – С. 117–121.
8. *Марчук В., Николаєва Л.* Процедури правової діяльності: поняття та класифікація // *Вісник прокуратури*. – 2003. – № 12. – С. 88–91.
9. *Теория государства и права* / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. – М., 2001. – 776 с.
10. *Титова Н. І.* Фермерство в Україні: основні правові засади. Питання та відповіді. – Л., 1998. – 184 с.
11. *Скакун О. Ф.* Теория государства и права. – Х., 2000. – 704 с.
12. *Панченко В. В.* Деякі питання співвідношення внутрішньогосподарських локальних нормативних актів і положень спеціальних законів щодо сільськогосподарських кооперативів // *Підприємництво, господарство і право*. – 2010. – № 3. – С. 157–159.

Стаття надійшла до редакції 11.11.2014 р.

This article analyses the procedural norms in agrarian rights as a systemic phenomenon. The author describes different perspectives on procedural norms and attempts to systematize these in agrarian law.

В статті досліджуються питання сутності процедурних норм в аграрному праві, обґрунтовується точка зору щодо системності процедурних норм в аграрному праві, здійснюється спроба їх систематизації.



УДК 341.1/8; 342.5

Олександр Береза,канд. юрид. наук,
м. Київ

МОРСЬКА БЕЗПЕКА УКРАЇНИ: організаційно-правові засади^{*} (частина II)

У статті розглядаються організаційно-правові засади морської безпеки України, пропонується підходи до підвищення морської безпеки України, вдосконалення її правового забезпечення.

Ключові слова: морська безпека України, доктрина морської безпеки, стратегія морської безпеки, національна безпека.

Морська галузь діє у середовищі з небезпечними викликами, що загрожують їй вільному розвитку, перешкоджають життєзабезпеченню світового співтовариства. Упродовж останніх десятиліть створені системи контролю та протидії таким викликам на міжнародному, регіональному та національному рівнях. Належне організаційно-правове забезпечення морської галузі щодо безпеки, його неперервне вдосконалення є зарукою сталого функціонування галузі та її розвитку для блага всього світу. Заклик ООН до націй світу спрямувати всі свої зусилля на встановлення міжнародного миру та безпеки [1] є провідним положенням всієї організаційно-правової діяльності щодо морської безпеки.

Мета цієї статті полягає у з'ясуванні особливостей організаційно-правового забезпечення морської безпеки України, його відповідності глобальним безпековим тенденціям і визначенню напрямів подальшого вдосконалення.

Безпека сучасної морської галузі може розглядатися як результат спільної діяльності суб'єктів у царині морської безпеки [2, с. 261]. Морська безпека України є невід'ємною від морської безпеки світу, а формування змісту її організаційних і правових засад лежить у площині міжнародної взаємодії в системі безпеки глобальної морської галузі. Дослідження організаційно-правових засад морської безпеки України дозволяє з'ясувати особливості її положення, окреслити коло проблемних питань, встановити напрями вдосконалення та подальшого розвитку [3, с. 125]. Правовою основою вдосконалення морської безпеки України є Конституція України, За-

кон України «Про основи національної безпеки України», «Морська доктрина України на період до 2035 року», затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 07.10.2009 р. № 1307, Міжнародна конвенція з охорони людського життя на морі (глава XI-2) 1974 р. (SOLAS), Міжнародний кодекс з охорони суден і портових засобів 2002 р. (ISPS Code), Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства 1988 р. (SUA) та Протокол про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі, із змінами 2005 р., інші нормативно-правові акти у сфері морської безпеки.

У Конституції України проголошується, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ч. 1 ст. 3); як норма прямої дії зазначене положення постає основною засадою формування системи та структури організаційно-правового забезпечення морської безпеки України. Нормативне положення п. 17 ч. 1 ст. 92 Конституції України розкриває основи організації правового забезпечення національної безпеки держави, що має відповідне значення і для морської безпеки. У преамбулі Закону України «Про основи національної безпеки України» зазначається, що цей Закон визначає основні засади державної політики, спрямованої на захист національних інтересів і гарантування в Україні безпеки особи, суспільства і держави від зовнішніх і внутрішніх загроз в усіх сферах життєдіяльності. Отже, у ч. 9 ст. 5 Закону йдеться про забезпечення національної безпеки України шляхом проведення виваної державної політики відповідно до прийнятих в установленому порядку доктрин, концепцій, стратегій і програм у політичній,

^{*}Частина 2 статті. Початок у журналі «Підприємництво, господарство і право» № 12 за 2014 р.

