

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ



НПУ ім. М.П. Драгоманова

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Акуленко В. І. – д.ю.н., професор
Андрусишин Б. І. – д.і.н., професор
Андрущенко В. П. – д.ф.н., професор, академік НАПН України
Бабкін В. Д. – д.ю.н., професор
Виноградова Г. В. – к.ю.н.
Гончаренко В. Г. – д.ю.н., професор, академік НАПрН України
Губань Р. В. – к.ю.н., доцент
Денисов В. Н. – д.ю.н., професор
Дідікін А. Б. – к.ю.н. (Російська Федерація)
Довгерт А. С. – д.ю.н., професор
Касперський І. П. – к.ю.н.
Кисіль В. І. – д.ю.н., професор
Купіна Л. Ф. – к.ю.н., доцент
Курчєєв В. С. – д.ю.н., професор (Російська Федерація)
Максимов В. В. – к.ю.н.
Максимова С. В. – науковий співробітник, шеф-редактор
Марущак А. І. – д.ю.н., професор
Мережко О. О. – д.ю.н., професор
Мікулін В. П. – д.ю.н., професор
Огірко Р. С. – к.ю.н., доцент
Омельченко А. В. – д.ю.н., доцент
Омельченко І. К. – к.ю.н., доцент
Онщенко Н. М. – д.ю.н., професор
Пархоменко Н. М. – д.ю.н., старший науковий співробітник
Руденко М. В. – д.ю.н., професор
Скулиш Є. Д. – д.ю.н., професор
Токарчик Р. А. – д.ю.н., професор (Польща)
Цибуленко Є. М. – доктор права, професор (Естонія)
Шемшученко Ю. С. – академік НАН України, д.ю.н., професор
Шимон С. І. – к.ю.н., доцент

ВИДАВНИЧА ОРГАНІЗАЦІЯ
«ЮСТІНІАН»
2015

**Правове видання
«ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ»
№4-5(154-155) 2015**

Засновано у березні 2002 р.
Реєстр. свід-во KB № 5927
від 12.03.2002 р.

Обсяг: 200 стор.

Видавець:
ТОВ ВО «ЮСТІНІАН»

Генеральний директор
Ірина ОМЕЛЬЧЕНКО

Шеф-редактор
Світлана МАКСИМОВА

Виконавчий директор
Олена ОСМОЛОВСЬКА

Редактор
Анна РОДЮК

Літературний редактор
Марина ЛОМАКІНА

Комп'ютерна верстка
Андрій СЕМЯНОВИЧ

Адреса редакції: 04050, м. Київ,
вул. Герцена, 17/25, оф. 91
Поштові реквізити:
04050, м. Київ, а/с №39
Тел.: +38 (044) 230-01-73/74
E-mail: journal@justinian.com.ua
Сайт: www.justinian.com.ua

Ціна договірна

Від редакції:

Матеріали, що надсилаються
для опублікування, мають
бути ексклюзивними й не
публікуватися в інших виданнях.

Редакція залишає за собою
право редагувати будь-які
матеріали, що надійшли
до видавництва.

Рукописи не рецензуються
і не повертаються.

Опубліковані матеріали
містять думку автора, яка
може не завжди збігатися
з позицією редакції.

Передрук статей можливий
лише з письмового
дозволу редакції.

Матеріали, позначені знаком ®,
публікуються на правах
реклами.

З питань розміщення реклами
звертатися до редакції.
За зміст рекламних матеріалів
відповідальність несе
рекламодавець.

© Авторські права захищено



**Реформування системи господарського права та процесу:
позитивні зміни та новели**

19 червня сталася подія, на яку довго очікували одні, якої так боялися інші, і щодо якої буде зламано ще не мало списів аналітиків, журналістів, громадських діячів. Конституційний суд визнав конституційним законопроект щодо знаття депутатської недоторканності. Добре це чи погано? З правової точки зору певний імунітет депутати Парламенту мати повинні, однак не в такій формі, як це було прийнято в нас, коли, з одного боку, отримавши як сніг на голову пропорційну систему до партійних списків заносилися водії, кухарки та коханки, а, з іншого за депутатською недоторканністю часто ховалися, відверто скажемо, злочинці та кримінальні авторитети. За таких умов цей крок виправданий і, навіть, необхідний. Враховуючи настрої країни, люстраційні закони, нещодавно прийняті парламентом, таке рішення Конституційного Суду допоможе очищенню влади. Сподіваємося, і олігархи, і «сильні світу цього» перестануть прагнути заховатися за депутатським мандатом та такою бажаною депутатською недоторканністю, а працювати в ВРУ прийдуть справжні політики і патріоти. КСУ констатував у своєму рішенні, що зміни щодо скасування недоторканності народних депутатів України стосуються лише їхнього спеціального статусу і не впливають на зміст конституційних прав і свобод людини і громадянина (їхнє скасування чи обмеження), а отже, не суперечать вимогам ч. 1 ст. 157 Конституції України.

Крім згаданої непересічної події хочемо запропонувати нашим читачам інтерв'ю з новобраним членом ВККСУ Андрієм Василенком, який розповість про специфіку роботи ВККСУ та розробки щодо кваліфікаційного оцінювання суддів та складання Досьє судді (с. 8).

Темою номеру «ЮЖ», що ми цього разу пропонуємо читачам є «Господарське право та процес». У рубриці NB! ви можете ознайомитися з матеріалом Тараса Пасько щодо особливостей електронних перевірок органами фіскальної служби та особливостями їх проведення (с. 28); радимо для ретельного аналізу статтю юристів юридичної фірми «Aequo» Євгена Левіцького та Антона Бабака «Міноритарії отримують право судитись від імені та в інтересах товариства». В матеріалі йдеться про те, що ВРУ у другому читанні загалом проголосувала за проект Закону України №2259 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів», за яким вносяться зміни до Господарського процесуального кодексу України щодо підвідомчості господарським судам справ про відшкодування збитків, завданих товариству діями або бездіяльністю його посадових осіб, а також визначається коло осіб, які мають право ініціювати у судовому порядку процедуру такого відшкодування. Цим законопроектом пропонується запровадити інститут так званого похідного позову, про що можна почитати на ст. Ксенія Шеїн у своєму матеріалі «Крок до справедливого правосуддя» аналізує можливості перегляду ВСУ рішень, прийнятих Вищим господарським судом України (с. 128).

Радимо звернути увагу на фундаментальне дослідження Володимира Посполіта та Катерини Ященко «Угода про асоціацію України та Європейського Союзу: її вплив на розвиток бізнесу в Україні» (с. 46). Дослідники описують вплив Угоди на різні сфери економіки та бізнесу, зокрема як вона вплине на сферу підприємницької діяльності, оподаткування, торгівлі, доступ товарів на ринки, засоби захисту товару, транскордонне надання послуг, захист прав споживачів, маркетинг, договірне право.

В номері також, як завжди, багато інших цікавих матеріалів. Залишайтеся з нами!

З повагою, шеф-редактор Світлана Максимова



РОЗДІЛ I. ЮРИДИЧНИЙ СВІТ 7

ГІСТЬ РЕДАКЦІЇ

«Не можна перемогти корупцію лише каральними методами» –
Андрій ВАСИЛЕНКО. 8

ЮРИДИЧНІ НОВИНИ

Правничі новини України 12

Правничі новини світу. 16

Новини судочинства. 22

РОЗДІЛ II. ДУМКА НАУКОВЦЯ 25

NOTA BENE: ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

Тарас Пасько «Електронна перевірка органами фіскальної
служби: правовий статус та процедура проведення» 28

ЄВРОІНТЕГРАЦІЯ

Володимир Посполітак, Катерина Яценко
«Угода про асоціацію України та Європейського Союзу:
її вплив на розвиток бізнесу в Україні» 34

ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Андрій Олефір «Проблеми застосування принципу вичерпання
прав на об'єкти права інтелектуальної власності в Україні» 42

СУДОВА СИСТЕМА

Марина Булкат «Питання про наукові дослідження
судової влади» 72

СПАДКОВЕ ПРАВО

Ярослав Ковальчук «Основні проблемні аспекти особи
заповідача в теорії і в практиці» 78

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Ростислав Садовий «Майнова люстрація» 102



КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Мирослав Цибулюк «Принципи конституційно-правового статусу особи: теоретико-правовий аспект» 104

ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Ганна Ахмач «Застосування міжнародних договорів України на стадії відкриття касаційного провадження» 108

АДВОКАТУРА

Людмила Слива «Реформа адвокатури 2015: за чи проти» 112

СУДОВИЙ ПРОЦЕС

Інна Омідинська «Принцип рівності учасників судового процесу» 118

РОЗДІЛ III. ПОГЛЯД ПРАКТИКА 123

НОТА ВЕНЕ: ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

Антон Бабак, Євген Левіцький «Міноритарії отримають право судитися від імені та в інтересах товариства» 124

Ксенія Шеїн «Крок до справедливого судочинства» 128

Наталія Опря «Не втаїш шила в мішку, бо все одно вилізе, або чи варто порушувати закон?» 130

КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО

Олександр Кушнарєнко «Особливості виключення учасника з товариства з обмеженою відповідальністю» 132

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

Алла Олійник «Проблеми судового захисту прав та інтересів позичальника як сторони кредитного договору, укладеного в іноземній валюті» 136

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Андрій Кубко «Нова угода між Україною та Японією про сприяння та захист інвестицій» 144



ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Геннадій Андросчук «Захист від недобросовісної конкуренції» ... 150

ПОДАТКОВЕ ПРАВО

Мирослава Нечай «Щодо можливості доведення факту виплати зарплати «в конвертах» за результатами фактичної перевірки» 166

ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Дмитро Жуков, Денис Овчинников «З АТО до суду?» 170

Ірина Шляховська «Міжнародні нюанси цивільного процесу» ... 172

ПОДАТКОВЕ ПРАВО

Анна Самойленко «Практичні аспекти впливу наявності порушеної кримінальної справи на розгляд справи про оскарження ППР в адміністративних судах» 176

РОЗДІЛ IV. ВСЕ ДЛЯ ЮРИСТА 181

ІНОЗЕМНИЙ ДОСВІД ДЛЯ СУДДІВ

«Відбувся робочий візит української делегації до Канади» 182

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Роман Брезіцький «Громади, об'єднуйтесь, зважаючи на ризики» 195



ХАРЧОВА ПРОМИСЛОВІСТЬ: ОСНОВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ

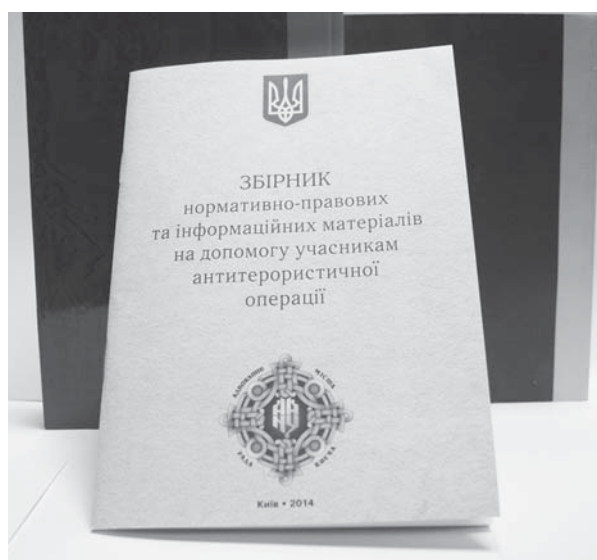


На сьогодні харчова промисловість є одним з найбільш конкурентоспроможних секторів економіки України, який стрімко і динамічно розвивається. Будучи високопрофесійним експертом у цій галузі, адвокатське об'єднання Arzinger видало книгу «Харчова промисловість: основи правового регулювання в Україні» у редакціях російською, українською та англійською мовами. Це видання покликане дати загальне уявлення про правове поле, у якому функціонує галузь харчової промисловості в Україні станом на 27.10.2014.

Зараз Україна стоїть на порозі кардинальних змін у сфері регулювання харчової промисловості. У зв'язку з ратифікацією Угоди про асоціацію з ЄС 16 вересня 2014 р. у найближчому майбутньому очікується активна гармонізація українського законодавства, що регулює харчову промисловість, із законодавством ЄС як у окремих сферах (маркування, митне регулювання, фітосанітарні заходи, стандартизація, державні закупівлі, антимонопольне регулювання та ін.), так і стосовно окремих категорій продуктів. Очікується, що це відкриє для українських виробників широкі можливості диверсифікації експорту продукції на міжнародний ринок, а також забезпечить їм можливість участі у державних закупівлях в ЄС.

Книга була створена командою юристів практики харчової промисловості Arzinger під керівництвом керуючого партнера **Тимура Бондарева** і партнера **Лани Сінічкіної**. Команда налічує більше 10 юристів і патентних повірених, котрі свого часу працювали у провідних компаніях сектору алкогольної промисловості, провідних компаніях-виробниках продуктів харчування, мінеральних вод, у юридичних департаментах великих торгових мереж, а також мають досвід супроводження діяльності ресторанного та готельного бізнесу і регулярно відстежують зміни у законодавстві у сфері харчової промисловості.

НА ДОПОМОГУ УЧАСНИКАМ АТО РОЗРОБЛЕНО ЗБІРНИК НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ТА ІНФОРМАЦІЙНИХ МАТЕРІАЛІВ



Минулого тижня вийшли друком Методичні рекомендації «Збірник нормативно-правових актів та інформаційних матеріалів на допомогу учасникам антитерористичної операції». Збірник підготовлений Державною службою України у справах ветеранів війни та учасників антитерористичної операції та Радою адвокатів у місті Києві для застосування учасниками антитерористичної операції при наданні їм статусу «учасника бойових дій» та соціальних гарантій. Збірник розповсюджуватиметься безкоштовно.

Jus est ars
boni et
aequi

Право – це наука
про те, що є добрим
і справедливим



*При підготовці розділу
використана база нормативних
актів «ЛІГА ЗАКОН»*



ЮРИДИЧНИЙ СВІТ

НЕ МОЖНА ПЕРЕМОГТИ КОРУПЦІЮ ЛИШЕ КАРАЛЬНИМИ МЕТОДАМИ

Про специфіку роботи Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та ефективну модель її функціонування «Юридичному журналу» розповів член ВККСУ Андрій ВАСИЛЕНКО.

– **Пане Андрію, Ви маєте великий досвід правотворчої роботи, є співавтором багатьох законів, зокрема «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про банки і банківську діяльність», антидемпінгових та антисубсідіарних, тощо. На Ваше переконання, які основні принципи має реалізувати судова реформа? Чи потрібно Україні переймати у цьому питанні досвід західних країн?**

– Щодо основних принципів судової реформи, то зазначу, що вони загальновідомі і викладені у низці міжнародних документів. Принцип забезпечення права на справедливий судовий розгляд незалежним і безстороннім судом є одним з основних принципів Загальної декларації прав людини прийнятої ООН ще у 1948 р. Цей принцип закріплено і розвинуто у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 р., в інших міжнародних документах, наприклад, таких як Основні принципи незалежності судових органів 1985 року, Рекомендації щодо ефективного впровадження Основних принципів незалежності судових органів 1989 року, Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя 1983 року. Щодо європейських документів то це, в першу чергу, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Рекомендація № (94) 12 «Незалежність, дієвість та роль суддів» 1994 року, Європейська хартія про закон «Про статус суддів» 1998 року, Висновки Консультативної ради європейських суддів (далі – *КРЕС*), Висновки Венеційської комісії.

Тобто ці принципи історично вироблені міжнародною практикою, і частково у нас вже реалізуються в оновленому Законі «Про судоустрій і статус суддів», «Про забезпечення права на справедливий суд».

Міжнародний досвід і наш внутрішній, це неподільні речі, тому нам необхідно наслідувати ті принципи і ту практику, яка на сьогодні є в світі. Нам необхідно виконувати свої зобов'язання за універсальними конвенціями та ті що впли-



Андрій ВАСИЛЕНКО, член ВККС

вають з Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Крім того, Україна має виконувати рішення Європейського суду з прав людини. При цьому хотів би зазначити, що у світі немає жодної держави, яка б повністю і безумовно виконала б всі міжнародні рекомендації. Існують лише держави, які впровадили їх більшою мірою, ніж інші. Я хотів би навести невеличку цитату з одного із документів Європейської комісії з питань ефективності правосуддя Ради Європи (далі – *СЕПЕJ*), де чітко зазначено, що судова система, це продукт соціального, історичного, культурного розвитку кожної держави.

Тому якщо говорити про прийняття досвіду інших країн, то треба підходити до цього питання з урахуванням багатьох чинників. Нам необхідно переймати краще із закордонного досвіду з того, що нам підходить, але не забувати про власний досвід та реалії, інакше все це не буде працювати. Умовно кажучи, є три рівні. Перший – це обов'язкові норми та принципи міжнародних договорів, які нам необхідно вводити, частина з них вже працює, але іншу частину необхідно імплементувати, оскільки це частина наших міжнародних зобов'язань. Другий рівень, це рекомендації усіх консультативних органів

на кшталт СЕРЕЈ, Консультативної ради європейських суддів (далі – КРЕС) тощо, які треба адоптувати для наших реалій. І третій рівень, це наш, національний. Тобто це наше законодавство, яке ми наразі намагаємось вдосконалити. Власне, це і є схема наслідування іноземного досвіду.

– Як можна підвищити авторитет судової влади, якщо брати до уваги, що в Україні склалася практика, коли інші гілки влади публічно звинувачують та зневажають суди та суддів, позбавляючи систему правосуддя незалежності?

– Знову-таки, у висновках КРЕС записано, що одним із завдань органів судової влади є формування, збереження і розвиток позитивного іміджу судової влади. Під цим розуміється, що це не просто іміджеві речі, а об'єктивна реальність, оскільки це питання довіри не влади до влади, а людей до судової влади. Це те, що стосується кожної людини, це ефективність захисту її інтересів зокрема соціальних, економічних, тощо, у тому числі і від свавілля держави.

Ще одним з європейських принципів є те, що незалежність суддів при здійсненні правосуддя – це не привілей, наданий суддям за їх бажанням, а гарантія забезпечення верховенства права, прав громадян, юридичних осіб, суспільства і держави в цілому.

Тому, звичайно, що я не підтримую таку глобальну компанію з дискредитації судової влади. Водночас я згоден, що у судовій системі багато чого недоброго. Є і корупція, є і некомпетентність тощо. Але давайте не забувати, що, по-перше, незважаючи на ці чинники, судова система працює, і судді у більшості приймають рішення відповідно до закону, оскільки чесних, порядних та компетентних представників Феміди більше. Багато суддів також виступають за проведення судової реформи, дехто з них зайняв досить активну позицію щодо участі у різних заходах щодо реформування. По-друге, не потрібно забувати, що в усі часи були судді, які, м'яко кажучи, не завжди відповідають критеріям цієї професії. Тому ще раз повторю, я проти такого ставлення до судової влади, особливо, якщо врахувати, що за такими «наїздами» зазвичай стоять якісь корупційні мотиви. Тому, в першу чергу, авторитет судової влади треба підвищувати не шляхом піару, а шляхом реальних змін, проведення реальної реформи.

– Є вірогідність, що після реформування, Вищу кваліфікаційну комісію суддів та Вищу раду ю-

стиції буде поєднано. Чи погоджуєтесь Ви чи ні з таким змінами?

– Зазначу, що це питання робочою групою Конституційної комісії вже розглядалося. Більшість членів дійшли думки, що у такому кроці не має потреби. Не має потреби створювати якийсь надповноважний орган. Крім того, якщо когось з кимось об'єднувати, або створювати новий орган, то він має запрацювати наступного дня, з відповідним результатом. Якщо ми собі ще раз дозволимо такі перерви у роботі, які були у ВККС України та ВРЮ. За час «простоя» накопичилося 10 тис. скарг у ВККСУ і майже 3000 у ВРЮ щодо дисциплінарних питань, плюс додайте до цього майже 600 заяв про переведення до інших судів, понад 1000 суддів є у резерві, та ще й кількості суддів, які не можуть піти у відставку тощо. Тому другого такого періоду «безробіття» держава собі дозволити не може – ми просто з нього не вийдемо, це призведе до колапсу в роботі судової системи. Це об'єктивні причини. Але якщо говорити на теоретичному рівні, то не має значення, скільки органів працюватиме, не в об'єднанні чи роз'єднанні питання, необхідно відповідно до всіх європейських рекомендацій на базі 10-того Висновку КРЕС чітко розподілити обов'язки між цими органами, виключити дублювання функцій та забезпечити проведення простих та прозорих процедур. А хто це буде робити два, три чи десять органів немає принципового значення.

– Могли би Ви розповісти про здобутки Комісії нового складу, які проблеми траплялися, що на сьогодні вдалося, а що ні?

– Почну з того, що на момент, коли Комісія запрацювала у новому складі, накопичилося 13,5 тис. дисциплінарних скарг. Наразі, у межах того графіку, за яким їх розглядає Комісія, сподіваюсь, що до кінця року вони будуть розглянуті. На сьогодні вже розглянуто близько 3000 скарг. Крім того, нарешті почали розглядати питання переведення суддів тощо. Так, Комісія працює за дуже щільним графіком, і результат є. Крім того, перед нами стоять завдання щодо розроблення певних внутрішніх документів для імплементації норм нового закону, наприклад, з кваліфікаційного оцінювання суддів, більшість з яких вже готова і щодо них йде погодження відповідно до вимог законодавства. Практично всі ці документи розроблялися за допомогою міжнародних експертів (зокрема і деяких експертів Венеційської комісії) Ради Європи, Європейського Союзу, US AID і за їх безпосередньою участю. Зазначу, що попри високе

навантаження, ми все-таки у цьому питанні вкладаємося у визначені законодавством строки. Зазначу, що йдеться не про дисциплінарні питання, а про формування суддівського корпусу. Власне, основне завдання Комісії в цьому і полягає, а не в розгляді скарг. Наприклад, в Європейських країнах в аналогічних до ВККСУ органах кількість дисциплінарних скарг вимірюється на рік десятками, але аж ніяк не сотнями і тисячами. І це якраз питання якості судового корпусу, який ці органи формують. Тобто у розвинутих судових системах скарги на суддів – рідкість. Можна віднести до досягнень Комісії і те, що знайшли шляхи ефективної співпраці і з Радою суддів України, з суддівською спільнотою, тому що у початковий період роботи була певна напруга. Частково це пояснюється тим, що Комісію бачили як люстраційний орган, який почне займатися «зачисткою» суддів. Однак ми довели, що це не так, що Комісія – це команда професіоналів, яка приймає об'єктивні рішення, незважаючи на політичну ситуацію в державі.

– Комісія попереднього складу під час вирішення питання переведення суддів до іншого суду, завжди акцентувала увагу на тому, що особисті чи сімейні обставини, які здебільшого покладені у мотивування переведення, не є проблемами ВККСУ, що Комісія не органом, який має опікуватися добробутом суддів. Яке ставлення діючого складу Комісії до такого питання?

– Я не працював з попереднім складом комісії і такої інформації не маю. Але, на моє переконання, читати нотації суддям не входить до повноважень Комісія. Є визначені законом процедури, є конкурс, є чітко встановлені критерії, якщо суддя їм відповідає і ці процедури виконані, і є вакансія у іншому суді, то це його право перейти в той чи інший суд, але зазначу, у встановленому порядку. Крім того, склад ВККСУ зіткнувся ще з однією проблемою, якої ні в кого не було раніше, – це зона АТО та анексія Криму, тому питання зокрема переведення чи прикріплення мають вирішуватися опера-



тивно. Ми маємо забезпечити можливість суддям працювати.

– ВККСУ має відігравати суттєву роль у функціонуванні судової системи, але лише за умови, що цей орган буде насправді незалежним та не заангажований. На Ваш погляд, як можна домогтися цих двох умов?

– Нове законодавство запровадило дещо інші умови щодо формування суддівського корпусу, зокрема, суттєво знижена можливість ручного чи адміністративного втручання в оцінювання тестових чи екзаменаційних завдань суддів. Не останню роль відіграв і авторитет нових членів Комісії, до яких, як я вже зазначав, з'явилася довіра не лише у суддівського корпусу, але й у суспільства. Крім того, триває праця над удосконаленням інших процедур щодо кваліфікаційного оцінювання. Але треба враховувати і якісь соціальні моменти. Тобто не можна боротися з заангажованістю або корупцією лише каральними методами. По-перше необхідно встановлювати прозорі процедури, які важко змінювати чи втручатися в них. А по-друге, необхідно враховувати і соціальний аспект – тобто створенням умов для нормальної роботи та відповідного рівня заробітної плати як членів ВККСУ, так і працівників апарату і те саме стосується і суддів і працівників апаратів судів. Те, що пропонують деякі депутати, наприклад, забрати всі соціальні гарантії, позбавитися законодавчого закріплення цього поняття і надати Кабміну повноваження встановлювати розмір суддівської винагороди відповідно до можливостей бюджету тощо, аж ніяк не відповідає заявленим цілям і налагодженню роботи судової системи. Це, до речі, стосується не тільки судової влади, а і всієї сфери державної служби. То чого можна очікувати від людини, якій держава говорить, що ти сумлінно працюєш і неси відповідальність за державу, а ми тобі платити не будемо і соціального захисту забезпечувати не будемо?

Європейські стандарти приділяють особливу увагу цим питанням. Цитую: «Кожна держава повинна виділяти судам достатньо ресурсів, приміщень та устаткування, щоб вони могли функціонувати відповідно до стандартів, викладених у ст. 6 Європейської Конвенції з прав людини, а також щоб судді могли ефективно працювати.», «Оплата праці суддів повинна відповідати їх професії та виконуваним обов'язкам, а також бути достатньою, щоб захистити їх від дії стимулів, через які можна впливати на їхні рішення. Мають існувати гарантії збереження належ-

ної оплати праці на випадок хвороби, відпустки по догляду за дитиною, а також гарантії виплат у зв'язку з виходом на пенсію, які мають відповідати попередньому рівню оплати їх праці. Для захисту оплати праці суддів від зменшення слід прийняти спеціальні законодавчі положення.» (Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, пункти 33 та 54).

Те саме стосується і органів судової влади: «Членам органу судової влади (як суддям, так і не суддям) повинні бути надані гарантії незалежності та безсторонності. Оплата праці членів органу повинна відповідати їхній посаді та обсягу навантаження.», «КРЕС наголошує на важливості забезпечення фінансування органу судової влади таким чином, щоб уможливити його належне функціонування. Він повинен мати достатні засоби для незалежної та автономної діяльності, а також повноваження і здатність ефективно впливати й організовувати свій бюджет.

Органу судової влади повинен мати власне приміщення, секретаріат, комп'ютерне забезпечення та можливість організувати свою роботу, без звітування за свою діяльність будь-якому політичному чи іншому органу. Орган повинен бути вільною в організації своїх засідань та визначенні їхнього порядку денного, а також мати право безпосередньо контактувати із судами для виконання своїх функцій. Орган повинен мати власний персонал відповідно до потреб, а кожний член органу повинен мати свій персонал відповідно до завдань, доручених йому/їй.» (Висновок КРЕС №10 пункти 36–38.)

– Що Вас спонукало балотуватися до ВККС, чи маєте ідеї щодо поліпшення роботи комісії?

– Мій життєвий та професійний досвід дає змогу не лише бачити проблеми з різних сторін, але й знаходити відповіді на проблемні питання, зокрема у контексті роботи судової системи. Крім того, коли я певний час пропрацював на посаді радника голови Комісії, я зрозумів, що можу не те, щоб підвищити свій статус, а увійшовши до складу Комісії, практично допомагати вирішувати проблеми, що накопились. Крім того, враховуючи моє об'єктивне розуміння ситуації, я робитиму все для того, аби ВККСУ постійно вдосконалювалась у своїй роботі.

*Розмовляв Єгор ЖЕЛТУХІН,
спеціально для «Юридичного журналу»*

ПРАВНИЧІ НОВИНИ УКРАЇНИ

КСУ ВИЗНАВ КОНСТИТУЦІЙНИМ ЗАКОНОПРОЕКТ ПРО ЗНЯТТЯ ДЕПУТАТСЬКОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ

Конституційний Суд України 19 червня офіційно оприлюднив наданий 16 червня Висновок у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо конституційності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів (реєстр. № 1776). Згідно з висновком КСУ законопроект визнаний таким, що відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

Верховна Рада України, відповідно до Постанови «Про направлення до Конституційного Суду України законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів» від 5 лютого 2015 року № 152-VIII, звернулася до Конституційного Суду України з клопотанням дати висновок щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів (реєстр. № 1776) (далі – *Законопроект*) вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

Згідно зі статтею 159 Конституції України, законопроект про внесення змін до Конституції України розглядається ВР України за наявності висновку КСУ щодо відповідності Законопроекту вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

Відповідно до зазначених статей, Основний закон не може бути змінений, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина чи якщо вони спрямовані на ліквідацію незалежності чи порушення територіальної цілісності України; Конституція України не може бути змінена в умовах воєнного або надзвичайного стану; законопроект про внесення змін до Конституції України, який розглядався ВР України, і закон не був прийнятий, може бути поданий до Верховної Ради України не раніше ніж через рік від дня винесення рішення щодо цього законопроекту; Верховна Рада України протягом строку своїх повноважень не може двічі змінювати одні й ті самі положення Конституції.

Перевіряючи Законопроект на предмет його відповідності вимогам статей 157 і 158 Конституції України, КСУ виходить з такого, що Верховна Рада України восьмого скликання протягом року Законопроект не розглядала та протягом

строку своїх повноважень не змінювала вказаних положень Конституції України.

Отже, Законопроект відповідає вимогам статті 158 Конституції України.

КСУ констатує, що на момент надання ним цього висновку рішення про введення в Україні або в окремих її місцевостях воєнного або надзвичайного стану за процедурою, визначеною Конституцією України, не схвалене, тому правових підстав, які унеможливають внесення змін до Конституції України, немає.

З огляду на вказане, КСУ вважає, що Законопроект відповідає вимогам частини другої статті 157 Конституції України.

Разом з тим, здійснюючи перевірку Законопроекту на предмет наявності в ньому положень, які передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина або спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України (ч. 1 ст. 157 Конституції України), КСУ оцінює кожне його положення.

КСУ неодноразово розглядав законопроекти про внесення змін до ст. 80 КУ щодо обмеження депутатської недоторканності та надавав висновки про те, що зміни щодо скасування недоторканності народних депутатів України стосуються лише їхнього спеціального статусу і не впливають на зміст конституційних прав і свобод людини і громадянина (їхнє скасування чи обмеження), а отже, не суперечать вимогам ч. 1 ст. 157 Конституції України.

На час розгляду Конституційним Судом України цієї справи підстав для зміни викладених ним раніше правових позицій із зазначених питань немає.

Отже, КСУ вважає, що положення Законопроекту, яким пропонується виключити частини першу та третю ст. 80 Конституції України, не передбачає скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина та є таким, що не суперечить вимогам частини першої статті 157 Конституції України.

ПРЕЗЕНТОВАНА ДЕКЛАРАЦІЯ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Відбулася офіційна презентація Декларації щодо захисту прав людини у кримінальному провадженні. Проект, що стартував кілька місяців

тому, об'єднав зусилля повідних правничих організацій країни – Національної асоціації адвокатів України, Асоціації правників України, Асоціації адвокатів України та відбувався за підтримки проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні», повідомляє прес-служба АПУ.

У підготовленому документі відображена позиція практикуючих адвокатів України з приводу правил чесної поведінки суддів, прокурорів, адвокатів та інших осіб, які повинні їх дотримуватися відповідно до вимог чинного законодавства та відповідних правил професійної етики.

Виступаючи на презентації декларації, президент АПУ Денис Бугай вказав на важливість роботи, яка триває у напрямі захисту прав людини у кримінальному судочинстві та подякував адвокатам, які знайшли час та можливість брати участь у розробці тексту, а також відвідувати регіони країни з метою її популяризації.

«Одними з безпосередніх учасників імплементації цієї декларації мають стати журналісти, які, отримавши чітку та доступну інформацію, зможуть більш об'єктивно та професійно висвітлювати судові процеси. Водночас ми маємо об'єднати зусилля, щоб максимальна кількість громадян України отримали інформацію про свої права та свободи, гарантовані Конституцією України», – зазначив президент АПУ.

Керівник проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні» Марк Сегал звернув увагу на необхідність існування інструментів позаправового характеру. «Коли точиться дискусія щодо необхідності зміни законів та кодексів, нам потрібні документи іншого характеру, які вчать принципам та підходам, на яких має будуватись законодавство в цілому», – зазначив він.

МІН'ЮСТ ВІДКРИВАЄ 100 НОВИХ ЦЕНТРІВ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ

Вже вісім мільйонів українців, які раніше не могли собі дозволити послуги адвоката з огляду на їхню високу вартість, зможуть отримати повноцінний захист у одному зі 100 центрів надання безоплатної правової допомоги. Про це під час круглого столу «Безоплатна правова допомога – захист індивідуальних прав» повідомила перший заступник міністра юстиції Наталія Севостьянова, інформує прес-служба Міністерства юстиції.

«З 1 липня по всій Україні почнуть працювати 100 нових центрів безоплатної правової допомоги. Це п'ять тисяч адвокатів, які працюватимуть для незахищених верств населення. В кожному регіоні буде від трьох до семи таких центрів, на кожен з яких припадатиме до 500 тис. громадян. Ми очікуємо, що близько 8 млн українців зможуть звернутися до цих центрів не лише у кримінальних, а й у цивільних та адміністративних справах, зокрема, й проти держави», – зазначила перший заступник міністра юстиції.

За її словами, отримати допомогу зможуть малозабезпечені громадяни, пенсіонери, інваліди, діти-сироти та їхні опікуни, учасники АТО та сім ї загиблих воїнів, а також внутрішньо переміщені особи. Наталія Севостьянова також повідомила, що адвокати, які надаватимуть допомогу громадянам, були обрані на прозорих конкурсах і є фахівцями у своїй справі.

«Хочу подякувати уряду Канади, який виділив 9 млн канадських доларів на підтримку цієї ініціативи. Нам дуже приємно, що нині ця програма перейде на новий етап розвитку і вже незабаром стане вагомою складовою доступу до правосуддя в Україні для кожного громадянина», – наголосила перший заступник міністра юстиції.

Вона нагадала, що з січня 2013 року в Україні вже працюють 26 центрів, які забезпечують правовий захист населення у кримінальних справах.

За її словами, з початку реалізації програми адвокатську допомогу отримали понад 176 тис. українців, зокрема, 70 тис. затриманих осіб, 106 тис. підозрюваних і обвинувачених та 300 засуджених.

Директор Координаційного центру з надання правової допомоги Андрій Вишневецький, своєю чергою, зазначив, що особливістю української моделі безоплатної правової допомоги є повна незалежність адвокатів, які конкурують між собою за замовлення від держави.

За його словами, центри надання безоплатної правової допомоги, як регіональні, так і місцеві, виконуватимуть роль бек-офісу для адвоката.

Він також зауважив: участь адвокатів у наданні безоплатної правової допомоги є добровільною на кожному етапі, починаючи від участі в конкурсах, визначенні режиму роботи та території, на якій цей адвокат надаватиме послуги, і завершую можливість паралельно займатися приватною практикою.

Представники регіональних центрів надання безоплатної правової допомоги у столиці

поінформували учасників круглого столу про концепцію та принципи роботи створених установ.

За словами директора Першого київського центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги Лесі Бурчак, центри будуть складатися з чотирьох відділів. Перший відділ займатиметься попередньою роботою з клієнтом. На цьому етапі буде з'ясована суть проблеми відвідувача та чи має він потребу в наданні вторинної правової допомоги чи достатньо лише консультативної помочі.

Далі за потреби справа передається до відділу вторинної правової допомоги, де адвокати займаються правовим аналізом ситуації, складанням процесуальних документів та позовних заяв та безпосередньо представлятимуть інтереси клієнта в суді.

Третій відділ опікуватиметься взаємодією з суб'єктами первинної правової допомоги. Ще один відділ займатиметься технічним забезпеченням діяльності центру.

За словами директора українсько-канадського проекту «Доступна та якісна правова допомога в Україні» Лариси Бізо, розширення системи безоплатної правової допомоги – це прекрасний приклад української ініціативи на підтримку вразливих категорій населення країни.

«Проект і надалі підтримуватиме програми взаємодії між центрами та клієнтами. Ми проводитимемо навчання адвокатів не лише професійне, а й розвиватимемо вміння працювати з клієнтами. Крім того, ми працюватимемо над підтримкою розвитку інформаційної системи, щоб забезпечити не лише якість, а й доступ до допомоги. Система безоплатної правової допомоги провінції Онтаріо буде залучена до цієї роботи. Вони мають хороший досвід роботи на міжнародному рівні саме в цій сфері», – резюмувала Лариса Бізо.

КОНКУРС НА ПОСАДИ СУДДІВ МІСЦЕВИХ СУДІВ ПРОЙШЛИ 125 КАНДИДАТІВ НА ПОСАДУ СУДДІ ВПЕРШЕ – ВККСУ

У конкурсі на зайняття вакантної посади судді, оголошеному рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України 14 травня 2015 року, серед кандидатів на посаду судді вперше, виявили бажання взяти участь 409 осіб, повідомляє прес-служба ВККСУ.

На засіданні кваліфікаційної палати Комісії, що відбулося 16 червня 2015 року, до участі у конкурсі допущені 408 кандидатів. Заява одно-

го кандидата на посаду судді залишена без розгляду у зв'язку з її поданням до Комісії після завершення встановленого строку.

На посаду судді, які серед інших учасників конкурсу мають вищу позицію за рейтингом, визначені попередніми переможцями конкурсу на зайняття вакантної посади судді в окремих місцевих судах загальної юрисдикції 125 кандидатів. За однакової позиції за рейтингом 10 кандидатів, які набрали більшу кількість балів із виконаного під час відповідного іспиту практичного завдання, також визначені переможцями конкурсу.

Визначення попереднього результату конкурсу стосовно 10 кандидатів кваліфікаційною палатою Комісії відтерміновано, зокрема, стосовно двох кандидатів, які конкурують між собою на зайняття однієї вакантної посади судді за третім критерієм конкурсу – стажем роботи в галузі права, до отримання відомостей щодо підтвердження відповідного стажу.

Результатом конкурсного добору є винесення Комісією рішення про надання кандидату, який серед інших учасників конкурсу має вищу позицію за рейтингом, рекомендації для призначення на посаду судді місцевого суду загальної юрисдикції.

Рекомендацією про призначення кандидата суддею є індивідуальним для кожного кандидата рішення про рекомендування його на посаду судді конкретного місцевого суду, яке відображає об'єктивну інформацію про кандидата, зокрема, щодо проходження кандидатом стадій призначення на посаду судді вперше, визначених ст. 66 названого Закону.

Інформуємо, що початок розгляду питань про рекомендування кандидатів Вищій раді юстиції для призначення на посади суддів місцевих судів за результатами конкурсного добору розпочнеться кваліфікаційною палатою Вищої кваліфікаційної комісії суддів України 26 червня 2015 року.

Відповідно до статті 73 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», конкурс полягає у доборі для зайняття вакантної посади судді кандидата, який серед інших учасників конкурсу має вищу позицію за рейтингом. У разі однакової позиції за рейтингом перевагу має кандидат, який набрав більшу кількість балів із виконаного під час відповідного іспиту практичного завдання, яким перевірена його здатність бути суддею за відповідною спеціалізацією або суддею суду відповідної інстанції, а за однакової кількості балів – кандидат, який має більший стаж роботи в галузі права.

ПРЕЗИДЕНТ ПРЕЗЕНТУВАВ ЗМІНИ ДО КОНСТИТУЦІЇ ПРЕДСТАВНИКАМ ЗМІ

Децентралізація має об'єднати українське суспільство, заявив президент Петро Порошенко під час презентації проекту змін до Конституції України у частині децентралізації представникам національних та регіональних засобів масової інформації, повідомляє прес-служба президента України.

Керманіч зазначив, що переваги децентралізації очевидні всім політичним силам, оскільки всі вони саме з цим гаслом йшли на вибори. «Всі обіцяли народу децентралізацію. Це було в жовтні того року. Але ще в квітні – травні під час своєї передвиборчої кампанії я твердо пообіцяв, що ми проведемо конституційні зміни з питань децентралізації. І зараз я, як президент країни, розраховую на підтримку всіх політичних сил у Верховній Раді», – заявив глава держави.

Президент повідомив, що найближчим часом має намір підписати та направити на розгляд Верховної Ради затверджений Конституційною комісією проект Закону про зміни до Конституції щодо децентралізації. Глава держави висловив сподівання на підтримку законопроекту конституційною більшістю у парламенті, члени якої обиралися під гаслами децентралізації.

Глава держави наголосив на тому, що він лише суб'єкт подання. Справжніми ж авторами є дві високоповажні комісії – перша, яка зробила основну роботу, українська Конституційна комісія, а також Венеціанська комісія, яка схвалила проект Конституційної комісії.

Президент особливо зазначив, що реформу децентралізації підтримала Рада регіонального розвитку, до якої входять не лише голови адміністрацій, а де представлені всі голови обласних рад, найбільша кількість міських голів, а також Асоціація міст України та Національна рада реформ.

Головне, наголосив керманіч, численні соціологічні дослідження, які проводились в Україні, переконливо свідчать, що вражаюча більшість українців категорично відкидають ідею федералізації і висловлюються за унітарну систему в Україні з децентралізованою політичною системою.

Глава держави зазначив, що децентралізації українські громади чекають довгі двадцять три роки. «Це те, що їм обіцяють, і це те, на що не вистачало рішучості в українській владі. Рішучості наблизити владу до народу. Надзвичайно скоротити ту відстань, яка є між громадянином України і містом, де приймаються найважливіші рішення для того, щоб забезпечити ефективне

і комфортне існування української громади», – сказав президент.

Говорячи про переваги реформи, глава держави зазначив, що децентралізація наближає владу до людини – «на відстань витягнутої руки». «Не треба виїжджати за межі міста для того, щоб вирішити більшість проблем», – сказав Петро Порошенко. «Належна повага до місцевих специфіки та традицій, які не суперечать загальнонаціональним інтересам та законам, які не суперечать базовому документу Конституції України, зробить нашу країну сильнішою та міцнішою, стане надійним щепленням проти бацили федералізації. Це друга перевага децентралізації», – зазначив глава держави. По-третє, наголосив пан Порошенко, децентралізація є надійним запобіжником від авторитаризму та диктатури, позаяк розосереджує владу між тисячами суб'єктів.

ЗАТВЕРДЖЕНО ІНСТРУКЦІЮ З ОРГАНІЗАЦІЇ КОНВОЮВАННЯ ТА ТРИМАННЯ В СУДАХ ОБВИНУВАЧЕНИХ (ПІДСУДНИХ), ЗАСУДЖЕНИХ ЗА ВИМОГОЮ СУДІВ

Відповідно до пункту 3 розділу VIII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Національну гвардію України», Кримінального процесуального кодексу України, затверджено Інструкцію з організації конвоювання та тримання в судах обвинувачених (підсудних), засуджених за вимогою судів, з метою дотримання законності, забезпечення надійної охорони під час проведення судових засідань та в перервах між ними, повідомляє прес-служба Міністерства юстиції України.