економічний, соціальний, воєнний, екологічний, науково-технологічний, інформаційний та інших сферах. Ця частина норми фактично уряджає форми правових актів із метою забезпечення проведення державної політики у сфері національної безпеки, у тому числі морської безпеки. На окрему увагу заслуговує порівняльний аналіз норм ст. 5 Закону України «Про основи національної безпеки України» і положень «Стратегії морської безпеки Європейського Союзу»¹. Норми, втілені у частинах 2–4, ч. 6 ст. 5 Закону, відповідають положенням Стратегії. Таким чином, в українському законодавстві *de facto* створена правова основа вдосконалення та розвитку правового забезпечення морської безпеки України.

Аналіз Морської доктрини України на період до 2035 р. як правового документа свідчить, що низка положень її потребує вдосконалення. Передусім, це ціннісний аспект Доктрини, який є підґрунтям для її приведення у відповідність із Конституцією України і Законом України «Про основи національної безпеки України», де безпека людини визнається найвищою соціальною цінністю. Безпека людини як основна норма має відбитися на послідовності та структурі змісту Доктрини і відповідних документах щодо її реалізації. Основні принципи, сформульовані у Доктрині, також потребують уточнень і змін, відповідності принципам, проголошеним у Законі «Про основи національної безпеки України». Слід також зазначити, що у Доктрині відсутня виразність щодо безпеки морської галузі. Перелічені рекомендації по вдосконаленню окремих положень Доктрини є часткою тих змін, які можуть бути внесені у документ. Перш за все, це стосується того, що людина й її безпека є основою всієї системи безпеки щодо морської діяльності, принципу свободи відкритого моря та мирного підходу до використання Світового океану, його ресурсів.

Організація функціонування національної безпеки України покладена на Раду національної безпеки і оборони (далі – РНБО) України. Правовою основою її діяльності є Конституція України, Закон України «Про Раду національної безпеки і оборони України», інші нормативно-правові акти держави. У Законі України «Про Раду національної безпеки і оборони України» визначені правові засади організації, компетенція та функції РНБО. Відповідно до цього Закону РНБО здійснює координацію та контроль за діяльністю ор-

ганів влади у сфері національної безпеки у мирний час, в умовах воєнних дій, надзвичайних ситуацій та інших кризових обставинах, які загрожують національній безпеці держави. Згідно з підпунктом 2 п. 1 ст. 4 Закону України «Про Раду національної безпеки і оборони України» РНБО наділена компетенцією щодо визначення стратегічних інтересів України в усіх сферах суспільного життя. Використання Світового океану та пов'язана з цим морська безпека належать до кола стратегічних інтересів Української держави та є сферою компетенції РНБО.

Одним із основних суб'єктів морської безпеки України є Державне унітарне підприємство «Агентство морської безпеки» (далі – ДП «АМБ»). ДП «АМБ» створене у структурі Міністерства транспорту і зв'язку України, головним завданням якого є забезпечення функціонування системи морської безпеки на морському та річковому транспорті України. Правовою основою діяльності ДП «АМБ» є: Конституція України, Закон України «Про основи національної безпеки України», «Морська доктрина України на період до 2035 року», наказ Міністерства транспорту і зв'язку України від 09.04.2004 р. № 293, Міжнародна конвенція з охорони людського життя на морі (глави XI-2) 1974 р. (SOLAS), Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства 1988 р. (SUA) та Протокол про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі, із змінами 2005 р., інші нормативно-правові акти у царині морської безпеки.

Підвищення значення морської галузі у життєдіяльності сучасного суспільства, передусім події навколо Криму у березні 2014 р., пов'язані з його анексією Російською Федерацією, зумовлюють необхідність перегляду організаційно-правових засад у діяльності ДП «АМБ», розширення його компетенції та функцій. Удосконалення діяльності ДП «АМБ» передбачає зміни у його структурних підрозділах, у тому числі регіональних. Зазначені вдосконалення мають бути пов'язані із змінами, яких потребують й інші державні органи, що здійснюють контрольні та наглядові функції щодо безпеки у морській галузі. Вдосконаленням функціональних можливостей тільки центральних структур неможливо вирішити питання поліпшення безпекових функцій держави щодо морської діяльності. На сучасному етапі найкращим кроком, на нашу думку, було б виокремлення уповноваженого органу з наступним делегуванням йому окремих повноважень суб'єктів морської безпеки. Основним завданням такого уповноваженого органу має бути забезпечення сталого функ-

¹European Union Maritime Security Strategy as adopted by the Council (General Affairs) on 24 June 2014 [Електронний ресурс]: European Commission >Maritime Affaires. – Режим доступу http://ec.europa.eu/maritimeaffaires/policy/maritime-security/index_en.htm. – Назва з екрану. – Дата звернення 10.12.2014.

ціонування системи безпеки у морській галузі. Окремим аспектом тематики є повноваження такого органу, що делеговані від міжнародних інституцій в установленому порядку й є необхідністю у підвищенні морської безпеки в Україні та світі.

Висновки

Удосконалення організаційно-правових засад морської безпеки України має здійснюватися у контексті парадигми національної безпеки України.

Морська безпека України перебуває під впливом посиленої морської діяльності у світі та політичної ситуації навколо Української держави через агресивні дії з боку Російської Федерації. Зазначені умови спонукають до перегляду компетенції та функцій РНБО щодо морської безпеки України, вдосконалення її організаційно-правових основ.

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

In the article attention paid to organizational-law base of maritime safety of the Ukraine. Have outlined main aspects of subject. Suggested approaches to improvement of maritime safety of the Ukraine and its organizational-law support.

В статье рассматриваются организационно-правовые основы морской безопасности Украины, предлагаются подходы к повышению морской безопасности Украины, совершенствованию ее правового обеспечения.

Делегування повноважень суб'єктів морської безпеки Державному підприємству «Агентство морської безпеки» і (або) іншому уповноваженому органу має особливе значення для вдосконалення організаційно-правових засад морської безпеки України.

Список використаних джерел

1. *Charter of the United Nations* [Електронний ресурс]: United Nations – Official Site. – Режим доступу: <http://www.un.org/en/documents/charter/in>. – Назва з екрана. – Дата звернення 4.12.2014.
2. *Міжнародне право: Основні галузі* / За ред. В. Г. Буткевича. – К., 2004. – 816 с.
3. *Анцелевич Г. А.* Актуальные проблемы современного международного морского права. – К., 2006. – 352 с.
4. *Цивільний кодекс України: Наук.-практ. коментар* / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., – 928 с.



УДК 343.2/7 (477)

Єгор Назимко,*канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник,
учений секретар
Донецького юридичного інституту МВС України*

ОСОБЛИВОСТІ ВИНЕСЕННЯ ВИРОКІВ (ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ) НЕПОВНОЛІТНІМ ЗА ЮВЕНАЛЬНИМ КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ КАНАДИ

У статті розглядаються особливості винесення вироків (призначення покарання) неповнолітнім за кримінальним законодавством Канади, аналізуються ключові терміни, положення щодо заходів кримінально-правового та кримінально-процесуального впливу на неповнолітніх правопорушників за вчинені ними правопорушення.

Ключові слова: неповнолітній, вирок, винесення покарання, призначення покарання.

Елементами системи покарання неповнолітніх осіб (юнацтва, дітей) є не тільки нормативно-правові положення, а й засади та міркування соціального характеру. В рамках такої системи дитина не уникає цілковито тих чи інших заходів, застосування яких до неї є наслідком вчиненого правопорушення. Справа в тому, що призначене покарання як таке й умови, в рамках яких воно повинно реалізовуватися, мають сприяти якомога можливого та якомога довшому утриманню дитини від знайомства з повноцінною пенітенціарною системою та соціальної адаптації неповнолітнього правопорушника. Основним функціональним і соціальним ефектом має стати попередження вчинення неповнолітньою особою правопорушень у майбутньому.

Своєрідність сучасної кримінально-правової системи Канади значною мірою пояснюється особливостями її історичного розвитку та національного складу населення. Територія майбутньої Канади освоювалася у XVI–XVIII ст. переселенцями спочатку з Франції, а потім Англії, що принесли кримінально-правові норми та звичаї власних країн.

Після тривалого англо-французького суперництва, яке нерідко призводило до збройних зіткнень, Канада стала британською колонією, на яку повністю поширювалися англійські закони (1763 р.). Проте одна з її провінцій (Квебек), де переважали вихідці з Франції, залишилася прихильною французькому праву. Значні особливості у правовій і судовій системі Квебека (однієї з 10 провінцій Канади) зберігаються до цього часу [1, с. 134].

З часу англійського завоювання основні сфери канадського суспільного життя врегульовувалися приписами та традицією метрополії. Проте запровадження англійського права не відбулось у Канаді легко та безболісно. Заплутаність норм і різний час їх введення в життя зумовили певні практичні наслідки, та врешті-решт у 1892 р. привели до рішення про створення першої кодифікації на території нинішньої Канади, якою виявилася кодифікація кримінального права [2, с. 134].

Моделлю для першого Кримінального кодексу (далі – КК) Канади 1892 р. став проєкт КК для Англії, складений видатним криміналістом Дж. Фітцджермсом Стефеном (у 1878 р. він був представлений у британський Парламент, але так і не став законом). КК 1892 р. являв собою впорядкований виклад норм англійського та канадського загального права, щодо основних інститутів Загальної частини кримінального права та видів злочинів (відповідальність за деякі злочини і після прийняття Кодексу визначалася за нормами загального права, які ввійшли до нього).

У 1955 р. був виданий новий КК як результат повної переробки колишнього законодавства з урахуванням досвіду його застосування судами, а також порівняльного аналізу кодексів інших держав, у тому числі американських штатів. КК 1955 р. заборонив застосування кримінальних покарань за діяння, які не наведені в ньому, а передбачені лише нормами загального права (єдиний виняток – об'єднання судді або суду). Разом із тим він дозволив використовувати норми загального права для тлумачення та застосування норм Кодексу.