Командувач Національної гвардії України зобов'язаний подати цей наказ на державну реєстрацію до Міністерства юстиції України відповідно до Указу президента України від 03 жовтня 1992 року № 493/92 «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади».

Відповідно, втратив чинність наказ Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства юстиції України, Генеральної прокуратури України, Верховного Суду України, Служби безпеки України від 16 жовтня 1996 року № 705/37/5/17-398 1-3/503/239 «Про затвердження Інструкції про порядок конвоювання та тримання в судах підсудних (засуджених) за вимогою судових органів», зареєстрований у Міністерстві юстиції України 14 листопада 1996 року за № 662/1687.

Наказом також дозволено використання стаціонарних металевих загороджень у залах судових засідань місць для тримання обвинувачених (підсудних), засуджених до повної їх заміни загородженням зі скла чи органічного скла.

ПРАВНИЧІ НОВИНИ СВІТУ

ЄС СТВОРЮЄ ЄДИНУ ДИРЕКТИВУ ЗАХИСТУ ОСОБИСТИХ ДАНИХ В КІБЕРПРОСТОРІ

Нещодавно Іспанія звинуватила компанію Google у зловживанні приватною інформацією своїх споживачів. Подібні претензії до інтернет-пошуковика висловлювали порізно Франція, Німеччина, Великобританія та Італія. Днями Бельгія подала в суд на соціальну мережу Facebook за втручання у приватне життя.

Про єдиний підхід до недоторканності персональних даних в кіберпросторі домовилися у понеділок у Люксембурзі міністри юстиції 28 країн Євросоюзу.

«Регулювання захисту даних створить звід правил, діючих по всьому Євросоюзу, – сказала Єврокомісар **Віра Йоурова**. – А значить, не буде більше невідповідності правил серед країн-членів».

У майбутньому законодавстві передбачається посилити вимоги до захисту персональних даних при їх передачі за межі Союзу, а також ввести для громадян ЄС право вимагати знищення таких даних, які зберігають їх організацій і компаній. Передбачено також право на компенсацію, включаючи подачу колективного позову, у разі незаконної передачі або витоку даних.

Нову директиву про це ще повинні схвалити на переговорах Рада ЄС і Єврокомісія, а затвердити Європарламент.

САУДІВСЬКА АРАВІЯ ВПЕРШЕ ВІДКРИЄ РИНОК ДЛЯ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТОРІВ

Досі брати участь у капіталі саудівських компаній вони могли тільки через свої та спеціальні P-notes. За сім років існування цих інструментів іноземці стали власниками всього 2% паперів, що торгуються на біржі, і на них припадало лише 3% торгів.

Відкриття ринку наблизить включення Саудівської Аравії в індекси ринків, що розвиваються. За прогнозами аналітиків VofA, до середини 2017 року провідний розробник індексів MSCI може включити торгуються компанії країни в індекс MSCI EM, і на них доведеться 1,7% індексу, що призведе до надходження в місцеві акції \$13,7 млрд тільки з пасивних фондів.

Керуючий активами «Ренесанс Капіталу» **Деніел Солтер** зазначає, що клієнти «Ренесанс Капіталу», як керуючі фондами, що інвестують у ринки, так і фондами, орієнтованими на прикор-

донні ринки, вже з цікавістю дивляться на саудівську біржу.

Капіталізація саудівського ринку перевищує капіталізацію фондових ринків інших країн Перської затоки разом узятих і становить близько \$560 млрд. Це робить Tadawul одинадцятою за величиною біржею у світі. Середньодобовий обсяг торгів перевищує \$2,3 млрд – це четверта по ліквідності біржа серед ринків, що розвиваються. Важливою особливістю саудівського ринку є висока активність місцевих роздрібних інвесторів – на них припадає 90% торгів. «Оскільки процентні ставки в Саудівській Аравії щодо низькі, роздрібні інвестори звертаються до фондового ринку для отримання більш високих доходів і дивідендів», – пишуть аналітики VofA.

Краще всього на Саудівській біржі представлений фінансовий сектор – на 12 банків припадає третина її капіталізації. Серед них найбільші банки Al Rajhi і NCB, на які припадає 56% кредитів фізосіб і 23% корпоративних кредитів. На біржі представлені і банки з іноземною участю – SABW (HSBC) і BSF (Credit Agricole). Другий найбільший сектор, представлений на біржі, – нафтохімія, на яку припадає 18% ринкової капіталізації, або \$135 млрд. Цікавими є і вкладення в компанії, що виробляють цемент, яких на біржі 14 – на них припадає 7% капіталізації біржі, або \$25 млрд.

Для інвесторів все ж залишиться ряд обмежень, розроблених владою для більш легкого і ефективного регулювання ринку, що дозволяють допустити до торгів тільки досвідчених гравців з високою капіталізацією і не дають іноземним гравцям отримати контрольні пакети в торгуються компаніях. Так, до торгів будуть допущені тільки кваліфіковані інвестори – банки, брокери, керуючі фондами та страхові компанії – з як мінімум п'ятирічним досвідом інвестування і \$5 млрд під управлінням. Іноземний капітал при цьому повинен складати не більше 49% ринкової вартості зареєстрованої на біржі компанії, причому один кваліфікований іноземний інвестор не може володіти більш ніж 5% акцій в обігу. Вкладення кваліфікованих іноземних інвесторів не перевищать 20% сукупної ринкової капіталізації.

Іноземцям не дозволять інвестувати в окремі компанії – наприклад, будівельні компанії, що працюють у святих містах Мецці і Медині. Є ризик, що з часом список компаній, які іноземці не зможуть вкладати кошти, буде розширюватися, попереджають в VofA.

ВІРМЕНІЯ РОЗРОБЛЯЄ НОВИЙ ПРОФІЛЬНИЙ ЗАКОН ЩОДО АТОМНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ

Вірменія щорічно приймає близько 20 міжнародних місій, що перевіряють рівень ядерної безпеки в країні, сказав 18 червня журналістам голова Державного комітету з регулювання ядерної безпеки **Ашот Мартиросян**. «Вірменія щорічно приймає різні місії МАГАТЕ та ЄС. Їх мета – допомога в удосконаленні робіт у сфері атомної енергетики», – зазначив Він.

Він також додав, що Вірменія отримує і технічну допомогу, і не тільки від МАГАТЕ та ЄС, але і від окремих країн, зокрема, США, Росії та Чехії, з якими за останні 15-20 років налагоджені хороші партнерські стосунки. «1-12 червня у Вірменії перебувала місія Міжнародного агентства з атомної енергії (МАГАТЕ) для вивчення інфраструктур ядерної та радіоактивної безпеки, їх стану, а також відповідність стандартам МАГАТЕ», – зазначив Голова Державного комітету з регулювання ядерної безпеки. За його словами, за підсумками роботи місії готується звіт, який буде представлений у Вірменії в жовтні. «У ході здійснення місії були виявлені деякі проблеми, розв'язання яких підвищить рівень ядерної та радіоактивної безпеки в країні», – підкреслив він. Він також зазначив, що необхідно створити новий профільний закон, що відноситься до сфери атомної енергетики.

За словами Мартиросяна, розробка чинного закону була розпочата в 1996 році, і природно протягом цього часу відбулися серйозні зміни, повідомляє АРКА. «У новому законі будуть враховані сучасні тенденції та уроки, які були витягнуті після аварії на атомній електростанції в Фукусімі, питання фізичного захисту ядерних матеріалів, і багато інші важливі проблеми», – зазначив Мартиросян. Вірменська АЕС, єдина в регіоні, розташована в 30 кілометрах на захід від Єревана. В даний час працює тільки другий блок потужністю 407,5 МВт. За оцінками експертів, АЕС може функціонувати до 2016 року. Вірменія планує побудувати новий атомний енергоблок потужністю 1000 МВт, будівництво планується почати в 2018-2019 роках. Загальна вартість проекту-близько \$5 млрд. Росія також заявляла про готовність покрити частину витрат на будівництво нового блоку АЕС у Вірменії вартістю в \$4,5 млрд. у вигляді продукції та обладнання. Відсутні кошти планується покрити за допомогою фінансового сприяння від різних країн.

АНТИМОНОПОЛЬНІ ОРГАНИ КРАЇН ЄАЕС РЕКОМЕНДУЮТЬ ЗНИЗИТИ ВАРТІСТЬ РОУМІНГОВОГО ЗВ'ЯЗКУ

Антимонопольні органи країн-членів Євразійського економічного союзу (ЄАЕС) рекомендують операторам стільникового зв'язку, що діють у Білорусі, Казахстані та Росії, до 1 жовтня почати процес поступового зниження тарифів на послуги зв'язку в режимі роумінгу. Таку пропозицію було висловлено на нараді керівників антимонопольних органів країн ЄАЕС і міністра з конкуренції та антимонопольного регулювання Євразійської економічної комісії (ЄЕК), яке пройшло 25 червня в Бресті, повідомили в прес-службі ЄЕК.

На нараді були представлені результати дослідження транскордонного ринку послуг мобільного роумінгу, згідно з яким близько 26 мільйонів людей, які проживають у прикордонних регіонах Білорусі і Росії, а також Казахстану і Росії, «стикаються з проблемою дорожнечу послуг стільникового зв'язку в роумінгу», яка перевищує вартість у зв'язку домашньої зони в 20 разів.

Згідно з експертними оцінками, зниження тарифів на зв'язок у роумінгу дозволить не тільки істотно заощадити кошти білоруською, казахською і російським абонентам, але і збільшити доходи мобільних операторів за рахунок зростання кількості абонентів, які будуть користуватися цією послугою.

Крім цього, сторони провели правовий аналіз антимонопольного законодавства, які нещодавно приєдналися до ЄАЕС Вірменії та Киргизії, а також аналіз транскордонного ринку пасажирських авіаційних перевезень, обговорили питання проведення оцінки наслідків впливу захисної, антидемпінгового або компенсаційного заходи на конкуренцію на товарному ринку ЄАЕС.

ШВЕЙЦАРЦІ ПРОГОЛОСУВАЛИ ПРОТИ ПОДАТКУ НА СПАДЩИНУ

Громадяни Швейцарії висловилися проти запровадження податку на спадщину та дарування на рівні конфедерації на минулому референдумі в неділю, свідчать попередні дані.

Законопроект відмовилися підтримати 71% респондентів (понад 1,6 млн осіб), він не набрав більшості ні в одному з 23 кантонів, де голоси вже підраховані. Всього в Швейцарії 26 кантонів.

Також на референдумі розглядалися ще три питання: зміна режиму зборів з засобів зв'язку

(прийнято), зняття заборони на предимплантационну діагностику в рамках штучного запліднення (прийнято) і передача повноважень з видачі стипендій молоді на федеральний рівень (відхилено).

Підсумки голосування з усіх чотирьох питань збіглися з рекомендаціями уряду і парламенту Швейцарії. В даний час питання про те, чи повинні стягуватися податки на спадщину та дарування, входить у компетенцію швейцарських кантонів і, відповідно, вирішується на кантональному рівні. При цьому майже всі кантони (за винятком Люцерна і Швица – у першому діє тільки податок на спадщину; в другому – обидва податку відсутні) стягують зазначені податки, різняться лише ставки. На рівні конфедерації податки на спадщину та дарування відсутні.

За даними за 2012 рік (останні доступні дані), податки на спадщину та дарування принесли в кантональні бюджети 783 млн швейцарських франків; в бюджети комун – 115 млн франків, що відповідає 1,34% від загальних грошових надходжень даних рівнів влади.

Ініціатива «Податки з мільйонних спадків для нашої пенсії (Реформа податку на спадщину)» була запропонована протестантської Євангелічної народною партією Швейцарії. Її автори хотіли, щоб компетенція стягувати податки на спадщину та дарування була передана конфедерації, а кантональні аналоги були скасовані. Вони пропонували єдину ставку податку 20% при передачі спадщини безпосередньо дітям від батьків. В даний час подібний перехід спадкоємного майна оподатковується лише в чотирьох кантонах, тоді як для інших категорій спадкоємців ставка податку варіюється від 50% в Граубюндене до нуля в Швице.

Ініціатива передбачала певні пільги, головна з яких полягала в тому, що з оподаткованої бази можна відняти 2 млн франків.

Одна з причин, за якими влада Швейцарії і багато галузеві організації, виступили проти податкового проекту – пропозиція наділити його зворотною силою з 2012 року. У такому разі багатьом вигодонабувачам довелося б влати в борги, щоб платити новий податок, що поставило б під загрозу багато сімейні підприємства Швейцарії, які забезпечують до 80% робочих місць у країні.

ІЗРАЇЛЬ РОЗРОБИВ ЗАКОН ПРОТИ НКО ІЗ ЗАКОРДОННИМ ФІНАНСУВАННЯМ

В уряді Ізраїлю розроблений законопроект, спрямований на обмеження діяльності НКО, які

отримують фінансування від іноземних урядів та організацій. Його автором є міністр юстиції **Аелет Шакед**, що представляє праву релігійно-сіоністську партію «Єврейський дім». За словами політика, вона має намір знищити тих, хто отримує гроші з-за кордону і потім критикує Ізраїль. Вона звинувачує такі НКО у «розмиванні легітимності існування Ізраїлю як єврейської та демократичної держави».

У ранньому проекті закону, який Шакед представила ще в якості рядового депутата Кнесету, передбачає введення 45-відсоткового податку на іноземні пожертви, якщо інше не буде схвалено комітетом, що складається з представників Мінборони та Міністерства зовнішніх справ.

В Ізраїлі зареєстровано більше 30 тис. НКО, з яких активні приблизно половина, уточнює Reuters. Як зазначає агентство, критику Шакед та її прихильників викликали приблизно 70 організацій, які займаються ізраїльсько-палестинським конфліктом і які отримують фінансування як безпосередньо від Євросоюзу, так і від урядів окремих країн, зокрема Данії, Швеції, Бельгії та Норвегії.

Ізраїльські НКО за законом зобов'язані звітувати про іноземне фінансування. Використовуючи дані, ізраїльська організація NGO Monitor, яка веде базу даних про іноземне фінансування НКО, прийшла до висновку, що в період з 2012 по 2014 роки трохи більше \$26 млн від іноземних спонсорів отримали 24 найбільш активних НКО. Серед них «Порушити мовчання», яка збирає анонімні свідчення від ізраїльських солдатів, і «Адалах», яка захищає права палестинців.

До позиції Шакед приєдналася міністр культури Ізраїлю Мірі Регев, яка у середу, 10 червня, заявила, що скоротить держфінансування артистам, які надмірно симпатизують палестинцям. В інтерв'ю Армійському радіо, вона пообіцяла, припинити фінансування арабського актора, який відмовився виступати в єврейському поселенні на окупованих територіях.

Правозахисники стверджують, що ініціатива Шадит є небезпечним прецедентом, який прирівняє Ізраїль до Росії, Туреччини і Єгипту, що забороняє НКО, критично налаштовані по відношенню до влади.

У ВЕЛИКОБРИТАНІЇ ХОЧУТЬ ВВЕСТИ ЗАБОРОНУ НА «ЗВЕСЕЛЯЮЧИЙ ГАЗ»

Трагічний випадок, який стався в англійському місті Брайтон, ще раз підтвердило той факт, що закис азоту, з допомогою якої так люблять

розслаблятися багато представників сучасної молоді представляє смертельну загрозу. Тіло 22-річного Аарона Данфорда (Aaron Dunford), студента університету в англійському курортному місті Брайтон (Brighton University), було виявлено в його будинку.

На початку цього тижня поліція повідомила результати розслідування обставин загибелі молодої людини. Як заявив на прес-конференції інспектор поліції **Мік Джонс** (Mick Jones), слідство встановило, що Аарон помер від асфіксії, задухи, викликаного тривалим спазмом дихальних шляхів.

Причиною спазму стала пристрасть молодої людини до вдихання закису азоту, газу N_2O , який здатний викликати п'яний ефект і користується великою популярністю у сучасній молоді. В кімнаті Аарона Данфорда поліцейські виявили більше 200 порожніх емностей, в яких зазвичай продається звеселяючий газ. Протягом декількох днів, що передували смерті юнака, його стан через постійне вживання монооксиду азоту і викликаного ним ураження периферичної нервової системи погіршився настільки, що кожен рух був Аарона сильний біль. Він вже не міг спускатися і підніматися по сходах. В останні 1,5-2 роки у Великобританії за-

реєстровано не менше 17 смертей, які були викликані вдиханням закису азоту для отримання наркотичного сп'яніння.

З цієї причини найближчим часом парламент Сполученого Королівства розгляне проект закону, який під страхом кримінальної відповідальності вводить заборону на продаж і рекреаційне вживання закису азоту. За порушення цього закону передбачається покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 7 років.

В САН-ФРАНЦИСКО І НЬЮ-ЙОРКУ ВВЕЛИ НОВІ ПРАВИЛА МАРКУВАННЯ ПОТЕНЦІЙНО ШКІДЛИВИХ ПРОДУКТІВ ХАРЧУВАННЯ

Цей тиждень ознаменувався важливими нововведеннями в двох містах США. Влада Сан-Франциско схвалили закон, що пропонує рекламодавцям забезпечувати рекламу солодкої газованої води попередженням про її шкоду. Дбають про здоров'я городян і влади Нью-Йорка. Немов змовившись, міська влада Сан-Франциско (San Francisco) і Нью-Йорка (New York) практично одночасно ввели нові правила маркування потенційно шкідливих продуктів харчування. У Сан-Франциско незабаром будь-яка реклама солодких безалкогольних напоїв



повинна супроводжуватись попередженням про те, що такі напої здатні підвищувати ризик розвитку ожиріння, цукрового діабету, карієсу та інших захворювань.

Подібні попередження повинні супроводжувати будь-яку рекламу солодкої газованої води – телевізійну, радіо, в друкованих ЗМІ та на Інтернет-сайтах. Проте цей закон не поширюється на так звані дієтичні напої, які не містять цукор, а його замінники.

Законодавці Сан-Франциско одногослосно проголосували і за 2 інших закону, тісно пов'язаних з першим. Один з них забороняє розміщувати рекламу солодкої газованої води на будівлях та іншій власності, що належать місту, а інший забороняє придбання таких напоїв за рахунок міської казни (наприклад, для учасників благодійних заходів, що проводяться мерією Сан-Франциско).

Ополчилися на шкідливу їжу і законодавці Нью-Йорка... У цьому місті планується введення закону, згідно з яким у всіх закусочних і кафе фастфуду назви страв з підвищеним вмістом солі повинні бути відзначені в меню спеціальним значком у вигляді сільнички.

Ця вимога стосується тих видів фастфуду, які містять дозу солі, що перевищує безпечну – безпечна доза добового споживання солі визначається в даному випадку в 2 300 мг. Далеко не всі шанувальники такої їжі знають, що багато з улюблених ними страв містять дуже багато солі: наприклад, користується стійкою популярністю у ньюйоркців і гостей Великого яблука комбінований італійський бутерброд з м'ясом індички, шинка, саямі і цибулею містить не менше 2 830 мг солі.

В ІТАЛІЇ ВИКРИЛИ КОРУМПОВАНУ СХЕМУ УПРАВЛІННЯ ЦЕНТРАМИ ДЛЯ ПРИЙОМУ МІГРАНТІВ

Італійська поліція затримала 44 людини, підозрюваних у причетності до мережі корумпованих політиків і бізнесменів, звинувачених у підробці державних контрактів на управління центрами для прийому мігрантів.

Арешти стали наслідком викриття великий корумпованої схеми у міської влади Рима, до розслідування якої залучили національний орган по боротьбі з корупцією. У поліції заявили, що видали ордери для розшуку ще 21 людину в регіоні навколо Риму, в центральній Італії та на Сицилії.

За словами поліції, було викрито картельну змову, який дозволяв компаніям отримувати ви-

гідні контракти для управління центрами прийому мігрантів.

Такі центри виявилися багатим джерелом прибутку для недобросовісних операторів під час напливу мігрантів.

МЕДИЧНА РЕФОРМА В ГРУЗІЇ ПРОЙШЛА УСПІШНО, – МИХАІЛ УКЛЕБА

Проведена в Грузії медична реформа була успішною, оскільки забезпечила населення всеохоплюючим медичним обслуговуванням, сказав посол Грузії в Україні Михеїл Уклеба. «Проведена в Грузії реформа системи охорони здоров'я – це один з головних плюсів, які відзначає населення. Про це свідчать дані останніх досліджень Всесвітньої організації охорони здоров'я (ВООЗ), а також Світового Банку і USAID, згідно з яким у Грузії – хороші показники доступності медичного обслуговування. Порівняно з 2010 роком в 2014 році громадяни набагато частіше зверталися за медобслуговуванням. Наполовину скоротилася кількість осіб, які утримувалися від медичного обслуговування через брак коштів. Наприклад, за останній рік на 20% скоротилися особисті витрати громадян на медичне обслуговування. Також значно знизився показник самолікування громадян. Сьогодні загальною програмою медичного обслуговування охоплено 3,2 млн чол., майже все населення Грузії», – сказав він.

М. Уклеба також повідомив, що діюча в Грузії всеохоплююча система охорони здоров'я передбачає повне або часткове фінансування різних медичних послуг, а також медикаментозне забезпечення громадян. Наприклад, держава повністю фінансує такі послуги, як обслуговування



сімейного іл дільничного лікаря, призначене лікарем лабораторне обстеження, лікування онкологічних захворювань до 18 років, інтенсивну терапію, управління критичним станом і т. д. Майже всі інші напрямки медичного обслуговування фінансуються на 70%, додав він.

Коментуючи процеси приватизації клінік, які проходили в Грузії в рамках реформування системи охорони здоров'я, М. Уклеба зазначив, що приватизація клінік не зробила медичну допомогу недоступною.

«У той час я був міністром держмайна і добре знаю питання приватизації клінік. Обов'язковою умовою їх приватизації було збереження медичного статусу – протягом 10 років. На початку 2000-х для Грузії це була дуже болюча тема. Був такий час, що ми навіть просили трудові колективи клінік приватизувати їх. Ми хотіли тягар фінансової тяжкості з державних плечей перенести на приватний бізнес. Є багато прикладів успішної приватизації, в тому числі відомий пологовий будинок – Науководослідний інститут перинатальної медицини та акушерства-гінекології ім. Чачава. Тоді він був приватизований колективом за смішну на сьогодні ціну – \$250 тис., але приватизація дозволила зробити з нього успішну клініку, з якої складно конкурувати», – сказав він.

У той же час, за словами посла, деякі головні лікарі опиралися приватизації клінік, адже у багатьох лікарнях частина приміщення була незаконно віддана в оренду і цими доходами розпоряджалися на власний розсуд.

Коментуючи процес проведення реформ в Україні, М. Уклеба сказав, що тут реформувати систему охорони здоров'я складніше.

«Україна – велика країна. У вас дуже велика і розвинена медична система, багато професійних лікарів, в той же час «радянськість» збереглася більше, ніж у Грузії. І це для країни – «мінус», оскільки йти від «радянськості» дуже складно – для цього потрібно реформуватися як організаційно, так і ментально», – сказав він.

«Я бажаю кожному українському міністру, незалежно від його походження, успіхів у проведенні реформ, тому що від ваших успіхів залежить і наш успіх», – підкреслив посол Грузії в Україні.

ГРЕЦІЯ ЗАКРИЛА БАНКИ І ВВЕЛА КОНТРОЛЬ ЗА РУХОМ КАПІТАЛІВ

Грецький уряд прийняв рішення призупинити до 6 липня роботу банків і ввести заходи по контролю за рухом капіталів, щоб зупинити витік депозитів і втеча грошей з країни.

Громадяни Греції щодня зможуть знімати з банкоматів не більше 60 євро, їм також заборонено переказ грошей за кордон. Ці обмеження не стосуються іноземних туристів, йдеться в постанові. Греція готується провести 5 липня референдум, на якому громадяни повинні будуть проголосувати, приймати чи ні умови кредиторів. На вихідних вкладники масово знімали гроші з карток, спустошивши банкомати.

Фінансова система країни опинилася перед лицем повної невизначеності. Європейський ЦБ в неділю ухвалив рішення зберегти поки обсяги кредитування грецьких банків на колишньому рівні. Якщо в найближчі дні він вирішить припинити підтримку, в банківській системі не залишиться коштів і єдиним виходом буде почати друкувати власну валюту, пише The Wall Street Journal.

Залишається відкритим питання, яким чином влада зможуть відновити довіру до банків і уникнути вилучення вкладів після того, як банки відкриються.

Побоюючись наступу фінансового хаосу, міністр фінансів США Джейкоб Лью у телефонній розмові з прем'єр-міністром Греції Алексісом Ціпрасом закликав уряд «вжити заходів з підтримки фінансової стабільності». Напередодні Білий дім повідомив, що президент Барак Обама і канцлер ФРН Ангела Меркель у телефонній розмові підкреслили «крайню важливість пошуку шляхів, які дадуть змогу залишатися Греції в єврозоні. Сам Ціпрас в телевізійному зверненні заявив, що у закритті грецьких банків винні непоступливі кредитори, які відмовилися продовжити програму допомоги Греції після 30 червня. Звертаючись до співгромадян, Ціпрас закликав їх до «терпіння» і «холоднокровності», пише агентство Bloomberg.

Продовження підтримки грецьких банків, масштаб якої вже становить близько 90 млрд євро і постійно збільшувався з лютого, вже фактично порушує правила Європейського ЦБ. Підтримка через програму надзвичайної підтримки ліквідності (Emergency Liquidity Assistance, ELA) стала єдиним стабільним джерелом фіндування для грецьких банків, що створює високі ризики для самого ЦБ, викликає невдоволення інших країн.

Німецький Бундесбанк минулого тижня нагадав, що ELA, відповідно до законодавства ЄС, не може бути механізмом фінансування урядів (грецькі банки як і раніше купують короткострокові боргові зобов'язання уряду).

НОВИНИ СУДОЧИНСТВА

УРЕГУЛЬОВАНО ПИТАННЯ НАДСИЛАННЯ ВСІХ ЕЛЕКТРОННИХ КОПІЙ СУДОВИХ РІШЕНЬ

З метою приведення нормативно-правових актів у відповідність із Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» на засіданні Кабінету Міністрів України, яке відбулося 12 червня 2015 року, прийнято зміни до постанови Кабінету Міністрів від 25 травня 2006 року № 740 «Про затвердження Порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень», якими, зокрема, урегульовано питання надсилання всіх електронних копій судових рішень до Реєстру суддею або відповідальною особою апарату суду виключно в електронній формі із застосуванням автоматизованої системи документообігу суду з використанням електронного цифрового підпису.

ЕЛЕКТРОННИЙ СУД – МЕХАНІЗМ ЕФЕКТИВНОГО ІНФОРМУВАННЯ УЧАСНИКІВ ПРОЦЕСУ

У Верховному Суді України відбулась Конференція «Судова реформа: стратегічне планування та подальші кроки», організована Радою з питань судової реформи та Верховним Судом України за підтримки Проекту Європейського Союзу «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні». У конференції взяли участь та представили своє бачення судової реформи, яка триває в Україні, Голова Верховного Суду України – Ярослав Романюк, заступник Глави Адміністрації Президента України – Олексій Філатов, Перший Радник, Керівник Програми зовнішньої допомоги Представництва Європейського Союзу в Україні – Беренд де Гроот, голова вищого господарського суду України Богдан Львов, заступники голів вищих спеціалізованих судів, представники Генеральної прокуратури України, Вищої ради юстиції, адвокатури, народні депутати України та інші правники.

«Україна потребує комплексного та глибокого реформування сектору правосуддя», – зазначив у своєму виступі заступник Глави Адміністрації Президента України Олексій Філатов. «Комплексний підхід полягає в тому, що не можна суди реформувати окремо від адвокатури, прокуратури та системи виконання судових рішень, а такий процес потребує залучення якомога ширшого кола професіоналів.

Голова Верховного Суду України Ярослав Романюк, звертаючись до присутніх в залі наголо-

сив, що Україна має історичний шанс через зміни до Конституції побудувати в державі таку судову систему та суміжні правові інститути, які, керуючись насамперед, принципом верховенства права, будуть вільними від будь-якого політичного впливу, відповідатимуть європейським стандартам та – найголовніше – слугуватимуть громадянам України.

Про інтереси громадян йшлося і під час обговорення питань щодо «Реформування процесуального законодавства». Начальник управління інформатизації судів та судової статистики Державної судової адміністрації України Олександр Слоніцький інформував учасників конференції про запровадження системи «Електронного суду».

Він зазначив, що запровадження окремих сервісів електронного суду із застосуванням автоматизованої системи документообігу розпочалося Державною судовою адміністрацією України у вересні 2012 року відповідно до затвердженого Тимчасового регламенту обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу.

Незважаючи на те, що обмін електронними документами запроваджено лише в частині надсилання судом процесуальних документів в електронному вигляді на електронну адресу учасника судового процесу за його згодою та тільки в разі подання ним до суду відповідної заявки, а паралельно документи надсилаються і на паперових носіях, станом на 8 червня 2015 року судами надіслано більше 340 тисяч електронних копій процесуальних документів. Якби надсилання зазначених документів здійснювалося виключно в електронному вигляді, то економія бюджетних коштів могла б скласти більше 1,5 мільйони гривень.

Суттєво економить державні кошти і система надсилання судом учаснику судового процесу тексту судової повістки у вигляді SMS-повідомлень. За весь період існування цього проекту судами було надіслано більше 1 мільйона 100 тисяч електронних повісток, що дозволило зекономити близько 8,9 мільйонів гривень, і це при тому, що вказаний сервіс був запроваджений з 1 червня 2013 року відповідно до статті 135 Кримінального процесуального кодексу України та частини шостої статті 74 Цивільного процесуального кодексу України, якими передбачена можливість інформування учасників процесу за допомогою телефону або іншими

засобами зв'язку, що забезпечують фіксацію повідомлення.

Разом з тим, як зазначив пан Слоніцький, якщо учасникам судового процесу потрібно особисто подавати заяви про отримання SMS-повідомлень та процесуальних документів в електронному вигляді, то обмін документами в електронному вигляді між судами, буде здійснюватися в обов'язковому порядку.

У підсумку інформації Олександр Слоніцький – начальник управління інформатизації судів та судової статистики ДСА України наголосив, що за результатами впровадження зазначених сервісів закладено підвалини для запровадження електронного документообігу в судовому процесі в повному обсязі.

У ВККСУ ОБГОВОРILI ПРОЕКТ ПОРЯДКУ ТА МЕТОДОЛОГІЇ КВАЛІФІКАЦІЙНОГО ОЦІНЮВАННЯ СУДДІВ

24 червня у Вищій кваліфікаційній комісії суддів відбулось обговорення проекту Порядку та методології кваліфікаційного оцінювання суддів, повідомляє прес-служба ВККСУ.

Робота з розробки Порядку та методології велась із залученням міжнародних експертів проекту USAID «Справедливе правосуддя» та Проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні», а також спільно з Радою суддів України та Національною школою суддів України.

У засіданні взяли участь Голова Комісії Сергій Козьяков, заступник Голови Комісії Микола Патрюк, секретарі кваліфікаційної та дисциплінарної палати Комісії Станіслав Щотка та Михайло Макарчук, член Комісії Тетяна Весельська, радник Голови Комісії Андрій Василенко.

Як зазначив С. Щотка, при розробці проекту Порядку та методології були враховані пропозиції міжнародних фахівців щодо оцінювання діяльності суддів та якості правосуддя, забезпечення поваги до незалежності судової влади.

Про розробку та наповнення проекту Порядку та методології розповів директор Департаменту з питань професійної кваліфікації суддів та кандидатів на посаду судді Роман Савчук. Зокрема, він детально зупинився на етапах, порядку проведення та джерелах отримання інформації для кваліфікаційного оцінювання суддів, гарантіях забезпечення незалежності суддів під час оцінювання, порядку участі громадськості у цьому процесі.

Ознайомились з проектом Порядку та методології та висловили свої зауваження міжнародні експерти Реда Мольєне і Сальвія Кавальєне, національний експерт Олександр Павленко, а також

експерти проекту USAID «Справедливе правосуддя» Леся Нечипоренко та Анна Сухова.

Нагадаємо, що відповідно до Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд», кваліфікаційне оцінювання суддів покладене на Вищу кваліфікаційну комісію суддів України. Порядок та методологія оцінювання визначаються Комісією за погодженням з Радою суддів України.

У ДСА ОБГОВОРILI НОВІ ПІДХОДИ ДО БЮДЖЕТНОГО ПЛАНУВАННЯ

23 червня 2015 року у приміщенні Державної судової адміністрації України відбулася робоча зустріч Голови ДСА України Зеновія Холоднюка з Старшим радником Вищої судової і прокурорської ради Боснії та Герцеговини Адісом Ходжич, та Незалежним експертом з питань фінансів, Об'єднаного Королівства Рупіндером Сінх.

Метою зустрічі було обговорення можливого співробітництва в рамках реалізації Плану дій Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки.

У ході зустрічі були обговорені питання щодо надання практичної допомоги в удосконаленні системи бюджетування судової гілки влади на основі показників результату роботи з використанням досвіду зарубіжних країн таких як Австрія, Німеччина, Нідерланди.

Старший радник Вищої судової і прокурорської ради Боснії та Герцеговини Адіс Ходжич та Незалежний експерт з питань фінансів, Об'єднаного Королівства Рупіндер Сінх перебувають в Україні в якості експертів Проекту ЄС «Підтримка реформ в сфері юстиції в Україні».

УКРАЇНСЬКІ СУДДІ ТА АМЕРИКАНСЬКІ ЕКСПЕРТИ СТВОРЮЮТЬ ПОСІБНИК З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

У Львові проходить робочий семінар з розробки Посібника для суддів з питань захисту інтелектуальної власності, повідомляє прес-служба ВРЮ.

Семінар, що триватиме з 29 червня по 3 липня 2015 року, проходить за підтримки Програми розвитку комерційного права (CDLP), Міністерства торгівлі США, Вищого господарського суду України у координації із Посольством США в Україні та Федеральним судовим центром США. Участь у роботі семінару взяли члени редакційної комісії, до складу якої входять судді Вищого господарського суду України, зокрема і Голова Вищої ради юстиції, суддя Вищого господарського суду України Ігор Бенедисюк.

Про практичний досвід розгляду судових справ з питань інтелектуальної власності США, особливості процедури (підсудності та процесуальної правоздатності, збору та одержання доказів, використання думки експертів, видів клопотань, що можуть бути заявлені до початку судового розгляду та под.), механізми альтернативного вирішення спорів, етичні питання, що виникають у контексті розгляду спорів про право інтелектуальної власності, а також особливості застосування посібника у процесі здійснення правосуддя розповіла магістратський суддя окружного суду штату Мінесота (США) Бекі Р. Торсон. Про досвід написання текстів з питань права, побудови внутрішньої структури посібника йшлося у виступі юридичного редактора відділу інформаційних та редакційних послуг Федерального судового центру США Кріса Маркаріана.

Учасники редакційної комісії за участю іноземних експертів планують обговорити практичні приклади за матеріалами справ та обмінятися власним досвідом з розгляду спорів про право інтелектуальної власності.

Результатом роботи семінару стане розробка дорожньої карти для редакційної комісії з метою завершення роботи над посібником, що створюється для більш послідовного, ефективного і раціонального вирішення спорів з питань інтелектуальної власності в судовій системі України, що в свою чергу має посприяти створенню привабливого ділового й інвестиційного клімату в Україні.

Програма розвитку комерційного права (CDLP) створена 1992 року Офісом Генерального юридич-

ного радника Міністерства торгівлі США, завдання якого – надавати технічну, навчальну та консультативну допомогу в сфері комерційного права державному та приватному сектору країн з перехідною економікою для підтримки цілей їхнього економічного розвитку.

Початкові кроки з розробки Посібника для суддів з питань захисту інтелектуальної власності були зроблені в ході співпраці CDLP, Національної школи суддів та Вищого господарського суду України у листопаді 2013 року за результатами участі українських суддів у Шостій міжнародній конференції з підготовки суддів у м. Вашингтоні та ознайомлення із досвідом написання за сприяння CDLP першого посібника для суддів з питань інтелектуальної власності у Боснії та Герцеговині. Враховуючи досвід, набутий CDLP під час цієї роботи, у 2014 році було досягнуто згоди між CDLP, Вищим господарським судом України та Національною школою суддів України про співпрацю у створенні такого посібника в Україні.

СТАЖ РОБОТИ СУДДІ ПЕРЕРАХУВАННЮ НЕ ПІДЛЯГАЄ, – РАДА СУДДІВ УКРАЇНИ

Голова Державної судової адміністрації України Зеновій Холоднюк, виступаючи 16 квітня 2015 року на засіданні Ради суддів України, поінформував присутніх про лист Державної судової адміністрації України від 26.03.2015 № 8-5614/15 стосовно реалізації положень статті 135 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у редакції Закону України від 12.02.2015 № 192-VIII щодо стажу роботи судді. Зокрема, зазначеним



листом інформується про звернення ДСА України до Голови Комітету Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя Р. Князевича з проханням надати сприяння в забезпеченні реалізації права суддів на державні гарантії їх соціального захисту та ініціювати перед Верховною Радою України розгляд проекту Закону України «Про внесення змін до розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» у частині визначення стажу роботи суддів.

Радою суддів констатовано, що відповідно до положень частини другої статті 127 Конституції України та статті 53 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» обмеженням щодо реалізації особою, яка є суддею, таких гарантованих Конституцією України прав, є: право обіймати будь-які інші, крім посади судді, оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої. Також суддя не має права поєднувати свою діяльність із підприємницькою або адвокатською, не може належати до політичної партії чи професійної спілки, виявляти прихильність до них, брати участь у політичних акціях, мітингах, страйках. Відповідно держава встановлює для суддів компенсаційні трудові гарантії, а також гарантує достатній рівень соціального забезпечення.

Разом з тим, Верховною Радою України 12.02.2015 прийнято Закон України № 192-VIII «Про забезпечення права на справедливий суд», який набрав чинності 28.03.2015, а Прикінцеві та перехідні положення зазначеного закону не містять положення стосовно збереження за суддями, які були призначені чи обрані на посаду судді до набрання чинності цим законом, визначення стажу роботи на посаді судді відповідно до законодавства, що діяло на день набрання чинності законом. Відсутність такої норми є обмеженням соціальних гарантій суддів, передбачених Конституцією і законами України, оскільки зміст та обсяг досягнутого суддями рівня матеріального забезпечення не може бути звужено або скасовано шляхом внесення змін до чинного законодавства.

Радою суддів України прийнято рішення, що стаж роботи судді, нарахований відповідно до діючого законодавства на момент набрання чинності Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» перерахуванню не підлягає.

ВІДЕОКОНФЕРЕНЦЗВ'ЯЗОК НА СУДОВИХ ЗАСІДАННЯХ – КРОК НАЗУСТРІЧ СПРАВЕДЛИВОМУ СУДОЧИНСТВУ

За інформацією Державної судової адміністрації України, за перший квартал 2015 року в міс-

цевих та апеляційних судах загальної юрисдикції під час здійснення досудового розслідування та судового впровадження було проведено 11 039 сеансів відеоконференцзв'язку. У 2014 році такі сеанси відбувалися 53 тисячі 85 разів, а у 2013 – 10 тисяч 995 разів.

Здійснення цілого ряду організаційних заходів для запровадження системи відеоконференцзв'язку в приміщеннях судів та інших органів і установ під час проведення судових засідань дозволило не тільки значно покращити матеріально-технічну базу судів, а й полегшити участь в судовому процесі сторін-учасниць. Відтак, на сьогодні, в усіх судах України впроваджено системи відеоконференцзв'язку, що дає можливість проводити судові засідання в режимі відеоконференції у кожному суді.

Відповідно, застосування відеоконференцзв'язку врегульовано і чинним законодавством України. Вимогами статті 336 Кримінального процесуального кодексу України, статті 1581 Цивільного процесуального кодексу України, статті 74 Господарського процесуального кодексу України та статті 122 Кодексу адміністративного судочинства України чітко регламентуються проведення судових засідань з використанням таких технічних ресурсів.

Якщо говорити про учасників судового засідання, які зацікавлені в слуханнях в режимі відеоконференції, то вони мають подати до суду клопотання із зазначенням назви суду, який забезпечує її проведення. Суд ухвалює рішення про проведення такого судового засідання під час якого хід і результати процесуальних дій фіксуються за допомогою технічних засобів відеозапису.

Голова Державної судової адміністрації Зеновій Холоднюк зазначає, що зростання популярності застосування системи відеоконференцзв'язку під час судових засідань пояснюється в першу чергу тим, що дозволяє прискорити розгляд справ, які відкладаються через неможливість прибути на засідання учасників судового процесу та економить кошти громадян, які в силу зміни підсудності розгляду справ змушені їздити в столицю, чи інші регіони держави. Також з його слів, системи відеоконференцзв'язку застосовуються для проведення допитів підсудних в спеціально облаштованих приміщеннях установ Державної пенітенціарної служби України. В 30 слідчих ізоляторах та 128 установах виконання покарань встановлено 335 мобільних систем відеоконференцзв'язку, які передані їм у безоплатне користування. Ще один не менш важливий аспект, переконаний Голова ДСА України – це суттєва економія коштів державного бюджету та забезпечення права кожного громадянина на справедливий суд.

НАЦІОНАЛЬНА ШКОЛА СУДДІВ ЗАВЕРШИЛА ПРОВЕДЕННЯ НАВЧАННЯ

Урочистим врученням сертифікатів суддям Верховного Суду України завершилося навчання, проведене Національною школою суддів України відповідно до вимог Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд».

Безумовно корисними й потрібними назвав проведені заходи Голова Верховного Суду України Ярослав Романюк і висловив вдячність Національній школі суддів України та її ректору Миколі Оніщуку за організацію навчання й залучення міжнародних експертів, за підбір тем і науковців-спікерів, які представляють інтерес для суддів Верховного Суду України.

Керівники обох установ висловили впевненість у подальшій плідній співпраці Верховного Суду України та Національної школи суддів, конкретизовану наповнюваність якої підказало, зокрема, і проведене навчання.

В.о. секретаря Судової палати у господарських справах Верховного Суду України Павло Колесник:

– Національна школа суддів завжди тісно співпрацює з Верховним Судом України. Тренінги, семінари, круглі столи проводилися й раніше, але цього разу навчання було особливо плідним. Тому що вдалося поєднати і бачення тематики занять керівництва НШС, і побажання суддів ВСУ. Тож позитив очевидний. Думаю, жоден із моїх колег, незважаючи на зайнятість, не пожалкував про час, проведений на заняттях.

Добре також, що навчання було організовано у форматі пленарних засідань для всього складу Суду і у форматі круглих столів для суддів кожної юрисдикції.

Темою обговорення суддів Судової палати у господарських справах Верховного Суду України стали особливості розгляду справ про корпоративні спори. Лекція знаного фахівця – професора кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, академіка Академії правових наук, доктора юридичних наук Наталії Кузнецової, як завжди, була змістовною, з відповідним аналізом вітчизняного законодавства і судової практики.

Оскільки, зазначалося під час зустрічі, законодавчі акти не завжди виписані чітко, через що трапляються розбіжності у правозастосовчій практиці, роль Верховного Суду України як органу, що забезпечує єдність судової практики, є надзвичайно відповідальною. Важливо ретельно вивчати й обговорювати спільно з науковцями законодавчі новації, аби в подальшому

уникнути суперечливої судової практики, мінімізувати складнощі в роботі суддів.