У Кодексі відсутнє формальне розмежування злочинних діянь на фелонії та місдими-нори, що зберігалося в Англії до 1967 р. як пережиток кримінального права XVIII ст. Однак він зберіг тілесні покарання за озброєне пограбування, деякі злочини проти особи та статеві злочини. Він передбачає суворі заходи, у тому числі тривалі терміни позбавлення волі, за більшість злочинів, а для осіб, визнаних «звичними злочинцями» або «сексуальними психопатами» – превентивне ув'язнення на невизначений термін [1].

Правовою основою призначення покарання неповнолітнім правопорушникам у Канаді є Закон «Про кримінальну юстицію у справах молоді» Канади, який прийнято у 2002 р. замість попереднього Закону «Про молодих правопорушників» Канади, який втратив чинність у 2003 р.

Слід зазначити, що метою винесення вироків відповідно до ст. 42 (вироки, які виносяться молодим особам) є підтримання в молодій особі почуття відповідальності за вчинене правопорушення через призначення їй справедливих санкцій, які матимуть важливі наслідки для молодшої особи, сприятимуть його або її реабілітації та реінтеграції до суспільства, що стане, таким чином, внеском у справу довготривалого захисту громадського порядку. Відповідно до ч. 2 ст. 38 Закону «Про кримінальну юстицію у справах молоді» Канади суд у справах молоді, який виносить вирок молодій особі, визначає такий вирок відповідно до принципів, викладених у ст. 3 та виходячи з таких принципів:

а) вирок не повинен мати проявів покарання, яке є суворішим, ніж те, яке було б придатним для дорослої особи, засудженої за вчинення такого самого правопорушення за тих самих обставин;

б) вирок повинен бути подібним вирокам, які виносяться в рамках даного регіону відносно таких самих молодих осіб, визнаних винними за вчинення такого самого правопорушення за тих самих обставин;

в) вирок повинен відповідати тяжкості вчиненого правопорушення та рівню відповідальності молодшої особи за це правопорушення (містити якомога менше обмежень; бути таким, який скоріше за все сприятиме реабілітації молодшої особи та його або її інтеграції до суспільства; сприяти усвідомленню молодшою особою почуття відповідальності, визнання нею шкоди, завданої постраждалим особам і громадськості);

г) відповідно до цього параграфа вирок використовувати незаконне поведіння та утримувати молодих осіб від вчинення правопорушень;

д) усі можливі санкції, крім утримання під вартою, застосування яких є розумним

за даних обставин, мають враховувати всі аспекти, що стосуються всіх молодих осіб, зокрема обставини, що стосуються молодих осіб, які належать до корінних народів.

Визначаючи вирок, який виносяться молодим особам, суд у справах молоді повинен враховувати [3, с. 36–38]:

а) рівень участі молодшої особи у вчиненому правопорушенні;

б) шкоду, завдану постраждалим особам і факт навмисності й очевидної передбачуваності такої шкоди;

в) будь-яку компенсацію, здійснену молодшою особою постраждалій особі та громадськості;

г) час, витрачений на перебування молодшої особи під вартою, що стало наслідком вчинення правопорушення;

д) попередні випадки визнання за молодшою особою вини;

е) будь-які інші обтяжуючі та пом'якшуючі обставини, що стосуються молодшої особи або правопорушення, які мають відношення до мети та принципів, викладених у цій статті.

У Законі Канади «Про кримінальну юстицію у справах молоді» визначається порядок призначення молодій особі режиму перебування під вартою та його тривалість (ст. 39). Відповідно до ч. 1 цієї статті суд у справах молоді не має права приймати рішення про утримання молодшої особи під вартою відповідно до ст. 42 (вироки, які виносяться молодим особам), крім випадків, коли:

а) молода особа вчинила правопорушення, пов'язане із застосуванням насильства;

б) молода особа не виконала умов вироків, не пов'язаних із перебуванням під вартою;

в) молода особа вчинила кримінальне правопорушення, що карається, в разі вчинення його дорослою особою, тюремним ув'язненням терміном більше двох років та існує досвід застосування в таких випадках позасудових санкцій або визнання вини або обох варіантів (відповідно до цього Закону або Закону «Про неповнолітніх правопорушників»;

г) молода особа вчинила кримінальне правопорушення, а обтяжуючі обставини, які супроводжували вчинення правопорушення, є такими, що призначення вироку, який не пов'язаний із позбавленням волі, суперечитиме меті та принципам ст. 38 (у виключних випадках).