Суддя Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України, секретар Пленуму Юрій Сенін:

– Незважаючи на те, що у Верховному Суді України працюють судді найвищої кваліфікації, подібне навчання потрібне й корисне для нас. Ми почули щось нове, у чомусь поглибили знання, загалом розширили свій кругозір. Рішення Верховного Суду мають бути взірцем для суддів усіх рівнів, тож усе, про що йшлося на заняттях, слугуватиме цьому також. Перекоаний, що подібне навчання потрібно продовжувати, принагідно розширюючи його формат. Це можуть бути не лише лекції і круглі столи, а й тренінги, навчальні семінари, інші інтерактивні форми.

Актуальність і необхідність таких професійних обговорень засвідчила й зустріч суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України з директором Київського науково-дослідного інституту судових експертиз Міністерства юстиції України, експерт-криміналістом, доктором юридичних наук Олександром Рувіним.

Оскільки Верховний Суд України, переглядаючи справи, оцінює проведені судові експертизи й дає судам напрям такої оцінки, дуже важливо знати сучасну методику та спектр проведення експертиз, ступінь їх достовірності. Років двадцять-тридцять тому, коли ми починали працювати у судах першої інстанції, далеко не кожену експертизу, призначену суддею, можна було провести. Тепер, завдячуючи сучасним технічним можливостям судової експертизи, це стало можливим. І тому все те, що ми почули на сьогоднішньому круглому столі, було надзвичайно цікавим і корисним, що в подальшому позитивно позначиться й на судовій практиці.

Суддя Судової палати в адміністративних справах Олександр Терлецький:

– Підвищенням професійного рівня кожен суддя має опікуватися постійно, а тому навчання – завжди на користь, і форми його мають бути різноманітними. Перекоаний, що немає таких суддів, які не хотіли б удосконалюватися, бо не знатимеш чогось у своїй професійній діяльності тоді, коли не багатимеш знати. Тому, погоджуюся зі своїми колегами, надзвичайно цікавими і пізнавально-корисними були виступи на нинішньому навчанні, організованому Національною школою суддів, фахівців із, так би мовити, суміжних сфер – психології, мовознавства, діловодства, які мають пряме відношення і до суддівської роботи.

Ubi jus, ibi
remedium

Закон дає і право,
і засіб для його
захисту



ДУМКА НАУКОВЦЯ

ЕЛЕКТРОННА ПЕРЕВІРКА ОРГАНАМИ ФІСКАЛЬНОЇ СЛУЖБИ: ПРАВОВИЙ СТАТУС ТА ПРОЦЕДУРА ПРОВЕДЕННЯ

АНОТАЦІЯ

У пропонованій статті проаналізоване поняття та визначені особливості електронної перевірки органами фіскальної служби, розглянутий порядок її призначення, організація проведення та оскарження висновків такого виду перевірки, виконаний порівняльний аналіз проведення електронних перевірок у країнах Європи, сформульовані пропозиції з удосконалення чинного законодавства щодо регулювання електронних перевірок.

АННОТАЦИЯ

В данной статье проанализированы понятия и характеристика электронной проверки органами фискальной службы, рассмотрен порядок ее назначения, организация проведения и обжалования выводов данного вида проверки, осуществлен сравнительный анализ проведения электронных проверок в странах Европы, сформулированы предложения по совершенствованию действующего законодательства по регулированию электронных проверок.

ANNOTATION

It is analysed in this article the concept and characteristics of electronic tax verification, review the procedure for the appointment, organization and appeal of the findings of this type of verification, comparative analysis of the electronic verifications in Europe and the suggestions to improve current legislation governing electronic verifications.

КЛЮЧОВІ СЛОВА

електронна перевірка, документальна перевірка, суб'єкти перевірки, довідка про результати перевірки, оскарження висновків

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА

электронная проверка, документальная проверка, субъекты проверки, справка о результатах проверки, обжалование выводов

KEYWORDS

electronic verification, documentary verification, subjects verification, a certificate is about the results of verification, appeal the findings

АВТОР

Тарас ПАСЬКО,
юрист, м. Полтава

Нині у вітчизняній юридичній літературі значна увага приділяється питанням проведення виїзних документальних перевірок. Вважається, що такий вид є ефективнішим завдяки тому, що він дає змогу проконтролювати різні сторони фінансово-господарської діяльності суб'єкта господарювання. Проте в умовах інтеграції національної податкової системи до прогресивного світового досвіду, починаючи з 2014 року в арсеналі вітчизняних податківців в рамках документальних перевірок з'явився новий, невідомий раніше, засіб контролю платників податків – сервіс електронної податкової перевірки.

Слід вказати, що електронна перевірка створена з метою здійснення самоконтролю платниками податків за допомогою органів фіскальної служби, а тому актуальним нині є з'ясування сутності електронної перевірки, правових аспектів її проведення в межах діяльності Державної фіскальної служби України, оформлення її результатів та можливості оскарження цих

результатів в адміністративному чи судовому порядку.

Варто зазначити, що хоча такими науковцями, як Яковенко О.В., Туржанський В.А. та Маринів Н.А., вже зроблені перші кроки щодо вдосконалення механізму проведення описаного у статті виду перевірки, проте в цілому питання правового регулювання електронних перевірок та аналізу процедури її проведення у наукових публікаціях висвітлено досить фрагментарно, що пов'язано з новизною цього виду перевірки.

Метою статті є визначення поняття та ролі, значення і місця електронної перевірки, визначення порядку її організації та проведення, а також оформлення результатів цього виду перевірки та порядку оскарження його висновків.

Відомо, що основною формою податкового контролю є перевірка. Саме ця форма є найефективнішою з погляду забезпечення податкових надходжень до бюджетів.

Водночас показники розгляду судових справ, пов'язаних із проведенням та висновками документальних перевірок, свідчить, що їхня кількість не зменшується. Саме тому з метою скорочення кількості податкових перевірок та, відповідно, зменшення навантаження на платників податків був створений такий вид перевірки, як електронна.

Якщо аналізувати досвід інших країн, варто вказати, що запровадження європейськими

податковими органами електронних перевірок («e-Audit», «digital audit») було своєрідною даниною часу, адже в умовах швидкого технічного прогресу паперовий документообіг фактично відживає свої останні роки, поступаючись місцем новим технологіям.

За даними Європейської організації податкових адміністрацій (ЮТА), майже всі податкові органи в Європі застосовують механізм електронних перевірок. При цьому, більшість із них користуються електронними перевірками у всіх сферах оподаткування, які перебувають у їхньому віданні. Винятком є, зокрема, Болгарія та Швейцарія, де електронним методом можуть бути перевірені лише ПДВ та інші непрямі податки.

Як переконує європейський досвід, особливістю електронних перевірок є можливість перевірити більшу кількість транзакцій за коротший проміжок часу. Такого результату податківці Європи досягають завдяки застосуванню спеціального програмного забезпечення та максимальній автоматизації процесу обробки документів. Те, чого не може зробити перевіряючий, коли він має справу з паперовими документами, робить спеціальна програма з електронними документами та даними [1, с. 14].

Як позитивний приклад можна навести досвід Міністерства фінансів Німеччини, яке у відповідь на збільшення чисельності підприємств, що у своїй діяльності використовують ведення бухгалтерського обліку в електронному (цифровому) вигляді, прийняло Основні принципи доступу до даних і перевірки електронних документів.

Ключовими моментами у цьому документі є визначення варіантів доступу до даних підприємств, технічні вимоги до документів для перевірки, відповідальність за відмову чи затягування часу в доступі до інформації [2].

В українському законодавстві, відповідно до абз. 6 п.п. 75.1.2 п. 75.1 ст.75 Податкового кодексу, документальною невідомою позаплановою електронною перевіркою за заявою платника податків (далі – електронна перевірка) вважається перевірка, що проводиться на підставі заяви, поданої платником податків з незначним ступенем ризику, визначеним відповідно до п. 77.2 ст. 77 ПКУ, до контролюючого органу, в якому він перебуває на податковому обліку [3, с. 591].

Тож можна виокремити суттєві ознаки, які відрізняють електронну перевірку від інших видів перевірок.

Зокрема, першою ознакою є її добровільність. Про це, зокрема, свідчить передбачена законодавцем можливість самостійного ініціювання проведення перевірки у вигляді подачі заяви плат-

ником податку. Тобто будь-яке підприємство чи самозайнята особа, за бажання, має право подати заяву щодо проведення перевірки, однак від неї не залежить рішення контролюючого органу про проведення інших видів перевірок.

Другою ознакою є ступінь ризику, якому повинен відповідати платник податку, який має намір проведення цього виду перевірки. Відповідно до вищевказаного п. 77.2 ст. 77 ПКУ таким суб'єктом може бути лише платник, що має низький рівень податкового ризику. Натомість інші види перевірки навпаки, застосовуються для перевірки підприємства із середнім чи високим ступенем ризику. Критерії поділу платників податків на групи із незначним, середнім та високим ступенем ризику передбачені Методичними рекомендаціями щодо складання плану-графіка проведення документальних планових перевірок суб'єктів господарювання, затверджених наказом Державної податкової служби України від 27 червня 2012 року №553 [4].

Третьою ознакою є суб'єкти, відносно яких проводиться перевірка. Відповідно до наказу Міністерства доходів та зборів України №143 від 03 червня 2013 року «Про затвердження Порядку подання платником податків заяви про проведення документальної невідомої позапланової електронної перевірки та прийняття рішення територіальним органом Міністерства доходів та зборів України про проведення такої перевірки» проведення перевірки здійснюється:

- з 1 січня 2014 року – щодо платників, які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності;
- з 1 січня 2015 року – щодо суб'єктів господарювання мікро-, малого та середнього бізнесу;
- з 1 січня 2016 року – щодо інших платників податків [5, с. 92].

Доцільно детальніше проаналізувати суб'єктів, які нині мають право подати заяву щодо проведення перевірки.

По-перше, це платники, які застосовують спрощену систему оподаткування. Відповідно до ст. 291 Податкового кодексу такі суб'єкти поділяються на групи платників єдиного податку.

По-друге, з січня цього року до суб'єктів, які мають право на проведення електронної перевірки, приєдналися платники мікро-, малого та середнього бізнесу. Щодо аналізу даних суб'єктів варто вказати, що Міністерство доходів і зборів України у своєму листі від 29 травня 2014 року №10244/5/99-99-22-02-05-16 надав відповідь щодо нормативного визначення вищевказаних понять мікро-, малого та середнього бізнесу [6].

Тож, відповідно до цього листа, Податковим кодексом не встановлено визначення понять мікро-, малого і середнього бізнесу (підприємництва) та критеріїв такого розподілу платників податків.

Згідно зі ст. 55 Господарського кодексу України суб'єкти господарювання залежно від кількості працівників та доходів від будь-якої діяльності за рік можуть належати до суб'єктів малого підприємництва, зокрема, до суб'єктів мікропідприємництва, середнього або великого підприємництва.

Отже, відповідно до положень вищезазначеної статті Господарського кодексу, суб'єктами мікропідприємництва є:

– фізичні особи, зареєстровані в установленому законом порядку як фізичні особи – підприємці, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 2 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України;

юридичні особи – суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 2 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України.

Суб'єктами малого підприємництва є:

– фізичні особи, зареєстровані в установленому законом порядку як фізичні особи – підприємці, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України;

– юридичні особи – суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України.

Суб'єктами великого підприємництва є юридичні особи – суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) перевищує 250 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності перевищує суму, еквівалентну 50 мільйонам єв-

ро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України.

Інші суб'єкти господарювання належать до суб'єктів середнього підприємництва [7, с. 303].

Четвертою ознакою електронної перевірки варто вказати необов'язковість такого виду перевірки. За результатами електронної перевірки податковий орган складає довідку та не виносить податкового повідомлення-рішення. Якщо платник податків погоджується з висновками податківців, він може самостійно уточнити дані податкової звітності та, відповідно, доплатити податкове зобов'язання.

Щодо самої процедури проведення, варто зазначити, що заява подається за 10 календарних днів до очікуваного початку проведення електронної перевірки, але не раніше офіційного повідомлення центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, про запровадження проведення такої перевірки для відповідних платників податків: які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності; суб'єктів господарювання мікро-, малого; середнього підприємства; інших платників податків. Форма заяви, порядок її подання, прийняття рішення про проведення електронної перевірки встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику.

Порядок подання платником податків заяви про проведення документальної невізної позапланової електронної перевірки та прийняття рішення територіальним органом Міністерства доходів і зборів України про проведення такої перевірки (далі – *Порядок*) затверджений вищевказаним наказом Міністерства доходів і зборів України №143.

Заява платника податків про проведення електронної перевірки за формою, передбаченою Порядком, подається керівником або уповноваженим представником платника податків (з пред'явленням документа, передбаченого п. 19.2 ст. 19 розд. I ПКУ) до територіального органу Міндоходів України, в якому він перебуває на податковому обліку, не пізніше ніж за 10 календарних днів до очікуваного початку проведення електронної перевірки.

Електронна перевірка може бути проведена за визначені платником податків податкові періоди, за які не проводились документальні планові або позапланові перевірки (з відповідних питань, які платник податків має намір перевірити), та у разі надання до територіального органу Міндоходів України відповідних декларацій (розрахунків).

Такий податковий період не може становити менше одного базового податкового (звітного) періоду з відповідного податку (збору).

Слід зазначити, що природа електронної перевірки передбачає подання для її проведення до контролюючого органу з дотриманням умови щодо реєстрації електронного підпису підзвітних осіб документів в електронній формі, які, відповідно до ПКУ, пов'язані з обчисленням та сплатою податків і зборів (якщо такі документи створюються таким платником податків в електронній формі та зберігаються на машинних носіях інформації). Загальний формат та порядок подання такої інформації встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику.

Порядок подання документів в електронній формі для проведення електронної перевірки затверджений наказом Міністерства доходів і зборів України від 31 грудня 2013 року № 898 [8, с. 228].

Між тим, слід вказати, що для вітчизняної податкової системи вимога щодо ведення платником податків бухгалтерського обліку, а також первинних документів в електронному вигляді є фактично випередженням часу. Нині вже розроблені програми подання електронної звітності, які дають змогу створювати, накладати електронний цифровий підпис і печатку, а також здійснювати обмін електронними первинними документами, проте відсоток платників податків, які використовують такі можливості, наразі доволі низький.

Рішення про проведення / не проведення документальної невідної позапланової електронної перевірки ухвалює керівник територіального органу Міндоходів, до якого платник податків подає заяву, протягом 10 календарних днів з дня отримання такої заяви.

Варто наголосити, що таке рішення за формою та реквізитами відрізняється від наказу, що складається відповідно до статей 77, 78 та 80 Податкового кодексу у разі проведення планових та позапланових документальних, а також фактичних перевірок.

Рішення про проведення / не проведення електронної перевірки надсилається платнику податків у визначеному ст. 42 гл. 2 розд. II ПКУ порядку, тобто за адресою (місцезнаходженням, податковою адресою) платника податків рекомендованим листом з повідомленням про вручення або особисто платнику податків або його законному чи уповноваженому представникові не пізніше наступного робочого дня від дати його прийняття.

Щодо можливості оскарження рішення про відмову у проведенні електронної перевірки, слід вказати, що відповідно до підпунктів 3.1 та 3.3 розділу III Порядку №143 територіальний орган Міндоходів на підставі інформації, зазначеної платником податків у заяві та доданих до неї документах для проведення електронної перевірки, і податкової інформації, наявної в територіальному органі Міндоходів, ухвалює рішення про проведення / не проведення такої перевірки.

Рішення про не проведення перевірки може бути схвалене територіальним органом Міндоходів, якщо за результатами аналізу інформації встановлено, зокрема, такі обставини: бухгалтерський облік (в електронному вигляді) ведеться з порушенням Інструкції про застосування Плану рахунків бухгалтерського обліку активів, капіталу, зобов'язань і господарських операцій підприємств і організацій, затвердженої наказом Міністерства фінансів України від 30 листопада 1999 року №291; ненадання платником податків разом із заявою до територіального органу Міндоходів з дотриманням умови щодо реєстрації електронного підпису підзвітних осіб документів в електронній формі, які, відповідно до ПКУ, пов'язані з обчисленням та сплатою податків і зборів, у форматі, встановленому пунктом 85.2 ст. 85 цього кодексу та інші аргументовані підстави, що технічно не дають змоги провести документальну перевірку в електронний спосіб.

При цьому, відповідно до п. 3.6 розділу III Порядку №143, рішення про не проведення електронної перевірки не обмежує можливості повторного звернення платника податків із заявою до контролюючого органу

Тобто оскарження в адміністративному або судовому порядку рішення про проведення / не проведення електронної перевірки ні Податковим кодексом, ні Порядком №143 не передбачено. Такий висновок, зокрема, робить Державна фіскальна служба України у своєму листі від 04 вересня 2014 року №2843/6/99-99-22-03-01-15.

Щодо оформлення висновків електронної перевірки доцільно вказати, що, згідно з п. 86.11 ст. 86 ПКУ, за результатами такої перевірки складається довідка у двох примірниках, яку підписують посадові особи контролюючого органу, які проводили перевірку, та реєструється у контролюючому органі протягом трьох робочих днів з дня завершення установа для проведення перевірки строку (для платників податків, які мають філії та/або перебувають на консолідованій сплаті, – протягом п'яти робочих днів).

Довідка електронної перевірки після її реєстрації вручається особисто платнику податків або його законним представникам для ознайомлення та підписання протягом п'яти робочих днів з дня вручення.

У разі незгоди платника податків або його законних представників з висновками перевірки чи фактами і даними, викладеними в довідці, складеній за результатами електронної перевірки, вони зобов'язані підписати таку довідку та мають право подати свої заперечення, які є невід'ємною частиною такої довідки, разом з підписаним примірником довідки.

Такі заперечення розглядаються контролюючим органом протягом п'яти робочих днів з дня їхнього отримання та платнику податків надсилається відповідь у порядку, визначеному ст. 58 ПКУ для надсилання (вручення) податкових повідомлень-рішень. Така відповідь є невід'ємною частиною довідки про проведення електронної перевірки. Платник податку (його уповноважена особа та/або представник) має право брати участь у розгляді заперечень, про що він зазначає у поданих запереченнях.

Слід зазначити, що, відповідно до п. 50.3 ст. 50 ПКУ, у разі якщо платник податків не подає уточнюючого розрахунку протягом 20 робочих днів після дати складення довідки про проведення електронної перевірки, якою встановлено порушення податкового законодавства, відповідний контролюючий орган має право на проведення позапланової перевірки платника податків за відповідний період.

У випадку, коли платник податку не подав уточнюючий розрахунок, контролюючий орган організує проведення позапланової перевірки такого платника податків із урахуванням вимог статей 78, 81, 82, 86 ПКУ. За результатами такої перевірки контролюючий орган в межах дії ст. 58 ПКУ приймає податкове повідомлення-рішення, яке відповідно до ст. 56 ПКУ може бути оскаржене платником податків в адміністративному чи судовому порядку.

Отже, результати електронної перевірки узгоджуються у визначені терміни, що не перевищують термін надання платником податків уточненого розрахунку за результатами такої перевірки. При цьому, оскарження в адміністративному або судовому порядку довідки про проведення електронної перевірки Податковим кодексом не передбачено. Таке твердження узгоджується з листом Державної фіскальної служби України від 27 серпня 2014 року №2402/6/99-99-22-03-01-15.

Проведений аналіз поняття, ознак, порядку проведення та оскарження результатів електро-

ної перевірки вказує на те, що остання посідає особливе місце в системі податкових перевірок, тому доцільно у главі 8 Податкового кодексу передбачити окрему статтю, повністю присвячену особливостям проведення електронної перевірки.

Підсумовуючи вищевикладене, варто вказати, що загалом впровадження сервісу електронної податкової перевірки необхідно розглядати як прогресивний крок. Враховуючи необов'язковість її проведення, вона не створює додаткового навантаження для платника податків, проте у зв'язку з новизною та невеликою довірою до цього виду перевірки з боку платників податків, подальше впровадження цього сервісу має відбуватися поступово, а запозичення європейського досвіду щодо методів автоматизованої обробки документів під час електронної перевірки має здійснюватись з урахуванням вимог вітчизняного законодавства, а також наявності в органів фіскальної служби технічної можливості та відповідного програмного забезпечення для проведення такої перевірки.

Список використаних джерел:

1. Ю. Залуський Електронні податкові перевірки – європейський досвід та українські реалії / Ю. Залуський, Ю. Ставчук // Юрист & Закон. – 2014. – № 13. – С. 14–17;
2. Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bundesfinanzministerium.de/>;
3. Податковий кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – №13–14, № 15–16, № 17. – С. 556;
4. Наказ Державної податкової служби України N 553 від 27.06.2012 р. «Про затвердження Методичних рекомендацій щодо складання плану-графіка проведення документальних планових перевірок суб'єктів господарювання» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/DPA1906.html;
5. Наказ Міністерства доходів та зборів України № 143 від 03.06.2013 «Про затвердження Порядку подання платником податків заяви про проведення документальної невізної позапланової електронної перевірки та прийняття рішення територіальним органом Міністерства доходів та зборів України про проведення такої перевірки» // Офіційний вісник України. – 2013. – № 47. – С. 92;
6. Лист Міністерства доходів і зборів України від 29.05.2014 р. N 10244/5/99-99-22-02-05-16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MDS01012.html;
7. Господарський кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – С. 303;
8. Наказ Міністерства доходів і зборів України від 31.12.2013 № 898 «Про затвердження форматів та Порядку подання документів в електронній формі для проведення електронної перевірки» // Офіційний вісник України. – 2014. – № 18. – С. 228.



ВСЕУКРАЇНЬСЬКА ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ
«АСОЦІАЦІЯ ПРАВНИКІВ УКРАЇНИ»



СУДОВИЙ ФОРУМ

ЮРИДИЧНА СИНЕРГІЯ
ЗАРАДИ ПРОЦВІТАННЯ

ЕКСКЛЮЗИВНИЙ ГЕНЕРАЛЬНИЙ ПАРТНЕР

1-2 ЖОВТНЯ
2015 РОКУ

м. Київ



ПАРТНЕРИ



ПАРТНЕР СЕСІЇ



ЗА ПІДТРИМКИ



ГЕНЕРАЛЬНИЙ
МЕДІА-ПАРТНЕР



МЕДІА-ПАРТНЕР



МЕДІА-ПАРТНЕР
ПРОЄКТІВ АПУ



ІНФОРМАЦІЙНО-
ПРАВОВА ПІДТРИМКА



УГОДА ПРО АСОЦІАЦІЮ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ЇЇ ВПЛИВ НА РОЗВИТОК БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ

АВТОР

Володимир ПОСПОЛІТАК,

к.ю.н., доцент,
завідувач кафедрою
гуманітарного розвитку
ПВНЗ «Міжнародний
інститут менеджменту»



АВТОР

Катерина ЯЩЕНКО,

юрист



Вже другий рік поспіль Україна живе в умовах дії, хоч і часткової, Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – *Угода*). Ця Угода є важливим геополітичним фактом не лише для України та ЄС, а й частково послужила каталізатором до зіткнення цивілізаційних, світоглядних інтересів країн, які формально не мають до її змісту безпосереднього юридичного стосунку.

Спробуємо коротко розглянути зміст зазначеної Угоди, щоб краще зрозуміти її значення для розвитку України, ЄС та інших країн.

Угода спрямована на поступову адаптацію законодавства України до *acquis communautaire* – правової системи ЄС – відповідно до напрямів та строків, визначених в Угоді. Для кожного напрямку, а часто конкретної директиви або статті директиви визначені окремі строки (в середньому – від двох до п'яти років). Відлік останніх розпочинається від дати **набрання Угодою чинності – після її ратифікації усіма сторонами**, в перший день наступного місяця, що настає після дати здачі на зберігання до Генерального секретаріату Ради Європейського Союзу останньої ратифікаційної грамоти або останнього документа про затвердження. На час підготовки цього матеріалу Угода була ратифікована Україною¹ та Європейським парламентом 16 вересня 2014 р., а також такими країнами-членами ЄС: Румунія – 2 липня 2014 р., Литва – 8 липня 2014 р.,

Латвія – 14 липня 2014 р., Болгарія – 24 липня 2014 р., Мальта – 21 серпня 2014 р., Словаччина – 24 вересня 2014 р., Естонія – 4 листопада 2014 р., Угорщина та Швеція – 26 листопада 2014 р., Польща – 28 листопада 2014 р., Хорватія – 12 грудня 2014 р., Данія – 18 грудня 2014 р., Велика Британія – 8 квітня 2015 р., Іспанія – 14 квітня 2015 р., Ірландія – 17 квітня 2015 р., Фінляндія – 24 квітня 2015 р.²

До набрання чинності діє тимчасове застосування Угоди – у частині, яка визначена Європейським Союзом. До цих частин належать, зокрема, глава 1 «Співробітництво у сфері енергетики, включаючи ядерну енергетику», глава 6 «Навколишнє середовище», глава 7 «Транспорт», глава 12 «Фінансові послуги», глава 17 «Сільське господарство та розвиток сільських територій», глава 18 «Політика у галузі рибальства та морська політика», глава 20 «Захист прав споживачів» розділу V «Економічне та галузеве співробітництво». Тимчасове застосування розділу IV «Торгівля та пов'язані з торгівлею питання», що регулює питання створення зони вільної торгівлі між Україною та ЄС, має розпочатися 1 січня 2016 року.³ Отож, попри те, що Угода ще не набрала чинності, саме вона визначатиме європейський вектор розвитку українського законодавства в найближчі десятиліття. Процес адаптації законодавства України до законодавства ЄС вже розпочався, про що свідчать затверджені Кабінетом Міністрів розпорядження «Про імплементацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 17 вересня 2014 року⁴, «Про схвалення розроблених Міністерством фінансів планів імплементації деяких актів законодавства ЄС у сфері бухгалтерського обліку та аудиту» від 08 квітня 2015 р.⁵, «Про схвалення розроблених Міністерством фінансів планів імплементації деяких актів законодавства ЄС у сфері оподаткування, митних

² Інтернет-ресурс: http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/ru/publish/article?art_id=246581344.

³ Інтернет-ресурс: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?l=1&art_id=247667894&cat_id=223223535.

⁴ «Офіційний вісник України» 2014 р. № 77 від 03/10/2014, стор. 178.

⁵ «Офіційний вісник України» 2015 р. № 30 від 24/04/2015, стор. 72.

¹ Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 40, ст. 2021.

питань та сприяння торгівлі» від 22 квітня 2015 р.⁶

Угода визначає засади політики у сфері промисловості і підприємництва. Зокрема, сторони розвивають та зміцнюють співпрацю з питань політики і в такий спосіб покращують умови для підприємницької діяльності для всіх суб'єктів господарювання з особливою увагою до малих та середніх підприємств (МСП). Поглиблене співробітництво має покращити адміністративну структуру та нормативно-правову базу для українських і європейських суб'єктів господарювання в Україні та ЄС та має ґрунтуватися на політиці ЄС щодо розвитку малого і середнього підприємництва та промисловості з урахуванням визнаних на міжнародному рівні принципів та практики в цих сферах⁷. Із цією метою сторони співпрацюють для:

а) впровадження стратегій розвитку МСП, що ґрунтується на принципах Європейської хартії малих підприємств, та проведення моніторингу процесу імплементації шляхом щорічного звітування та діалогу. Таке співробітництво також передбачає особливу увагу до мікропідприємств та підприємств ремісницького типу, які є надзвичайно важливим елементом економіки України та ЄС;

б) створення кращих базових умов через обмін інформацією та передовим досвідом і в такий спосіб сприяння підвищенню конкурентоспроможності. Це співробітництво включає управління структурними змінами (реструктуризацією), а також управління в галузі охорони навколишнього середовища та енергетики, зокрема, з питань енергоефективності та чистого виробництва;

в) спрощення та раціоналізації нормативно-правових актів та практики з окремим наголосом на обміні провідним досвідом з питань нормативно-правових методів, зокрема принципів ЄС;

г) сприяння розвитку інноваційної політики шляхом обміну інформацією та передовим досвідом щодо комерціалізації науково-дослідних та проектно-конструкторських робіт (зокрема механізми підтримки заснування підприємницької діяльності, пов'язаної з використанням технологій), кластерний розвиток та доступ до фінансових ресурсів;

ґ) сприяння розширенню контактів між приватними підприємствами України та ЄС та між цими підприємствами і органами влади України та ЄС;

д) підтримки вжиття заходів щодо стимулювання експорту в Україні;

е) сприяння модернізації та реструктуризації окремих галузей промисловості України та ЄС⁸.

Отже, при створенні суб'єктів господарювання слід враховувати, що у зв'язку з реалізацією цієї політики відбудуться зміни, зокрема, в таких сферах:

1. Заснування підприємницької діяльності. Україна та держави – члени ЄС взаємно забезпечують для заснування та діяльності філій і представництв юридичних осіб, які зареєстровані як акціонерні товариства, дочірніх підприємств національний режим або режим найбільшого сприяння, залежно від того, який режим є кращим. Це зобов'язання не поширюється на застереження щодо окремих видів господарської діяльності, визначених у ст. 87 Угоди, Додатку XVI-D (застереження сторони ЄС) та Додатку XVI-A (застереження України), а також на захист інвестицій, положення щодо яких містяться в інших угодах. Щодо філій та представництв юридичних осіб, які не є акціонерними товариствами, сторони Угоди можуть встановлювати інший режим у випадку, якщо це обумовлено правовими або технічними особливостями чи пруденційними цілями.

2. Оподаткування. У сфері оподаткування Україна та держави – члени ЄС визнають і зобов'язуються застосувати принципи належного управління, зокрема принципи прозорості, обміну інформацією та добросовісної податкової конкуренції, яких дотримуються держави-члени на рівні ЄС⁹. Сторони також посилюють і зміцнюють співпрацю, спрямовану на вдосконалення і розвиток податкової системи та податкових органів України, зокрема посилення потужностей збору і контролю, з окремим наголосом на процедурах відшкодування ПДВ для уникнення накопичення заборгованості, забезпечення ефективного збору податків і посилення боротьби з податковим шахрайством, а також ухиленням від сплати податків. Сторони намагаються покращувати співробітництво та обмін досвідом у боротьбі з податковим шахрайством, зокрема з «карусельним шахрайством»¹⁰. Сторони розвивають співпрацю і гармонізують політику щодо протидії та боротьби із шахрайством

⁸ Див. статтю 379 Угоди.

⁹ Див. ст. 350 Угоди.

¹⁰ Див. ст. 351 Угоди.

⁶ «Офіційний вісник України» 2015 р. № 34 від 08/05/2015, стор. 150.

⁷ Див. статтю 378 Угоди.

і контрабандою підакцизних товарів. Це співробітництво включає поступове зближення акцизних ставок на тютюнові вироби, як це можливо, беручи до уваги обмеження регіонального контексту, зокрема, шляхом діалогу на регіональному рівні та відповідно до Рамкової конвенції ВООЗ із боротьби проти тютюну 2003 року¹¹. Зазначені вище зобов'язання де-факто означають імплементацію законодавства ЄС про акцизний збір, податок на додану вартість, а також оподаткування продуктів енергії та електроенергії.

Акцизний збір. Відповідно до Директиви Ради № 92/83/ЄЕС від 19 жовтня 1992 р. про гармонізацію структур акцизних зборів на спирт і алкогольні напої, акцизний збір, що стягується державами-членами на пиво, встановлюється стосовно кількості гектолітрів / градусів фактичної алкогольної міцності за об'ємом кінцевого продукту. Мінімальна ставка акцизного збору на встановлюється в розмірі 550 єкю з гектолітра чистого спирту. Знижені ставки можуть застосовуватися до всіх типів вина та інших ферментованих напоїв за умови, що міцність таких продуктів не перевищує 8.5% об. Алкоголь звільняється від акцизного збору, якщо він денатурований відповідно до вимог будь-якої держави-члена; денатурований та використовується для виготовлення продукції, яка не призначена для споживання людиною; використовується для виробництва оцту, ліків або як ароматизатор для продуктів харчування. Згідно з Директивою Ради № 2011/64/ЄС від 21 червня 2011 р. про структуру та ставки акцизного збору на тютюнові вироби (кодифікація), загальний акцизний збір на сигарети становить щонайменше 60% середньозваженої роздрібною ціни продажу сигарет, випущених для споживання. Цей акциз не має бути меншим ніж 90 євро за 1 000 сигарет, незалежно від середньозваженої роздрібною ціни продажу¹². Загальний акцизний збір на сигари або сигарілли повинен бути щонайменше еквівалентним 5% роздрібною ціни продажу, що включає всі податки, або 12 євро за 1 000 одиниць, або за 1 кілограм.¹³

Податок на додану вартість. Директива Ради ЄС № 2006/112/ЄС від 28 листопада 2006 р. про спільну систему податку на додану вартість встановлює принцип спільної системи ПДВ та передбачає застосування до товарів та послуг загального податку на споживання, точно пропор-

ційного ціні товарів і послуг, незалежно від кількості операцій у рамках процесу виробництва та збуту до моменту нарахування податку. За кожною операцією нараховується ПДВ, визначений відповідно до ціни товарів або послуг за ставкою, встановленою для таких товарів чи послуг, після зарахування на зменшення податкового зобов'язання суми ПДВ, що безпосередньо припадає на різні складові собівартості¹⁴. Держави-члени застосовують стандартну ставку ПДВ, котра визначається кожною Державою-членом як процентна частка бази оподаткування й має бути однаковою для поставки товарів і поставки послуг. Стандартна ставка не може бути меншою ніж 15%. Для встановленого в Додатку III переліку товарів застосовуються знижені ставки, що встановлюються як процентна частка бази оподаткування, котра не може бути нижчою ніж 5%¹⁵.

Оподаткування продуктів енергії та електроенергії. Директива Ради № 2003/96/ЄС від 27 жовтня 2003 р. про реструктуризацію системи Співтовариства щодо оподаткування енергопродуктів та електроенергії «встановлює мінімальні рівні оподаткування щодо різних видів пального, вугілля, природного газу та електричної енергії, а також передбачає умови застосування пільгових ставок оподаткування стосовно цих продуктів. Відповідно до цілей Співтовариства та Кіотського протоколу в ЄС заохочується більш ефективне використання енергії, яке сприяє зменшенню емісії парникового газу та залежності від імпортованої енергетичної продукції. Також в інтересах захисту довкілля держави-члени мають право надавати податкові переваги фірмам, які вживають певних заходів такладають свій капітал в модернізацію використання енергії»¹⁶.

3. Торгівля та питання, пов'язані з нею. Угода передбачає, що торговельне та митне законодавство як принципове питання має бути стабільним та всеохопним та що положення і процедури мають бути пропорційними, прозорими, передбачуваними, недискримінаційними, об'єктивними й мають застосовуватися уніфіковано та ефективно, а також, *inter alia*, забезпечать:

а) захист і сприяння законній торгівлі шляхом ефективного впровадження і дотримання вимог законодавства;

¹¹ Див. ст. 352 Рамкової конвенції ВООЗ із боротьби проти тютюну 2003 року.

¹² Див. ст. 10 Директиви Ради № 2011/64/ЄС від 21 червня 2011 року.

¹³ Див. ст. 14 Директиви Ради № 2011/64/ЄС від 21 червня 2011 року.

¹⁴ Див. статтю 1 Директиви Ради ЄС №2006/112/ЄС від 28 листопада 2006 р.

¹⁵ Див. статті 97 та 98 Директиви Ради ЄС №2006/112/ЄС від 28 листопада 2006 р.

¹⁶ Інтернет-ресурс: www.ucipr.kiev.ua/userfiles/taxation.doc.

б) уникнення непотрібних або дискримінаційних навантажень на економічних операторів, запобігання шахрайству і надання подальшого сприяння економічним операторам, які мають високий рівень відповідності законодавству;

в) застосування єдиного адміністративного документа у цілях митного декларування;

г) більшу ефективність, прозорість і спрощення митних процедур та практик на кордоні;

г) застосування сучасних митних методів, зокрема, оцінки ризиків, постаудитного контролю та методів аудиту компаній для спрощення та сприяння ввезенню та випуску товарів;

д) скорочення витрат і збільшення передбачуваності для суб'єктів господарювання, зокрема для малих та середніх підприємств;

е) без шкоди для застосування об'єктивних критеріїв оцінки ризиків, забезпечення недискримінаційних вимог і процедур, що застосовуються до імпорту, експорту і транзиту товарів;

є) застосування міжнародних документів, що використовуються у митній справі і торгівлі, зокрема тих, що розроблені Всесвітньою митною організацією (далі – ВМО) (Рамкові стандарти забезпечення безпеки і спрощення процедур міжнародної торгівлі 2005 року, Конвенція про тимчасове ввезення (Стамбульська конвенція) 1990 року, Міжнародна конвенція про Гармонізовану систему опису і кодування товарів 1983 року), СОТ (наприклад, Угода про застосування ст. VII ГАТТ 1994), ООН (Митна конвенція про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП 1975 року, Міжнародна конвенція про узгодження умов проведення контролю вантажу на кордонах 1982 року), а також керівних принципів ЄС, таких як Митні прототипи;

ж) вжиття необхідних заходів для відображення та виконання положень переглянутої Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур 1973 року;

з) здійснення попереднього забезпечення обов'язкових рішень щодо тарифної класифікації та правил походження. Сторони гарантують, що рішення можуть бути скасовані чи анульовані лише після нотифікації причетного суб'єкта та не матимуть зворотної дії, якщо тільки рішення не були ухвалені на основі недостовірної або неповної інформації;

и) введення та застосування спрощених процедур для вповноважених трейдерів відповідно до об'єктивних та недискримінаційних критеріїв;

і) встановлення правил, які забезпечать, щоб будь-які штрафи, накладені за порушення митного законодавства або процедурних вимог, були пропорційними і недискримінаційними, а їхнє

застосування не призводило до незаконних та не-виправданих затримок;

ї) застосування прозорих, недискримінаційних і пропорційних правил щодо ліцензування митних брокерів.

Україна та держави – члени ЄС взаємно зобов'язуються спрощувати вимоги та формальності щодо швидкого випуску та розмитнення товарів; забезпечувати ефективні, швидкі, недискримінаційні та легкодоступні для малих та середніх підприємств процедури оскарження адміністративних дій, правил та рішень митних та інших органів, які стосуються товарів, пред'явлених митниці; забезпечувати збереження найвищих стандартів чесності, зокрема на кордоні, шляхом застосування заходів, що відображають принципи відповідних міжнародних конвенцій та документів у цій сфері, зокрема Декларації з професійної етики ВМО та Прототипу ЄС з митної етики; скасувати вимоги щодо обов'язкового використання митних брокерів та щодо обов'язкового використання перевірки перед відвантаженням або перевірки на місці призначення¹⁷.

При цьому, протягом десяти років з дня набрання чинності Угодою Україна та ЄС створять зону вільної торгівлі. З цією метою Угода передбачає впровадження низки описаних нижче положень щодо:

1) доступу товарів на ринки:

Скасування мит, зборів та інших платежів. Кожна сторона зменшує чи скасовує ввізне мито на товари, що походять з іншої сторони, відповідно до графіків, встановлених у Додатку I-A до Угоди. Графіки встановлюють базові ставки, стосовно яких має застосовуватися поступове зменшення, та строк, протягом якого ця ставка діє. Для кожної сторони – України та ЄС – передбачений свій графік. Для багатьох українських товарів скасовується ввізне мито одразу, без перехідного періоду¹⁸. Жодна сторона не може збільшити чинне мито чи схвалити справляння будь-якого нового мита на товар, що походить з іншої сторони¹⁹. Запровадження експортного мита забороняється. Мита чи заходи еквівалентної дії, які застосовуються в Україні, як зазначено у Додатку I-C до цієї Угоди, мають поступово бути анульовані протягом перехідного періоду відповідно до Графіку, включеного до Додатку I-C до цієї Угоди. Протягом 15 років з дати набрання чинності Угодою Україна може застосовувати спеціальні

¹⁷ Див. ст. 76 Угоди.

¹⁸ Див. статті 28 та 29 Угоди, а також додаток до Угоди.

¹⁹ Див. ст.30 Угоди.

заходи у формі додаткового збору до експортного мита щодо товарів та на умовах, визначених у Додатку I-D до Угоди. Забороняється також збереження, запровадження або відновлювання експортних субсидій або інших заходів еквівалентної дії щодо сільськогосподарських товарів, призначених для продажу на території іншої сторони²⁰.

Національний режим для товарів. Кожна сторона надає національний режим товарам іншої сторони: внутрішні податки й інші внутрішні збори та закони про продаж, пропозиції до продажу, купівлю, транспортування, розподіл чи використання товарів, а також правила внутрішнього кількісного регулювання не повинні створювати захист для вітчизняного виробництва; імпортовані товари не мають підпадати під внутрішні податки та інші внутрішні збори будь-якого роду, які перевищують податки та збори, застосовуються до подібних вітчизняних товарів; імпортованим товарам має надаватися режим не менш сприятливий, ніж режим, який надається подібним товарам національного походження, щодо всіх законів про продаж, пропозицій про продаж, купівлю, транспортування, розподіл чи використання товарів²¹.

2) засобів захисту товарів:

Скасування національного режиму та поступок для товарів. У випадку, якщо імпорт будь-якого товару на територію України чи держави – члена С збільшується у такій кількості, що це спричиняє чи загрожує спричинити серйозну шкоду вітчизняним виробникам на цій території, сторона має право стосовно такого товару цілком або частково призупинити виконання зобов'язання чи скасувати або змінити поступку²².

Спеціальні заходи щодо легкових автомобілів. Україна може застосовувати спеціальні заходи у формі ставки ввізного мита 10% до легкових автомобілів за умов, якщо сукупний обсяг імпорту товару протягом будь-якого року досягає граничного обсягу 45 000 одиниць. Це мито може бути застосовано лише до імпорту протягом строку до завершення цього року. Україна не застосовує зазначене мито протягом першого року²³.

3) технічних бар'єрів у торгівлі:

Зближення технічного регулювання, стандартів та оцінки відповідності. Україна вживає необхідних заходів з метою поступового досягнення відповідності з технічними регламентами ЄС та сис-

темами стандартизації, метрології, акредитації, робіт з оцінки відповідності та ринкового нагляду ЄС та зобов'язується дотримуватися принципів і практик, викладених в актуальних рішеннях та регламентах ЄС²⁴. Для досягнення цих цілей Україна імплементує положення *acquis* ЄС про загальну безпеку продукції (далі – *Захист прав споживачів*), встановлення вимог для акредитації та ринкового нагляду, що стосується торгівлі продукцією, загальну структуру (систему) маркетингу продукції, одиниці вимірювання, відповідальність за дефектну продукцію, а також низку галузевих положень²⁵. Україна поступово впроваджує звід Європейських стандартів (EN) як національні стандарти, зокрема гармонізовані європейські стандарти. Одночасно з таким впровадженням Україна скасовує конфліктні національні стандарти, зокрема застосування міждержавних стандартів (GOST/ГОСТ), розроблених до 1992 року²⁶.