Частиною 2 ст. 38 передбачено: якщо застосовуються будь-які підпункти з «а» до «с» ч. 1 ст. 38, то суд у справах молоді не має права призначати вирок, пов'язаний із позбавленням волі відповідно до ст. 42 (вироки, які виносяться молодим особам), якщо суд не розглянув усі альтернативи утриманню під

вартою, які виявилися доступними в рамках слухань про винесення вироку, застосування яких є розумною альтернативою та не прийняв рішення про те, що не існує розумного альтернативного заходу або поєднання альтернативних заходів, що відповідало б меті та принципам ст. 38.

Приймаючи рішення про наявність альтернативного заходу, який є альтернативою по відношенню до утримання під вартою, суд у справах молоді повинен розглянути такі сторони справи:

а) наявність заходів, які можуть стати альтернативою по відношенню до утримання під вартою;

б) вірогідність виконання молодого особою умов вироку, не пов'язаного із позбавленням волі, враховуючи виконання ним або нею умов попередніх вироків, не пов'язаних із позбавленням волі;

в) альтернативні по відношенню до позбавлення волі заходи, які застосовувалися по відношенню до молодих осіб за вчинення аналогічних правопорушень за таких самих обставин.

Визначаючи тривалість вироку, який виноситься молодим особам і включає певні елементи позбавлення волі, суд у справах молоді має керуватися метою та принципами ст. 38 і не враховувати, що нагляд, як складова вироку, може не відбуватися в рамках перебування під вартою, а також не враховувати можливість перегляду вироку судом відповідно до ст. 94 [3, с. 38–39].

Статті 41 та 42 Закону Канади «Про кримінальну юстицію у справах молоді» передбачають порядок винесення вироків неповнолітнім правопорушникам та їх види. Статтею 41 Закону передбачено положення про те, що коли суд у справах молоді визнає молодого особу винною у вчиненні правопорушення, то він має право скликати або сприяти скликанню зібрання, відповідно до ст. 19, для складання рекомендацій для суду щодо винесення прийнятного вироку. Відповідно до ч. 1 ст. 42 Закону, суд у справах молоді перед винесенням вироку повинен розглянути всі рекомендації, які були йому передані відповідно до ст. 41, інформацію, яка міститься у попередній доповіді, що передувє винесенню вироку, будь-яку іншу інформацію, надану сторонами процесу або їх адвокатом і представниками, а також батьками молодого особи, будь-яку іншу відповідну інформацію, надану суду.

Відповідно до ч. 2 ст. 43 Закону, коли суд у справах молоді визнає молодого особу винною у вчиненні правопорушення та виносить їй вирок (що виноситься по відношенню до молодих осіб), то суд, відповідно до цієї статті, має право винести один із таких вироків

або будь-яку кількість таких вироків, що не суперечать один одному та, якщо правопорушення є вбивством першого ступеня або вбивством другого ступеня, як це визначається ст. 231 КК, то суд має право: винести вирок відповідно до п. «q» або п. «t»; винести будь-який вирок відповідно до цього підпункту, винесення якого вважатиметься судом доцільним:

а) оголосити догану молодій особі;

б) своїм наказом суд може повністю зняти обвинувачення з молодого особи, якщо вважатиме, що це відповідає найкращим чином інтересам молодого особи та не загрожує інтересам громадськості;

в) своїм наказом суд може повністю зняти обвинувачення з молодого особи на будь-яких умовах, які є прийнятними, на думку суду; вимагати від молодого особи звітування та перебування під наглядом вищої посадової особи провінції;

г) зобов'язати молодого особу сплатити штраф, сума якого не повинна перевищувати \$1,000 у термін і на умовах, визначених судом;

д) зобов'язати молодого особу сплатити суму будь-якій іншій особі, у термін і на умовах, визначених судом, у вигляді компенсації збитків або пошкоджень, завданих власності, або через втрату доходів і підтримки, або (в рамках провінції Квебек) зобов'язати молодого особу компенсувати матеріальні витрати, пов'язані із досудовими слуханнями, або (в рамках будь-якої іншої провінції), зобов'язати молодого особу компенсувати спеціальні збитки, тілесні ушкодження, які стали наслідком вчинення правопорушення, якщо сума такої компенсації є встановленою, але жоден наказ про компенсацію не може бути прийнятий щодо інших збитків у рамках провінції Квебек, або щодо збитків загального характеру у будь-якій іншій провінції;

е) зобов'язати молодого особу повернути будь-якій іншій особі предмети власності, здобуті молодого особою внаслідок вчинення правопорушення у термін, визначений судом, та якщо та чи інша власність знаходиться у розпорядженні іншої особи або була на момент вчинення правопорушення в її або його незаконному володінні;

ж) якщо власність, здобута в результаті вчинення правопорушення, була продана невинному покупцю, то після того, як її повернули власнику або наказали повернути, суд наказує молодій особі виплатити такому покупцю у термін і на умовах, визначених судом, суму, яка не перевищуватиме суми, сплаченої покупцем за цю власність;

з) відповідно до ст. 54 зобов'язати молодого особу здійснити компенсацію у грошовому