Маркування й етикетування. Україна та держави – члени ЄС взяли на себе зобов'язання намагатися звести до мінімуму свої вимоги щодо маркування чи етикетування, крім тих, які вимагаються для адаптації *acquis* ЄС у цій сфері та маркування чи етикетування з метою захисту здоров'я, безпеки чи довкілля або для інших важливих потреб державної політики. Україна та держави – члени ЄС можуть визначити форму етикетування чи маркування, але не можуть вимагати затвердження, реєстрації або сертифікації етикеток. Держава зберігає за собою право вимагати, щоб інформація на етикетці чи марках була зазначена певною мовою²⁷.

4. **Транскордонне надання послуг.** Стосовно доступу до ринку через транскордонне надання послуг кожна сторона застосовує щодо послуг та постачальників послуг іншої сторони режим, що є не менш сприятливим, ніж той, що передбачений в спеціальних зобов'язаннях, які викладені в Додатках XVI-B та XVI-E до Угоди. В зазначених додатках визначений перелік послуг, лібералізований стороною ЄС і за допомогою застережень, види обмежень доступу на ринок і національного режиму, які застосовуються до послуг і постачальників послуг України в процесі такої діяльності²⁸. У секторах, зазначених у Додатках XVI-B та XVI-E Україна та сторона ЄС забезпечують послугам і постачальникам послуг іншої сторони стосовно всіх заходів, що впливають на транскордонне

²⁰ Див. ст. 32 Угоди.

²¹ Див. ст. 34 Угоди та ст. 3 ГАТТ.

²² Див. ст. 9 ГАТТ, ст. 40 Угоди та Угоду про спеціальні заходи.

²³ Див. статті 44, 45 Угоди та додаток до Угоди.

²⁴ Див. ст. 56 Угоди.

²⁵ Див. Додаток III до Угоди.

²⁶ Див. ст. 56 Угоди.

²⁷ Див. ст. 58 Угоди.

²⁸ Див. ст. 92 Угоди та додаток до неї.

надання послуг, режим, який є не менш сприятливим, ніж той, який сторона надає власним подібним послугам та постачальникам послуг²⁹. У секторах, в яких існують зобов'язання щодо забезпечення доступу на ринок, Україна та сторона ЄС зобов'язалися не встановлювати (якщо це прямо не передбачено в Додатках XVI-B та XVI-E) обмеження щодо кількості постачальників послуг, як у формі кількісних квот, монополій, ексклюзивних постачальників послуг, так і вимог перевірки економічних потреб; обмеження щодо загальної вартості транзакцій або активів у рамках надання послуг у формі кількісних квот або вимог перевірки економічних потреб; обмеження щодо загальної кількості операцій з надання послуг або щодо загального обсягу послуг, що виражається в умовних кількісних одиницях у формі квот або вимог щодо перевірки економічних потреб³⁰.

Україна та держави – члени ЄС можуть визначити форму етикетування чи маркування, але не можуть вимагати затвердження, реєстрації або сертифікації етикеток

5. Захист прав споживачів. Угода визначає такі напрями співробітництва у сфері захисту прав споживачів, як сприяння обміну інформацією щодо систем захисту прав споживачів; застосування експертизи щодо правового та технічного потенціалу у цій сфері з метою впровадження відповідних систем законодавства та ринкового нагляду; удосконалення інформації, що надається споживачам; навчання представників органів влади та інших представників інтересів споживачів; заохочення розвитку незалежних асоціацій споживачів та контактів між представниками споживачів³¹. З метою виконання цих норм будуть впроваджені зазначені нижче положення.

6. Безпека товарів. Система загальної безпеки продукції. Директива Європейського парламенту та Ради ЄС від 3 грудня 2001 р. про загальну безпеку продукції (№ 2001/95/ЄС) встановлює

обов'язок виробників розміщувати на ринку лише безпечні вироби. Вироби вважаються безпечними, якщо вони відповідають положенням Європейського Союзу. Коли немає спеціальних положень Співтовариства, які регулюють безпеку певних виробів, виріб вважають безпечним, якщо він відповідає спеціальним правилам національного законодавства держав-членів, на території якої циркулює виріб³². Сторони мають відстежувати небезпечну продукцію. Коли держава затверджує чи вирішує затвердити, рекомендує чи погоджує з виробниками та дистриб'юторами на обов'язковій чи на добровільній основі заходи або дії з метою запобігання обмеження чи накладання особливих умов щодо можливого збуту чи використання в межах її території виробу з причини серйозного ризику, вона повинна негайно інформувати Європейську комісію через систему RAPEX (Rapid Alert System for non-food products posing a serious risk; доступно за посиланням: http://ec.europa.eu/consumers/archive/safety/rapex/index_en.htm). Отримавши інформацію, Комісія перевіряє її на відповідність положенням цієї статті і вимог RAPEX та надсилає іншим державам-членам, які, своєю чергою, негайно інформують Комісію про вжиті заходи³³.

Щодо інших питань безпеки товарів, то з метою забезпечення високого рівня безпеки продукції будуть впроваджені також норми щодо товарів, що не відповідають їхньому зовнішньому вигляду та які становлять загрозу для здоров'я та безпеки споживачів³⁴, обов'язку забезпечити наявність на магнітних іграшках, що поставляються чи є в наявності на ринку, попередження про ризик для здоров'я та безпеки, який вони становлять³⁵, та забезпечити постачання на ринок виключно запальничок із захистом від дітей та заборонити постачання на ринок запальничок-новинок³⁶.

7. Маркетинг.

Зазначення ціни на товарах. Після впровадження положень Директиви № 98/6/ЄС Європейського

²⁹ Див. ст. 3 Угоди.

³⁰ Див. ст. 10 Угоди.

³¹ Директива Ради від 25.06.1987 про зближення законодавств держав-членів стосовно товарів, що не відповідають їхньому зовнішньому вигляду та які становлять загрозу для здоров'я та безпеки споживачів (№ 87/357/ЄС).

³² Рішення Комісії від 21.04.2008, що зобов'язує країни-члени забезпечити наявність на магнітних іграшках, що поставляються чи є в наявності на ринку, попередження про ризик для здоров'я та безпеки, який вони становлять (№ 2008/329/ЄС).

³³ Рішення Комісії від 11.05.2006, що зобов'язує країни-члени забезпечити постачання на ринок виключно запальничок із захистом від дітей та заборонити постачання на ринок запальничок-новинок (№ 2006/502/ЄС).

²⁹ Див. ст. 94 Угоди.

³⁰ Див. ст. 93 Угоди.

³¹ Див. ст. 416 Угоди.

парламенту та Ради від 16 лютого 1998 р. про захист споживачів при зазначенні цін на товари, що пропонуються споживачам, для поліпшення інформування споживача та полегшення порівняння цін продавці зобов'язуватимуться зазначати ціну за одиницю вимірювання товарів, запропонованих продавцями споживачам. Ціна за одиницю означає кінцеву ціну, включаючи ПДВ та всі інші податки, за один кілограм, один літр, один метр, один квадратний метр або один кубічний метр товару або іншу єдину одиницю кількості, яка широко та зазвичай використовується у відповідній державі-члені для продажу особливих товарів.

Недобросовісні торгівельні методи. Відповідно до Директиви № 1999/44/ЄС Європейського парламенту та Ради від 25 травня 1999 р. про певні аспекти продажу споживчих товарів та відповідні гарантії. Комерційна діяльність є недобросовісною у разі, якщо: вона суперечить вимогам професійної етики й суттєво спотворює чи може суттєво спотворити економічну поведінку середньостатистичного споживача, на якого ця діяльність спрямована або кому вона адресована, або групи споживачів, якщо діяльність спрямована на певну групу споживачів, щодо певного товару. Комерційна діяльність вважається такою, що вводить в оману, якщо вона містить інформацію або створює загальне уявлення про товар, вводить в оману або здатна ввести в оману середньостатистичного споживача, навіть якщо інформація достовірна щодо одного або кількох елементів, зазначених нижче, і спонукає або може спонукати споживача зробити операцію, яка не була б здійснена, якби споживач мав достовірні дані. Комерційна діяльність вважається агресивною, якщо, беручи до уваги ситуацію, що склалася, з урахуванням всіх особливостей і обставин, шляхом агресії, примусу, включаючи застосування фізичної сили, та зловживання впливом, продавець значно обмежує свободу вибору або поведінку середньостатистичного споживача щодо товару, і така діяльність веде або може вести до здійснення середньостатистичним споживачем угоди, яка за інших обставин не була б укладена. В українському законодавстві є подібні положення про недобросовісну рекламу та шахрайство, проте зазначені вище положення Директиви ЄС охоплюють ширше коло діянь.

8. Договірне право:

Недобросовісні умови контракту. Відповідно до Директиви № 93/13/ЄС Європейського парламенту та Ради від 5 квітня 1993 р. про недо-

бросовісні умови у споживчих контрактах, несправедливою вважається умова, якщо вона не обговорювалась індивідуально та за порушення вимоги сумлінності вона викликає значні невідповідності в правах та обов'язках сторін, що випливають з договору, на шкоду споживачу. Умова має завжди розглядатись як така, що не була обговорена індивідуально, якщо вона була складена заздалегідь, і тому споживач не мав можливості вплинути на склад умови, особливо у зв'язку із заздалегідь сформульованим стандартним договором. Той факт, що деякі елементи умови або одна конкретна умова були обговорені індивідуально, не має виключати застосування цієї статті до іншої частини договору, якщо загальна оцінка договору вказує на те, що він, проте, є заздалегідь сформульованим стандартним договором. Якщо будь-який продавець або постачальник стверджують, що стандартну умову було обговорено індивідуально, тягар доведення у зв'язку з цим має бути покладений на нього.

Право на скасування договору. Директива Ради № 85/577/ЄЕС від 20 грудня 1985 р. про захист споживачів щодо контрактів, що укладені поза діловими приміщеннями, передбачає надання споживачам письмового повідомлення про їхнє право на скасування договору. Споживач має право відмовитися від договору, надіславши повідомлення протягом періоду, не меншого, ніж сім днів від дати отримання повідомлення від продавця відповідно до процедури, встановленої національним правом. Вважатиметься достатнім, якщо повідомлення відправлене до спливу такого періоду³⁷.

Гарантія. Директива № 1999/44/ЄС Європейського парламенту та Ради від 25 травня 1999 р. про певні аспекти продажу споживчих товарів та відповідні гарантії висуває вимоги щодо тексту гарантійної заяви. Остання повинна містити положення про те, що споживач має законні права, передбачені внутрішнім законодавством, що регулює продаж товарів народного споживання, а також роз'яснення про те, що ці права не піддаються дії гарантії. Гарантійна заява має містити написані простою зрозумілою мовою зміст гарантії і суттєві елементи, необхідні для того, щоб пред'явити претензії, керуючись цією гарантією, зокрема, часові й територіальні межі гарантії, а також реквізити гаранта.

Судове провадження. Колективні позови. Директива № 98/27/ЄС Європейського парламенту

³⁷ Див. статті 4 та 5 Угоди.

та Ради від 19 травня 1998 року про постанови суду для захисту інтересів споживачів передбачає право звернення з колективними (груповими) позовами про захист інтересів споживачів та припинення дій, що порушують їхні права. Позови про судову заборону спрямовані на припинення будь-яких дій, які порушують колективні інтереси споживачів, шляхом накладення судової заборони на здійснення таких дій³⁸.

Розглянутий у статті перелік майбутніх змін в українському законодавстві не є вичерпним. Виконання Угоди передбачає впровадження положень про корпоративне управління, фінансові послуги, сільське господарство, легку промисловість, туризм, ІТ-бізнес, аудіовізуальну галузь тощо.

Зобов'язання України за Угодою досить широкі та потребують значного корегування законодавства загалом. Проте, якщо зобов'язання України за Угодою реально будуть виконані, питання щодо набуття членства Україною в ЄС лежатиме виключно в політичній площині.

Список використаних джерел:

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони // «Офіційний вісник України» 2014 р. № 75 від 26/09/2014, стор. 83.
2. Закон України «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» // (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 40, ст. 2021).
3. Вербальна нота до Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони // «Офіційний вісник України» 2014 р. № 83 від 24/10/2014, стор. 193.
4. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 р. № 847-р «Про імплементацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» // «Офіційний вісник України» 2014 р. № 77 від 03/10/2014, стор. 178.
5. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 22 квітня 2015 р. № 391-р «Про схвалення розроблених Міністерством фінансів планів імплементації деяких актів законодавства ЄС у сфері оподаткування, митних питань та сприяння торгівлі» // «Офіційний вісник України» 2015 р. № 34 від 08/05/2015, стор. 150.
6. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 08 квітня 2015 р. № 345-р «Про схвалення розроблених Міністерством фінансів планів імплементації деяких актів законодавства ЄС у сфері бухгалтерського обліку та аудиту» // «Офіційний вісник України» 2015 р. № 30 від 24/04/2015, стор. 72.
7. Директива Ради від 25.06.1987 про зближення законодавств держав-членів, стосовно товарів, що не відповідають їх зовнішньому вигляду та які представляють загрозу для здоров'я та безпеки споживачів (№ 87/357/ЄЕС).
8. Директива Ради № 92/83/ЄЕС від 19 жовтня 1992 р. про гармонізацію структур акцизних зборів на спирт та алкогольні напої.
9. Директива Ради № 2011/64/ЄС від 21 червня 2011 р. про структуру та ставки акцизного збору на тютюнові вироби (кодифікація).
10. Директива Ради ЄС №2006/112/ЄС від 28 листопада 2006 р. про спільну систему податку на додану вартість.
11. Директива Європейського Парламенту та Ради № 2001/95/ЄС від 3 грудня 2001 р. про загальну безпеку продукції.
12. Директива № 1999/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 25 травня 1999 р. про певні аспекти продажу споживчих товарів та відповідні гарантії.
13. Директива № 93/13/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 5 квітня 1993 р. про недобросовісні умови у споживчих контрактах http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_240.
14. Директива № 93/13/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 5 квітня 1993 р. про недобросовісні умови у споживчих контрактах.
15. Директива Європейського парламенту та Ради № 85/577/ЄЕС від 20 грудня 1985 р. про захист споживачів щодо контрактів, що укладені поза діловими приміщеннями.
16. Директива № 1999/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 25 травня 1999 р. про певні аспекти продажу споживчих товарів та відповідні гарантії.
17. Директива № 98/27/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 19 травня 1998 р. про постанови суду для захисту інтересів.
18. Рішення Комісії від 21.04.2008, що зобов'язує країни-члени забезпечити наявність на магнітних іграшках, що поставляються чи є в наявності на ринку, попередження про ризик для здоров'я та безпеки, який вони становлять (№ 2008/329/ЄС).
19. Рішення Комісії від 11.05.2006, що зобов'язує країни-члени забезпечити постачання на ринок виключно запальничок із захистом від дітей та заборонити постачання на ринок запальничок-новинок (№ 2006/502/ЄС).
20. Рамкова конвенція ВООЗ із боротьби проти тютюну 2003 року // Інтернет-ресурс: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/897_001.
21. Права на доступ до правосуддя та національна практика цивільного судочинства // Інтернет-ресурс: <http://www.realllook.com.ua/4852/prava-na-dostup-do-pravosuddya-ta-nacionalna-praktika-civilnogo-sudochisntva/>.
22. Акти *acquis* ЄС, до яких має відбуватися наближення законодавства України у сфері оподаткування відповідно до Угоди про асоціацію // www.ucipr.kiev.ua/userfiles/taxation.doc;
23. Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом // Інтернет ресурс: http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/ru/publish/article?art_id=246581344.
24. Тимчасове застосування Угоди про асоціацію між Україною та ЄС // Інтернет ресурс: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?l=1&art_id=247667894&cat_id=223223535.
25. Домовленості щодо співробітництва у сфері оподаткування в рамках Угоди про асоціацію між Україною та ЄС // Інтернет-ресурс: www.ucipr.kiev.ua/userfiles/taxation.doc.

³⁸ Інтернет-ресурс: <http://www.realllook.com.ua/4852/prava-na-dostup-do-pravosuddya-ta-nacionalna-praktika-civilnogo-sudochisntva/>.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ВИЧЕРПАННЯ ПРАВ НА ОБ'ЄКТИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Закінчення. Початок у №3(153)

АВТОР

Андрій ОЛЕФІР,
к.ю.н, асистент кафедри
цивільного, господарського
та екологічного права
Полтавського юридичного
інституту Національного
юридичного університету
ім. Я. Мудрого



1.3. Спеціальне регулювання принципу вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності

Для з'ясування конкретного змісту принципу вичерпання прав необхідно розглянути особливості його застосування щодо винаходів, корисних моделей, промислових зразків, а також технологій, топографій інтегральних мікросхем, сортів рослин, товарних знаків, об'єктів авторського права, що містяться в спеціальному законодавстві. Зазначимо, що згідно з п. 1.5 постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р., в законах можуть одночасно вживатися відмінні один від одного, але тотожні за правовим змістом терміни, які визначають об'єкти права ІВ, наприклад, «знаки для товарів і послуг» і «торговельні марки».

1. Згідно з ч. 3 ст. 31 ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 р. не визнається порушенням прав, що випливають з патенту, введення в господарський обіг виготовленого із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі) продукту будь-якою особою, яка придбала його без порушення прав власника. Продукт, виготовлений із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), вважається таким, що придбаний без порушення прав власника патенту, якщо цей продукт був виготовлений і (або) після виготовлення введений в обіг власником патенту чи іншою особою за його спеціальним дозволом (ліцензією).

Під використанням винаходу (корисної моделі), відповідно до ст. 28 цього Закону, мається на увазі виготовлення продукту із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), застосування такого продукту, пропонування для

продажу, продаж, імпорт та інше введення його в цивільний обіг або зберігання такого продукту в зазначених цілях, а також застосування процесу, що охороняється патентом, або пропонування його для застосування в Україні. В ч. 3 ст. 31 цього ж Закону такі види господарських операцій, як «застосування такого продукту, пропонування для продажу, продаж, імпорт та інше введення його в цивільний обіг або зберігання в зазначених цілях», узагальнено до «введення в господарський обіг». Аналогічні нормативні приписи закріплені в ЗУ «Про охорону прав на промислові зразки» від 15.12.1993 р.

З цього випливає, що, по-перше, в Україні щодо продукту, виготовленого з застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі) чи промислового зразка, діє міжнародний режим вичерпання прав, оскільки немає вказівок на обов'язковість «першого продажу» продукту саме на території України, а також використано словосполучення «введення його в цивільний обіг», яке охоплює щонайширше коло господарських операцій, зокрема імпорт, що згадується як один зі способів використання винаходу (корисної моделі), промислового зразка. На думку юристів, у вітчизняному праві промислової власності правовласнику не надано права забороняти третім особам використовувати торгову марку чи промисловий зразок, правомірно введений в цивільний обіг фактично в будь-якій країні світу [12]. По-друге, за законодавством України перший продаж продукту, виготовленого з застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі) чи промислового зразка, означає вичерпання таких прав правовласника щодо нього: застосування у власній господарській діяльності, пропонування для продажу, продаж, імпорт на територію України, передання в майновий найм (прокат) та інше введення його в цивільний обіг або зберігання в зазначених цілях.

Об'єктом винаходу (корисної моделі), права охорона якому (якій) надається згідно з ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 р., може бути продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо), процес (спосіб), нове застосування відомого продукту чи процесу. Відповідно до ЗУ «Про охорону прав на

промислові зразки» від 15.12.1993 р., до об'єктів промислового зразка належать форма, малюнок, розфарбування чи їхнє поєднання, які визначають зовнішній вигляд промислового виробу і призначені для задоволення естетичних, ергономічних потреб. Отже, об'єктами винаходів, корисних моделей і промислових зразків, щодо яких може відбуватися вичерпання прав в Україні, є продукти, використані під час їхнього виготовлення процеси, а також двовимірні та тривимірні дизайнерські конструкції. Якщо за допомогою промислових зразків виріб набуває споживчої привабливості, то винаходи і корисні моделі є технічними засобами вирішення завдань у процесі провадження господарської діяльності. Згідно зі ст. 27 Угоди ТРІПС, патенти видаються для будь-яких винаходів в усіх сферах технології, що відповідають ключовим вимогам патентоспроможності. Об'єктом вичерпання прав також є технології, застосовані під час виробництва чи використання продукту. При цьому, з огляду на визначені в ЗУ «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» від 14.09.2006 р. та наукових джерелах [4] об'єкти технологій, прийнято вирізняти одиничні та єдині технології. Правова охорона перших здійснюється на підставі патентів, свідоцтв про реєстрацію топографій інтегральних мікросхем, у режимі авторського права та комерційної таємниці, а других, враховуючи складність і множинність об'єктів правової охорони, – сукупністю зазначених господарсько-правових засобів.

2. Відповідно до ч. 2 ст. 17 ЗУ «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» від 05.11.1997 р. не визнається порушенням прав, що надаються реєстрацією топографії інтегральної мікросхеми, ввезення на митну територію України, пропонування для продажу, продаж, зберігання в зазначених цілях або інше введення в обіг інтегральних мікросхем, виготовлених із застосуванням зареєстрованої топографії, і будь-яких виробів, що містять такі інтегральні мікросхеми, якщо вони придбані законним шляхом. Інтегральна мікросхема з зареєстрованою топографією і вироби, що містять таку інтегральну мікросхему, є придбаними будь-якою особою законним шляхом, якщо вони після виготовлення були введені в обіг власником прав на цю зареєстровану топографію інтегральної мікросхеми чи за його дозволом.

Як і щодо патентоспроможних об'єктів, в Україні стосовно інтегральних мікросхем і виробів, що містять інтегральні мікросхеми, виготовлених із використанням зареєстрованої топографії інтегральної мікросхеми, діє міжнародний

принцип вичерпання прав. По-перше, в ЗУ «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» від 05.11.1997 р. господарську операцію «ввезення на митну територію України» не визначено як особливий спосіб використання топографії інтегральної мікросхеми, що потребує спеціального дозволу власника прав на неї. По-друге, немає посилань на територію держави, в якій має відбутися введення в обіг інтегральної мікросхеми чи виробів, які містять інтегральні мікросхеми, для цілей вичерпання прав в Україні, що дає підстави стверджувати, що це може бути як Україна, так і будь-яка інша держава. В контексті забезпечення розвитку вітчизняної електронно-комп'ютерної техніки міжнародний принцип вичерпання прав є позитивним, особливо зважаючи на те, що Угода ТРІПС обмежує господарський інструментарій для активізації застосування сучасних топографій інтегральних мікросхем в економіках країн, що розвиваються. Згідно зі ст. 31 Угоди, яка регламентує умови застосування примусового ліцензування, у випадках використання напівпровідникових технологій сферою такого використання може бути лише громадське некомерційне використання або потреба у виправленні практики, яку за результатами судового (адміністративного) розгляду визнано антиконкурентною.

Зі ст.ст. 16 і 17 ЗУ «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» від 05.11.1997 р. випливає, що перший продаж інтегральної мікросхеми, виготовленої з застосуванням зареєстрованої топографії інтегральної мікросхеми, та будь-яких виробів, що містять таку мікросхему, означає вичерпання таких прав правовласника стосовно них: застосування у власній господарській діяльності, пропонування для продажу, продаж, імпорт на територію України та інше введення в цивільний обіг або зберігання такого продукту в зазначених цілях, передання в майновий найм (прокат) виробу, що містить інтегральну мікросхему. Не підлягають вичерпанням такі елементи виключного права на використання топографії інтегральної мікросхеми, як копіювання топографії інтегральної мікросхеми, виготовлення інтегральних мікросхем із застосуванням цієї топографії та будь-яких виробів, що містять такі інтегральні мікросхеми.

Об'єктами виключних прав ІВ власності є топографії інтегральних мікросхем – оригінально зафіксовані на матеріальних носіях просторово-геометричні розміщення сукупності елементів інтегральної мікросхеми та з'єднань між ними. До об'єктів топографії інтегральної мікросхеми належить її матеріальний носій (кристал інтегральної

мікросхеми) проміжної або кінцевої форми. У зв'язку з цим вичерпання прав відбувається як щодо інтегральної мікросхеми, виготовленої з використанням зареєстрованої топографії, так і виробів, що містять цю мікросхему.

3. Нормативні приписи Угоди ТРІПС надають державам-учасникам право запроваджувати щодо рослин патентну охорону чи генетичний захист. Згідно з ЗУ «Про охорону прав на сорти рослин» від 21.04.1993 р. в Україні на сорти рослин можуть набуватися такі види прав інтелектуальної власності: по-перше, це особисті немайнові права інтелектуальної власності на сорт рослин, що засвідчуються свідоцтвом про авторство на сорт рослин, по-друге, залежно від критеріїв придатності сорту для набуття прав інтелектуальної власності на нього, вирізняють майнові права інтелектуальної власності на сорт рослин (патент на сорт рослин) і майнові права інтелектуальної власності на поширення сорту рослин (свідоцтво про державну реєстрацію сорту рослин).

Відповідно до ст. 44 ЗУ «Про охорону прав на сорти рослин» від 21.04.1993 р. одним із випадків, коли використання сорту без згоди володільця патенту не визнається порушеннями майнових прав ІВ на сорт рослин, є вичерпання виключного права володільця патенту. В ст. 45 цього Закону закріплено, що майнові права інтелектуальної власності на сорт рослин не поширюються на дії щодо будь-якого матеріалу його сорту або сорту, на який поширюється дія ч. 3 ст. 39 Закону, і одержаного безпосередньо з них продукту, в разі їхнього збуту на території України володільцем патенту чи за його згодою, якщо такі дії: (а) не спрямовані на подальше розмноження зазначеного сорту; (б) не пов'язані з експортом посадкового матеріалу сорту до країни, в якій не охороняються майнові права інтелектуальної власності на сорти роду чи виду рослин, до якого належить зазначений сорт, крім експорту зібраного матеріалу, призначеного виключно для споживання.

В Україні щодо майнових прав ІВ на сорт рослин встановлений національний принцип вичерпання прав: в Законі викладена вимога про збут продукції володільцем патенту чи за його згодою саме на території України та лише після цього використання сорту, з урахуванням нормативно визначених обмежень, не визнаватиметься порушеннями майнових прав ІВ на сорт рослин.

Якщо об'єктом майнових прав інтелектуальної власності на сорт рослин є окрема група рослин (клон, лінія, гібрид першого покоління, популяція) в рамках нижчого з відомих бо-

танічних таксонів, то предметом вичерпання цих прав – матеріал захищеного патентом сорту (посадковий матеріал – це матеріальний носій сорту, рослини, їхні частини, придатні для відтворення цілісних рослин), матеріал, похідний в основному від запатентованого сорту або який нечітко відрізняється від запатентованого сорту, або виробництво якого потребує багаторазового використання сорту володільця патенту, а також одержаний безпосередньо з них продукт (зібраний матеріал – це зібраний урожай рослин або їхніх частин, вирощених з посадкового матеріалу).

Відповідно до ст. 39 ЗУ «Про охорону прав на сорти рослин» від 21.04.1993 р. до майнових прав інтелектуальної власності на сорт рослин належать право володільця патенту на використання сорту і виключне право на дозвіл чи заборону використання сорту іншими особами. Вичерпання виключного права володільця патенту на дозвіл чи заборону використання сорту іншими особами стосується таких правомочностей: пропонування до продажу, продаж або інший комерційний обіг, вивезення за межі митної території України, ввезення на митну територію України, зберігання для будь-якої з цих цілей. Натомість принцип вичерпання прав не поширюється на виробництво, відтворення або доведення до кондиції з метою розмноження. Це зумовлено тим, що реалізація цих прав спрямована на розмноження сорту. Так само і матеріал сорту не передається в майновий найм (прокат). Також вичерпання прав патентовласника не відбувається, якщо вчиняються дії, пов'язані з експортом посадкового матеріалу сорту до країни, в якій не охороняються майнові права інтелектуальної власності на сорти роду чи виду рослин, до якого належить зазначений сорт.

Щодо майнового права інтелектуальної власності на поширення сорту рослин застосування принципу вичерпання прав законодавством не передбачене. Під поширенням сорту мають на увазі комерційне розповсюдження посадкового матеріалу – матеріального носія сорту, занесеного до Державного реєстру сортів рослин, придатних для поширення в Україні. Право на дозвіл чи заборону поширення сорту полягає в тому, що без дозволу власника майнового права інтелектуальної власності на поширення сорту рослин щодо посадкового матеріалу не можуть здійснюватися такі дії: (а) пропонування до продажу; (б) продаж або інший комерційний обіг; (в) зберігання для будь-якої з цих цілей. Хоча і майнове право ІВ на поширення сорту рослин, і майнове право ІВ на сорт рослин реєструються на

підставі рішення про державну реєстрацію права на сорт, нормативним приписом ст. 11 ЗУ «Про охорону прав на сорти рослин» від 21.04.1993 р. передбачені неоднакові критерії придатності сорту для набуття прав на нього: (а) сорт вважається придатним для поширення в Україні, якщо він є відмінним, однорідним і стабільним; (б) сорт вважається придатним для набуття права на нього як на об'єкт інтелектуальної власності, якщо він є новим, відмінним, однорідним і стабільним.

Отже, майнове право інтелектуальної власності на поширення сорту рослин становлять усічені правомочності майнового права інтелектуальної власності на сорт рослин, що зумовлено, по-перше, особливими критеріями охороспроможності сортів рослин, зокрема, новизною та відмінністю; по-друге, для випадків коли в Україні реєструється сорт, який не є новим, у сфері правової охорони прав на сорти рослин, окрім стандартного права на пріоритет заявки, також встановлена вимога про те, щоб до дати, на яку заявка вважається поданою, заявник (селекціонер) чи інша особа за його дозволом не продавали чи в будь-який інший спосіб не передавали матеріал сорту для комерційного використання як на території України (за один рік до цієї дати), так і на території інших держав (щодо деревних і чагарникових культур, винограду – за шість років; щодо рослин інших видів – за чотири роки до цієї дати).

У зв'язку з тим, що припис ст. 27 Угоди ТРІПС надає державам-членам право не запроваджувати патентування рослин і тварин, крім мікроорганізмів, та важливих біологічних процесів для продукування рослин або тварин, окрім небіологічних, мікробіологічних процесів, законодавець у ст. 6 ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 р. встановив, що об'єктом винаходу (корисної моделі) може бути штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо, натомість правова охорона, згідно з цим актом, не поширюється на сорти рослин і породи тварин, біологічні в своїй основі процеси відтворення рослин і тварин, що не належать до небіологічних та мікробіологічних процесів. Тому, хоча відповідно до ЦК України об'єктами права ІВ є породи тварин, конкретний механізм їхньої правової охорони законодавчо не визначений, а отже, виключні права стосовно них не виникають. Відповідно до наказу Міністерства аграрної політики та продовольства України «Про затвердження Положення про сертифікат племінних (генетичних) ресурсів та зразків форм сертифікатів племінних (генетичних) ресурсів»

від 17.11.2011 р., при імпорті племінних (генетичних) ресурсів обов'язковою є наявність сертифікатів (документів з племінного обліку), натомість будь-які інші спеціальні обмеження на експорт та імпорт племінних (генетичних) ресурсів не передбачені. Закон України «Про племінну справу у тваринництві» від 15.12.1993 р. регламентує лише загальні правові, економічні та організаційні основи племінної справи у тваринництві, спрямовані на поліпшення племінних і продуктивних якостей тварин, підвищення економічної ефективності, конкурентоспроможності галузі. На власників племінних (генетичних) ресурсів покладено обов'язки з одержання сертифікатів племінних (генетичних) ресурсів, що є документальним підтвердженням якості та племінної цінності племінних (генетичних) ресурсів при їхньому придбанні, реалізації та торгівлі, а також ліцензій на право провадження господарської діяльності з торгівлі племінними (генетичними) ресурсами, проведення генетичної експертизи походження та аномалій тварин тощо.

4. Згідно з ч. 6 ст. 16 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р. виключне право власника свідоцтва України на знак для товару забороняти іншим особам використовувати без його згоди цей знак не поширюється на використання знака для товару, введеного під цим знаком у цивільний обіг власником свідоцтва чи за його згодою, за умови, що власник свідоцтва не має вагомих підстав забороняти таке використання у зв'язку з подальшим продажем товару, зокрема в разі зміни або погіршення стану товару після введення його в цивільний обіг. У зв'язку з тим, що законодавець визнає юридичним фактом введення товару в цивільний обіг, незалежно від території такого введення, щодо знаків для товарів в Україні встановлено міжнародний принцип вичерпання прав. Так само і в ч. 4 ст. 23 ЗУ «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 р. не вважається порушенням прав власника свідоцтва на право використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару використання цього зазначення (нанесення на упаковку товару, застосування в рекламі, запис на бланках, рахунках та інших документах, що супроводжують товар, окрім нанесення його на товар або етикетку) будь-якою особою, яка на законних підставах придбала позначений цим кваліфікованим зазначенням походження товару у власника свідоцтва і повторно вводить його в обіг.

На те, що вичерпання прав на знак для товару, введеного під цим знаком у цивільний обіг,

означає набуття новим власником відповідного товару прав на пропонування його для продажу, продаж, здавання в майновий найм та інше введення його в обіг або зберігання в зазначених цілях, окрім створення товару і нанесення на нього зареєстрованого знака, вказує зміст такого виключного права, як «використання знака». Відповідно до ст. 16 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р. знак визнається використаним, якщо його застосовано у формі зареєстрованого знака. В ЗУ «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 р. використанням зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару визнається нанесення його на товар або етикетку, упаковку товару, застосування в рекламі, запис на бланках, рахунках та інших документах, що супроводжують товар. Тобто «використання» в законодавстві про товарні знаки включає не лише операції з господарського обігу позначених знаками товарів, на відміну, наприклад, від патентного законодавства. Це зумовлено як різним функціональним призначенням об'єктів права інтелектуальної власності (застосування позначень чи їхніх комбінацій на предметах, що супроводжують виробничо-господарський обіг товарів, знак для яких охороняється, спрямоване на покращення комерційної реалізації та відмежування продукції від подібної до неї), так і об'єктами правової охорони, якими стосовно знаків є будь-які позначення чи їхні комбінації, що мають формальне відображення і є віддільними від самого товару.

Крім права на використання знака, власник свідоцтва на знак має право забороняти іншим особам використовувати цей знак без його згоди, за винятком встановлених у законі випадків, а також передавати будь-якій особі право власності на знак повністю або відносно частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг, надавати будь-якій особі дозвіл (ліцензію) на використання знака. Водночас, з огляду на закріплені в ст. 9 ЗУ «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 р. обмеження кола суб'єктів господарського права, які мають право на реєстрацію кваліфікованого зазначення походження товару та (або) право на використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару, спеціально визначений адміністративний порядок набуття відповідних прав і призначення такого виду правової охорони, власники свідоцтв на право використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару не мають права видати ліцензію на використання кваліфікова-

ного зазначення походження товару чи передавати відповідне право.

Виключне право власника свідоцтва на знак забороняти іншим особам використовувати без його згоди зареєстрований знак не поширюється на використання знака для товару особою, що законно придбала його з метою використання в господарській діяльності чи подальшого обігу. Згідно зі ст. 16 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р. ця особа має право: наносити знак на упаковку, в якій міститься товар, для якого знак зареєстровано, вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку чи інший прикріплений до товару предмет, зберігати такий товар з зазначеним нанесенням знака, з метою пропонування його для продажу, продаж, імпорт (ввезення) та експорт (вивезення), застосування в діловій документації чи рекламі та в мережі інтернет. Тому під використанням знака в цілях продажу товару, права на який було вичерпано, не можна розуміти «нанесення його на будь-який товар, для якого знак зареєстровано» (абз. 5 ч. 4 ст. 16 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р.), оскільки на такий товар його вже було нанесено до моменту першого продажу (ця правомочність здійснюється після виготовлення товарів і перед потраплянням їх на ринок). У цьому контексті помічаємо регулятивні переваги норми ч. 4 ст. 23 ЗУ «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 р., в якій під «використанням зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару» йдеться про нанесення його на упаковку товару, застосування в рекламі, запис на бланках, рахунках та інших документах, що супроводжують товар, окрім нанесення його на товар або етикетку. Слід зважати і на те, що виключне право на знак для товарів та послуг не містить правомочностей на виготовлення певних товарів, які надають патенти та режим комерційної таємниці, а має об'єктом правової охорони використання зареєстрованих знаків щодо готових товарів чи послуг.

Товарні знаки як об'єкти права інтелектуальної власності в суспільних відносинах виконують функції відмежування товарів і послуг, підтвердження їхніх якісних і споживчих властивостей, а також маркетингові функції. В п. 3 оглядового листа Вищого господарського суду України «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти промислової власності» від 15.07.2010 р. звернуто увагу на те, що використання позначення, подібного до ступеня змішування зі знаком, зареєстрованим для товарів і послуг такого самого

класу, з урахуванням правового змісту поняття торговельної марки (зокрема, в частині її призначення) та обсягу її правової охорони, є порушенням прав на торговельну марку, незважаючи на чинність авторського права на таке позначення. Нормативний припис ч. 4 ст. 5 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р., згідно з яким обсяг правової охорони, що надається знаку, визначається його зображенням та переліком товарів і послуг, внесених до Державного реєстру свідоцтв України на знаки для товарів і послуг, свідчить про стійкий зв'язок між знаками і позначеними ними товарами, а також іншими предметами, що супроводжують їх у виробничо-господарському обігу. Попри те, що згідно з ч. 6 ст. 16 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р., вичерпання права власника свідоцтва на зареєстрований знак забороняти покупцю оригінального товару використовувати без його згоди цей знак відбувається за умови, що власник свідоцтва не має вагомих підстав забороняти таке використання у зв'язку з подальшим продажем товару, зокрема у разі зміни або погіршення стану товару після введення його в цивільний обіг, на практиці трапляються випадки, коли суб'єкти господарювання, здійснюючи роздрібну торгівлю, використовують зареєстровані знаки для позначення оригінальних товарів неналежної якості, пошкоджених чи таких, що були у використанні. У зв'язку з цим постає запитання про законність такого використання, оскільки спеціальне законодавство конкретної відповіді на нього не подає, про що свідчить нечітке формулювання: «в разі зміни або погіршення стану товару після введення його в цивільний оборот».

З огляду на виконання товарними знаками функції підтвердження якісних властивостей товарів, на позначення яких вони застосовані, підхід, якого дотримується законодавець, є справедливим. Про це свідчить оглядовий лист ВГСУ «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на знаки для товарів і послуг (торговельні марки)» від 22.01.2007 р., в якому вказується на те, що у вирішенні спору про визнання недійсним свідоцтва на знак для товарів і послуг господарський суд мав, зокрема, шляхом експертного дослідження з'ясувати, чи є позначення за відповідним свідоцтвом таким, що породжує у свідомості споживача асоціації, пов'язані з певною якістю, географічним походженням товарів, послуг чи з певним виробником, які насправді не відповідають дійсності (а за позитивної відповіді – з'ясувати чинники, які на це впливають). Зазначені обмежен-

ня діють не так щодо товарів, що містять товарні знаки, а й стосовно користувачів майнових прав інтелектуальної власності на знак. Згідно з ч. 8 ст. 16 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р. ліцензійний договір 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 та що останній здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови. В Японії для встановлення автентичності імпортованих товарів застосовують три критерії, один із яких передбачає визначення того, чи не заподіяв імпорт шкоди усталеній репутації власника торговельної марки щодо забезпечення якості товару [31]. Якщо ж погіршення якісних ознак допущено власником виключних прав на знак або за його згоди, то подібні обмеження відсутні: згідно з п. 48 рекомендацій ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 10.06.2004 р., виготовлення продукції неналежної якості новим власником знака не є підставою для визнання недійсним договору про передачу права власності на знак, укладеного з первісним власником, оскільки умова щодо якості товару не є змістом договору про передачу прав.

До недоліків юридичної техніки викладу нормативного припису ч. 6 ст. 16 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р. належать такі: словосполучення «вагомні підстави» має оціночний характер, не зрозуміло до яких саме правових наслідків призводить зміна чи погіршення стану товару після введення його в цивільний обіг: власник свідоцтва не має права забороняти використання знака або, навпаки, наявні підстави для такої заборони. Беручи до уваги функціональне призначення товарних знаків у господарських відносинах, спробуємо розтлумачити згаданий припис так: вичерпання прав не відбувається, якщо власник свідоцтва має вагомі підстави забороняти використання знака у зв'язку з подальшим продажем товару, зокрема у разі зміни чи погіршення стану товару після введення його в обіг. По-перше, предметом змін є саме товари, а не товарні знаки (ст. 20 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р. забороняє незаконне використання знака або позначення на товарі чи його упаковці, знищення виготовлених зображень знака або позначення). По-друге, будь-яка зміна стану товару, а не лише його погіршення, означає зміну його якісних характеристик, оскільки якість є всезагальною та невіддільною характеристикою об'єктів, що виявляється в сукупності їхніх

ознак [44, с. 171], які визначають здатність задовольняти потреби відповідно до їхньої наявності [49, с. 590]. В правовому сенсі якість означає відповідність виробу затвердженим критеріям [29, с. 18]. В економічній літературі до таких критеріїв зараховують наявність у виробів і процесів сукупності рис, що обумовлюють ступінь їхньої придатності для використання за призначенням [22, с. 9].

На думку В.М. Пашкова, докорінні зміни в гарантуванні якісних характеристик життя громадян є одним із найважливіших завдань соціальної політики [33, с. 180]. Тому визначення ступеня зміни чи погіршення стану товару після введення його в обіг, коли власник свідоцтва на знак для товару має право законно заборонити таке використання у зв'язку з подальшим продажем товару, має вагоме юридичне значення.

В.С. Мілаш з-поміж функцій засобів державного регулювання економіки звертає увагу на визначення якісних характеристик об'єктів договорів [25, с. 229]. До правових засобів забезпечення якості належать господарсько-правові норми, зобов'язання, засоби захисту прав суб'єктів господарювання [15, с. 31]. На думку В.Ф. Поподуло, правове регулювання якості в сучасних умовах характеризується загальнодозвільною спрямованістю і відповідає принципу свободи договору, що виражений формулою: умови про якість визначаються договором, окрім випадків, коли зміст цих умов визначено законодавством [37, с. 286, 287]. Згідно зі ст. 674 ЦК України відповідність товару вимогам законодавства підтверджується способом і в порядку, встановленими законом та іншими нормативно-правовими актами. Тобто, якщо якість пропонованого до продажу товару не відповідає мінімальним публічним стандартам, його обіг є суспільно небезпечним і незаконним. Окрім правового забезпечення публічних інтересів, законодавчий захист якісних властивостей товарів, позначених зареєстрованими товарними знаками, зумовлений і приватними інтересами правласників, які полягають у недопущенні порушення ділової репутації виробників і споживчих ознак товарів. З приводу договірного регулювання, то, згідно зі ст. 673 ЦК України, продавець повинен передати покупцеві товар, якість якого відповідає умовам договору купівлі-продажу. Зокрема, якщо продукт, в якому застосовано винахід за патентом, використовується після завершення строку придатності або його корисні властивості вичерпані, реалізація такого продукту заборонена на підставі ст.ст. 677 і 673 ЦК України. На думку фахівців, умова якості звичайно складається з двох

частин. У першій встановлюються вимоги, яким має відповідати продукція за якістю (станданти, технічні умови, зразки), а також гарантійні строки. Друга частина присвячена порядку перевірки якості під час виконання договору [8, с. 40]. Забезпечення покращення якості – важливе загальнодержавне завдання. Саме договору, а не системі стандартизації, яка у відриві від договору є малоефективною, належить керівна роль у його вирішенні [40, с. 173, 174]. Проте в договірних відносинах оцінка якості предмета зобов'язання є відносною та не завжди об'єктивною. Крім цього, на якість продукції впливає низка технічних, організаційних, економічних і суб'єктивних чинників [53, с. 26], внаслідок чого відбувається природне погіршення якісних властивостей речей.