еквіваленті або через певні послуги у термін і на умовах, визначених судом із метою відшкодування затрат, збитків або ушкоджень, понесених такою особою, відносно якої такий наказ може бути виданий згідно з пунктами «е» або «г»;

і) відповідно до ст. 54 зобов'язати молодшу особу виконувати громадські роботи у термін і на умовах, визначених судом, а також звітувати про це та перебувати під наглядом вищої посадової особи провінції або особи, призначеної судом у справах молоді;

й) відповідно до ст. 51 (порядок заборони) видати наказ про заборону, конфіскацію або позбавлення, які можуть бути призначені згідно з будь-яким законом або іншим правовим механізмом, вжитого до нього, якщо особа, яка обвинувачується, визнана винною або засуджена за правопорушення, крім наказу відповідно до ст. 161 КК;

к) призначити молодшій особі відбування режиму пробації відповідно до статей 55 та 56 (умови й інші питання, що стосуються режиму пробації) на період, який не повинен перевищувати двох років;

л) відповідно до п. «З» (згода вищої посадової особи провінції) призначити молодшій особі участь у проходженні курсу виїзної інтенсивної підтримки та нагляду, ухваленого вищою посадовою особою провінції у час і на умовах, визначених судом, протягом 240 годин у період, який не перевищуватиме шість місяців;

м) відповідно до підпункту «З» (згода вищої посадової особи провінції) та ст. 54 зобов'язати молодшу особу взяти участь у проходженні виїзного курсу, ухваленого вищою посадовою особою провінції у термін і на умовах, визначених судом, протягом 240 годин на період, який не повинен перевищувати шість місяців;

н) видати наказ про перебування під вартою та наказ про здійснення нагляду за молодшою особою, зазначаючи, що одна частина періоду повинна відбуватися під вартою, а інша (яка становить половину першої) – відповідно до статей 97 (включно з відповідними умовами) та 98 (безперервність перебування під вартою), під наглядом у рамках режиму пробації, згідно з певними умовами, щодо загального терміну цих періодів, і він не повинен перевищувати двох років із дня набуття чинності такого наказу або, якщо молода особа визнана винною у вчиненні правопорушення, яке карається, відповідно до КК або будь-якого іншого закону, довічним ув'язненням, не повинен перевищувати трьох років з дня набуття чинності такого наказу;

о) у разі вчинення правопорушення, зазначеного у ст. 239 (замах на вбивство), статтях 232, 234 або 236 (ненавмисне вбивство)

або 273 (зазіхання сексуального характеру за наявності обтяжуючих обставин) КК, видати наказ про утримання під вартою та перебування під наглядом по відношенню до молодшої особи на певний термін часу, який не повинен перевищувати трьох років із дня направлення під варту, що зобов'язує молодшу особу перебувати під вартою безперервно в рамках першої частини вироку та, відповідно до ч. 1 ст. 104 (безперервність перебування під вартою), відбувати залишок вироку в рамках умовного нагляду в рамках режиму пробації відповідно до ст. 105;

п) відповідно до п. 5 видати наказ про відстрочення перебування під вартою та нагляду, які відбуватимуться в рамках періоду, що не повинен перевищувати 6 місяців, відповідно до ч. 2 ст. 105 та інших умов, які містяться у ч. 3 ст. 105 та врахування яких суд вважатиме доцільним;

р) призначити молодшій особі вирок, який не повинен перевищувати:

- у разі вчинення вбивства першого ступеня – 10 років, який складатиметься з перебування під вартою, що відбуватиметься безперервно протягом періоду, який не повинен, відповідно до ч. 1 ст. 104 (безперервність перебування під вартою) КК, перевищувати 6 років від початку перебування під вартою, та відбування умовного нагляду, що здійснюватиметься в рамках режиму пробації відповідно до ст. 105;

- у випадку вчинення вбивства другого ступеня – 7 років, який складатиметься з перебування під вартою (відбуватиметься безперервно протягом періоду, який не повинен, відповідно до ч. 1 ст. 104 (безперервність перебування під вартою) КК перевищувати 4 років від початку перебування під вартою, та відбування умовного нагляду (здійснюватиметься в рамках режиму пробації відповідно до ст. 105 КК;

с) відповідно до ч. 7 призначити молодшій особі перебування під вартою для інтенсивної реабілітації та призначити їй перебування під наглядом, який:

- має тривати певний період та не перевищувати двох років від дня початку перебування під вартою для інтенсивної реабілітації, або, якщо молода особа визнана винною у вчиненні правопорушення, яке карається відповідно до КК або іншого закону довічним ув'язненням, не перевищувати трьох років від дня початку перебування під вартою для інтенсивної реабілітації, що зобов'язує молодшу особу безперервно перебувати під вартою для інтенсивної реабілітації в рамках першої частини вироку та відповідно до ч. 1 ст. 104 (безперервність перебування під вартою) відбувати залишок умовного нагляду в рамках режиму пробації відповідно до ст. 105;