Отже, підставами для заборони використання знака у зв'язку з подальшим продажем товару, зокрема в разі зміни або погіршення стану товару після введення його в обіг, пропонуємо вважати продукцію в такому якісному стані, обіг якої заборонений нормативно-правовими актами або не відповідає вимогам правласника чи виробника.

5. Відповідно до ст. 6 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право ніщо в цьому Договорі не має впливати на свободу країн-учасниць визначати умови, відповідно до яких вичерпання прав відбувається після першого продажу чи передачі прав на оригінал твору зі згоди автора. Ці положення викладені в ч. 7 ст. 15 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р., згідно з якою якщо примірники правомірно опублікованого твору законно введені у цивільний обіг шляхом їхнього першого продажу в Україні, то допускається їхнє повторне введення в обіг шляхом продажу, дарування тощо без згоди автора (чи іншої особи, якій належить авторське право) і без виплати авторської винагороди, хоча право здавання у майновий найм чи комерційний прокат залишається виключно за автором.

Вказівка в законі на те, що вичерпання авторських прав на примірник твору настає за умови, якщо перший продаж примірника правомірно опублікованого твору відбувся саме в Україні, свідчить про запровадження в Україні національного принципу вичерпання прав на об'єкти авторського права. Це стосується лише правомірно опублікованих творів, тобто тих, що правомірно надійшли в обіг за згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права. Якщо автор не зробив свій твір доступним для загалу чи якщо це відбулося без його згоди, твір може використовуватися лише за згодою автора. Інакше кажучи,

згода автора необхідна лише на перший продаж примірника твору в Україні, в подальшому ці примірники вільно циркулюють на ринку, не порушуючи авторських прав, з урахуванням дотримання правил вичерпання прав, що діють в інших державах. На дію в Україні національного принципу вичерпання прав вказує і те, що згідно зі ст. 50 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. порушенням авторського права і (або) суміжних прав, яке надає підстави для судового захисту, є піратство у сфері авторського права і (або) суміжних прав, під яким, зокрема, мають на увазі ввезення на митну територію України і розповсюдження контрафактних примірників творів, зокрема комп'ютерних програм і баз даних. Контрафактним примірником твору, фонограми, відеограми, відповідно до ст. 1 цього Закону, є примірник твору, фонограми чи відеограми, відтворений, опублікований і (або) розповсюджуваний з порушенням авторського права і (або) суміжних прав, зокрема примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, а також із країн, в яких ці твори, фонограми і відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися.

Виключне право на використання твору автором чи іншою особою, якій належить авторське право, надає змогу використовувати твір у будь-якій формі й у будь-який спосіб (відтворення, переклад, зміна творів, будь-яке повторне оприлюднення твору тощо). Натомість вичерпання виключного права автора на заборону використання твору іншими особами у зв'язку з законним введенням у цивільний обіг примірників правомірно опублікованого твору шляхом їхнього першого продажу в Україні відбувається щодо прав на повторне введення в обіг шляхом продажу, дарування. Приміром, В.С. Дмитришин наголошує на тому, що після законного введення в обіг об'єктів авторського права за допомогою їхнього першого продажу в Україні не допускається їхній подальший оборот способом передання в найм (прокат) примірників творів [11]. Зокрема, в ст. 7 Договору ВОІВ про авторське право окремо наголошено на тому, що автори комп'ютерних програм, кінематографічних творів і творів, утілених у фонограмах, користуються виключним правом дозволяти комерційний прокат для публіки оригіналів або примірників своїх творів. Згідно з Директивою 2009/24/ЄС прокат – це надання можливості використовувати комп'ютерну програму чи її примірник протягом обмеженого часу і з метою одержання прибутку.

Оскільки здавання у майновий найм чи комерційний прокат нормативно заборонене і може здійснюватися лише за згодою автора, законний набувач примірника твору має право передати його в тимчасове безоплатне користування.

Згідно зі ст. 9 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. частина твору, що може використовуватися самостійно, зокрема, оригінальна назва твору, розглядається як твір і охороняється відповідно до цього Закону. Однак після надходження твору у вільний продаж власник примірника не має права виділити частину твору на окремий матеріальний носій та реалізувати її на власний розсуд. По-перше, такі дії є порушенням виключних прав автора і означають зміну твору, а права на це вичерпання у порядку, передбаченому ч. 7 ст. 15 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р., не підлягають, по-друге, виокремлення частини твору в формі окремого матеріального носія є новим твором – самостійним об'єктом авторського права.

Також увагу необхідно приділити особливостям реалізації виключного права автора на відтворення твору, що, відповідно до ст. 1 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р., означає виготовлення одного чи більшої кількості примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, запис твору для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (зокрема цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер. У ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. закріплені винятки з цього права: це вільне використання твору з зазначенням імені автора, вільне відтворення бібліотеками та архівами примірників твору репрографічним способом, вільне відтворення примірників твору для навчання, вільне копіювання, модифікація і декомпіляція комп'ютерних програм, вільне відтворення творів у особистих цілях. Дані винятки, як правило, спрямовані на забезпечення користування творами без мети одержання прибутку. Водночас, право на вільне копіювання, модифікацію і декомпіляцію комп'ютерних програм має важливе значення для всіх законних набувачів комп'ютерних програм. Наприклад, особа, яка правомірно володіє примірником комп'ютерної програми, має право без згоди автора або іншої особи, якій належить авторське право на цю програму, виготовити одну копію комп'ютерної програми за умови, що ця копія призначена для архівних цілей або заміни придбаного примірника у випадках, якщо оригінал буде втрачено, знищено чи він стане непридатним для використання. При цьому, копії

комп'ютерних програм не можуть використовуватися для інших цілей і підлягають знищенню в разі, якщо володіння примірником цієї програми стає неправомірним. Останнє правило має дотримуватися при кожному повторному введенні в обіг примірників твору.

Необхідно зважати, що право на неодноразове відтворення твору вичерпанню не підлягає. Тому має забезпечуватися зв'язок «один примірник – одне відтворення». Відповідно до норм Директиви 2009/24/ЄС щодо виключних прав автора забороняти відтворення твору без його згоди необхідно встановити окреме обмеження, що дозволяє відтворення комп'ютерної програми, технічно необхідне для її використання законним покупцем. Також Європейський суд справедливості в справі *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* (2011 р.) наголосив на тому, що на відміну від виключного права на розповсюдження, виключне право на відтворення не вичерпується першим продажем, але завантаження на комп'ютер покупця примірника комп'ютерної програми має розглядатися як відтворення програми для електронно-обчислювальної машини, яке необхідне для того, щоб надати новому покупцю можливість використання програми відповідно до її призначення.

Порівняно з іншими об'єктами права ІВ господарський обіг об'єктів авторського права має певну специфіку. По-перше, їхня правова охорона не залежить від виконання будь-яких формальностей і настає за фактом оприлюднення твору. По-друге, умовою виникнення авторського права на твір є досягнення під час його створення не технічного, а нового, творчого результату в галузі літератури, науки або мистецтва. Приміром, у п. 25 постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р. йдеться про те, що найменування юридичної особи та комерційне (фірмове) найменування, як правило, не можуть вважатися твором відповідно до вітчизняного законодавства, а отже, реєструватися і захищатися в судовому порядку як твір. Водночас слід зважати на те, що розрізняльна частина такого найменування може бути фантазійним словом (словосполученням), а тому може бути об'єктом авторського права. По-третє, як зазначено в п. 40 постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р., принцип вичерпання прав стосується лише оригінала чи примірників твору, правомірно введених у цивільних обіг. Згідно зі

ст. 12 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. авторське право і право власності на матеріальний об'єкт, в якому втілено твір, не залежать одне від одного. Відчуження матеріального об'єкта, зокрема примірників чи оригіналу, в якому втілено твір, не означає відчуження авторського права і навпаки (законодавчо встановлені деякі обмеження використання оригіналу твору образотворчого мистецтва чи архітектури). Своєю чергою, відповідно до ч. 2 ст. 9 Угоди ТРІПС, охорона авторським правом поширюється на об'єктивно виражені результати інтелектуальної діяльності та не поширюється на ідеї, процеси, способи, концепції чи математичні формули як такі. Тобто об'єкти авторського права збігаються з їхнім формальним вираженням, коли зміст твору повною мірою відображається у відповідному матеріальному чи електронному носії – оригіналі чи примірниках твору.

З огляду на динамічний розвиток господарського обігу об'єктів авторського права саме в електронній формі, на сучасному етапі недоцільно пов'язувати охорону авторського права лише з виключним правом контролювати розподіл (дистрибуцію) твору, включеного в матеріальну цінність, як це зазначено в Директиві 2001/29/ЄС «Про уніфікацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційній сфері». Якщо відтворення творів може здійснюватися шляхом запису примірників твору для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (зокрема цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер, то і їхнє розповсюдження також відбувається в електронній формі, за умови дотримання сформульованих вище правил. Закріплене в Директиві 2009/24/ЄС «Про правову охорону комп'ютерних програм» поняття «комп'ютерна програма» включає програми в будь-якій формі, зокрема вбудовані в обладнання.

В офіційних джерелах домінує позиція, згідно з якою заперечується можливість застосування принципу вичерпання прав щодо творів, виражених в електронній формі. Зокрема, згідно з п. 40 постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р., право на подальше розповсюдження оригіналу чи примірників твору, що виникає в результаті їхнього законного введення в цивільний обіг шляхом першого продажу в Україні, застосовується лише до примірників твору, які виражені в матеріальній формі: за інших форм вираження твору вичерпання права може й не відбуватися, зокрема, права на розповсюдження

твору в мережі інтернет. У п. 1 оглядового листа Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про інтелектуальну власність» від 14.01.2002 р. зауважено, що розміщення в мережі інтернет твору у вигляді, доступному для публічного використання, є його відтворенням та потребує дозволу особи, яка має на нього авторське право. Аналогічної позиції дотримуються і деякі вітчизняні дослідники [38, с. 187]. Так само і Федеральний суд Нью-Йорка США в справі *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.* (2013 р.) дійшов висновку, що оскільки в електронній сфері покупцю априорі неможливо передати певний матеріальний об'єкт, що спочатку існує, а потім може здійснюватися лише розмноження та дублювання копій, концепція вичерпання прав у цій сфері не може бути застосована. Відповідно до Директиви 2001/29/ЄС «Про уніфікацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційній сфері», питання вичерпання не ставиться щодо послуг, особливо таких, що надаються он-лайн, оскільки будь-яка така послуга є дією, що має підпорядковуватися рішенням у зв'язку з тим, що це слідує з авторських і суміжних прав. Це стосується і матеріальних копій твору чи іншого подібного об'єкта, виробленого за згоди власника прав, користувачем такої послуги, і послуг прокату та надання в користування оригіналу твору чи копії, на відміну від CD-ROM чи CD-I, для яких інтелектуальна власність включена в матеріальний носій, тобто в товар. На думку юристів-практиків, в інтернеті межі авторської монополії є ілюзорними, а місце введення в цивільний обіг умовним, внаслідок чого виникають зловживання правом як із боку добросовісних набувачів, так і авторів [7]. Ще одним аргументом на користь такого підходу є та обставина, що активізація використання інтернету дає змогу контрафактній продукції миттєво розповсюджуватися по всьому світу (Директива 2004/48/ЄС «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність»).

Отже, причини заперечення можливості застосування принципу вичерпання прав у мережі інтернет зумовлені тим, що один примірник твору може як передаватися від одного власника до іншого, так і відтворюватися необмежену кількість разів новими користувачами. В інших спеціальних законах, що регламентують відносини в сфері інтелектуальної власності, виокремлені договірні операції в мережі інтернет, хоча і не йдеться про особливості застосування принципу вичерпання прав у електронній сфері. Це зумовлено

тим, що стосовно решти об'єктів інтернет лише виконує функцію розміщення оферти про продаж. У цьому контексті недоліком ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. є те, що він не регулює питання реалізації об'єктів авторського права в інтернеті. У зв'язку з цим Пленум ВГСУ в п. 40 постанови «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р. всупереч законодавству фактично створив нову норму права, коли зауважив, що за інших форм вираження твору вичерпання права може й не відбуватися, зокрема, права на розповсюдження твору в інтернеті.

Все ж таки, попри суттєві концептуальні розбіжності, фахівці найбільш солідарні в тому, що у зв'язку з масовим поширенням практики продажу авторських творів у цифровій формі найближчим часом обов'язково актуалізується питання про суттєві зміни в цій сфері [12]. Приміром, Європейський суд справедливості в справі *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* (2011 р.) дійшов висновку, що принцип вичерпання прав на розповсюдження застосовується не лише там, де правласник вводить в обіг копії свого програмного забезпечення на матеріальному носії (CD-ROM або DVD), а також коли він реалізує копії, завантажуючи з веб-сайта. Але при цьому, оригінальний набувач матеріального або нематеріального примірника комп'ютерної програми, щодо якого право власника авторських прав на розповсюдження вичерпано, має зробити примірник, завантажений на свій комп'ютер, непридатним для використання під час перепродажу, адже якби він продовжував використовувати його, він порушував би виключне право правласника на відтворення його комп'ютерної програми. Крім того, вичерпання права на розповсюдження поширюється на копії комп'ютерної програми, оновлені власником авторських прав. Навіть якщо угода про технічне обслуговування має обмежений період, функціональні виправлення, змінені або додані на підставі такої угоди, є невід'ємною частиною копії, завантаженої спочатку, і можуть бути використані клієнтом протягом необмеженого часу. З приводу мотивів ухвалення такого рішення, то, на думку Суду, обмеження застосування принципу вичерпання прав на розповсюдження виключно примірників комп'ютерних програм, які продаються на матеріальних носіях, дозволить авторам контролювати перепродажі копій, завантажених з інтернету і вимагати подальших виплат щодо кожного нового продажу, хоча перший продаж копії вже надав правласнику можливість отримати відповідну

винагороду. Таке обмеження перепродажу примірників комп'ютерних програм, завантажених із мережі, виходитиме за рамки того, що необхідно для захисту конкретного суб'єкта права ІВ, чий права порушуються.

Згідно з Директивою 2004/48/ЄС «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність» захист інтелектуальної власності має надавати змогу для ширшого розповсюдження творів, ідей і ноу-хау, однак водночас це не повинно перешкоджати вільному руху інформації чи захисту персональних даних, зокрема в мережі Інтернет. У Директиві 2001/29/ЄС «Про уніфікацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційній сфері» зазначено, що норми, чинні в сфері авторського права і суміжних прав, мають бути пристосовані та доповнені, щоб належно враховувати економічну реальність – появу нових форм експлуатації як результату технологічної еволюції, що дозволить власникам прав застосовувати технічні засоби, призначені для недопущення чи обмеження незаконних дій. Також наголошується на тому, що чинні винятки і обмеження мають бути переглянуті з огляду на нове електронне середовище.

На сучасному етапі правовласники комп'ютерних програм, розповсюджуючи їхні примірники, за допомогою технічних засобів захисту забезпечують, щоб і в некомерційній, і в комерційній сферах кожен примірник міг бути використаний одним споживачем на одному пристрої. Позиції правовласника і кінцевого споживача врівноважує презумпція згоди, що передбачає застосування першим обмежень, як-от: для приватного перегляду, не для комерційного використання, для поширення на визначеній території [12]. Мабуть, саме це мав на увазі Пленум Вищого господарського суду України в п. 40 постанови «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р., зазначивши таке: «Використання твору, розміщеного (з дозволу автора) в мережі інтернет, можливе лише з дозволу суб'єкта авторського права на цей твір (за винятком відтворення та використання твору в некомерційних цілях (в особистих, у тому числі для навчання тощо)». Йдеться про випадки, коли правовласник передає покупцеві примірник твору (матеріальний чи нематеріальний) і одночасно укладає з ним ліцензійний договір, яким надає право використовувати цей примірник протягом необмеженого (обмеженого) часу. З позицій Європейського суду справедливості, викладених у справі *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* (2011 р.), це означає, що правовласник продає примірник тво-

ру покупцю і тим самим вичерпує своє виключне право на його розповсюдження, оскільки така угода передбачає перехід права власності на копію. Тому, навіть якщо ліцензійна угода забороняє подальшу передачу, правовласник не має права заборонити перепродаж цього примірника. Проте якщо ліцензія, придбана першим покупцем, поширюється на більшу кількість користувачів, ніж йому потрібно, покупцю заборонено, навіть при вичерпанні права правовласника на розповсюдження, ділити ліцензію і перепродавати її частинами.

В п. 27 рекомендацій ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 10.06.2004 р. зауважено, що на практиці під час продажу примірників комп'ютерних програм використовують кілька видів ліцензійних договорів для надання користувачам певного обсягу прав на їхнє використання. Ці договори, за загальним правилом, є договорами приєднання (ст. 634 ЦК України), що змінюються чи розриваються на вимогу сторони, яка приєдналася, лише на підставах, передбачених законом. Отже, на практиці за умови роздрібного продажу примірників комп'ютерних програм пропозиція укласти ліцензійну угоду переважно надходить від суб'єкта авторського права.

Законодавство України дозволяє обіг творів в електронній, зокрема цифровій, оптичній або іншій формі, яку може читувати комп'ютер. Стосовно аудіовізуальної продукції на матеріальних носіях, то для недопущення неодноразового відтворення твору і забезпечення зв'язку «один примірник – одне відтворення» правовласники застосовують технічні засоби захисту від копіювання. Щодо комп'ютерних програм це забезпечується, по-перше, неможливістю копіювання файлу для завантаження, по-друге, шляхом укладання з покупцями ліцензійних угод з обмеженим терміном дії для законного відтворення програми лише на одному комп'ютері. З урахуванням розглянутого вище змісту ч. 7 ст. 15 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р., навіть якщо ліцензійна угода забороняє подальшу передачу, правовласник не має права заборонити перепродаж цього примірника, на користь чого вказує принцип вичерпання прав. Якщо при цьому набувач матеріального або нематеріального примірника комп'ютерної програми, щодо якого право власника авторських прав на розповсюдження вичерпано, не зробить примірник, завантажений на свій комп'ютер, непридатним для використання під час перепродажу і продовжить використовувати його, то буде порушене виключне право

правовласника на відтворення комп'ютерної програми. Тобто нормативні приписи, в яких зафіксовано принцип вичерпання прав, мають пріоритет над договірними обмеженнями, зокрема щодо застосування технічних засобів захисту і практики укладання ліцензійних угод. Хоча в Україні не передбачено вичерпання права на розповсюдження твору в мережі інтернет, зважаючи на зростання ролі інтернету як засобу обміну інформацією, необхідно нормативно закріпити правові засоби передачі об'єктів авторського права в мережі, що є виправданим з огляду на технічні засоби захисту інформації в електронній формі від незаконного (необмеженого) відтворення.

Отже, в спеціальних законах у сфері правової охорони інтелектуальної власності в Україні представлені такі види принципу вичерпання прав: міжнародний – щодо винаходів, корисних моделей, промислових зразків, топографій інтегральних мікросхем, товарних знаків, кваліфікованих зазначень походження товару; національний – щодо сортів рослин, об'єктів авторського права. Оскільки закріплення міжнародного принципу в цілому відповідає суверенним інтересам України, поява у вітчизняному законодавстві національного принципу є результатом лобістської роботи транснаціональних товаровиробників і громадських організацій, що виражають їхні інтереси. Фахівці звертають увагу на недопустимість застосування положень «ТРИПС-плюс» в законодавстві України, включення яких посилено нав'язується нашій державі в процесі перемовин про міжнародну співпрацю [26].

Особливістю застосування принципу вичерпання прав у рамках доктрини вільного використання об'єктів ІВ є те, що він стосується комерційного та некомерційного обігу продукції. Натомість для некомерційної реалізації передбачений окремий господарсько-правовий засіб: майнове право власника на об'єкт права ІВ забороняти іншим особам використовувати без його згоди цей об'єкт не поширюється на використання об'єктів, що охороняються, з некомерційною метою. Про це йдеться в усіх спеціальних законах, що регулюють сферу інтелектуальної власності (ст. 31 ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 р., ст. 16 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р., ст. 22 ЗУ «Про охорону прав на промислові зразки» 15 грудня 1993 р., ст. 17 ЗУ «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем» від 05.11.1997 р., ст. 47 ЗУ «Про охорону прав на сорти рослин» від 21.04.1993 р., ст. 21 – 25 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р.), крім ЗУ «Про охоро-

ну прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 р.

Хоча й було сформульовано критерії визначення принципу вичерпання прав, що закріплені у тексті того чи іншого закону, часто відсутність чіткого і недвозначного посилання на національний або міжнародний правопорядки та режим провадження імпорتنих операцій, вказівок на ринок (ринки), на яких має відбутися введення товару в обіг, призводять до судових суперечок з цього приводу. Фахівці взагалі ведуть мову про те, що в ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 р. закладено бомбу сповільненої дії у вигляді «української версії» концепції вичерпання прав. Зокрема, зі змісту ч. 6 ст. 16 цього документа вбачається, що цей нормативний припис не визначає ні територію, на якій товари, позначені торговельною маркою, мають бути введені в цивільний обіг, ні поняття «введення в цивільний обіг», ні які саме дії мають бути здійснені щодо товарів, щоб вони вважалися введеними в цивільний обіг для цілей принципу вичерпання прав. Така невизначеність стає причиною різнотлумачень нормативних приписів, що негативно впливає на механізми захисту прав ІВ на торговельні марки [2]. З огляду на проведені пояснення правил господарсько-правового застосування принципу вичерпання прав у цьому контексті варто вести мову лише про високу вірогідність таких тлумачень і неоднакове правозастосування, зрештою, проблему можна було б вирішити, послідовно конкретизувавши нормативні приписи чи видавши судові роз'яснення, адже предметна судова практика в Україні є незначною [12].

Окрім таких концептуальних недоліків, правове регулювання цієї сфери господарювання має низку одиничних дисфункцій, для усунення яких необхідно конкретизувати й уніфікувати відповідні нормативні конструкції. Проте, як з'ясувалося, з цього приводу немає єдності й на світовому рівні [38, с. 232, 233]. Суперечливою є і судова практика в США: Верховний суд США у справі *Omega S.A. v. Costco Wholesale Corp.* (2008 р.) підсумував, що правило першого продажу, за якого відбувається вичерпання прав на об'єкти права ІВ, не поширюється на продукцію, вироблену і продану за межами території США, а згодом цей самий Суд у справі *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* (2013 р.) наголосив, що продаж законно виданих за межами США книжок захищається правилом першого продажу.

1.4. Застосування принципу вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності до імпорتنих операцій

Як для сучасного стану світового розвитку характерною є низка специфічних тенденцій: посилення відкритості економічних систем, інтенсифікація процесів регіоналізації та інтеграції, зниження ролі держави як регулятора в економічній сфері внаслідок зростання впливу наднаціональних інститутів [29, с. 17, 23]. Усе це призводить до процвітання в умовах вільного ринку найбільш конкурентоспроможних суб'єктів господарювання, коли неефективні галузі опиняються в ситуації, на яку не здатні вплинути [17, с. 242]. В перспективі нерівномірність економічного розвитку не має особливого значення, якщо глобальні результати є радше позитивними, ніж негативними. В рамках такого підходу складно знайти аргументи, які б на підставі розрахунку порівняльної собівартості забороняли, наприклад, Франції відмовитися від національного господарства та імпортувати весь спектр продовольчих товарів [48, с. 601]. Проте подібні твердження не є справедливим для ліберального економічного курсу, що на практиці супроводжується зворотними тенденціями, обмежуючи свободу вибору методів провадження економічної політики держав під час перехідного періоду, призводячи до негативних соціально-політичних наслідків.

У зв'язку з цим вітчизняний режим провадження зовнішньоекономічної діяльності, предметом якої, згідно з ГК України, є експортно-імпортні операції продажу товарів, потребує відповідного налаштування на підставі вищезазначених теоретичних позицій, що передбачає визначення суб'єктного складу господарських відносин, правових засобів, за допомогою яких здійснюється контроль за законністю укладання угод, предметом яких є інноваційна продукція, та співвідношення правових режимів, встановлених законами у сферах інтелектуальної діяльності та митного регулювання тощо.

В українському законодавстві з питань ІВ лише щодо сортів рослин і об'єктів авторського права закріплений національний принцип вичерпання прав, що в умовах імпортозалежності вітчизняної промисловості та товарного ринку означає встановлення правласниками абсолютного контролю за господарським обігом більшості продукції. Тобто не за конкурентними правилами визначатимуться обсяги поставок, асортимент, ціни й інші умови реалізації товарів у державі імпорту, а продаж тих із них, що спеціально не призначені для певного ринку, як і поставки за паралельними каналами, будуть заборонені. Беручи до уваги господарсько-правові наслідки запровадження в державі національного принципу

вичерпання прав, неможливість якісного розвитку вітчизняних виробничої, освітньої, наукової та інших сфер без активного впровадження іноземних технологій, дефіцит інвестиційного капіталу і значний потенціал для розвитку аграрного виробництва в Україні, зазначений масштаб застосування національного принципу вичерпання прав має негативний характер з погляду національних соціально-економічних інтересів. Водночас нечіткі нормативні приписи спеціальних законів ускладнюють правозастосування, тому об'єктом таких обмежень може виявитися значна кількість різноманітних товарів. При цьому, зловживання такою нормативною невизначеністю можуть здійснюватися в інтересах як офіційних, так і неофіційних імпортерів.

З огляду на те, що Україна не є учасником міждержавних економічних об'єднань, які мають за мету формування єдиного ринку інтелектуальної власності, у вітчизняному законодавстві не закріплений регіональний принцип вичерпання прав. Натомість теоретичний і практичний інтерес до міжнародного принципу вичерпання прав зумовлений тим, що в рамках цієї концепції виникають господарські відносини, в яких суб'єкт господарювання без згоди власника майнових прав інтелектуальної власності, наприклад, на торговельну марку, імпортує товари, позначені цією маркою, з території іншої держави, в якій вони реалізуються за меншою ціною, ніж на національному ринку [2]. Найпоширенішою назвою цього господарсько-правового явища є паралельний імпорту, до якого часто зводять усю проблематику вичерпання прав. Утім, неправильним є як це узагальнення, так і зарахування до об'єктів паралельного імпорту виключно товарних знаків чи іншого виду об'єктів права ІВ. Зокрема, фахівці СОТ і ВООЗ пов'язують паралельний імпорту з купівлею одного й того самого товару в країні з більш низькою ціною і його продаж у державі імпорту дешевше ціни, встановленої власником патенту для цього ринку [64]. Вдале запровадження паралельного імпорту в Кенії призвело до зменшення ціни антиретровірусних препаратів першої лінії на 70% порівняно з патентованою версією, а в Індії препарат «Глібек» для лікування раку крові та «Норваск» для лікування гіпертонії коштували 10% ціни, зафіксованої на філіппінському ринку [59].

Щодо етимології поняття «паралельний імпорту», то, по-перше, імпортом є господарська операція чи митний режим (ст. 74 МК України), відповідно до якого іноземні товари після сплати всіх митних платежів, встановлених законами України на імпорту цих товарів, та виконання

необхідних митних формальностей випускаються для вільного обігу на митній території України, по-друге, в означених імпортерських операціях «паралельність» існує в сенсі створення поряд із дистриб'юторсько-збутовими каналами правовласника додаткових каналів поставок товарів, коли імпорт здійснюється не через уповноважених імпортерів, а поставачальниками, про яких правовласник може і не знати. Паралельний імпорт необхідно відрізнити від «паралельних прав», під якими мають на увазі права, що стосуються одного об'єкта інтелектуальної власності, належать різним власникам і набути в рамках самостійних юридичних систем [43]. Приміром, у приписі ст. 4-bis Паризької конвенції про охорону промислової власності визнається незалежність патентів, одержаних на один і той самий винахід у різних країнах.

Тож під паралельним імпортом у вузькому значенні мають на увазі господарські операції купівлі-продажу оригінальних товарів належної якості, що містять об'єкти права ІВ, та законно введені в господарський обіг в одній державі, а відтак імпортовані в іншу державу суб'єктом господарювання без спеціального дозволу правовласника. Цей правовий режим може набувати форму реекспорту, коли, наприклад, американське підприємство поставляє партію товарів на східноєвропейський ринок, а дистриб'ютор ввозить їх у зворотному напрямку і реалізує в державі виготовлення. В широкому значенні під паралельним імпортом йдеться про всі імпортерські операції, предметом яких є вироби, в яких застосовані об'єкти права інтелектуальної власності, що відбуваються поза офіційними каналами поставок правовласників, незалежно від режиму вичерпання прав, запровадженого в державі імпорту. Господарсько-правову специфіку цього явища відображає перша дефініція, яку вважатимемо основною. Механізм паралельного імпорту визнається законною формою провадження міжнародної торгівлі за умови, якщо його предметом є оригінальні товари і в державі діє міжнародний принцип вичерпання прав. Тому при ухваленні рішення про застосування територіального принципу вичерпання прав завжди вирішується питання про допустимість паралельного імпорту, який може бути або безумовно дозволений, або безумовно заборонений, або його дозвіл (заборона) поставлені в залежність від певних чинників.

Систематичне провадження підприємством господарських операцій з паралельного імпорту дає підстави вести мову про паралельний імпорт як самостійний вид зовнішньоекономічної діяльності. Хоча цьому правовому механізму як

спеціальному господарсько-правовому режиму, що виникає в умовах дії міжнародного принципу вичерпання прав, притаманні загальні ознаки вичерпання прав на об'єкти права ІВ. То варто окремо розглянути ключові з них. По-перше, це стадійність здійснення паралельного імпорту, що передбачає укладання господарських договорів купівлі-продажу в рамках принаймні двох правопорядків між такими суб'єктами господарського права: (а) в державі виготовлення чи іншій державі, в якій продукт вперше вводиться в господарський обіг правовласником чи за його дозволом, між правовласниками, виробниками, офіційними дистриб'юторами чи іншими підприємствами на підставі виданих правовласниками дозволів з одного боку та суб'єктами господарювання, які не уклали зобов'язань з правовласником і мають за мету провадження діяльності з торговельного посередництва з другого боку; (б) держава фактичної реалізації продукту кінцевим споживачам, в яку товар імпортується без спеціальної згоди правовласника: між суб'єктами господарювання, які придбали цей продукт в офіційних поставачальників, чи іншими суб'єктами господарювання, що поставляють його в державу імпорту, з одного боку та суб'єктами господарювання, які провадять торговельно-посередницьку діяльність чи планують застосувати предмет угоди у власній діяльності. При цьому, кількість стадій під час провадження господарської діяльності з паралельного імпорту може обмежуватися лише гарантійним та іншими строками збереження товаром споживчих якостей у процесі господарського обігу, що припускає можливість укладання низки проміжних угод між різними підприємствами.

В експортно-імпортерських операціях паралельного імпорту важливе значення відіграє принцип вичерпання прав, встановлений у державі імпорту. Водночас експортер має орієнтуватися як на іноземний правовий режим, так і перевіряти вичерпання прав на експорт певного продукту до іншої держави за внутрішнім законодавством.

По-друге, предметом паралельного імпорту є оригінальний продукт, що містить будь-який об'єкт (об'єкти) права ІВ, та законно введений в господарський обіг правовласником чи за його згодою, хоча і може бути спеціально не призначений для реалізації на ринку держави імпорту. Об'єкт права ІВ, права на який підлягають вичерпанню, має забезпечуватися правовою охороною в рамках обох правопорядків.

По-третє, паралельними імпортерами є суб'єкти господарювання, що не встановили з правовласником чи офіційними дистриб'юторами договірних зобов'язань щодо імпорту товарів, в яких

застосовані об'єкти права ІВ. Паралельні імпортери з одного боку та правовласники, товаровиробники, офіційні дистриб'ютори з другого провадять господарську діяльність в умовах конфлікту інтересів. Відповідно ввезення продукції на територію України відбувається для забезпечення провадження господарської діяльності, коли немає підстав для застосування інших, відмінних від принципу вичерпання прав, засобів вільного використання об'єктів права інтелектуальної власності.

По-четверте, основною мотивацією для провадження господарської діяльності з паралельного імпорту є цінова політика правовласників, які, володіючи охоронними документами в різних державах, залежно від купівельної спроможності споживачів, встановлюють диференційовані ціни в різних державах з метою максимізації прибутків та посилення власного монопольного становища. Тому закупівля підприємством товарів, уже реалізованих правовласником в певній державі за ціною меншою, ніж на ринку держави імпорту, дає змогу в підсумку встановити на них більш низьку ціну.

Якщо правовласник може володіти статусом як суб'єкта господарювання, так і негосподарюючого суб'єкта, то виробничу діяльність провадять суб'єкти господарювання, з-поміж яких спеціальну увагу варто приділити підприємствам, які спеціалізуються на господарсько-торговельній діяльності. Як відомо, що більше розгалужений розподіл праці, результатом чого є те, що виробник працює не за замовленням споживача, а на ринок, то складніше здійснювати обмін надлишками виробництва силами самих товаровиробників, і то більшою є необхідність використання послуг посередників [47, с. 1, 2]. Тому в сучасних умовах просування товарів на нові ринки вже неможливе без залучення спеціалізованих суб'єктів господарювання, що виконують роль посередників, знають особливості місцевих ринків і умови торгівлі [41, с. 19]. Однаковою мірою це стосується і великих промислових виробників, які розповсюджують власну продукцію на території інших держав через офіційних дистриб'юторів, так і малих товаровиробників, що не мають власних збутових підрозділів.

Торговельно-посередницькі операції за характером взаємовідносин між замовником і посередником економічна наука поділяє на операції з перепродажу, комісійні, агентські та брокерські операції [41, с. 19]. Суб'єкти господарювання, які безпосередньо не провадять діяльності з виробництва товарів, виконання робіт чи надання послуг, здійснюють посередницькі операції, які

можуть бути узагальнені до операцій з перепродажу, тобто торговельного посередництва, коли суб'єкт господарювання купує товар у виробника, стає його власником і реалізує на власний розсуд, та комерційного посередництва. Згідно зі ст. 295 ГК України комерційне посередництво полягає в наданні комерційним агентом послуг суб'єктам господарювання, якщо вони провадять господарську діяльність шляхом посередництва від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє.

Наприклад, Б.І. Пугінський вказує на поширеність практики покладання виробниками функцій збуту товарів на посередницькі організації або власні дочірні постачальницькі фірми, що співпрацюють одночасно з кількома виробниками [40, с. 64–69]. На актуальності цього правового інституту також наголошують А.А. Гриценко [9, с. 78–80], Д.В. Задихайло [14, с. 9], В.В. Резнікова [41, с. 291, 292], Г.Ф. Шершеневич [54, с. 32, 33] тощо. До ознак дистриб'юторської діяльності належать такі: (1) дистриб'ютор є економічним посередником між виробником та суб'єктами, що бажають придбати товар на виділеній дистриб'ютору території, який бере на себе обов'язки з організації збуту та просування продукції на визначеній території, розповсюдження продукції оптовим і роздрібним торговцям, споживачам; (2) виробник передає товар у власність дистриб'ютору, який зобов'язується забезпечити належну якість продукції; (3) виробник надає дистриб'ютору право на використання окремих об'єктів права інтелектуальної власності [30, с. 55–64]; (4) офіційні дилери одержують право іменуватися дилером певної фірми, але в господарському обороті діють від власного імені, за власний рахунок і на власний ризик [1, с. 158]; (5) правовласник передає дистриб'ютору товари на ексклюзивних цінових та інших умовах. У господарських договорах про дистрибуцію також можуть визначатися спеціальні умови взаємодії з покупцями (фіксовані чи рекомендовані ціни продажу, максимальні терміни доставки товарів), територія, на якій дозволяється використання об'єктів права ІВ, обов'язок дистриб'ютора при введенні товару в обіг передбачати, що його контрагент вживатиме усіх необхідних заходів для того, щоб товар розповсюджувався і використовувався лише на певній території.

Незважаючи на принцип регіонального вичерпання прав інтелектуальної власності, закріплений у законодавстві ЄС, під час підписання дилерських договорів компанії-правовласники часто визначають окремі країни ЄС, на території яких офіційні дилери мають право розповсюджувати

продукцію [31]. Аналогічні обмеження правомочностей посередників можуть встановлюватися і в масштабі світового ринку. Взяття таких зобов'язань сторонами господарсько-договірних відносин не може суперечити будь-якому принципу вичерпання прав на підставі ч. 3 ст. 6 ЦК України. Водночас ці угоди стосуються лише сторін, між якими вони були укладені, і не впливають на загальний режим зовнішньоекономічної діяльності та правовий статус інших постачальників, які можуть вільно поставляти товари, за умови, якщо в державі імпорту діє міжнародний принцип вичерпання прав.

Дозволи чи заборони паралельної торгівлі встановлюються в рамках різних господарсько-правових механізмів контролю обігу імпортованих товарів.

З метою сприяння захисту майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності під час митного контролю і оформлення товарів, що містять такі об'єкти, в Україні створено митний реєстр об'єктів права ІВ, які охороняються відповідно до закону. Згідно зі ст. 398 МК України правовласник (особа, якій, відповідно до закону, належать майнові права на об'єкт права ІВ, або особа, яка діє від її імені в межах наданих повноважень), який має підстави вважати, що під час переміщення товарів через митний кордон України порушуються чи можуть бути порушені його права на об'єкт права інтелектуальної власності, має право подати до центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері державної митної справи, заяву про сприяння захисту належних йому майнових прав на об'єкт ІВ, з метою запобігання переміщенню через митний кордон України контрафактних товарів. Для цього за заявою правовласника відповідні відомості вносяться до митного реєстру об'єктів права ІВ, які охороняються відповідно до закону. Проте, відповідно до ст. 400 МК України, за наявності достатніх підстав вважати, що внаслідок переміщення через митний кордон України товарів, щодо яких правовласником не подано заяву про сприяння захисту належних йому майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності, можуть бути порушені такі права, митний орган має право за власною ініціативою призупинити митне оформлення зазначених товарів за наявності підстав, визначених у постанові КМУ «Про затвердження переліку підстав для призупинення митного оформлення товарів, щодо яких правовласником не подано заяву про сприяння захисту належних йому майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності, за ініціативою митного органу»

від 21.05.2012 р. До таких підстав належать: декларування товару з торговельною маркою, яка відрізняється від торговельної марки, наявної в митному реєстрі, лише окремими елементами та є подібною до неї настільки, що їх можна сплутати; митні органи офіційно отримали інформацію про порушення права інтелектуальної власності від правоохоронних, митних і контролюючих органів України та інших країн, міжнародних організацій, до компетенції яких входять питання захисту прав ІВ; до митного органу подана заява особи, якій, відповідно до закону, належать майнові права на об'єкт права інтелектуальної власності, що не включений до митного реєстру об'єктів права ІВ, або особи, яка діє від її імені в межах наданих повноважень.

Згідно з наказом Міністерства фінансів України «Про затвердження Порядку реєстрації у митному реєстрі об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону» від 30.05.2012 р., для внесення об'єкта права інтелектуальної власності до митного реєстру правовласник подає заяву про сприяння захисту належних йому майнових прав на цей об'єкт, в якій вказує таку інформацію: (1) виписку з відповідного реєстру ДСІВУ про реєстрацію в Україні права інтелектуальної власності чи дію в Україні правової охорони прав інтелектуальної власності на об'єкти, що мають міжнародну реєстрацію; для об'єктів авторського права і суміжних прав – документи та відомості, що засвідчують наявність зазначених прав; (2) докладний опис об'єкта права інтелектуальної власності і товарів, що його містять, який дає змогу їх ідентифікувати, код товарів згідно з УКТЗЕД; (3) відомості про виробника та вартість одиниці товару, що містить об'єкт права інтелектуальної власності, з зазначенням кожного товару окремо, найменування та реквізити юридичних осіб, які здійснюють їхній експорт та імпорт, інформацію про спосіб транспортування і виключні шляхи поставок товарів (найменування перевізника, пунктів пропуску через державний кордон України), а також країни поставок; (4) характерні ознаки, що є безпосередньо на товарах (етикетка, оброблення, тара тощо), зразки товарів, що містять об'єкт права інтелектуальної власності, або їхнє фотографічне зображення, інші відомості, що можуть бути використані митними органами для ідентифікації. Також заявник, за бажанням, подає наявні в нього відомості про контрафактні товари.

У разі якщо митний орган на підставі даних митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону,

виявляє ознаки порушення прав ІВ щодо товарів, пред'явлених до митного контролю та митного оформлення, стосовно них можуть бути застосовані такі заходи, як: призупинення митного оформлення, розміщення на складі митного органу, вилучення предмета правопорушення, знищення, зміна ідентифікаційних знаків чи маркування на товарах або їхній упаковці з метою усунення ознак порушень прав інтелектуальної власності за умови узгодження таких операцій з правовласником або на його вимогу. При цьому, згідно зі ст. 397 МК України, заходи, пов'язані з митним контролем і митним оформленням товарів, що містять об'єкти права ІВ, застосовуються митними органами щодо товарів, які ввозяться на митну територію України для вільного обігу або вивозяться для вільного обігу за межі митної території України, за винятком особистих речей громадян, припасів, а також товарів, які містять об'єкти права ІВ, що охороняються відповідно до закону, та які переміщуються через митний кордон України для власного використання громадянами і не призначені для виробничої чи іншої підприємницької діяльності, сумарна вартість або вага яких не перевищує обмежень, встановлених ч. 1 ст. 374 МК України.

Після реєстрації об'єкта права інтелектуальної власності в митному реєстрі митні органи на підставі даних реєстру вживають заходів із запобігання переміщенню через митний кордон України контрафактних товарів, якими в МК України вважаються товари, що містять об'єкти права ІВ, ввезення яких на митну територію України або вивезення є порушенням прав інтелектуальної власності, що охороняються відповідно до закону. Тобто на позначення порушень майнових прав на всі види об'єктів права інтелектуальної власності, що належать правовласнику, використано термін «контрафактні товари», який у більш конкретизованому значенні вжито в ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р.

Зважаючи на широке тлумачення контрафактних товарів у МК України, ефективність митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності як господарсько-правового засобу гарантування інтересів правовласників, а також розгорнутий перелік відомостей щодо ознак товарів, придатних для зовнішнього сприйняття, і характеру провадження господарської діяльності, що подаються заявником до митного органу для сприяння захисту належних йому майнових прав на інноваційний об'єкт, слід зробити кілька висновків. По-перше, на нормативному рівні мінімізована ймовірність потрапляння на внутрішній ринок контрафактної продукції. По-друге,

оскільки такий правовий режим спрямований на першочергове гарантування інтересів власників майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності, при тлумаченні нормативних приписів МК України (господарсько-правовий зміст митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону) доходимо висновку, що заявники на власний розсуд і без обмежень визначають перелік контрафактних товарів. Законом не передбачена обов'язковість проведення кваліфікованих перевірок відповідності змісту заявок як фактичним даним, так і нормативним вимогам. Тому такий формат функціонування митного реєстру об'єктів права ІВ запроваджує гарантії захисту інтересів правовласників, аналогічні тим, що передбачає національний принцип вичерпання прав. Отже, правовласник має змогу заблокувати паралельний імпорт навіть в умовах дії міжнародного принципу.

Натомість виправданим є підхід, за якого нормативні приписи спеціальних законів у сфері охорони ІВ, що регламентують правовий статус суб'єктів господарського права, мають первинний характер під час встановлення різних похідних господарсько-правових заборон і, якщо стосовно певного об'єкта діє міжнародний принцип вичерпання прав, вимога правовласника про захист вже вичерпаних прав є такою, що суперечить законодавству. У цілому ж функціонування митного реєстру об'єктів права ІВ, які охороняються відповідно до закону, є важливою гарантією законності під час здійснення паралельної торгівлі, забезпечуючи дотримання суб'єктами господарського права закріплених у спеціальних законах режимів вичерпання прав.

За відсутності загального поняття «порушення майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності» мають місце його спеціальні варіації за видами інноваційних об'єктів. Хоча і в контексті нормативних приписів Кодексу України про адміністративні правопорушення, в спеціальній літературі акцентується увага на незрозумілості категорії «порушення прав інтелектуальної власності» [12]. Зокрема, відповідно до ст. 51-2 Кодексу, порушенням прав на об'єкт права інтелектуальної власності є незаконне використання такого об'єкта, привласнення авторства на нього або інше умисне порушення прав ІВ, що охороняються законом. Узагальнюючи нормативні приписи спеціального законодавства, як порушення прав інтелектуальної власності варто розглядати будь-які прямі та непрямі посягання на права власника чи законного користувача цих прав на об'єкти права інтелектуальної власності, що

виникли на підставі нормативних чи договірних актів, зокрема готування до вчинення таких дій, які тягнуть за собою відповідальність згідно з законом. В умовах заборони паралельного імпорту порушенням прав інтелектуальної власності вважається не лише ввезення певного продукту на територію України без окремої згоди правовласника на імпорт, а й подальше зберігання чи пропонування для продажу, продаж такого продукту, що дає підстави правовласнику притягати до відповідальності суб'єктів господарювання, що провадять зазначену діяльність. У постанові Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р. зазначено, що особа, яка розповсюджує примірники, в яких відображені об'єкти авторського права та суміжних прав без дозволу суб'єкта такого права, несе відповідальність за порушення законодавства про авторське право та суміжні права і в тому випадку, коли контрафактну продукцію нею отримано за договорами з третіми особами.

Водночас, як неможливо уникнути існування неоднакових режимів правової охорони, так і неможливо сформулювати чітко, що міститиме змістові риси юридичних явищ, визначення поняття «порушення прав інтелектуальної власності» в узагальненому значенні. Тому для визначення того, чи є певна господарська діяльність незаконною, необхідно звертатися до актів спеціального законодавства, оскільки в них закріплені видові склади господарських правопорушень. Відповідно до п. 67 постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р., пропонування для першого продажу товару з нанесеним знаком, який використовується без дозволу його власника, є порушенням прав на знак. Так само і в п. 84 цієї ж постанови йдеться про те, що виключні права власника патенту порушуються, якщо особа, не маючи патенту або дозволу (ліцензії) на використання промислового зразка на підставі ліцензійного договору, вперше вводить в цивільний обіг конкретний виріб або партію виробів, виготовлених із застосуванням цього промислового зразка, навіть у разі коли до моменту цього введення в обіг власником патенту вже здійснювались операції з аналогічними партіями товару.

Притягнення до господарсько-правової відповідальності за порушення прав на об'єкти права інтелектуальної власності ініціюється в судовому порядку суб'єктами господарського права, права яких було порушено, на основі приватно-

правових інструментів, що визначені у ст. 20 ГК України, ст.ст. 16 і 432 ЦК України, а також у спеціальних законах, як-от: право вимагати вилучення з обігу і знищення за рахунок порушника контрафактних товарів, етикеток, пакунків товарів, на яких розміщені знаки, що використовують незаконно, або подібні до нього до ступеня змішування позначення. Тобто, якщо правовласник вважає власні права порушеними, він має право самостійно визначити ефективний спосіб їхнього захисту. Відсутність спеціальних складів адміністративно-господарських правопорушень у цій сфері є виправданою високим рівнем чинного правового забезпечення інтересів правовласників. Суттєва увага приділяється цьому питанню в РФ. Наприклад, Вищий арбітражний суд РФ в ухвалі № 10458/08 від 31.10.2008 р. вказав, що сукупність заходів цивільно-правової відповідальності за порушення права на товарний знак є самостійним і достатнім комплексом засобів для забезпечення захисту інтересів правовласника, тому застосування засобів публічної відповідальності за таке порушення не може мати за мету захист лише інтересів правовласника і спрямовується передусім на недопущення протиправної поведінки, що посягає на публічний порядок, зокрема, недопущення обігу контрафактних товарів. Згодом цей самий Суд ухвалив рішення № 10458/08 від 03.02.2009 р., згідно з яким паралельний імпорт не загрожує публічним інтересам, але правовласник може звертатися до імпортера з цивільно-правовим позовом щодо кожного випадку такого імпорту.

Втім, помилково вести мову про те, що паралельний імпорт ніяк не зачіпає сферу публічно-правових інтересів і тому запропонований підхід потребує коригування з метою посилення гарантій захисту державних інтересів і зміни засобів захисту інтересів правовласників. У цьому контексті важливо, що ст. 76 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС покладає на Україну зобов'язання забезпечити уникнення непотрібних або дискримінаційних навантажень на економічних операторів, надавати сприяння тим із них, які мають високий рівень відповідності законодавству, досягти більшої ефективності, прозорості та спрощення митних процедур і практик на кордоні. По-перше, це вжиття уповноваженими органами державного контролю запобіжних заходів, спрямованих на збереження відповідних доказів та на запобігання правопорушенням для якнайшвидшого реагування на протиправні дії. По-друге, це нормативна визначеність меж господарсько-правової відповідальності. Тому для захисту інтересів суб'єктів господарювання –

паралельних імпортерів необхідно передбачити застосування такого правового засобу, як компенсація, визначивши її мінімальний і максимальний розміри, що можуть бути стягнуті судом замість відшкодування збитків або стягнення доходу з порушника прав на будь-який об'єкт права інтелектуальної власності, а не лише об'єкт авторського права. Згідно з п. 51 постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р., суб'єкт авторського права і (або) суміжних прав може вимагати виплати компенсації замість відшкодування збитків або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права і (або) суміжних прав.

Суперечливість проблеми захисту публічно-правових цінностей стає яскраво помітною в умовах легалізації паралельної торгівлі, коли на внутрішній ринок ввозяться товари, вироблені для задоволення потреб інших ринків і спеціально не призначені для вітчизняного, внаслідок чого вони мають різні споживчі й технічні характеристики, обсяги гарантійних і сервісних зобов'язань, порівняно з офіційними поставками правовласників, не завжди забезпечується їхня відповідність вимогам національних стандартів тощо. Наприклад, з одного боку є офіційний імпортер, що як ексклюзивний дистриб'ютор отримав виключне право на реалізацію продукції під певною торговельною маркою на визначеній території, а з другого – інші імпортери, що ввозять і продають товар, виготовлений на законній підставі, під цією самою маркою. Щодо внутрішнього ринку держави імпорту правовласник застосовує такі стратегії: (1) здійснюється продаж продукції з однаковими параметрами в усіх державах, відрізняються лише цінові умови реалізації; (2) продукція не призначена для продажу на цьому ринку; (3) параметри продукції диференційовані за державами поставок. Якщо в державі діє національний принцип вичерпання прав, правовласник регулює всі поставки на її територію продукції, що містить інноваційні об'єкти, права на які належать йому, а заборона на господарські операції з паралельного імпорту є безумовною. Специфікою дії міжнародного принципу є: (а) в рамках першої стратегії, коли між товарами, імпортованими офіційними дистриб'юторами та іншими суб'єктами господарювання, немає відмінностей щодо рівня якості та решти ознак, паралельний імпорту дозволений (в цих умовах встановлення правовласником заборон на імпорту як для неофіційних постачальників, так і в цілому, правового значення не має,

оскільки права на продукцію вже є вичерпаними за результатами першого введення її в обіг); (б) стосовно другої та третьої стратегій, незалежний імпортер буде позбавлений права реалізації певного товару, призначеного для інших країн, на території України, якщо такий товар не відповідає українським стандартам. Наприклад, лікарські засоби, призначені для турецького ринку, що не мають реєстраційного посвідчення на такий засіб, виданого в Україні, інструкції з застосування українською мовою, відповідних маркувань, не завжди можуть легально застосовуватися в Україні. Вказівка на те, що на етикетці зазначена країна походження і нібито це не повинно вводити споживачів в оману, не можуть братися до уваги. Як виняток, згідно зі ст. 17 ЗУ «Про лікарські засоби» від 04.04.1996 р., у випадках стихійного лиха, катастрофи, епідемічного захворювання тощо за окремим рішенням центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику в сфері охорони здоров'я дозволяється ввезення (імпорту) незареєстрованих в Україні лікарських засобів зарубіжних країн за наявності документів, що підтверджують їхню реєстрацію і використання в цих країнах.

Умовність дозволу на паралельний імпорту в умовах дії міжнародного принципу вичерпання прав, з огляду на згадані приписи МК України, призводить до застосування товаровиробниками технологій, які не дають змоги споживачам використати весь функціональний потенціал неофіційно імпортованих виробів, порівняно з офіційними аналогами. Ця тенденція проявляється і на автомобільному ринку, де з метою запобігання паралельному імпорту підприємства-виробники передбачають неможливість перепрограмування чи внесення доповнень до електронних систем управління автомобілями, призначених для використання в різних регіональних зонах. Як наслідок, автомобілі, придбані не в офіційних дистриб'юторів, а в так званих незалежних імпортерів мають той або інший ступінь невідповідності стандартним якісним характеристикам, зокрема безпековим і експлуатаційним. А якщо йдеться про лікарські засоби та інших медичні вироби, наслідки мають більш негативний ефект, оскільки тип чи штам хвороби в країнах, що розвиваються, часто відрізняється від типу чи штаму хвороби в розвинених державах. Ці відмінності не завжди можливо усунути за допомогою комбінування лікарських засобів, призначених пацієнту [67]. Тому основний сенс господарсько-правового регулювання цих відносин полягає у формуванні нормативних передумов для ефективного захисту суб'єктами

господарювання порушених прав, а також спеціальних засобів, що забезпечать дотримання чинного в державі принципу вичерпання прав.

Порушення права інтелектуальної власності, пов'язані з провадженням господарської діяльності паралельними імпортерами, поділяються на два види. По-перше, це ввезення продукції на митну територію України поза офіційними каналами дистрибуції без дозволу правовласника, права якого стосовно неї не було вичерпано. Якщо зазначена діяльність забороняється на цій підставі в умовах дії національного принципу вичерпання прав на об'єкти права ІВ, то запровадження в державі міжнародного принципу не призводить до таких наслідків. Предметом таких господарських операцій є оригінальні товари (продукція відомого походження, належної якості, законно виготовлена і маркована товарним знаком правовласника), призначені для реалізації на території України чи інших держав та імпорт яких не санкціонований правовласником (сірий імпорт). По-друге, це випадки, коли порушення права ІВ було допущено на етапі виготовлення продукції, а також ввезення одних товарів під виглядом інших, заниження митної вартості, застосування неправильної класифікації, недостовірного декларування (чорний імпорт) тощо. У ст. 51 Угоди ТРІПС закріплені такі дефініції: (а) «товари з фальсифікованим товарним знаком» – це будь-які товари, зокрема упаковка, які без дозволу містять товарний знак, ідентичний законно зареєстрованому для таких товарів, або який не можна відрізнити в основних його аспектах від такого товарного знака і який, відповідно, порушує права власника цього знака згідно з законодавством країни імпорту; (б) «товари, виготовлені з порушенням авторських прав» – це будь-які товари, які є копіями, зробленими без згоди власника права або особи, належно уповноваженої власником права у країні виробництва, і які безпосередньо або опосередковано виготовлені з продукту, де виготовлення такої копії вважається порушенням авторського права або суміжних з ним прав згідно з законом країни імпорту.

Законодавець у ст. 1 МК України як контрафакт розглядає обидва види порушень права ІВ, що пов'язані з провадженням господарської діяльності паралельними імпортерами, незалежно від виду об'єкта інтелектуальної власності. Натомість у спеціальному законодавстві термін «контрафакт» вжито лише щодо об'єктів авторське право. Згідно зі ст. 50 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. порушенням авторського права і (або) суміжних прав, що

дає підстави для судового захисту, є піратство у сфері авторського права і (або) суміжних прав, під яким мають на увазі опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів, зокрема, комп'ютерних програм і баз даних, фонограм, відеограм і програм організацій мовлення. Контрафактний примірник твору, фонограми, відеограми – це примірник твору, фонограми чи відеограми, відтворений, опублікований і (або) такий, що розповсюджується з порушенням авторського права і (або) суміжних прав, у тому числі примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, зокрема з країн, в яких ці твори, фонограми і відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися. В п. 27 постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17.10.2012 р. звертається увага на те, що до контрафактних примірників творів, фонограм і відеограм Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. зараховує правомірно відтворені і та такі, що розповсюджуються на території іншої країни примірники, не призначені для ввезення (імпорту) та розповсюдження на території України, в разі їхнього поширення на території України. Це не стосується випадків придбання фізичними особами в інших країнах та ввезення на територію України зазначених примірників для використання з некомерційною метою. Такий зміст поняття «контрафакт» щодо об'єктів авторського права зумовлений тим, що стосовно цієї продукції в Україні діє національний принцип вичерпання прав.

Відповідно до тлумачного словника юридичних термінів, контрафакція (від лат. *contrafactio* – підробка) – це порушення авторського права шляхом відтворення й поширення чужого твору або неправомірне відтворення (імітація) й використання об'єкта, що належить іншій особі, для одержання прибутку [57, с. 138]. Згідно зі ст. 1515 ЦК РФ контрафактними є товари, їхні етикетки і упаковки, на яких незаконно розміщені товарний знак або подібне до нього до ступеня змішування позначення. Якщо товар є оригінальним і маркованим правовласником, він не може визнаватися контрафактним. Також Вищий арбітражний суд РФ у рішенні № 10458/08 від 03.02.2009 р. не визнав контрафактним (таким, що має ознаки незаконного

відтворення товарних знаків) ввезення товарів, маркованих товарним знаком без дозволу правовласника, на територію РФ, оскільки предмет правопорушення (автомобіль) був випущений правовласником цього товарного знака.

Вважаємо за необхідне знову згадати і рішення Верховного суду США в справі *Kirtsang v. John Wiley & Sons, Inc.* (2013 р.), в якому Суд звернув увагу на те, що в формулюванні «власник копії твору, правомірно виготовленої відповідно до чинного закону, чи будь-яка інша особа, уповноважена таким власником, має право без дозволу правовласника продавати чи в будь-який інший спосіб відчужувати таку копію» основний акцент зроблено на словосполученні «відповідно до чинного закону», що вказує не на географічний критерій, а на спосіб створення твору (критерій законності) і саме в сенсі позагеографічного розуміння цієї норми зрозумілий її зміст – боротьба з піратством. На думку китайських фахівців, головною заборонаю у сфері охорони прав ІВ на торговельні марки має бути заборона на виробництво контрафактних товарів та підробок, але ця заборона не може поширюватись на товари з такою самою торговельною маркою, що вироблені правомірно [31].

Отже, встановлення різних принципів вичерпання прав забезпечує неоднаковий ступінь захисту прав на об'єкти ІВ: якщо діє міжнародний принцип – заборонено ввезення на митну територію України фальсифікованих товарів, що містять об'єкти права інтелектуальної власності, а якщо національний – також і тих, що реалізуються поза офіційними каналами дистрибуції. Тому поняття «контрафакт» не може бути уніфіковане і для встановлення його змісту в конкретних господарських відносинах необхідно звертатися до спеціальних законів. Якщо продукція, в якій застосовані результати інтелектуальної діяльності, індивідуалізована і легітимно виготовлена, а також відповідає національним стандартам, встановленим законодавством у сфері контролю якості, та була правомірно введена в комерційний обіг на іноземному ринку, тільки на підставі того, що імпорту відбувається не офіційним дилером, недоцільно забороняти її поставки. Натомість це може бути здійснено в рамках правового забезпечення вирішення інших завдань національної соціально-економічної політики. Міркування про те, що «відсутність ризиків щодо контрафактного товару та контрабанди є перевагою національного режиму» або «міжнародний принцип вичерпання прав на практиці часто створює додаткові труднощі в боротьбі з сірим імпортом [12], господарсько-правового значення не мають.

На нормативно-правовому рівні необхідно затвердити достатні господарсько-правові засоби контролю законності паралельного імпорту, пов'язані з надходженням на внутрішній ринок продукції, призначеної для реалізації в іншій державі. Незважаючи на те, що, згідно зі ст. 51 Угоди ТРІПС, держави-члени повинні надавати можливість власнику прав, який має реальні підстави підозрювати, що може відбуватися імпорту товарів з фальсифікованим товарним знаком або товарів, створених із порушенням авторських прав, подати до компетентних органів (адміністративних або судових) письмову заяву з проханням, щоб митні органи затримали ці товари і не випускали їх у вільний обіг, держави-члени можуть уможливити подання такої заяви стосовно товарів, які мають відношення до інших порушень прав інтелектуальної власності.

Якщо товар є оригінальним і маркованим правовласником, він не може визнаватися контрафактним

По-перше, це використання розпізнавального маркування продукції, проведення класифікації товарів на ті, які можуть ввозитися як паралельний імпорту і ввезення яких заборонено, запровадження реєстрації колективних торговельних марок. У цьому контексті слід звернутися до закордонного досвіду правового регулювання. Наприклад, у Швейцарії продукція, яка продається поза системою дистрибуторських каналів, може бути імпортована без будь-якого порушення прав інтелектуальної власності на торговельні марки тією мірою, якою імпортовані товари, марковані торговельною маркою, не можуть відрізнитись від товарів, що продаються через систему дистрибуторських каналів продажів. В Японії для встановлення автентичності імпортованих товарів використовують такі критерії: (1) чи є джерела походження паралельно імпортованих товарів ідентичними до джерел походження товарів власника торговельної марки; (2) чи використовувалася торговельна марка на паралельно імпортованих товарах законно і в належний спосіб; (3) чи не заподіяв паралельний імпорту шкоди усталеній репутації власника торговельної марки щодо забезпечення якості товару [31; 2]. В КНР також діє спеціальний механізм контролю паралельного імпорту, спрямований на те, щоб споживач міг визначити,

що конкретний товар ввезено в країну як паралельний і що він не є підробленим [31].

Зауважимо деякі господарсько-правові наслідки запровадження міжнародного принципу вичерпання прав на товарні знаки. У зв'язку з тим, що, по-перше, вони є основним інструментом рекламних і збутових стратегій суб'єктів господарювання, самостійним чинником ціноутворення та конкурентоспроможності продукції, по-друге, зважаючи на те, що в одиниці продукції можуть бути застосовані різні види об'єктів права інтелектуальної власності, помічаємо універсальність знаків, яка полягає в тому, що вони, виконуючи функцію індивідуалізації, широко використовуються разом із іншими інноваційними об'єктами всіма товаровиробниками, а насамперед тими, які застосовують ті чи інші технічні рішення. Тому ці обставини, а також нескладність виявлення фактів порушення виключних прав на знак, пов'язаних із зміною зовнішнього вигляду товару, призводять до того, що саме на підставі встановлення цих порушень доводиться більшість інших порушень права ІВ. Це також свідчить про те, що має забезпечуватися диференційований підхід до правового забезпечення регулювання принципу вичерпання прав залежно від різновиду об'єкта інтелектуальної власності. Водночас, якщо правова охорона надається формі матеріального об'єкта або має місце повне чи часткове відображення об'єкта інтелектуальної власності в матеріальному предметі, такий товар нескладно відтворити, натомість змістові ознаки, що одержують патентну охорону, виявити в режимі митному контролю важче. Згідно з МК України та наказом Міністерства фінансів України «Про затвердження Порядку реєстрації у митному реєстрі об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону» від 30.05.2012 р., однією з підстав для відмови в реєстрації у митному реєстрі об'єкта права інтелектуальної власності є відсутність характерних ознак, які можуть бути проконтрольовані митними органами під час ідентифікації товарів, що містять такі об'єкти, при їхньому переміщенні через митний кордон України або неможливості їхньої ідентифікації методами, запропонованими правовласником. Також нормативно встановлено вимогу, що під час реєстрації в митному реєстрі запатентованих винаходів (корисних моделей) заявник зобов'язаний надати опис способів і методів їхньої ідентифікації у конкретних товарах. З огляду на це, закріплене в ч. 4 ст. 28 ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 р. право власника патенту використовувати попереджувальне мар-

кування з зазначенням номера патенту на продукті чи на упаковці продукту, виготовленого з застосуванням запатентованого винаходу, доцільно встановити як обов'язок для імпортерів товарів, виготовлених із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі).

По-друге, це нормативне закріплення презумпції відсутності вичерпання прав, коли імпортер зобов'язаний довести, що він поставляє саме оригінальний товар, а у правовласника з'являється можливість відстежувати ланцюг угод, за допомогою укладання яких ця продукція потрапила до імпортера. Така пропозиція узгоджується зі ст. 57 Угоди ТРІПС, згідно з якою держави – члени СОТ зобов'язані забезпечити надання правовласникам достатніх можливостей для інспектування митними органами будь-яких товарів, за умови підкріплення доказами їхніх претензій.

По-третє, в сферах господарювання, де представлені значні публічно-правові цінності, наприклад, в охороні здоров'я, паралельний імпорту може бути дозволений за умови, якщо в них буде запроваджена ефективна система господарського контролю, як-от: (1) перевірка оригінальності товару при ввезенні його в державу імпорту шляхом надання постачальником сертифіката якості, виданого виробником та інших документів; (2) встановлення його відповідності чинним в Україні стандартам; (3) ліцензування провадження господарської діяльності з виробництва, оптової та роздрібною торгівлі, а також імпорту; (4) товар був законно введений в обіг в одній із держав ЄС тощо. Хоча, як було з'ясовано, в ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 р. встановлений міжнародний принцип вичерпання прав, характер національних господарсько-правових вимог до імпортованих лікарських засобів, насамперед реєстраційних, що визначені в ЗУ «Про лікарські засоби» від 04.04.1996 р., гарантує їхню якість і безпечність застосування громадянами України. Водночас у контексті інтеграції України до ЄС щодо лікарських засобів видається можливим спрощення процедур їхньої реєстрації та здійснення паралельного імпорту за таких умов: лікарські засоби мають українськомовну інструкцію та маркування, вони подібні до місцевих лікарських засобів, мають одні й ті самі діючі речовини й дозування. Про доречність вжиття зазначених заходів свідчить судово-практика Європейського суду справедливості, який, ухвалюючи рішення у справі *Kohlpharma GmbH v. Bundesrepublik Deutschland* (2002 р.), підтвердив, що лікарські засоби можуть ввозитися в країну за процедурою паралельного імпорту, якщо вони законно введені в обіг в одній

із держав ЄС та суттєво подібні до місцевих лікарських засобів (мають одну й ту саму діючу речовину, що виробляється одним виробником).

ВИСНОВКИ

1. Об'єкти права інтелектуальної власності є ключовим інформаційним ресурсом, необхідним для створення інновацій, та основним продуктом доринкової стадії інноваційного процесу.

2. Теоретично обґрунтовано застосування нормативних винятків із виключного права на використання об'єктів права інтелектуальної власності, що не суперечать звичайному використанню цих об'єктів і не призводять до надмірної шкоди законним інтересам учасників відносин у сфері господарювання. Ці обмеження класифіковані на дві групи, залежно від потреби в одержанні дозволу від правовласника. Особливе місце з-поміж них належить принципу вичерпання прав на інноваційні об'єкти, якому властиві універсальна за предметом правова природа, всезагальне застосування в сфері господарювання та важливе регулятивне значення як однієї з засад ринкової конкуренції.

Сутність правового режиму вичерпання прав полягає в тому, що після першої реалізації (випуску на ринок) продукту, в якому застосований об'єкт права інтелектуальної власності, правовласник не має права забороняти покупцям використовувати цей предмет у господарській діяльності, що провадиться в законний спосіб. Щодо введеної в господарський обіг інноваційної продукції добросовісні набувачі без спеціального дозволу правовласника мають право здійснювати такі господарські операції: повторно вводити в господарський обіг шляхом продажу чи дарування, пропонувати для продажу, застосовувати у власній господарській (виробничій) діяльності (окремо чи в комплексі з іншими виробами), надавати в безоплатне користування, зберігати в цих цілях, відтворювати об'єкт інтелектуальної власності, зафіксований на матеріальному носії, а також наносити знаки на пакунок чи вивіску, де здійснюється продаж та інші подібні випадки, передбачені спеціальним законодавством. Заборонено без спеціального дозволу правовласника перетворювати, змінювати, створювати копії чи в інший спосіб розмножувати об'єкт права інтелектуальної власності чи продукт (окрім похідних від нього), в якому він застосований, або передавати його в майновий найм (прокат). Відповідно, правовласник позбавляється права забороняти здійснювати зазначені дії щодо продукції, що містить належні йому інноваційні об'єкти. Новий власник, не набуваючи май-

нових прав інтелектуальної власності, одержує лише стандартні речові правомочності, що надають йому змогу користуватися цією продукцією в загальногосподарський спосіб, з урахуванням законодавчих обмежень стосовно захисту права інтелектуальної власності.

З боку правової регламентації інноваційної діяльності в Україні питання вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності постає на етапі їхньої комерціалізації, коли на ринок випускаються нові конкурентоспроможні товари – інноваційна товарна продукція, а в окремих, визначених у спеціальному законодавстві, випадках – інноваційний продукт. Особливістю застосування принципу вичерпання прав у рамках доктрини вільного використання об'єктів інтелектуальної власності є те, що він стосується комерційного та некомерційного обігу продукції.

3. Розроблені загальні правила застосування принципу вичерпання прав на інноваційні об'єкти в господарських відносинах. Зокрема, права на об'єкти інтелектуальної власності, щодо яких відбувається вичерпання, мають забезпечуватися спеціальними правовими засобами публічної охорони та підтверджуватися відповідними охоронними документами; в одному товарі може бути застосовано як один, так і кілька різних за видами об'єктів права інтелектуальної власності, але якщо стосовно одного з них встановлена заборона на здійснення певних господарських операцій, то така заборона поширюється на матеріальний об'єкт у цілому.

4. Доведено, що інноваційна продукція, визначена як індивідуальними, так і родовими ознаками, потрапляє до вільного господарського обігу, якщо стосовно кожної одиниці (партії) такої продукції застосовано принцип вичерпання прав. Своєю чергою, принцип вичерпання прав, точніше той обсяг майнових прав, що підлягають вичерпанню, є обов'язковою умовою існування конкурентного товарного ринку в умовах використання сучасних інструментів захисту права інтелектуальної власності, запобігаючи загостренню конфліктів публічних і приватних інтересів. Відсутність у господарському законодавстві цього принципу призвела б до формування не лише виробничої, а й збутової монополії правовласників: всі черги покупців товару, у виробництві якого було використано об'єкт права інтелектуальної власності, укладали б із правовласниками складні договори про розподіл інтелектуальних прав.

5. Залежно від території поширення держави мають право встановлювати національний, міжнародний або регіональний принципи вичерпання

прав. У зв'язку з тим, що в міжнародних договорах закріплена диспозитивність вибору державами територіальних моделей принципу вичерпання прав, відносини, пов'язані з їхнім застосуванням, у рамках різних правопорядків регулюються неоднаково. Передбачається розвиток доктрини вичерпання прав на інноваційні об'єкти в напрямі уніфікації умов світової торгівлі до регіонального чи міжнародного принципів.

6. Згідно з національною концепцією вичерпання прав виключні права на об'єкт права інтелектуальної власності, застосований у готовому товарі, визнаються вичерпаними на території певної держави, якщо цей товар було введено в обіг на її території правовласником чи з його дозволу (кількість продажів такого товару за межами держави імпорту юридичного значення не має). В протилежному випадку правовласник має право перешкоджати імпорту та обігу товару на території держави, в яку він був ввезений третьою особою без належного дозволу на провадження такої діяльності. Теоретично обгрунтовано, що національний принцип вичерпання прав надає об'єктам права інтелектуальної власності функцію регулювання імпортованих операцій, а отже, можливе обмеження міжнародного обігу товарів протягом їхнього життєвого циклу, внаслідок чого в співвідношенні гарантованих державою публічних і приватних інтересів відбувається суттєвий дисбаланс на користь останніх. Це пов'язано з тим, що такі функції інноваційних об'єктів, як стимулювання наукової, творчої та інноваційної діяльності, ідентифікація товарів на ринку, підтвердження їхніх якісних властивостей тощо, виконуються під час першого продажу продукції або нанесення товарного знака на неї, а під час подальших циркуляцій на ринку забезпечуються спеціальними засобами правової охорони.

Згідно з міжнародною концепцією вичерпання прав виключні права на об'єкт права інтелектуальної власності, застосований у готовому товарі, визнаються вичерпаними після першого введення в обіг цього товару правовласником (чи за його згодою) у будь-якій державі світу.

Згідно з регіональною концепцією вичерпання прав перший продаж у межах території одного регіону (міждержавного союзу, наприклад, у будь-якій державі – члені ЄС) виробу, в якому застосований об'єкт права інтелектуальної власності, тягне за собою вичерпання права на подальше розповсюдження цього виробу в межах такого регіону. Цей підхід передбачає запровадження комплексного режиму вичерпання прав, коли, з одного боку, міжнародний режим поши-

рюється на внутрішній товарообіг між союзними державами, а, з другого боку, національний – на виробу, вперше введені в обіг в інших державах.

Узагальнені типові нормативні конструкції, що свідчать про запровадження в державі тієї чи іншої моделі вичерпання прав.

7. Визначені господарсько-правові наслідки запровадження міжнародного, національного і регіонального принципів вичерпання прав. Якщо є технологічна залежність, тобто держава в цілому є покупцем, а не продавцем інноваційної продукції, то варто встановити міжнародний режим вичерпання прав. Якщо такої залежності немає, тобто держава (підприємства-резиденти) володіє внутрішньо і зовнішньо конкурентоспроможним комплексом прав на інноваційні об'єкти, то в її інтересах для посилення власного монопольного становища запровадження якомога більшою кількістю держав національного режиму вичерпання прав. У двосторонніх інноваційних відносинах «держава-експортер – держава-імпортер» об'єктом конкуруючого впливу є внутрішній ринок держави-імпортера, коли інтерес експортера – запровадити на ньому національний режим вичерпання прав, а імпортера – міжнародний. Натомість державам з інноваційно розвиненою економікою, в якій національне підприємництво задовольняє внутрішній попит за більшістю позицій, навпаки, доцільно захищати (обгороджувати) суверенний ринок від більш дешевих пропозицій імпортерів, закріплюючи в законодавстві національний принцип вичерпання прав.

8. Принцип вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності є самостійним засобом реалізації інвестиційної, цінової, антимонопольно-конкурентної, валютної, зовнішньоекономічної політики держави. Водночас він не є класичним засобом реалізації політики протекціонізму. Принцип вичерпання прав не може бути заборонити чи суттєво обмежити імпорту певного виду продукції, оскільки предметом регулювання є зміна суб'єктного складу легальних імпортерів.

Кожна держава встановлює принцип вичерпання прав щодо імпортованих операцій, що є сферою її суверенного регулювання. Єдиним критерієм для обрання того чи іншого правового режиму слід вважати спроможність досягнути як тактичних, так і стратегічних цілей суверенної соціально-економічної політики. Якщо в запровадженні національного принципу вичерпання прав зацікавлені всі держави-експортери, незалежно від рівня їхнього економічного розвитку, то в міжнародному – держави-імпортери, за винятком тих секторів економіки, в яких забезпечено внутрішню

конкурентоспроможність, де виправданим є національний принцип. Саме тому запровадження міжнародного принципу вичерпання прав як всеохопного, без доповнення його іншими правовими засобами, спрямованими на підтримку внутрішнього ринку, обмежить конкурентоспроможність національного товаровиробника.

9. У зв'язку з тим, що кожному принципу вичерпання прав властиві специфічні переваги та недоліки, які компенсуються одиничними винятками з загальних правил (стосовно об'єктів права інтелектуальної власності чи суб'єктів господарювання), обираючи той чи інший правовий режим, необхідно визначити його загальний господарсько-корисний вплив на економічні відносини в державі загалом.

На підставі того, що заходи з диференційованого застосування принципу вичерпання прав за видами об'єктів права інтелектуальної власності часто є недостатньо ефективними, запропоновано розробити спеціальне нормативне регулювання, яке б дало змогу встановити принцип вичерпання прав до певних товарних груп, включаючи весь комплекс прав інтелектуальної власності, які виникають щодо певного продукту. Тому для груп товарів, щодо яких є зацікавленість у розвитку вітчизняного виробництва, доцільно запровадити національний принцип вичерпання прав.

10. Для України найбільш оптимальним є комбінований режим вичерпання прав, що передбачає встановлення міжнародного принципу для продукції соціальної спрямованості, промислового призначення, але з певними винятками, згідно з якими за деякий час після насичення внутрішнього ринку і зростання вітчизняного наукоємного виробництва, за певними об'єктами права інтелектуальної власності чи сферами господарювання, в яких відбулося таке зростання, буде запроваджено національний принцип вичерпання.

Національний принцип вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності варто застосовувати як спеціальну економічну преференцію, що покращить умови торгівлі для офіційних дилерів і пришвидшить амортизацію для іноземних інвесторів, які провадять товарне виробництво чи науково-дослідницьку діяльність на території України, якщо їхні інвестиції відповідають встановленим критеріям капіталоемності, наукоємності, зайнятості. Цей правовий режим поширюватиметься на заявлену продукцію, яка містить об'єкти права інтелектуальної власності та поставляється для задоволення потреб інвестиційної діяльності в Україні або якщо на українському підприємстві інвестора

виробляються деталі чи інші комплектуючі виробу, розробляються технологічні, маркетингові рішення тощо, які застосовуються інвестором в єдиному виробничому циклі для виготовлення готової продукції.

11. В Україні відносини, пов'язані з застосуванням принципу вичерпання прав на інноваційні об'єкти, регулюються спеціальними законами. Стосовно об'єктів права інтелектуальної власності запроваджено такі види принципу вичерпання прав: (1) міжнародний – щодо винаходів, корисних моделей, промислових зразків, топографій інтегральних мікросхем, товарних знаків, кваліфікованих зазначень походження товару; (2) національний – щодо сортів рослин, об'єктів авторського права. Для кожного з них визначено господарські операції, які без спеціального дозволу правовласника мають право здійснювати законні набувачі введеної в господарський обіг інноваційної продукції. Регіональний принцип вичерпання прав законодавством України не передбачений. Щодо таких об'єктів права інтелектуальної власності, як наукове відкриття, порода тварини, раціоналізаторська пропозиція, комерційна таємниця, які можуть бути використані при створенні нових продуктів, режим вичерпання прав не діє.

Запропоновано закріпити в ГК України загальні дефініції понять міжнародного, регіонального і національного принципу вичерпання прав на об'єкти інтелектуальної власності, а в спеціальних законах вказати лише назву принципу, що підлягає застосуванню.

12. Розмежовано майнове право інтелектуальної власності на сорт рослин і майнове право інтелектуальної власності на поширення сорту рослин, зміст якого становлять усічені правомочності першого. Обґрунтовано, що принцип вичерпання прав застосовується щодо майнового права інтелектуальної власності на сорт рослин.

13. Предмет вичерпання прав на інноваційні об'єкти має таку структуру: (1) щодо винаходів і корисних моделей – технічний пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо; (2) щодо промислових зразків – двовимірні та тривимірні дизайнерські конструкції; (3) щодо топографій інтегральних мікросхем – інтегральна мікросхема і виріб, що містить інтегральну мікросхему, виготовлену з використанням зареєстрованої топографії інтегральної мікросхеми; (4) щодо сорту рослин – матеріал захищеного патентом сорту (посадковий матеріал), матеріал, похідний в основному від запатентованого сорту або який

нечітко відрізняється від запатентованого сорту, або виробництво якого потребує багаторазового використання сорту володільця патенту, а також одержаний безпосередньо з них продукт (зібраний матеріал); (5) щодо знаків для товарів і послуг – товар із нанесеним на нього зареєстрованим знаком; (6) щодо об'єктів авторського права – твір, комп'ютерна програма, база даних у речовій, електронній, зокрема цифровій, оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер.

14. З огляду на те, що вичерпання прав не настає у випадку, якщо власник свідоцтва має вагомі підстави забороняти використання знака у зв'язку з подальшим продажем товару, зокрема в разі зміни чи погіршення стану товару після введення його в обіг, обґрунтованими підставами для такої заборони пропонуємо вважати такий якісний стан продукції, обіг якої заборонений нормативно-правовими актами або не відповідає вимогам, встановленим правовласником чи виробником.

15. Паралельний імпорт – це всі імпорتنі операції, зокрема в порядку реекспорту, предметом яких є вироби, в яких застосовані об'єкти права інтелектуальної власності, що відбуваються поза офіційними каналами поставок правовласників, незалежно від режиму вичерпання прав, запровадженого в державі імпорту (широке значення); це господарські операції купівлі-продажу оригінальних товарів належної якості, що містять об'єкти права інтелектуальної власності, та законно введені в господарський обіг в одній державі, а потім імпортовані в іншу державу суб'єктом господарювання без спеціального дозволу правовласника (вузьке значення). Господарсько-правову специфіку цього явища відображає друга дефініція, яку слід вважати основною. Ухвалюючи рішення з приводу застосування територіального принципу вичерпання прав, законодавець вирішує питання про допустимість паралельного імпорту, який може бути або безумовно дозволений, або безумовно заборонений, або його дозвіл (заборона) поставлені в залежність від певних чинників.

Правову природу цього господарсько-правового явища визначають такі ключові риси: (1) це самостійний вид зовнішньоекономічної діяльності, зміст якого полягає в систематичному провадженні підприємством господарських операцій з паралельного імпорту (в цих операціях «паралельність» існує в сенсі створення окрім дистриб'юторсько-збутових каналів правовласника додаткових каналів поставок, коли імпорт здійснюється не через уповноважених імпорте-

рів); (2) це стадійний механізм перерозподілу інноваційної продукції в зовнішньоекономічних відносинах, що передбачає укладання господарських угод купівлі-продажу в рамках принаймні двох правопорядків між такими суб'єктами господарського права: (а) в державі виготовлення чи іншій державі, в якій продукт вперше вводиться в господарський обіг правовласником чи з його дозволу, між правовласниками, виробниками, офіційними дистриб'юторами чи іншими підприємствами на підставі виданих правовласниками дозволів з одного боку та суб'єктами господарювання, які не уклали зобов'язань з правовласником і мають за мету провадження діяльності з торговельного посередництва з другого боку; (б) держава фактичної реалізації продукту кінцевим споживачам, в яку товар імпортується без спеціальної згоди правовласника: між суб'єктами господарювання, які придбали цей продукт в офіційних постачальників, чи іншими суб'єктами господарювання, що поставляють його в державу імпорту з одного боку та суб'єктами господарювання, які провадять торговельно-посередницьку діяльність чи планують застосувати предмет угоди у власній діяльності з другого; (4) основною передумовою провадження господарської діяльності з паралельного імпорту є цінова політика правовласників, які, володіючи охоронними документами в різних державах, залежно від купівельної спроможності споживачів, встановлюють диференційовані ціни з метою максимізації прибутків та посилення власного монопольного становища; (5) діяльність з паралельного імпорту може бути визнана легальною за умови, якщо в державі імпорту діє міжнародний принцип вичерпання прав.

16. У зв'язку з тим, що чинний формат функціонування митного реєстру об'єктів права інтелектуальної власності надає гарантії захисту інтересів правовласників аналогічні тим, що передбачає національний принцип вичерпання прав (заявники, не враховуючи чинний у державі режим вичерпання прав, визначають перелік контрафактних товарів), правовласник має змогу заблокувати паралельний імпорт навіть в умовах дії міжнародного принципу. Теоретично обґрунтовано пріоритетність приписів спеціальних законів у сфері охорони права інтелектуальної власності щодо інших нормативних заборон, тому якщо стосовно певного інноваційного об'єкта діє міжнародний принцип вичерпання прав, вимога правовласника про захист вже вичерпаних прав є такою, що суперечить законодавству.

18. Порушення права інтелектуальної власності, пов'язані з провадженням господарської діяльності паралельними імпортерами, поділяються на два види. По-перше, це ввезення продукції на митну територію України поза офіційними каналами дистрибуції без дозволу правовласника, права якого щодо неї були вичерпані, зберігання чи пропонування для продажу, продаж такої продукції. Ця діяльність заборонена в умовах дії національного принципу вичерпання прав на об'єкти права інтелектуальної власності, а запровадження в державі міжнародного принципу не призводить до таких наслідків. Предметом таких господарських операцій є оригінальні товари (продукція відомого походження, належної якості, законно виготовлена і маркована товарним знаком правовласника), призначені для реалізації на території України чи інших держав та імпорт яких не санкціонований правовласником (сірий імпорт). По-друге, це випадки, коли порушення права інтелектуальної власності було допущено на етапі виготовлення продукції, а також ввезення одних товарів під виглядом інших, заниження митної вартості, застосування неправильної класифікації, недостовірного декларування (чорний імпорт). Отже, різні принципи вичерпання прав забезпечують неоднаковий ступінь захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Доведено, що оригінальний продукт, який законно введений в обіг правовласником і відповідає національним стандартам, встановленим законодавством у сфері контролю якості, не може визнаватися контрафактним. Тлумачення поняття «контрафакт», викладене у Законі України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р., передбачає, що стосовно об'єктів авторського права в Україні діє національний принцип вичерпання прав.

19. Постачальники інноваційної продукції реалізують такі експортні стратегії: (1) здійснюється продаж продукції з однаковими параметрами в усіх державах, відрізняються лише цінові умови реалізації; (2) продукція не призначена для продажу на певних ринках; (3) параметри продукції диференційовані за державами поставок. Якщо в державі діє національний принцип вичерпання прав, правовласник регулює всі поставки на її територію продукції, що містить інноваційні об'єкти, права на які належать йому, а заборона на господарські операції з паралельного імпорту є безумовною. Специфіка правозастосування за умови дії міжнародного принципу полягає в тому, що: (а) в рамках першої стратегії, коли між товарами, імпортованими офіційними

дистрибуторами та іншими суб'єктами господарювання, немає відмінностей щодо рівня якості та решти ознак, паралельний імпорт дозволений (за таких обставин встановлені правовласником заборони на імпорт як для неофіційних постачальників, так і в цілому, правового значення не мають, оскільки права на продукцію вже є вичерпані за результатами першого введення її в обіг); (б) стосовно другої та третьої стратегій, незалежний імпортер буде позбавлений права на реалізацію певного товару, призначеного для інших країн, на території України, якщо такий товар не відповідає українським стандартам.