• має тривати певний період і не перевищувати у випадку вбивства першого ступеня, 10 років із дати перебування під вартою для інтенсивної реабілітації й який складатиметься з перебування під вартою для інтенсивної реабілітації, яке відбуватиметься безперервно та не повинно перевищувати 6 років із дати перебування під вартою для інтенсивної реабілітації, та відповідно до ч. 1 ст. 104 (безперервність перебування під вартою) відбування умовного нагляду відбуватиметься в рамках режиму пробації відповідно до ст. 105;

• який має тривати певний період і не перевищувати, у випадку вбивства другого ступеня, 7 років із дати початку проходження такого курсу та складатиметься з перебування під вартою для інтенсивної реабілітації, що відбуватиметься безперервно та не повинно перевищувати 4 років із дати перебування під вартою для інтенсивної реабілітації, та відповідно до ч. 1 ст. 104 (безперервність перебування під вартою) відбування умовного нагляду відбуватиметься в рамках режиму пробації відповідно до ст. 105;

т) призначити молодій особі будь-які інші розумні та допоміжні умови, які суд вважатиме корисними і такими, що відповідають інтересам молоді особи та громадськості.

Суд також має право призначити відстрочене перебування під вартою та перебування під наглядом відповідно до п. «р» ч. 2 ст. 43, якщо:

а) молода особа визнана винною у вчиненні правопорушення, крім такого, вчиняючи яке, молода особа завдала або спробувала завдати тяжкі тілесні ушкодження;

• це відповідає меті та принципам ст. 38 та обмеженням щодо перебування під вартою відповідно до ст. 39. Суд у справах молоді має право призначити молодій особі перебування під вартою для інтенсивної реабілітації та перебування під наглядом відповідно до п. «г» ч. 2 ст. 43 якщо:

• молода особа визнана винною у вчиненні тяжкого правопорушення, пов'язаного із застосуванням насильства або молода особа визнана винною у вчиненні правопорушення, вчиняючи яке вона завдала або мала намір завдати тяжкі тілесні ушкодження, за які доросла особа карається тюремним ув'язненням терміном на два або більше років, а також якщо молода особа визнавалася раніше винною щонайменше двічі у вчиненні такого правопорушення;

б) молода особа страждає від психічних захворювань або розладів, психологічного або емоційного розладу;

в) існує розроблений курс лікування або здійснення нагляду відносно молоді особи

й є підстави вважати, що такий курс може зменшити ризик рецидивного вчинення молодію особою правопорушення або вчинення нею тяжкого правопорушення, пов'язаного із застосуванням насильства;

г) вища посадова особа провінції встановила, що перебування під вартою для інтенсивної реабілітації та здійснення нагляду можлива і участь молоді особи у такому курсі доцільна.

Жодного вироку, який виноситься молодим особам, крім вироків відповідно до пунктів «j», «n», «o», «q» або «r» ч. 2 аналізованої статті не можуть мати чинності більше двох років. Якщо вирок, який виноситься молодим особам, включає більше однієї санкції, призначеної у цей час щодо того ж правопорушення, то поєднана тривалість цих санкцій не повинна перевищувати двох років, за винятком випадків, коли такий вирок не включає санкцію відповідно до пунктів «j», «n», «o», «q» або «r» ч. 2 ст. 43 Закону, яка перевищує термін двох років.

Якщо винесено більше одного вироку, який виноситься молодим особам, відповідно до цієї статті відносно молоді особи за вчинення різних правопорушень, то безперервна поєднана тривалість таких вироків не повинна перевищувати трьох років, крім випадків, коли одне з правопорушень є вбивством першого ступеня або вбивством другого ступеня, яке це визначено ст. 231 КК, в якому безперервна поєднана тривалість вироків, що виносяться молодим людям, не перевищує 10 років у випадку вчинення вбивства першого ступеня та 7 років у випадку вчинення вбивства другого ступеня [3, с. 43–50].

Закон Канади «Про кримінальну юстицію у справах молоді» передбачає також винесення додаткових вироків. Про це йдеться у ст. 43. Відповідно до підпункту ч. 15 ст. 42 (тривалість вироків, які виносяться молодим особам), якщо молодій особі, якій винесено вирок про перебування під вартою, відповідно до п. 42 «n», «o», «q» або «r» ч. 2 ст. 42 та термін якого досі не скінчився, виноситься додатковий вирок, відповідно до одного з цих пунктів, то молода особа відповідно до цілей Закону «Про виправлення та умовне звільнення» КК, Закону «Про тюрми та виправні заклади» та цього Закону вважається такою, якій винесено один вирок, що виноситься молодим особам, який починається відбуванням першого з цих вироків і закінчується відбуванням останнього з них [3, с. 51].