20. Теоретично обґрунтовано необхідність затвердження на нормативно-правовому рівні господарсько-правових засобів контролю законності здійснення паралельного імпорту. По-перше, це використання розпізнавального маркування продукції, проведення класифікації товарів на ті, які можуть ввозитися як паралельний імпорт і ввезення яких заборонене, запровадження реєстрації колективних торговельних марок. По-друге, це нормативне закріплення презумпції відсутності вичерпання прав, коли імпортер зобов'язаний довести, що він поставляє саме оригінальний товар, а у правовласника з'являється можливість відстежувати ланцюг угод, за допомогою укладання яких ця продукція потрапила до імпортера. По-третє, це встановлення обов'язку для імпортерів товарів, виготовлених із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), використовувати попереджувальне маркування з зазначенням номера патенту на продукті чи на упаковці продукту.

В сферах господарювання, де представлені значні публічно-правові цінності, паралельний імпорт може бути дозволений за умови, якщо в них буде запроваджена ефективна система господарського контролю, як-от: (1) перевірка оригінальності товару при ввезенні його в державу імпорту шляхом надання постачальником сертифіката якості, виданого виробником та інших документів; (2) встановлення його відповідності чинним в Україні стандартам; (3) ліцензування провадження господарської діяльності з виробництва, оптової та роздрібної торгівлі, а також імпорту; (4) товар був законно введений в обіг в одній із держав ЄС. У контексті інтеграції України до ЄС щодо лікарських засобів видається можливим спрощення процедур їхньої реєстрації та здійснення паралельного імпорту за таких умов: лікарські засоби мають українськомовну інструкцію та маркування, вони суттєво подібні до місцевих лікарських засобів, мають одні й ті самі діючу речовину та дозування.

Список використаних джерел:

1. Белов А. П. Международное предпринимательское право: практ. пособ. / А. П. Белов. – М.: Юрид. дом «Юстициформ», 2001. – 336 с.
2. Биканова А. «Непаралельне» ставлення до паралельного імпорту в Україні / А. Биканова, Ю. Іващенко // Правовий тиждень. – 2013. – № 23 / 24 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=123108>. – Заголовок з екрана.
3. Брагинский М. И. Договор подряда и подобные ему договоры / М. И. Брагинский. – М.: Статут, 1999. – 254 с.
4. Бубенко П. Т. Интеллектуальна власність: навч. посіб. / П. Т. Бубенко, В. В. Величко, С. М. Глухарев. – Х.: ХНАМГ, 2011. – 215 с.
5. Васильев Н. М. Роль трансфера технологий в развитии инновационного предпринимательства // Проблемы современной экономики. – 2011. – № 1 (37) [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.m-economy.ru/art.php?nArtId=3555>. – Заглавие с экрана.
6. Винник О. М. Господарське право: курс лекцій / О. М. Винник. – К.: Атіка, 2004. – 624 с.
7. Глобальная стратегия Всемирной организации здравоохранения в области здравоохранения, инноваций и интеллектуальной собственности: резолюция Всемирной ассамблеи здравоохранения № WHA61.21 «О глобальной стратегии Всемирной организации здравоохранения в области здравоохранения, инноваций и интеллектуальной собственности»; резолюция Всемирной ассамблеи здравоохранения № WHA62.16 «О плане действий в области общественного здравоохранения, инноваций и интеллектуальной собственности». – 2008 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A61/A61_R21-en.pdf. – Заглавие с экрана.
8. Гордон М. В. Как составить договор поставки: учеб. пособ. / М. В. Гордон, В. С. Шелестов. – М.: Юрид. лит., 1973. – 62 с.
9. Гриценко А. А. Развитие форм обмена, стоимости и денег: моногр. / А. А. Гриценко. – К.: Основи, 2005. – 192 с.
10. Даль В. И. Иллюстрированный толковый словарь русского языка / И. В. Даль. – М.: Эксмо, 2006. – 896 с.
11. Дмитришин В. С. Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в Україні: навч. посіб. / В. С. Дмитришин. – К.: «Інст. інтел. власн. і права», 2008. – 248 с.
12. Добрынская В. Исчерпаемая тема / В. Добрынская // Юрическая практика. – 2013. – № 21 (804). – С. 16, 17.
13. Загальна теорія держави і права: підруч. [для студ. вищ. навч. закл.] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х.: Право, 2009. – 584 с.
14. Задихайло Д. В. Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави: моногр. / Д. В. Задихайло. – Х.: Юрайт, 2012. – 456 с.
15. Зверева Е. В. О правовых средствах обеспечения качества товаров, работ, услуг в сфере хозяйствования / Е. В. Зверева // Экономика и право. – 2004. – № 1. – С. 28 – 31.
16. Индия и Китай: кто станет следующим фармацевтическим гигантом? // Промышленное обозрение. – 2008. – № 6 (11). – С. 32–34.
17. Киссинджер Г. Нужна ли Америке внешняя политика? / Г. Киссинджер; пер. с англ. О. Ю. Уральской; под ред. В. Л. Иноземцева. – М.: Ладомир, 2002. – 352 с.
18. Комков Н. И. Требования и условия оценки эффективности бизнес-инноваций в условиях рыночной конкуренции / Н. И. Комков, Г. Г. Балаян, Н. Н. Бондарева; под ред. А. Г. Коровкина // Научные труды ИНП РАН. – М.: Макс-Пресс, 2005. – 27 с.
19. Лапач В. А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика: моногр. / В. А. Лапач. – М.: Юридический центр Пресс, 2002. – 568 с.
20. Лаптев В. В. Предмет и система хозяйственного права: моногр. / В. В. Лаптев. – М.: Юридическая литература, 1969. – 175 с.
21. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. / В. В. Луць. – [2-е вид., перероб. і доп.]. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с.
22. Мазур И. И. Управление качеством: учеб. пособ. / И. И. Мазур, В. Д. Шапиро. – М.: Омега-Л, 2006. – 399 с.
23. Мартемьянов В. С. Хозяйственное право: общие положения: курс лекций / В. С. Мартемьянов. – [В 2-х т.]. – М.: Изд-во БЕК, 1994. – Т. 1. – 312 с.
24. Мау В. Российская экономика не воспринимает инновации / В. Мау // Форбс. – 2010 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.forbes.ru/column/46400-innovatsii-eto-problema>. – Заглавие с экрана.
25. Мілаш В. С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов: моногр. / В. С. Мілаш. – Х.: Вид. ФОП Вапнярчук Н. М., 2007. – 440 с.
26. Миндрул А. Интеллектуальная собственность в фармации: проблемы и перспективы: часть 2 / А. Миндрул, Д. Полякова // Аптека. – 2010. – № 753 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.apteka.ua/article/50798>. – Заглавие с экрана.
27. Мэггс П. Б. Интеллектуальная собственность: учебник / П. Б. Мэггс, А. П. Сергеев; пер. с англ. Л. А. Нежинской. – М.: Юристъ, 2000. – 400 с.
28. Никифоров А. Є. Інноваційна діяльність: теорія і практика державного управління: моногр. / А. Є. Никифоров. – К.: КНЕУ, 2010. – 420 с.
29. Опрышко В. Ф. Правовые основы государственного управления качеством продукции: учеб. пособ. / В. Ф. Опрышко. – К.: Вища школа, 1986. – 271 с.
30. Партин А. Дистрибьюторское соглашение в системе договоров по гражданскому праву России / А. Партин // Хоз-во и право. – 2009. – № 1. – С. 55 – 64.
31. Пахаренко О. Паралельний імпорт товарів і його українські реалії / О. Пахаренко // Интеллектуальна власність. – 2011. – № 5. – С. 13–19.
32. Пашков В. М. Господарсько-правовий статус закладів охорони здоров'я: моногр. / В. М. Пашков. – К.: МОПІОН, 2008. – 148 с.
33. Пашков В. М. Засади формування державою господарсько-правової політики у сфері охорони здоров'я / В. М. Пашков // Вісн. Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Серія: Економ. теорія та право. – 2011. – № 2 (5). – С. 180 – 189.
34. Пашков В. М. Правове регулювання обігу лікарських засобів: моногр. / В. М. Пашков. – К.: МОПІОН, 2004. – 160 с.

35. Підпригора О. А. Право інтелектуальної власності України: навч. посіб. / О. А. Підпригора, О. О. Підпригора. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 331 с.
36. Погребняк С. Вимоги до нормативно-правових актів, що впливають з принципу правової визначеності / С. Погребняк // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 3 (42). – С. 42–53.
37. Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: учебник / В. Ф. Попондопуло. – М.: Юристъ, 2003. – 668 с.
38. Право інтелектуальної власності: акад. курс: підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. – К.: Вид. дім «Ін Юре», 2007. – 696 с.
39. Проект Інноваційного кодексу України. – Х.: Право, 2012. – 168 с.
40. Пугинский Б. И. Коммерческое право России: учебник / Б. И. Пугинский. – М.: Юрайт-М, 2001. – 314 с.
41. Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання: моногр. / В. В. Резнікова. – Хмельницький: Хмельницький ун-т управління і права, 2010. – 706 с.
42. Сібільов М. Поняття правового режиму приватного права / М. Сібільов // Вісник академії правових наук України. – 2001. – № 4. – С. 106 – 116.
43. Скордамалья В. Право інтелектуальної власності ЄС: навч. посіб. / В. Скордамалья. – К.: ІМВ КНУ ім. Т. Шевченка, 2004. – 156 с.
44. Современный словарь по общественным наукам / под общей ред. О. Г. Данильяна, Н. И. Панова. – М.: Изд-во ЭКСМО, 2005. – 528 с.
45. Степанов Д. И. Услуги как объект гражданских прав / Д. И. Степанов // Российская юстиция. – 2000. – № 2. – С. 19–22.
46. Управление и организация в сфере услуг / К. Хаксевер, Б. Рендер, Р. Рассел, Р. Мердик. – СПб: «Питер», 2002. – 752 с.
47. Федоров А. Ф. Торговое право: учебник / А. Ф. Федоров. – О.: Тип. «Славянская», 1911. – 910 с.
48. Хобсбаум Э. Эпоха крайностей: короткий двадцатый век (1914 – 1991 гг.) / Э. Хобсбаум. – М.: Изд-во «Независимая газета», 2004. – 632 с.
49. Хозяйственное право: учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, Н. С. Хахулин и др.; под ред. В. К. Мамутова. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 912 с.
50. Цивільне право України: загальна частина: підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – [Вид. 3-є, перероб. і доп.]. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.
51. Цивільне право України: підруч. / за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. – [В 2-х т.]. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – Т. 1. – 832 с.
52. Цивільний кодекс України: коментар / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенка. – [Вид 2-е, зі змінами станом на 15 січня 2004 р.]. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2004. – 856 с.
53. Шаповал М. І. Менеджмент якості: підруч. / М. І. Шаповал. – К.: Знання, 2007. – 471 с.
54. Шершеневич Г. Ф. Русское гражданское право: учебник / Г. Ф. Шершеневич. – [Изд. 6-е]. – СПб.: Изд-во Братьев Башмаковых, 1907. – 816 с.
55. Экономика: учебник / под ред. А. С. Булатова. – [Изд. 3-е, перераб. и доп.]. – М.: Юристъ, 1999. – 592 с.
56. Энгельс Ф. Принципы коммунизма / Ф. Энгельс. – М.: ИТРК, 2007. – 68 с.
57. Юридичні терміни: тлумач. словник / В. Т. Гончаренко, П. П. Андрушко, Т. П. Базова та ін.; за ред. В. Г. Гончаренка. – [2-е вид., стереотип.]. – К.: Либідь, 2004. – 320 с.
58. Яковец Ю. В. Глобальные экономические трансформации XXI века / Ю. В. Яковец. – М.: Экономика, 2011. – 382 с.
59. All costs, no benefits: How TRIPS-plus intellectual property rules in the US-Jordan FTA affect access to medicines // Oxfam Briefing Note: Five Years After the Doha Declaration. – Oxford, 2007 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://www.oxfam.org/en/policy/bp102_jordan_us_fta. – Заголовок з екрана.
60. Correa C. Negotiating a Free Trade Agreement European Union – India: Will India Accept TRIPS-Plus Protection? / C. Correa // Oxfam Deutschland and Evangelischer Entwicklungsdienst Analysis. – 2009 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.oxfam.de/files/20090609/negotiationofafreetradeagreementeuindia/218kb.pdf>. – Заголовок з екрана.
61. El Said M. The European TRIPS-Plus Model and the Arab World: From Cooperation to Association / M. El Said // Liverpool Law Review. – 2007. – № 28 (1). – Pp. 143 – 174.
62. Kerry V. TRIPS, the Doha Declaration and paragraph 6 decisions: what are the remaining steps for protecting access to medicines? / V. Kerry, K. Lee // Global Health. – 2007. – May 24 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/17524147?>. – Заголовок з екрана.
63. Patent related flexibilities in the multilateral legal framework and their legislative implementation at the national and regional levels // World Intellectual Property Organization. – 2010 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=19686. – Заголовок з екрана.
64. Pharmaceuticals in the Trade Related Aspects of the Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement of the World Trade Organization // World Health Organization: A Briefing on TRIPS. – 2000 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh2959e/>. – Заголовок з екрана.
65. Pugatch M. P. The International Political Economy of Intellectual Property Rights / M. P. Pugatch. – Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004. – 284 p.
66. Santa Cruz S. M. Intellectual property provisions in European Union trade agreements: implications for developing countries / S. M. Santa Cruz // ICTSD Intellectual Property and Sustainable Development Series: Programme on IPRs and Sustainable Development: Issue Paper № 20. – Geneva: ICTSD, 2007. – 51 p.
67. Shetty P. TB vaccines «won't work in poor nations» / P. Shetty // SciDev.Net. – 2005. – 4 August [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scidev.net/News/index.cfm?fuseaction=readNews&itemid=2271&language=1>. – Заголовок з екрана.
68. Vandoren P. The implementation of the TRIPS Agreement / P. Vandoren // Journal of World Intellectual Property. – 1999. – № 68. – Pp. 25 – 34.
69. Wallerstein I. The Politics of the World-Economy: the States, the Movements, and the Civilizations / I. Wallerstein. – Cambridge: Cambridge University Press, 1984. – 191 p.



ВСЕУКРАЇНЬСЬКА ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ
«АСОЦІАЦІЯ ПРАВНИКІВ УКРАЇНИ»



ЕКСКЛЮЗИВНИЙ
ГЕНЕРАЛЬНИЙ ПАРТНЕР



IV ПОДАТКОВИЙ ФОРУМ

25 ВЕРЕСНЯ
2015 РОКУ

RADISSON BLU HOTEL
М. КИЇВ

ПАРТНЕРИ

AVELLUM PARTNERS
• Internationally Ukrainian •



wts TAX LEGAL CONSULTING

ПАРТНЕРИ СЕСІЇ



ГЕНЕРАЛЬНИЙ
МЕДІА-ПАРТНЕР

ЮРИДИЧЕСКАЯ
ПРАКТИКА
ГАЗЕТА УКРАЇНСЬКИХ ЮРИСТОВ

МЕДІА-ПАРТНЕР

ЗаконоБізнес
МИ ІНФОРМУЄМО ПЕРШИХ!

МЕДІА-ПАРТНЕР
ПРОЄКТІВ АПУ

Юридична Газета
ВСЕУКРАЇНСЬКЕ ЩОТИЖНЕВЕ ПРОФЕСІЙНЕ ЮРИДИЧНЕ ВИДАННЯ

ІНФОРМАЦІЙНО-
ПРАВОВА ПІДТРИМКА



ДУМКА НАУКОВЦЯ

ПИТАННЯ ПРО НАУКОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОЇ ВЛАДИ

АВТОР

Марина БУЛКАТ,
к.ю.н., начальник
юридичного відділу Вищого
спеціалізованого суду
України з розгляду цивільних
і кримінальних справ



Розробки наукових питань щодо судової влади, судоустрою, судочинства та судових органів надзвичайно актуалізовані сучасними державотворчими процесами. Водночас є певні проблемні аспекти, зокрема:

- відсутність уніфікованого, злагодженого плану дослідження теоретико-правової концепції та практичних питань судоустрою;
- певна повторюваність наукових питань, подекуди через призму відмінних наукових шкіл, різних спеціалізацій;
- відсутність комплексних узагальнень наукових досліджень.

Перераховані аспекти обумовлюють необхідність проведення комплексного теоретико-правового аналізу щодо стану розробки наукових питань концепції судової влади.

Хронологічним обмеженням цього дослідження є період з кінця 1980-х рр. і донині.

Предмет аналізу – комплексні наукові дослідження, монографічні роботи, які розкривають конкретне наукове питання, мають наукову новизну. В цьому контексті слід зазначити, що континуум наукових статей, матеріалів наукових конференцій та інших оприлюднених напрацювань фахівців різних правових галузей із досліджуваної тематики – значно ширший і потребує окремого аналізу.

Географічні межі досліджень окреслено вітчизняними науковими роботами та деякими напрацюваннями фахівців близького зарубіжжя, які здійснили відчутний вплив на юридичну науку з відповідних питань.

Слід зазначити, що теоретико-правові основи судової влади є специфічним питанням, яке є на межі вивчення багатьох галузей правової науки (конституційної, цивільної, кримінальної, адміністративної, господарської, міжнародної), філософії права, соціології права, політології, історії тощо. Однак, безумовно, концепція судової влади, як теоретико-правова основа розробки відповідних питань на галузевому рівні, є у межах дослідження науки теорії держави і права.

Водночас спеціальні теоретико-правові дослідження із зазначеного питання малочисельні.

Так, у вітчизняній теоретико-правовій науці слід виокремити наукову працю В. В. Ладиченка, який одним із перших у межах комплексного дослідження звернувся до специфіки концепції поділу влади (1998). Загальнотеоретичні особливості становлення, функціонування та розвитку судової влади за умов розбудови правової держави України дослідив В. С. Смородинський (2001).

Також наявні теоретичні дослідження окремих аспектів судової влади, зокрема аналіз питання статусу жертв правосуддя як особливо-го виду правового статусу людини, здійснений А. М. Смирновим (2004). Теоретичне дослідження юридичної природи актів Конституційного Суду України, яке провела Г. О. Христова (2004). Теоретико-правові проблеми співвідношення законності і справедливості опрацьовано у науковій праці В. В. Самохвалова (2007). Визначний вклад у розробку теоретико-правового питання нормативності актів судової влади здійснив професор С. В. Шевичук (2008). Пізніше систему актів органів судової влади описували науковці і у країнах близького зарубіжжя, зокрема М. В. Єрошкін (2011), однак з позицій науки судоустрою.

Серед теоретичних робіт в юридичній науці країн близького зарубіжжя слід відзначити наукове дослідження Д. М. Вороненкова, здійснене на стику наукових спеціальностей теорії держави і права та правосуддя, – «Теоретические и нормативные основы судебного контроля в механизме разделения властей» (2009). До питань обґрунтування місця судової влади в системі державної влади звернулася Є. В. Кладій у своїй теоретико-правовій праці (2002). Вклад у визначення теоретико-правових понять «судова влада» та «правосуддя» здійснив Є. В. Завражнов у дослідженні загальнотеоретичних питань судової влади (2006).

Водночас деякі питання теоретичної концепції судової влади досліджено у межах інших наукових спеціальностей. У межах конституційної галузі права слід виокремити наукову роботу О. Ю. Бульби, яка здійснила дослідження конституційно-правових аспектів реалізації принципу поділу влади в Україні, приділила увагу вітчизняній національній традиції та сучасності (2008). Узагальнене дослідження теоретичних засад державної влади здійснив професор Ю. О. Фрицький (2009). Питання судової влади в системі поділу влади також досліджувалось у науці судоустрою Ю. О. Ремесковою (2012).

Окремий вклад у дослідження розвитку судових органів здійснили історики. Зокрема Л. А. Кушинська у дослідженні еволюції звичаєвого права східних слов'ян VI–XI ст. (2001) та Л. В. Гордницька, яка вивчала історію розвитку судової системи провінції Австро-Угорщини – Буковини в останній чверті XVIII – на початку XX ст. (2002). Загальний історичний контекст розвитку системи державних влад в Україні досліджено у праці Р. А. Офіцинського на матеріалах періодики Заходу (2006).

Широко представлені вітчизняні історико-правові дослідження. Науковий аналіз цих робіт дав змогу систематизувати їх тематично.

Зокрема поширеним напрямом можна назвати дослідження судових органів Лівобережної України – Гетьманщини. Так, Л. С. Гамбург дослідив судові реформи в Лівобережній Україні (Гетьманщині) XVIII ст. (2000). Слід зазначити і наукову роботу щодо апарату управління Запорізької Січі І. М. Паньонко (2000). О. І. Биркович дослідив судову систему української держави (Гетьманщини) 1648–1657 рр. (2004). О. В. Сокальська здійснила дослідження судоустрою та судочинства в Україні (XVI – початок XVII ст.) (2006). Дослідження генези судоустрою в цей історичний період здійснено науковцями і в межах інших спеціальностей, зокрема кримінального процесу. Наприклад, праця Н. П. Сизої «Суди і кримінальне судочинство України в добу Гетьманщини» (2002).

Окремим напрямом є історико-правові дослідження судових органів півдня сучасної України. Так, В. С. Балух здійснив історико-правове дослідження Одеського комерційного суду (2002). І. І. Поляков звернувся до питань організації та діяльності судових органів Таврійської губернії за судовою реформою 1864 року (2002). Формування і діяльність духовних судів у Таврійській губернії (кінець XVIII – початок XX ст.) дослідив у межах окремої наукової праці К. І. Ревін (2012). Б. В. Змерзлий порушив історико-правове питання військових та військово-морських судів, а також функціонування сирітських судів у Таврійській губернії кінця XVIII – початку XX ст. (2014).

Генеза еволюції судової системи на землях сучасної західної України також представлена континуумом вітчизняних наукових робіт. Так, однією з перших дослідження апарату управління Західною Україною у складі Польщі, зокрема в деяких аспектах судоустрою, здійснила Л. Т. Присташ (1998). Розвиток судової системи і судочинства на українських землях Великого князівства Литовського здійснила С. Г. Ковальова (2004).

Судову систему та судочинство в Галичині у складі Австро-Угорщини дослідив О. В. Кондратюк (2006). Комплексне дослідження державного ладу і права на Буковині здійснив доктор юридичних наук М. В. Никифорак (2014).

Історичний контекст розвитку судових органів періоду УНР відображено у дослідженні доктора юридичних наук Ж. О. Дзейко про правовий статус вищих органів державної влади Української Народної Республіки (1996). Окремі питання цього періоду розвитку судоустрою порушено науковцями у спеціалізації «теорія та історія державного управління», наприклад О. І. Яременко у дослідженні державного управління в Україні в період Гетьманату (1999).

Питання судоустрою радянського періоду опрацював В. Т. Окіпнюк в історико-юридичному аналізі державного політичного управління УСРР (1922 – 1934 рр.) (2001). Адміністративно-територіальний устрій України в 1920–1930-х рр. і його вплив на окремі питання розвитку судових органів дослідив І. М. Скуратович (2005).

Результати дослідження генези розвитку судоустрою наведено у монографії професора В. Д. Бринцева «Судова влада (правосуддя). Підсумки реформ 1992–2003 рр. в Україні» (2004) та у науковій праці В. О. Сердюк щодо судової реформи в Україні 1991–2004 рр. (2007). Організацію і розвиток сучасної судової системи України досліджено у науковій праці Р. О. Куйбіди (2006).

До наукових праць з окремих аспектів історико-правового аналізу слід віднести дослідження питання функцій судових органів на різних етапах розвитку державності, яке здійснив В. А. Капустинський (2015) та наукову працю В. М. Тернавської щодо історико-правового розвитку інституту суду присяжних в Україні (2007).

Слід зазначити, що вітчизняні історико-правові та теоретико-правові дослідження охопили і деякі питання судових систем інших держав. Так, слід зазначити дослідження І. Є. Переш щодо інституту конституційного контролю в Чехословаччині, Чехії і Словаччині (2000). Доктор юридичних наук Б. В. Малишев здійснив комплексне дослідження судового прецеденту у правовій системі Англії (2002); О. В. Липитчук дослідив систему судових органів та судочинство Республіки Польща (1918–1939 рр.) (2004); порівняльно-правовий аналіз принципів незалежності і недоторканності суддів у кримінальному процесі України та Азербайджану здійснив С. С. Аскеров (2008). О. М. Ригіна здійснила дослідження Верховного суду США та його ролі у формуванні конституційного ладу держави (1787 – кінець

XX ст.) (2009). У науці судоустрою – дослідження Є. Ю. Полянського щодо специфіки призначення покарання за кримінальним правом США (2007).

Розвиток судових інститутів інших держав досліджувався і науковцями близького зарубіжжя, зокрема особливості судової системи англосаксонської та континентальної правової традиції досліджено у межах наукової роботи О. В. Бахновського (2008) та у науковій роботі доктора юридичних наук Т. Г. Мінеєвої щодо судової системи Англії (2011). Доктор юридичних наук К. Н. Холіков здійснив комплексне дослідження конституційного судочинства у Таджикистані (2011).

Водночас основним масивом наукових досліджень з питань системи судових органів слід вважати наукові роботи галузевих спеціальностей.

Систематизованим напрямом досліджень є аспект функціонування основних засад або принципів побудови судової системи. Надзвичайний вклад у розробку питання принципу судової влади та порівняльно-правовий аналіз сучасних судових систем здійснив доктор юридичних наук І. В. Назаров. Результати його досліджень узагальнено зокрема у праці «Судові системи країн Європейського союзу та України» (2011). Комплексним дослідженням цього питання також є праця доктора юридичних наук В. В. Городовенка щодо принципів судової влади (2012). Одним із перших дослідження реалізації принципу гласності у діяльності суду першої інстанції з кримінальних справ здійснив М. І. Сірий (1991). В. В. Кривенко досліджував питання демократизації судової системи України (2005). Обов'язковість судових рішень як конституційну засаду судочинства дослідила О. З. Хотинська (2006). Принцип доступності правосуддя та гарантій його реалізації опрацьовано у дослідженні О. М. Овчаренко (2007). Принцип змагальності сторін як конституційну гарантію справедливого судочинства дослідив С. В. Лунін (2011). О. Б. Прокопенко дослідив правову природу права людини на справедливий суд (2011). Принцип єдності судової влади досліджено у праці І. В. Юревич (2012). А. В. Лужанський опрацював питання конституційно-правових засад доступу до правосуддя в Україні (2013). Основні конституційні засади судочинства в Україні досліджувала і В. В. Федоренко (2015). Легітимність судової влади вивчав у межах окремого наукового дослідження С. В. Гладій (2015).

Окремим напрямом досліджених питань є принципи організації системи судів (територіальність, інстанційність, спеціалізація тощо). Аспектам адміністративно-юрисдикційної діяльності

суду присвячене дослідження В. М. Скавроніка (2002); комплексно питанням юрисдикції судів займався професор В. В. Сердюк (2003). Аспект інстанційності побудови судової системи опрацьовано у науковій праці С. П. Штелик (2012); О. В. Закропивний досліджував територіальність, як принцип побудови системи судів загальної юрисдикції в Україні (2013). У спеціальності «цивільне право» П. М. Тимченко здійснив дослідження судової підвідомчості (2000), а О. О. Гаркуша дослідив питання організації і діяльності судів цивільної юрисдикції в Україні (2009).

Ще одним напрямом досліджень є питання місця судів у системі державних органів, їхній статус та співвідношення із суспільними інститутами. Так, деякі аспекти взаємодії судових органів та органів прокуратури досліджено у працях професорів Ю. Є. Полянського (1983) та В. В. Долежана (1991). Розробку питань співвідношення суду та суспільства було розпочато у політологічних та соціологічних дослідженнях. Так, Л. В. Вінокурова досліджувала політологічну експлікацію місця та ролі судової влади у процесі діалектичної взаємодії громадянського суспільства та держави (2009). Пізніше відповідні питання були комплексно досліджені у докторських працях С. В. Прилуцького, який зосередив увагу на практичних питаннях функціонування судової влади в умовах формування громадянського суспільства (2013) та М. Й. Вільгушинського, який звернувся до системи взаємовідносин судів загальної юрисдикції із суб'єктами владних повноважень та громадськістю (2013).

Питання статусу суддів опрацьовано у кількох монографічних дослідженнях, зокрема Л. М. Москвич (2004). Аспекти організації судових органів досліджено у наукових працях професора І. Є. Марочкина (2010). Цим питанням переймалися і науковці країн близького зарубіжжя, наприклад праця Д. М. Лукоянова щодо статусу голови суду (2011).

Ще один напрям досліджень присвячений питанням забезпечення функціонування судових органів державою. Так, адміністративно-правове забезпечення діяльності місцевих загальних судів України було предметом дослідження і у науковій праці М. П. Запорожець (2004). А. А. Стрижак зосередив увагу на проблемах державного управління забезпеченням діяльності судів загальної юрисдикції (2005). Комплексно систему організаційного забезпечення судової влади України досліджено у науковій праці доктора юридичних наук В. Д. Бринцева (2011).

Специфіку судів першої інстанції досліджено у науковій праці С. Г. Штогуна (2004). Дослідження

становлення і розвитку апеляційних судів в Україні здійснив В. М. Коваль (2004). Організаційні питання функціонування апеляційного суду області порушено у науковій роботі О. М. Курило (2012). Практичні питання специфіки апеляційного оскарження досліджували Є. А. Чернушенко – щодо цивільного процесу (2003) та О. Ю. Костюченко – щодо кримінального (2005).

Питання правового статусу та повноважень Верховного Суду України було предметом дослідження у науковій праці професора В. В. Сердюка (2009) і знову актуалізовано у дослідженні О. І. Попова (2014). Важливе значення для розвитку концепції судової влади мають наукові роботи С. В. Глуценко з питань функціонування касаційної інстанції в Україні (2010; 2015).

Надзвичайно актуальним напрямом є спеціалізовані наукові розробки з питань судової практики та її вдосконалення, а також специфіки вирішення окремих категорій справ. У цивільній спеціалізації – це, наприклад, дослідження Д. Д. Луспеніка з питань судочинства у справах про захист честі, гідності та ділової репутації (2003). У кримінальній – комплексне дослідження професора Ю. М. Грошевого щодо теоретичних питань формування переконання судді в кримінальному судочинстві (1975). До речі, цю тему актуалізовано у дослідженні Н. Л. Дроздович (2011). Реалізацію основних конституційних засад судочинства в кримінально-процесуальному законодавстві України та перебудову кримінального процесу України в кон-

тексті європейських стандартів досліджено у працях професора В. Т. Маляренка (1999; 2005). Вагомий вклад у розробку питання пізнавальних процесів у кримінальному судочинстві здійснив професор І. І. Котюк, зокрема у дослідженні судової гносеології (2008). П. В. Куфтирев дослідив питання суддівського розсуду у теорії права (2009). Ю. А. Ліхолетова розглянула суд як суб'єкт запобігання рецидивній злочинності молоді (2012).

Окремим блоком досліджень можна виокремити ті, що стосуються специфіки адміністративної юстиції у різних наукових спеціальностях. Так, становлення та здійснення адміністративного судочинства досліджували Ю. В. Георгієвський (2004) та А. В. Руденко (2006) з позицій адміністративної галузі права та О. Г. Свіда в межах науки судоустрою (2008).

Вагомий вклад у розробку питань господарської спеціалізації здійснив професор В. С. Щербина, зокрема у праці «Правове становище учасників арбітражного процесу» (1983). Знаковим є дослідження професора Д. М. Притики із питань організаційно-правових засад становлення і діяльності господарських судів України (2003). Організацію та функціональні засади діяльності касаційної інстанції господарської юрисдикції досліджено у науковій роботі А. Й. Осетинського (2005). Питання правового статусу місцевих господарських судів в Україні опрацював І. Б. Шицький (2006). Також слід відзначити спеціалізоване дослідження В. В. Радзивілюк



щодо судових процедур банкрутства (2001) та одну з останніх наукових праць В. В. Калініченко щодо правового статусу Вищого господарського суду України (2015).

Окремим блоком наукових питань є інші складові судової системи. До їхньої розробки слід віднести наукові праці І. О. Русанової щодо суду присяжних в Україні (2005) та С. О. Іваницького щодо формування складу народних засідателів (2006). Важливе значення для концепції судової влади мають дослідження О. В. Білової (2008) та О. М. Коротун (2009) щодо організації і діяльності суддівського самоврядування; А. М. Хливнюк щодо правового статусу Державної судової адміністрації України (2009); А. В. Шевченко (2013) та А. В. Маляренка (2015) з питань дисциплінарної відповідальності суддів О. Л. Польового щодо гарантій суддівської незалежності під час притягнення суддів до юридичної відповідальності (2014); Б. О. Прокопенка з питання добору кандидатів на посаду судді (2014).

Дослідження практичних питань функціонування судів загальної юрисдикції здійснено і у країнах близького зарубіжжя, зокрема С. В. Александровим, А. Р. Каїтовою, В. М. Нестеровим, Р. О. Рябізним. Інституційність судової влади досліджено у роботі доктора юридичних наук Б. В. Сангаджієва.

Окремим напрямом є дослідження судових органів з позицій міжнародного права, наприклад, доктора юридичних наук Г. Г. Шинкарецькою щодо судових засобів вирішення міжнародних спорів та дослідження права на справедливий суд з огляду на дію Європейської конвенції з прав людини доктора юридичних наук С. Ф. Афанасьєва.

Серед філософсько-правових підходів до розробки питань судової влади слід виокремити дослідження П. М. Рабіновича та В. С. Бігуна щодо філософії правосуддя та судової філософії. Науковий інтерес представляють і підходи до судової влади як предмета соціальної філософії, наприклад, у праці А. І. Джарімової.

1. Тематика історико-правових та теоретико-правових досліджень генези судових органів у вітчизняній юридичній науці зосереджена навколо окремих періодів розвитку державності або конкретних територій. Найбільш опрацьовані питання можна умовно класифікувати:

- дослідження судових органів Лівобережної України – Гетьманщини;
- дослідження судових органів півдня України кінця XVIII – початку XX ст.;
- дослідження судових органів на землях сучасної західної України кінця XVIII – початку XX ст.;

– дослідження судових органів УНР, Гетьманату, окремих періодів історії УРСР;

– дослідження розвитку та реформування судових органів сучасної України (після 1991);

– дослідження питань судоустрою та систем судових органів у інших державах.

2. Перспективними історико-правовими питаннями для комплексних монографічних робіт залишаються дослідження щодо судових органів ранніх держав на теренах України, які сприятимуть подальшому формуванню правових традицій українського судочинства.

3. Концепція судової влади (її ознаки та специфіка) потребує подальшого дослідження, зокрема щодо науково-обґрунтованих підходів до системи органів, які формують судову владу. Основи цих питань закладено у наукових статтях професорів М. І. Козюбри, О. В. Петришина, С. П. Погребняка, А. О. Селіванова.

4. Перспективними напрямами теорії держави і права вбачаються вивчення концепції функцій судової влади у суспільстві і державі; концепції додаткових (забезпечувальних, організаційних) функцій суду тощо.

5. Найявні дослідження у межах галузевих наукових спеціальностей можна класифікувати тематично:

– основні засади функціонування та принципи побудови судової системи;

– принципи організації системи судів (територіальність, інстанційність, спеціалізація тощо);

– місце судів у системі державних органів, їхній статус та співвідношення із суспільними інститутами;

– забезпечення функціонування судових органів державою;

– специфіка судів першої інстанції, апеляційних та касаційних судів;

– спеціалізовані розробки наукових питань судової практики та її вдосконалення. Узагальненими аспектами цього комплексного напрямку досліджень можна вважати дослідження щодо специфіки цивільного, кримінального, господарського, адміністративного судочинства та особливостей розгляду окремих категорій справ.

6. Надзвичайної актуальності набувають питання особливостей розгляду окремих категорій справ та специфіки прийняття суддівського рішення, призначення покарання тощо. Потребують наукового опрацювання питання статусу окремих посадових осіб у судових органах та особливостей їхніх структурних підрозділів, зокрема щодо голови суду, заступника голови суду, керівника апарату, питання функцій та специфіки пленумів вищих судів та Верховного Суду України тощо.



ВСЕУКРАЇНСЬКА ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ
«АСОЦІАЦІЯ ПРАВНИКІВ УКРАЇНИ»
UKRAINIAN ARBITRATION DAYS

KIEV ARBITRATION DAYS 2015: мислити глобально!

■ ДУМКА НАУКОВЦЯ



**5-6 листопада
2015 року**
RADISSON BLU HOTEL

ГЕНЕРАЛЬНИЙ ПАРТНЕР

ЮРИДИЧНЕ БЮРО | ЄГОРОВ ПУГІНСЬКИЙ АФАНАСЬЄВ І ПАРТНЕРИ

ЗА ПІДТРИМКИ

ENGARDE
IN VIA JURIS • ATTORNEYS AT LAW

ГЕНЕРАЛЬНИЙ
МЕДІА-ПАРТНЕР

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА
ГАЗЕТА УКРАЇНСЬКИХ ЮРИСТІВ

МЕДІА-ПАРТНЕР

ЗаконоБізнес
МИ ІНФОРМУЄМО ПЕРШИХ!

МЕДІА-ПАРТНЕР
ПРОЄКТІВ АПУ

Юридична Газета
ВСЕУКРАЇНСЬКЕ ЦЕНТРАЛЬНЕ ПРОФЕСІЙНЕ ЮРИДИЧНЕ ВИДАННЯ

ІНФОРМАЦІЙНО-ПРАВОВА ПІДТРИМКА

ЮЛІА ЗАКОН

ОСНОВНІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ОСОБИ ЗАПОВІДАЧА В ТЕОРІЇ І В ПРАКТИЦІ

АВТОР

Ярослав КОВАЛЬЧУК,
юрисконсульт АО «Бурлака
та Партнери»,
викладач Республіканського
інституту освіти



Українське законодавство гарантує кожній людині різні за змістом права. Останні, своєю чергою, за сферами суспільних відносин поділяються на: особисті, політичні, економічні, соціальні тощо [55, с. 144-149; 56, с. 140-141].

До невичерпного переліку вищезазначених прав належать речові права. Останні беззаперечно відіграють визначну роль в ефективному забезпеченні високого рівня матеріального добробуту кожної людини.

В гармонійній системі речових прав провідне місце посідає право власності, зміст якого розкриває так звана золота тріада. Під останньою мають на увазі три правомочності, які нерозривно пов'язані між собою: право володіння, право користування та право розпорядження [62, с. 397; 63, с. 285-286].

Кожен із указаних елементів має неповторну сутність.

Зокрема, право розпорядження, що є найскладнішим для сприйняття, акумулює в собі можливість учасника цивільно-правових відносин визначити фактичну і юридичну долю того майна, повноправним власником якого він є.

Інакше кажучи, така особа може не лише змінити фізичну сутність тієї речі, що належить їй на праві приватної власності, а й вчинити інші правомірні дії. Наприклад, вказане майно може стати предметом різноманітних правочинів, що вчинить згаданий суб'єкт (договір дарування, заповіт тощо).

Учасник цивільно-правових відносин, який бажає розпорядитися майном, що належить йому на праві приватної власності, складаючи заповіт, повинен відповідати певним критеріям. В чому саме полягає їхній зміст?

На жаль, змістом цивільного законодавства нашої держави не передбачено чітких вимог до тієї особи, яка може володіти правовим статусом заповідача.

Така прогалина обумовлює беззаперечну наявність в юридичній літературі спірних аспектів,

які стосуються доцільності гарантування права на заповіт тим фізичним особам, які є неповнолітніми чи визнані обмежено дієздатними. Ми спробуємо в цьому дослідженні вирішити вказані проблеми.

Правом на заповіт володіють окремі учасники цивільно-правових відносин. Який саме правовий статус має поширюватися на таких суб'єктів?

Чинне законодавство нашої держави передбачає чітку відповідь на поставлене запитання. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 1234 ЦК України право на заповіт гарантовано не всім учасникам цивільно-правових відносин, які є повноправними власниками певного майна, а лише тим із них, що володіють повною цивільною дієздатністю [2].

Аналогічну за змістом норму права ми можемо відшукати в інших актах, які не є законами. Наприклад, непряма вказівка про надання права на заповіт згаданим суб'єктам закріплена в п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку [6].

Станом на сьогоднішню доктрина спадкового права не передбачає одного-єдиного загальноприйнятого підходу до з'ясування переліку осіб, які володіють правом на складення заповіту. Зокрема, можемо констатувати беззаперечну наявність в юридичній літературі двох протилежних поглядів на належне вирішення зазначеної проблеми. Ознайомимось детальніше зі змістом вищевказаних наукових концепцій.

Як зазначає В. Чуйкова, право на складення заповіту надано спадкодавцю. Доцільність вищенаведеної наукової концепції дослідниця намагається підтвердити за допомогою таких доводів.

Спадкодавця не можна визнавати суб'єктом спадкових правовідносин.

Зазначений факт підтверджується тим, що згаданого суб'єкта немає в живих на момент відкриття спадщини. Але від того, мав він право на заповіт чи ні, залежить поява спадкових правовідносин за законом або за заповітом. Тому, враховуючи вищенаведені доводи, спадкодавець повинен відповідати певним вимогам. Зокрема, він зобов'язаний бути в повному обсязі дієздатним, тобто йому має бути вісімнадцять років [24, с. 13].

Крім В. Чуйкової, доктринальні погляди щодо доцільності гарантування права на складення

заповіту тій особі, яка має правовий статус спадкодавця, в своїх наукових працях обґрунтовують інші вчені. До переліку останніх, наприклад, належить: Б. Черепакін [44, с. 122].

Але аж ніяк не всі науковці погоджуються з таким доктринальним підходом. Зокрема, як зазначає О. Лунькова, право на складення заповіту має заповідач, а не спадкодавець. Доцільність зазначеної наукової концепції цей вчений намагається довести за допомогою таких суджень.

Поняття «заповідач», порівняно з поняттям «спадкодавець», є вужчим, оскільки перше, на відміну від другого, передбачає людину, яка не просто володіє власністю, а й складає заповідальне розпорядження щодо свого майна чи його якоїсь частини. При цьому, слід пам'ятати про те, що заповідач – це завжди конкретна особистість, фізична особа, яка, діючи за своєю волею, керується лише своїми інтересами. Своєю чергою, волевиявлення спадкодавця в цьому випадку є важливою основою спадкування [13, с. 115].

Крім О. Лунькової доктринальні погляди щодо доцільності гарантування права на складення заповіту тій особі, якій надано правовий статус заповідача, в своїх наукових розвідках обстоюють чимало вчених. До переліку останніх, наприклад, можемо зарахувати: Т. Аюбова [17, с. 19], З. Мозжухіну [34, с. 24], Р. Халфіну [43, с. 34], Т. Чепігу [23, с. 6-7] тощо.

На нашу думку, фізична особа, яка має право на заповіт, має володіти правовим статусом заповідача, а не спадкодавця. Доцільність такого підходу ми спробуємо підтвердити за допомогою таких доводів.

По-перше, аналіз змісту чинного законодавства нашої держави дає підстави дійти обґрунтованого висновку, що повноправними власниками того майна, яке не вилучене з цивільного обороту, в порядку, встановленому законом, мають юридичну можливість бути ті або інші учасники правових відносин. Ними, наприклад, є: фізичні особи, юридичні особи, територіальні громади, держава Україна, іноземні держави, а також інші суб'єкти публічного права. Однак право на складення заповіту надано не всім власникам, а лише тим фізичним особам, які володіють повною цивільною дієздатністю. Зокрема, безпосередня вказівка про це закріплена в ч. 1 ст. 1234 ЦК України та інших нормативно-правових актах, які не мають юридичної сили закону (наприклад, п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. І Порядку).