Іншим видом додаткових вироків є накази про заборону відповідно до ст. 51 Закону Канади «Про кримінальну юстицію у справах молоді». Цією статтею передбачено, що, попри положення ст. 42 (вироки, які вино-

сяться молодим особам), коли молода особа визнана винною у вчиненні правопорушення відповідно до будь-якого з пунктів ч. 1 ст. 109 від «а» до «д» КК, суд у справах молоді має право, на додаток до винесення вироку як такого відповідно до ст. 42 (вироки, які виносяться молодим особам) видати наказ про заборону молодій особі володіти вогнепальною зброєю, самопалами, забороненою зброєю, зброєю, володіння якою носить обмежений характер, забороненими приладами, боезапасами, забороненими боезапасами або вибухонебезпечними речовинами протягом періоду, визначеного у наказі відповідно до ч. 2.

Наказ, виданий відповідно до ч. 1 ст. 109 починає діяти з дня його видачі та закінчує діяти не раніше відбуття молодого особою частини із перебування під вартою в рамках винесеного їй вироку або, якщо молода особа не повинна перебувати під вартою, після визнання її винною у вчиненні правопорушення.

У частині 3 ст. 109 зазначається, що попри положення ст. 42 (вироки, які виносяться молодим особам), коли молода особа визнана винною у вчиненні правопорушення відповідно до будь-якого з пунктів «а», «б» ч. 1 ст. 110 КК, суд у справах молоді має право, на додаток до винесення вироку як такого відповідно до ст. 42 (вироки, які виносяться молодим особам), розглянути питання про бажаність і відповідність інтересам молоді особи або будь-якої іншої особи видачі наказу про заборону молодій особі володіти вогнепальною зброєю, самопалами, забороненою зброєю, зброєю, володіння якою носить обмежений характер, забороненими приладами, боезапасами, забороненими боезапасами або вибухонебезпечними речовинами, або всіма такими речами, та, якщо суд вважатиме видання такого наказу бажаним, він видає наказ про це.

Наказ, виданий відповідно до ч. 3 ст. 109 починає діяти з дня його видачі та закінчує діяти не пізніше двох років після відбуття молодого особою вироку із перебування під вартою або, якщо молода особа не повинна перебувати під вартою, після визнання її винною у вчиненні правопорушення [3, с. 55–56].

Стаття 64 Закону Канади «Про кримінальну юстицію у справах молоді» передбачає

можливість застосування до молоді особи вироку, який виносяться дорослим особам. Так, відповідно до ч. 1 цієї статті, генеральний прокурор має право, до моменту озвучення доказів, які стосуються вироку, або без наступного озвучення доказів, перед моментом розгляду, що стосується вироку, подати заяву до суду у справах молоді щодо видачі відповідного наказу про те, що молодій особі може бути винесено вирок, який виносяться дорослим особам, якщо така молода особа визнана винною у вчиненні правопорушення, що карається, у разі вчинення його дорослою особою, ув'язненням на термін двох або більше років та яке вчинене після досягнення молодого особою 14 років [3, с. 65]. Незважаючи на таку норму, у Канаді вона майже не застосовується, оскільки, як зазначають фахівці, застосування її вступає у протиріччя з базовими, вихідними ідеями ювенального кримінального права [4].

Таким чином, Закон Канади «Про кримінальну юстицію у справах молоді» є прикладом пріоритетності застосування некаральних профілактично-попереджувальних заходів відносно молодих правопорушників, який одночасно передбачає нормативний взаємозв'язок із загальними нормами покарання за вчинення кримінальних правопорушень, що застосовуються до дорослих осіб.

Список використаних джерел

1. *Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник* / Под ред. А. Я. Сухарева. – М., 2003. – 976 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.libbooks.ru/bookbox_108914.html. – Назва з екрана.
2. *Марисюк К. Б.* Кодифікація кримінального законодавства Канади: історія та сучасність // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2003. – № 1. – С. 134–141.
3. *Youth Criminal Justice Act* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://laws.justice.gc.ca/PDF/Y-1.5.pdf>. – Назва з екрана.
4. *Russell Smandych.* Canada: Repenalization and Young Offenders' Rights // *Comparative Youth Justice Issues* // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.corwin.com/upm-data/29577_03_Muncie_CYJ_Ch_02.pdf. – Назва з екрана.

Стаття надійшла до редакції 14.12.2014 р.

The article examines the characteristics of sentencing (punishment) minors under the criminal laws of Canada. Are examined and analyzed key terms, provisions for measures of criminal law and criminal procedure influence on juvenile offenders for offenses they had committed.

В статті розглядаються особливості винесення приговоров (назначення покарання) не-совершеннолетним по уголовному законодательству Канады, анализируются ключевые термины, положения о мерах уголовно-правового и уголовно-процессуального воздействия на несовершеннолетних правонарушителей за совершенные ими правонарушения.