По-друге, поняття «спадкодавець» й поняття «заповідач» не є тотожними. Більше того, наголосимо, що перше, порівняно з другим, є дещо ширшим. Інакше кажучи, спадкодавцем й за-

повідачем може виступати фізична особа (незалежно від певних чинників, наприклад, раса, стать чи місце проживання), яка є повноправним власником певного майна. Але не треба забувати про те, що між ними є принципова відмінність. Зазначимо, що її суть полягає в тому, що заповідач обов'язково повинен володіти повною цивільною дієздатністю, а спадкодавець може бути дієздатним, обмежено дієздатним чи недієздатним. Тому перший має право на складення заповіту, а другий – ні.

По-третє, надання права на заповіт учаснику цивільно-правових відносин фізичній особі, що є спадкодавцем, а не заповідачем, призведе до настання відповідних юридичних наслідків. Сутність останніх полягатиме в тому, що такий правочин матимуть можливість вчинити різні суб'єкти, якими є фізичні особи, які: 1) мають повну цивільну дієздатність; 2) на підставі рішення суду визнані обмежено дієздатними чи недієздатними. Але вказаний підхід є неприйнятним. Зазначене судження пояснюється тим, що фізична особа, яка складає заповіт, повинна відповідати певним вимогам. Зокрема, цей суб'єкт зобов'язаний усвідомлювати значення своїх діянь, а також керувати ними. Фізичні особи, які на підставі рішення суду визнані обмежено дієздатними чи недієздатними, зазначеній вимозі не відповідають, оскільки кожен із них на підставі вмотивованого медичного висновку страждає на певну психічну хворобу (наприклад, шизофренія, імбецильність, ідіотія), яка перешкоджає йому адекватно сприймати навколишню дійсність. Тому заповіти, складені названими суб'єктами, беззаперечно є нікчемними. Внаслідок цього до участі в прийнятті наявної спадщини будуть залучені спадкоємці за законом, а не спадкоємці за заповітом. Але чи можуть збігатися суб'єктні переліки зазначених нами учасників цивільно-правових відносин? Така можливість безумовно є. Однак імовірність її настання незначна. Таке судження можна підтвердити тим, що перелік спадкоємців за заповітом, порівняно з переліком спадкоємців за законом, є ширшим.

Без права на складення заповіту дуже важко уявити зміст права власності. За якими учасниками цивільно-правових відносин воно закріплене?

Зміст спадкового законодавства нашої держави передбачає чітку відповідь на це запитання. Зокрема, як зазначено в ч. 1 ст. 1234 ЦК України, правом на заповіт володіють окремі фізичні особи [2].

Аналогічну за змістом норму права ми можемо відшукати в інших актах. Наприклад, безпосередня вказівка про надання права на складення

заповіту вищевказаним особам закріплена п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку [6].

Нині більшість учених у своїх наукових розвідках обстоюють доцільність надання права на заповіт окремим фізичним особам. До переліку вищезазначених дослідників, наприклад, ми можемо зарахувати:

Й. Васьковича [46, с. 121], М. Долинську [47, с. 237], Е. Ейдінову [45, с. 38], І. Жилінкову [62, с. 512], О. Лунькову [13, с. 115], М. Мельника [50, с. 132], О. Неліна [51, с. 97], Є. Харитонова [64, с. 875] тощо.

На нашу думку, не всі учасники цивільно-правових відносин володіють правом на заповіт, а лише окремі фізичні особи. Вищенаведену думку ми спробуємо підтвердити за допомогою таких доводів.

По-перше, змістом спадкового законодавства нашої держави передбачено суб'єктний склад учасників цивільно-правових відносин, за якими закріплений правовий статус заповідача. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 1234 ЦК України, а також п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку, складати заповіт можуть фізичні особи, які в повному обсязі володіють цивільною дієздатністю.

По-друге, потенційні спадкоємці набувають право на участь у прийнятті спадкової маси виключно з обов'язковим настанням певного юридичного факту. Під останнім мають на увазі смерть заповідача. Вона є природним явищем, що неодмінно настає не в усіх учасників цивільно-правових відносин, а лише в фізичних осіб. Отже, враховуючи вищезазначені доводи, держава Україна, юридичні особи, територіальні громади, іноземні держави, іноземні юридичні особи, а також будь-які інші суб'єкти публічного права, не володіють правом на складення заповіту.

Право на складення заповіту, будучи одним із визначних майнових прав, водночас гарантоване не всім учасникам цивільно-правових відносин. Хто саме може володіти правовим статусом заповідача?

Відповідно до спадкового законодавства нашої держави, зокрема, як зазначено в ч. 1 ст. 1234 ЦК України, право на заповіт мають фізичні особи з повною цивільною дієздатністю [2].

Аналогічну за змістом норму права ми можемо відшукати в інших актах. Наприклад, безпосередня вказівка про надання правового статусу заповідача фізичним особам, що в повному обсязі володіють цивільною дієздатністю, отримала належне закріплення в п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку [6].

Станом на сьогодні в доктрині спадкового права не піддається жодній дискусії гарантування права на складення заповіту фізичним особам,

які на момент вчинення цього правочину мають повну цивільну дієздатність. Зокрема, вищевказаної думки в своїх наукових розвідках дотримуються чимало дослідників. До переліку останніх, наприклад, ми можемо зарахувати М. Амфітеатрова і В. Солоділова [26, с. 22], М. Барцевського [28, с. 64-65], В. Васильченка [8, с. 35-36], М. Долинську [47, с. 237], В. Дронікова [19, с. 5], Е. Ейдінову [45, с. 41-42], І. Жилінкову [62, с. 512], Ю. Заїку [11, с. 121-123], В. Інцаса [20, с. 8], З. Ромовську [61, с. 80-81] тощо.

На нашу думку, ті фізичні особи, які мають повну цивільну дієздатність, можуть бути заповідачами. Чому ми дотримуємося такого погляду?

По-перше, змістом спадкового законодавства нашої держави передбачено перелік осіб, на яких може поширюватися правовий статус заповідача. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 1234 ЦК України та п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку, право на заповіт мають фізичні особи з повною цивільною дієздатністю.

По-друге, складання заповіту вимагає глибокого осмислення його змісту. Тому фізична особа, яка вчиняє вказаний правочин, зобов'язана відповідати загальноновизнаним вимогам. Зокрема, вона повинна не лише усвідомлювати значення вчинюваних нею діянь, а й керувати ними. В іншому випадку заповіт, який вона склала, буде визнаний нікчемним.

Правовий статус заповідача поширюється на фізичних осіб, які володіють повною цивільною дієздатністю. Який саме обсяг майна можуть охоплювати заповіти, що складені такими учасниками цивільно-правових відносин?

Українське законодавство передбачає чітку відповідь на це запитання. Зокрема, як передбачено ч. 4 ст. 35 ЦК України, повна цивільна дієздатність, яка надана фізичній особі, поширюється на всі її права та обов'язки [2]. Окрім того, згідно з ч. 1 ст. 1236 ЦК України, кожен із вищевказаних суб'єктів може заповідати ту чи іншу частину майна, власником якого він є [2].

Аналогічну за змістом норму права можна відшукати в інших актах. Зокрема, йдеться про п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку [6].

Станом на сьогодні більшість вчених зауважують про те, що фізичні особи, які мають правовий статус заповідача, можуть заповідати будь-яку частину майна, належного їм на праві власності. Такими вченими, наприклад, є: М. Амфітеатров і В. Солоділов [26, с. 21-22], В. Васильченко [8, с. 34-35], В. Дроніков [31, с. 71-72], В. Інцас [20, с. 8-9], З. Мозжухіна [34, с. 24], М. Проніна [36, с. 45-46], А. Рубанов [38, с. 49-50], Г. Степаненко [42, с. 30-31], Т. Чепіра [54, с. 47-48] та інші.

На нашу думку, фізичним особам, які мають повну цивільну дієздатність, дозволено заповідати той чи інший обсяг майна, яке вони набули у власність. Цю думку ми спробуємо підтвердити такими доводами.

По-перше, в українському законодавстві передбачено, що заповіти, складені фізичними особами, які володіють правовим статусом заповідача, можуть охоплювати будь-яку частину майна, власниками якого є такі учасники цивільно-правових відносин. Наприклад, пряма вказівка про це закріплена ч. 1 ст. 1236 ЦК України та п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку.

По-друге, ті фізичні особи, яким гарантовано правовий статус заповідача, можуть повністю усвідомлювати значення своїх діянь, а також керувати ними. Тому зазначені суб'єкти мають реальну можливість володіти, користуватися та розпоряджатися тією чи іншою частиною майна, власниками якого вони є, шляхом вчинення різноманітних правочинів, наприклад, заповітів.

Як відомо, правовий статус заповідача мають фізичні особи, що володіють повною цивільною дієздатністю. Чи гарантовано право на складання заповіту тим особам, що за своїм віком є неповнолітніми?

На жаль, зміст вітчизняного законодавства не передбачає чіткої відповіді на це запитання. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 1234 ЦК України право на складання заповіту гарантовано тим фізичним особам, які володіють повною цивільною дієздатністю [2]. Ними можуть бути відповідні суб'єкти. Під останніми, згідно з ч. 1 ст. 34 ЦК України, треба розуміти фізичних осіб, які досягли вісімнадцяти років (повноліття) [2].

Але слід зауважити, що з цього правила є суттєві винятки. Зміст останніх полягає в тому, що за обов'язкової наявності певних випадків, в порядку, що закріплений відповідним законом, повну цивільну дієздатність можуть набутися чи отримати інші суб'єкти. Перелік останніх включає в себе: а) фізичну особу, яка, не досягши вісімнадцяти років, зареєструвала шлюб (ч. 2 ст. 34 ЦК України); б) фізичну особу, яка, досягши шістнадцяти років, працює за трудовим договором (ч. 1 ст. 35 ЦК України); в) фізичну особу, яка, не досягши вісімнадцятирічного віку, записана татом чи матір'ю дитини (ч. 1 ст. 35 ЦК України); г) фізичну особу, яка, досягши шістнадцяти років, бажає займатися підприємницькою діяльністю (ч. 3 ст. 35 ЦК України) [2].

Аналогічну за змістом норму права ми можемо відшукати в інших актах. Зокрема, непряма вказівка про надання права на заповіт тим фізичним особам, що мають повну цивільну дієздат-

ність, або набули чи отримали її в порядку, який передбачений відповідним законом, отримала своє належне закріплення в ч. 3 гл. 4 р. I та п. 1.1 ч. 1 гл. 3 р. I Порядку [6].

Нині доктриною спадкового права не передбачено одного-єдиного загальноприйнятого підходу щодо з'ясування наявності права на заповіт у фізичних осіб, які є неповнолітніми. Зокрема, в юридичній літературі є дві протилежні думки щодо належного вирішення цієї проблеми. Ознайомимося детальніше зі змістом цих наукових концепцій.

Як вказує Д. Мейєр, неповнолітні фізичні особи не мають права на заповіт. Доцільність зазначеного доктринального підходу вчений намагається підтвердити за допомогою таких доводів.

Та фізична особа, яка є заповідачем, повинна відповідати певним вимогам. Сутність однієї з них полягає в перебуванні цього суб'єкта в нормальному стані розумових сил. А неповнолітня фізична особа вказаній вимозі не відповідає. Тому за таким суб'єктом не закріплено право на заповіт [33, с. 413].

Окрім Д. Мейєра доктринальні погляди щодо недоцільності гарантування права на складання заповіту фізичним особам, які за віком є неповнолітніми, в своїх наукових працях обстоюють інші дослідники. До переліку останніх, наприклад, ми можемо включити Г. Амфітеатрова і В. Солоділова [26, с. 22], М. Гордона [29, с. 49], Ю. Заїку [48, с. 30], В. Серебровського [41, с. 98-99], Т. Чепігу [23, с. 6] тощо.

Однак не всі вчені погоджуються з таким доктринальним підходом. Зокрема, як наголошує М. Барщевський, фізичні особи, які є неповнолітніми, володіють правом на заповіт. Доцільність вказаного доктринального підходу вчений намагається обґрунтувати такими доводами.

Чинні нормативно-правові акти надають неповнолітнім фізичним особам, які досягли шістнадцятирічного віку, право на заняття тим видом діяльності, що пов'язана з використанням джерела підвищеної небезпеки. Тут має місце своєрідна невідповідність. Зміст останньої полягає в тому, що зазначені акти з одного боку, допускають володіння, використання, а також розпорядження джерелом підвищеної небезпеки, однак з іншого – неповнолітні позбавляються права на складання заповіту [18, с. 10].

Окрім М. Барщевського доктринальні погляди щодо доцільності надання права на складання заповіту фізичним особам, які за віком є неповнолітніми, в своїх наукових працях підтверджують чимало дослідників, наприклад: В. Васильченко [8, с. 35], І. Жилінкова [16, с. 23],

О. Нелін [51, с. 97], О. Орлова [22, с. 22], Є. Фурса і С. Фурса [59, с. 28-29], Є. Харитонов [64, с. 875], В. Чуйкова [24, с. 14] тощо.

Ми переконані в тому, що фізичним особам, які за віком є неповнолітніми, надано право на складення заповіту. Доцільність вищевказаної думки ми спробуємо довести.

По-перше, змістом спадкового законодавства нашої держави передбачено, що окремим фізичним особам, які не досягли повноліття, може бути надано право на заповіт. До вичерпного переліку вищевказаних суб'єктів належать: а) фізична особа, яка, не досягши вісімнадцяти років, зареєструвала шлюб (ч. 2 ст. 34 ЦК України); б) фізична особа, яка, досягши шістнадцяти років, працює за трудовим договором (ч. 1 ст. 35 ЦК України); в) фізична особа, яка, не досягши вісімнадцятирічного віку, записана татом чи матір'ю дитини (ч. 1 ст. 35 ЦК України); г) фізична особа, яка досягла шістнадцяти років та бажає провадити підприємницьку діяльність (ч. 3 ст. 35 ЦК України).

По-друге, як нам відомо, зміст права власності утворює «золота тріада», яка включає в себе три правомочності: право володіння, право користування та право розпорядження. Сутність останнього є найскладнішою. Зокрема, одним із проявів розпорядження можемо назвати те, що на випадок неминучого настання своєї смерті власник може встановити юридичну долю того майна, яке він набув у приватну власність, шляхом складення заповіту. Водночас, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 32 ЦК України, неповнолітнім фізособам гарантовано право на самостійне розпорядження певними коштами, якими, зокрема, є: їхній заробіток, стипендія або якісь інші доходи. Звідси випливає, що вищевказані суб'єкти можуть визначати юридичну долю згаданого майна, вчиняючи різні правочини, зміст яких не суперечить нормам права й моралі. Наприклад, неповнолітні особи можуть дарувати, обмінювати чи заповідати свої заробітки, стипендії, гонорари чи інші легальні доходи.

По-третє, відсутність у фізичних осіб, які за своїм віком є неповнолітніми, права на складання заповіту можна трактувати як своєрідну дискримінацію. Адже, попри загальновідомий факт, що всі суб'єкти мають рівні можливості в реалізації гарантованих їм прав, одні особи можуть заповідати, а інші (наприклад неповнолітні) – ні.

Як уже ми з'ясували, право на заповіт гарантовано неповнолітнім особам. Слід з'ясувати, чи на всіх з таких учасників цивільно-правових відносин може поширюватися правовий статус заповідача?

Зміст чинного законодавства нашої держави не передбачає чіткої відповіді на це запитання. Зокрема, зазначимо, що ЦК України не закріплює прямої вказівки про гарантування права на заповіт всім чи окремим особам, які за своїм віком належать до категорії неповнолітніх [2].

Аналогічну прогалину можемо відшукати в інших актах, які не законами, наприклад, у Порядку [6].

Станом на сьогодні доктрина спадкового права не передбачає суттєвих дискусій щодо з'ясування змісту питання, яке ми розглядаємо.

Зокрема, більшість вчених в своїх наукових розвідках обстоюють судження про те, що право на заповіт надано окремим неповнолітнім особам. До таких дослідників, наприклад, належать: М. Барщевський [28, с. 68], Н. Камінська [21, с. 17], О. Лунькова [13, с. 118] та інші.

На нашу думку, не всі фізичні особи, які за віком є неповнолітніми, мають право на заповіт. Чому ми дотримуємося такої думки?

Фізичні особи, які є неповнолітніми, можуть відрізнитися один від одного за конкретними критеріями. До переліку останніх, зокрема можуть належати: вік (наприклад, одним суб'єктам виповнилося 14 років, а іншим – 16 років); характер і різновиди занять (наприклад, одні суб'єкти працюють, а інші – ні);

склад майна (наприклад, одні суб'єкти отримали відповідну річ в подарунок, а інші – придбали її завдяки заробленим ними коштам) тощо.

Як уже наголошувалося, в українському законодавстві немає прямої вказівки на гарантування права на заповіт всім або окремим особам, які є неповнолітніми. На нашу думку, цю прогалину слід ліквідувати. Враховуючи вказані судження, ми рекомендуємо вітчизняному законодавцю закріпити в ч. 1 ст. 1234 ЦК України положення про надання права на заповіт окремим суб'єктам, які за віком є неповнолітніми. Ми теж переконані в тому, що аналогічні зміни доцільно внести до п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку.

Як ми встановили, окремим фізичним особам, які є неповнолітніми, надано право на заповіт. З якого віку зазначені суб'єкти цивільно-правових відносин набувають можливість вчиняти вищезгаданий правочин щодо певного майна, що належить їм на праві приватної власності?

У вітчизняному законодавстві немає чіткої відповіді на це запитання. Наприклад, пряма вказівка на вік, досягши якого фізичні особи, що є неповнолітніми, набувають право на складення заповіту, не отримала закріплення в ЦК України [2]. Аналогічна за змістом прогалина притаманна іншим актам, які не законами [6; 7].

Водночас треба наголосити на тому факті, що, згідно з ч. 3 ст. 43 ЗУ «Про нотаріат», встановлення особи, яка звернулася до вчинення нотаріальної дії, зокрема посвідчення заповіту, що був складений нею, відбувається за її паспортом громадянина України [4]. Такий документ, відповідно до п. 2 Положення, видається фізичній особі тільки після досягнення нею шістнадцятирічного віку [5].

Станом на сьогодні доктрина спадкового права не передбачає єдиної загальноприйнятої позиції щодо з'ясування віку, з настанням якого фізичні особи, що є неповнолітніми, набувають право на складення заповіту. Зокрема, треба наголосити на тому, що в юридичній літературі закріплені три протилежні підходи до належного вирішення вказаної проблеми. Ознайомимося детальніше зі змістом таких наукових концепцій.

На думку Б. Антімонова і К. Граве, за неодмінної наявності певних обставин в окремих фізичних осіб, що є неповнолітніми, право на складання заповіту може виникнути з досягненням ними 14 років. Такий доктринальний підхід вказані вчені намагаються підтвердити за допомогою таких суджень.

Окрім фізичних осіб, які володіють цивільною дієздатністю в повному обсязі, а також фізичних осіб, які повністю позбавлені цивільної дієздатності, вітчизняному цивільному праву відомі й такі фізичні особи, які володіють обмеженою цивільною дієздатністю. До переліку останніх, зокрема належать фізичні особи у віці від 14 до 18 років, які зазвичай (на відміну від малолітніх та повнолітніх) називаються неповнолітніми.

Правовому статусу вказаних фізичних осіб притаманні певні особливості. Зокрема, згадані суб'єкти можуть здійснювати угоди за обов'язкової згоди своїх законних представників (батьків, усиновлювачів або піклувальників). Однак вони мають право на самостійне розпорядження заробітною платою, яка отримана ними, а також повинні відшкодувати шкоду, яку вони завдали іншим учасникам цивільно-правових відносин [27, с. 147-148].

Доктринальні погляди Б. Антімонова й К. Граве щодо обґрунтування наявності права на складання заповіту в окремих фізичних осіб, які досягли чотирнадцятирічного віку, в своїх наукових працях обстоюють і інші вчені, наприклад, З. Мозжухіна [34, с. 24].

Як вказує М. Барщевський, за обов'язкової наявності відповідних обставин в окремих фізичних осіб, що є неповнолітніми, право на складання заповіту може з'явитися з досягненням ними 15 років. Вказаний доктринальний підхід вчені

намагаються обґрунтувати, вдаючись до таких доводів.

Чинне законодавство надає неповнолітнім особам право на розпорядження своїм заробітком та своєю стипендією. Отже, можна дійти висновку, що оскільки поняття «право заповідати» входить до поняття «розпоряджатися», то щодо вказаного різновиду майна неповнолітні фізичні особи володіють заповідальною правоздатністю. А за неодмінної наявності іншого тлумачення відповідного закону важко буде пояснити, чому особи, що є неповнолітніми у віці від 15 до 18 років, мають право на вчинення певних правомірних дій (влаштовуватися на роботу, самостійно отримувати заробітну плату, розпоряджатися нею на власний розсуд), однак не можуть розпоряджатися згаданим майном на випадок настання певної обставини, якою є їхня смерть. Тому навряд чи хтось заперечуватиме проти того, щоб ці суб'єкти заповіли свою заробітну плату чи свою стипендію [28, с. 67-68].

Доктринальні погляди М. Барщевського, зміст яких полягає в обстоюванні наявності права на складання заповіту в окремих фізичних осіб, які досягли п'ятнадцятирічного віку, в своїх наукових розвідках доводять окремі вчені. Це, зокрема, В. Чуйкова [24, с. 14] та ін.

На думку Й. Васьковича, за обов'язкової наявності певних обставин в окремих фізичних осіб, що є неповнолітніми, право на складання заповіту може виникнути з досягненням ними 16 років. Такий підхід дослідник намагається довести за допомогою таких суджень.

Зрозуміло, що для укладення заповіту неповнолітніми фізичними особами, які перебувають у віці 14 років і згідно з рішенням суду зареєстрували шлюб, виникатимуть перешкоди суто практичного характеру. Зміст останніх полягає в тому, що, відповідно до п. 2 Положення про паспорт громадянина України, цей документ видається особі після досягнення нею шістнадцятирічного віку. Отже, чотирнадцятилітні суб'єкти не зможуть посвідчити свою особу за бажання скласти свій заповіт [46, с. 122].

Доктринальні погляди Й. Васьковича, суть яких стосується підтвердження наявності права на складання заповіту в окремих фізичних осіб, які досягли шістнадцятирічного віку, на жаль, не дістали відповідної підтримки в наукових працях інших учених. Враховуючи вказані доводи, ми спробуємо принаймні частково ліквідувати таку несправедливість.

По-перше, ч. 3 ст. 43 ЗУ «Про нотаріат» передбачає пряму вказівку про те, що нотаріус, посвідчуючи заповіт, зобов'язаний встановити особу

заповідача завдяки паспорту останнього. А наведений документ, згідно з п. 2 Положення, видається лише громадянину, якому виповнилося шістнадцять років.

По-друге, як відомо, фізичні особи, які досягли шістнадцятирічного віку, вже здатні певною мірою усвідомлювати значення своїх діянь і керувати ними. Тому окремі зі згаданих суб'єктів можуть скласти заповіти.

Як зазначалося, вітчизняне законодавство не передбачає прямої вказівки про вік, із досягненням якого неповнолітні особи набувають право на заповіт. На нашу думку, така прогалина потребує ефективного і швидкого вирішення.

Тому, беручи до уваги такі доводи, ми рекомендуємо вітчизняному законодавцю доповнити ч. 1 ст. 1234 ЦК України нормою права з відповідним змістом: «неповнолітні особи, які досягли шістнадцяти років, набувають право на заповіт». Аналогічні зміни доцільно внести і до п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку.

Ми вже з'ясували, що неповнолітні особи володіють правом на заповіт. Але чи потрібна вищевказаним суб'єктам на вчинення наведеного правочину вмотивована згода їхніх піклувальників?

Чинне законодавство нашої держави не має жодної відповіді на таке запитання. Зокрема, в ЦК України, на жаль, немає норми права про можливість складення заповіту фізичною особою, яка є неповнолітньою, за наявності чи відсутності згоди своїх піклувальників [2].

Аналогічну прогалину також ми можемо знайти в інших актах. Наприклад, в наведеному випадку мова йде про Порядок [6].

Нині доктрина спадкового права не передбачає одного-єдиного загальноприйнятого підходу щодо належного вирішення цієї проблеми. Зокрема, одні вчені (наприклад, В. Серебровський [52, с. 100]) у своїх наукових розвідках обстоюють доцільність обов'язкового отримання неповнолітньою особою від свого піклувальника згоди на складення заповіту, а інші (наприклад, І. Трєпіцин [53, с. 237]) – заперечують.

На нашу думку, неповнолітні фізичні особи без згоди своїх піклувальників можуть скласти заповіти. Чому ми дотримуємось такої думки?

За своєю юридичною природою заповіт є одностороннім правочином. В його змісті відображене волевиявлення лише заповідача. Воно не має залежати від згоди та погодження тих або інших суб'єктів. В протилежному випадку такий правочин не можна буде називати заповітом, оскільки останньому притаманний виключно особистий характер.

Як уже зазначалося, у вітчизняному законодавстві немає будь-якої вказівки про те, що неповнолітні особи можуть скласти заповіти за наявності або відсутності вмотивованої згоди на це їхніх піклувальників.

На нашу думку, вищевказана прогалина потребує невідкладного вирішення. Тому, враховуючи такі судження, рекомендуємо вітчизняному законодавцю включити до ст. 1234 ЦК України норму права про те, що неповнолітні особи володіють правом на заповіт без згоди своїх піклувальників. Аналогічні зміни доцільно внести і до п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку.

Заповідальна дієздатність, будучи одним із елементів цивільної дієздатності, передбачає чимало дискусійних питань. Наприклад, в юридичній літературі залишається нез'ясованим питання про наявність у неповнолітніх осіб, які зареєстрували шлюб, права на складення заповіту.

Зміст чинного законодавства нашої держави передбачає відсильний підхід щодо з'ясування суті цього питання. Зокрема, згідно зі ст. 1234 ЦК України, право на заповіт володіє фізична особа з повною цивільною дієздатністю [2]. А останню, як зазначає ч. 2 ст. 34 ЦК України, має фізична особа, що досягла вісімнадцяти років (повноліття) [2]. Але це правило має певні винятки. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 35 ЦК України, повну цивільну дієздатність набуває неповнолітня фізична особа, яка зареєструвала шлюб [2].

Реальна можливість появи повної цивільної дієздатності в фізичної особи, яка, будучи неповнолітньою, все ж зареєструвала шлюбно-сімейні відносини, закріплена в непрямій формі в інших актах. Зокрема, в цьому випадку мова йде про ч. 3 гл. 4 р. I Порядку [6].

Нині доктриною спадкового права не передбачено одного-єдиного загальноприйнятого підходу до появи права на заповіт у неповнолітніх осіб, які зареєстрували шлюб. Зокрема, можемо констатувати беззаперечну наявність в юридичній літературі двох протилежних думок щодо належного вирішення зазначеної проблеми. Про що саме йде мова?

На переконання П. Нікітюка, неповнолітня особа, яка зареєструвала шлюб, не має права на складення заповіту. Доцільність вказаного наукового підходу вчений намагається довести за допомогою таких суджень.

Насамперед зміст цивільної дієздатності та зміст заповідальної здатності не є рівносильними. Таке судження пояснюється тим, що перша є здатністю особи своїми діями набувати цивільні права й створювати для себе цивільні обов'язки,

а друга – це здатність особи на випадок неминучого настання своєї смерті для інших суб'єктів. Також необхідно наголосити на тому, що вступ неповнолітнього до шлюбу ніяк не змінює його правосуб'єктності. Зокрема, така особа не набуває права обирати й бути обраною [35, с. 120].

Крім П. Нікітюка доцільність відсутності в неповнолітньої фізичної особи, що зареєструвала шлюб, права на складення заповіту в своїх наукових працях прямо обстоюють чимало вчених. До переліку останніх, наприклад, належать В. Васильченко [12, с. 96], Ю. Заїка [32, с. 83-85] тощо.

Однак не всі вчені погоджуються з таким підходом. Зокрема, на думку Є. Рябокони, неповнолітня особа, яка зареєструвала шлюб, має право на складення заповіту. Доцільність зазначеного наукового підходу вчений намагається обґрунтувати такими доводами.

По-перше, права та обов'язки спадкоємців виникають з огляду на певні факти. Під останніми мають на увазі не закріплення їх заповітом, а лише у випадку і з моменту висловлення такими фізичними особами певного волевиявлення. Тобто спадкоємці зможуть як здійснювати права, так і виконувати обов'язки, прийнявши наявну спадкову масу.

По-друге, цивільна дієздатність за своєю суттю є дуже широким поняттям. Останнє включає до свого складу чимало різних за своїм змістом здатностей. Однією з них є здатність заповідати. Вона виникає на підставі певних фактів. Ними є момент досягнення фізичною особою вісімнадцяти років (повноліття) або момент вступу такої особи до шлюбу.

По-третє, вищевказане посилання на те, що неповнолітній, уклавши шлюб, не набуває прав обирати та бути обраним, також не може братися до уваги. Вказане судження обґрунтовується тим, що дослідження правових категорій, що відбувається якоюсь однією галуззю права з обов'язковим застосуванням правил іншої галузі права, може призвести до настання негативних наслідків. Тобто до хибних висновків, яких можна дійти щодо тієї правової категорії, зміст якої досліджується [39, с. 260].

Крім Є. Рябокони доцільність відсутності в неповнолітньої фізичної особи, що зареєструвала шлюб, права на складення заповіту в своїх наукових працях обґрунтовують чимало вчених. Такими, зокрема, є: М. Барщевський [28, с. 64], В. Дроніков [31, с. 72-73], О. Нелін [51, с. 97], А. Рубанов [37, с. 30], Л. Шевчук [15, с. 100-101].

На нашу думку, неповнолітнім фізичним особам, які зареєстрували шлюб, гарантовано право на складення заповіту. Слушність такої

думки спробуємо обстоювати за допомогою таких суджень.

По-перше, як відомо, право на складання заповіту надано фізичним особам, які володіють повною цивільною дієздатністю. А неповнолітні фізичні особи, що зареєстрували шлюб, належать до згаданого переліку. Наведене судження пояснюється тим, що вищевказаним суб'єктам, згідно з ч. 2 ст. 35 ЦК України та ч. 3 гл. 4 р. І Порядку, надається повна цивільна дієздатність.

По-друге, шлюб є достатнім підґрунтям для створення міцної сім'ї. Високий рівень її матеріального добробуту залежить від ефективного здійснення фізичними особами, завдяки яким вона створена, різноманітних за своїм змістом діянь. Перелік останніх включає й правочини. Більшість із таких правомірних дій самостійно можуть вчиняти фізичні особи, які мають повну цивільну дієздатність (наприклад, договір найму житла).

По-третє, як відомо, одна з загальноvizнаних юридичних формул стверджує: «всі є рівними перед законом». Чоловіки та жінки, які зареєстрували шлюби, не стали якимось винятком з цього правила. Зокрема, будь-якому подружжю надаються рівні можливості в реалізації гарантованих їм прав та в дотриманні закріплених за ними обов'язків. Те або інше порушення зазначеного правила можна трактувати як своєрідну дискримінацію, суть якої полягатиме в тому, що повнолітні фізичні особи, якими зареєстровано шлюби, володітимуть повною цивільною дієздатністю, а неповнолітні – ні.

По-четверте, як відомо, що більший в особи обсяг прав та обов'язків, то вищим є рівень її відповідальності перед іншими особами й суспільством. Не стала винятком із наведеного правила й повна цивільна дієздатність. Її беззаперечна наявність в тієї фізичної особи, яка, будучи неповнолітньою, зареєструвала шлюб, має позитивно впливати на цього суб'єкта. Зокрема, останній, забезпечуючи високі показники матеріального добробуту своєї сім'ї, старанніше реалізовуватиме надані йому цивільні права та виконуватиме покладені на нього цивільні обов'язки.

У випадках, перелік яких закріплений законом, батьком або мамою дитини в порядку, що передбачений відповідним законом, записують фізичних осіб, які є неповнолітніми. Чи мають останні право на заповіт?

У чинному законодавстві України є чітка відповідь на це запитання. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 34 ЦК України, повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла повноліття [2]. Однак це правило має суттєві винятки.

Зміст одного з них полягає в тому, що, згідно з ч. 1 ст. 35 ЦК України, повна цивільна дієздатність надається неповнолітній особі, що записана батьком або матір'ю дитини [2].

Станом на сьогодні деякі вчені в своїх наукових працях доводять доцільність наявності права на складення заповіту в фізичної особи, яка, будучи неповнолітньою, водночас записана батьком чи матір'ю дитини.

Перелік вищевказаних дослідників включає в себе Л. Брукацького [60, с. 96], В. Гончаренка [9, с. 1132], О. Первомайського та О. Печеного [10, с. 168-169], З. Ромовську [61, с. 81], а також інших.

На нашу думку, неповнолітня особа, записана матір'ю чи батьком дитини, володіє правом на складення заповіту. Доцільність вищевказаної думки спробуємо підтвердити за допомогою таких суджень.

По-перше, змістом спадкового законодавства нашої держави передбачено, що фізичні особи, які, будучи неповнолітніми, записані батьком чи мамою дитини, можуть мати правовий статус заповідача. Зокрема, слід зазначити, що пряма вказівка про наявність в будь-якого з указаних суб'єктів юридичної можливості розпорядитися спадщиною, набутою ним у власність, на випадок невідворотного настання своєї смерті шляхом складення заповіту отримала своє належне закріплення в ч. 1 ст. 35 ЦК України.

По-друге, фізична особа, яка, будучи неповнолітньою, водночас записана батьком або матір'ю дитини, зобов'язана реалізовувати виховання останньої в дусі любові до Бога, України, сім'ї, праці, навчання, природи та мистецтва. А вчинювати вказані дії може лише той суб'єкт цивільно-правових відносин, який в повному обсязі володіє цивільною дієздатністю.

Ми наголошували на тому, що правом на складення заповіту володіють окремі фізичні особи, які є неповнолітніми. Чи поширюється вказане правило на суб'єктів, які досягли 16 років і працюють за трудовим договором?

Чинне законодавство нашої держави закріплює ствердну відповідь на це запитання. Зокрема, як зазначено в ч. 1 ст. 1234 ЦК України, право на заповіт мають фізичні особи з повною цивільною дієздатністю [2]. Однак зазначимо, що останню, згідно з ч. 1 ст. 35 ЦК України, може набути неповнолітня фізична особа, яка, досягши шістнадцятирічного віку, працює на легальній підставі, а саме за трудовим договором [2].

Нині деякі вчені доводять доцільність надання права на складання заповіту фізособам, які, будучи у віці 16 років, працюють за трудовим догово-

ром. До переліку зазначених дослідників можна зарахувати: В. Васильченка [8, с. 35], І. Жилінкову [62, с. 512], О. Неліна [51, с. 97], Є. Фурсу і С. Фурсу [59, с. 28], Є. Харитоновна [63, с. 758].

На нашу думку, фізичні особи, які, будучи неповнолітніми, досягли шістнадцяти років та працюють за трудовим договором, мають право на складення заповіту. Таке судження спробуємо довести.

По-перше, спадкове законодавство нашої держави передбачає, що неповнолітні фізичні особи, які, досягнувши шістнадцяти років, водночас працюють за трудовим договором, можуть отримати правовий статус, що має заповідач. Зокрема, пряма вказівка про наявність в будь-якого з вищевказаних суб'єктів юридичної можливості розпорядитися спадщиною, яку він набув у власність, на випадок невідворотного настання своєї смерті шляхом складення заповіту закріплена в ч. 1 ст. 35 ЦК України.

По-друге, неповнолітня фізична особа, яка працює за трудовим договором, впливаючи на довкілля, створює майнові або духовні блага. Останні задовольняють різні потреби, які притаманні людині та суспільству. Зазначена діяльність потребує ґрунтовного осмислення. Тому її здійснювати може тільки та фізична особа, яка має повну цивільну дієздатність.

Як уже наголошувалося, окремі неповнолітні фізичні особи володіють правом на заповіт. Чи поширюється зазначена преференція на тих суб'єктів, які, досягнувши шістнадцяти років, бажають займатися підприємницькою діяльністю?

Змістом чинного законодавства нашої держави надано ствердну відповідь на це запитання. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 1234 ЦК України, правом на заповіт володіє фізична особа з повною цивільною дієздатністю [2]. Водночас останню, як це передбачено ч. 3 ст. 35 ЦК України, може набути неповнолітня фізична особа, яка, досягши шістнадцятирічного віку, бажає займатися бізнесом, а саме підприємницькою діяльністю [2].

Нині окремі дослідники в своїх наукових працях доводять доцільність надання права на складання заповіту фізичним особам, які, будучи неповнолітніми, досягли шістнадцяти років й виявили бажання займатися підприємницькою діяльністю. Наприклад, до таких вчених належать: В. Гончаренко [9, с. 1132], І. Жилінкова [62, с. 512], Є. Кухарев [58, с. 41-42], О. Нелін [51, с. 97], Є. Харитонов [64, с. 875] та інші.

На нашу думку, неповнолітні фізичні особи, які досягли шістнадцяти років й хочуть займатися

підприємницькою діяльністю, мають право на складення заповіту. Таку думку спробуємо підтвердити за допомогою таких суджень.

По-перше, у спадковому законодавстві нашої держави передбачено, що неповнолітні фізичні особи, які, досягнувши шістнадцяти років, бажають займатися підприємницькою діяльністю, можуть отримати правовий статус заповідача. Зокрема, пряма вказівка про наявність в будь-якого з вищевказаних суб'єктів юридичної можливості розпорядитися спадщиною, набутою ним у власність, на випадок невідворотного настання своєї смерті шляхом складення заповіту отримала своє належне закріплення в ч. 3 ст. 35 ЦК України.

По-друге, як нам відомо, головним завданням підприємницької діяльності є обов'язкове отримання певного прибутку. Одержанню останнього передують різні правомірні дії (наприклад, виготовлення чи придбання певних товарів, їхня реалізація, сплата податків), які має можливість вчинити лише та особа, що в повному обсязі володіє цивільною дієздатністю.

Ми вже встановили, що неповнолітні особи володіють правом на заповіт. Чи можуть вищезазначені учасники цивільно-правових відносин заповідати все майно, повноправними власниками якого вони є?

Зміст спадкового законодавства нашої держави не надає жодної відповіді на таке запитання. Зокрема в ЦК України відсутня будь-яка вказівка про склад майна, яке можуть охоплювати заповіти неповнолітніх осіб [2].

Аналогічну за змістом прогалину ми можемо відшукати в інших актах. Наприклад, в даному випадку ми маємо на увазі Порядок [6].

Доктрина спадкового права не передбачає єдиного загальноприйнятого підходу щодо з'ясування предмету заповіту, що складений неповнолітньою фізичною особою. Зокрема, зазначимо про те, що одні вчені (наприклад, І. Трепцін [53, с. 237]) в своїх наукових розвідках наголошують на доцільності надання зазначеному суб'єкту право заповідати все майно, власником якого він є, а інші (наприклад, О. Орлова [22, с. 22]) – лише певну частину. Постає слушне запитання: яка з указаних позицій є найбільш прийнятною?

На нашу думку, неповнолітні фізичні особи мають можливість заповідати не все майно, власниками якого вони є. Доцільність вищевказаної думки спробуємо підтвердити за допомогою таких доводів.

Відомо, що в приватній власності тих фізичних осіб, які є неповнолітніми, може перебувати

різне за своїм складом майно – як рухоме, так і нерухоме (наприклад, планшет, мобільний телефон, грошові кошти, житловий будинок, квартира, земельна ділянка). Такі суб'єкти мають реальну можливість стати повноправними власниками вказаних речей в різні способи. Зокрема, неповнолітні особи можуть набути в приватну власність таке майно завдяки здійсненій ними фізичній чи розумовій роботі, або за її відсутності (наприклад, дочка заповідача, опублікувавши написаний нею поетичний твір, отримала авторську винагороду, а син заповідача, прийнявши спадкову масу, став власником трьохкімнатної квартири). В кожному із зазначених випадків неповнолітні особи є повноправними власниками відповідних речей.

Але реальна наявність у згаданих учасників цивільно-правових відносин права на складення заповіту щодо всього обсягу того майна, що належить їм на праві приватної власності, призведе до настання негативних наслідків. Зміст останніх полягатиме в тому, що кожен з указаних суб'єктів матиме реальну можливість заповідати речі, повноправним власником яких він став завдяки праці, що виконана ним особисто, а також здійснена іншими людьми. Наприклад, син заповідача, працюючи колектором, отримав заробітну плату та придбав за неї музичний центр, а донька заповідача, будучи безробітною, за договором дарування прийняла автомобіль. В кожному з таких випадків неповнолітні фізичні особи набувають у приватну власність відповідні речі. Однак донька заповідача, на відміну від сина заповідача, не може заповідати майно, власником якого вона є. Такому явищу притаманне своє пояснення. Син заповідача став власником музичного центру завдяки грошовим коштам, які ним зароблені особисто, а донька заповідача стала власником автомобіля безоплатно. Тому в цьому випадку надання кожній із таких осіб права на складення заповіту не відповідатиме загальновизнаним засадам справедливості, добросовісності, а також розумності.

Як уже зазначалося, ЦК України та Порядком, на жаль, не закріплено норму права про склад спадщини, яку можуть заповідати неповнолітні особи. На нашу думку, вищевказана прогалина потребує невідкладного вирішення. Враховуючи наведені доводи, рекомендуємо вітчизняному законодавцю відкоригувати зміст спадкового законодавства нашої держави в частині встановлення правового статусу, який закріплено за заповідачем. Наприклад, в ч. 1 ст. 1234 ЦК України вважаємо за доцільне прямо закріпити норму права, зміст якої зводиться до того, що в

неповнолітніх фізичних осіб відсутнє право на складення заповіту стосовно всього обсягу тієї спадщини, яка належить їм на праві приватної власності.

Аналогічні за змістом зміни, на нашу думку, доцільно внести в інші акти, які не є законами. Наприклад, вищенаведена пропозиція повинна бути відображена в п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку.

Окремі фізичні особи, які є неповнолітніми, мають власні грошові доходи, якими, наприклад, є заробітна плата, стипендія, авторські винагороди й т. д. Чи можуть такі суб'єкти заповідати згадані речі?

Чинне законодавство нашої держави не передбачає чіткої відповіді на таке запитання. Зокрема, згідно зі ст. 1234 ЦК України, право на заповіт надано фізичній особі, яка має повну цивільну дієздатність [2]. В той же час остання гарантована не всім учасникам цивільно-правових відносин. Наприклад, у ч. 1 ст. 34 ЦК України закріплена безпосередня вказівка про те, що повну цивільну дієздатність мають ті фізичні особи, які є повнолітніми [2]. Отже, як бачимо, неповнолітні фізичні особи до такого переліку не належать. Однак відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 32 ЦК України такі суб'єкти володіють правом на самостійне розпорядження певними коштами, якими, зокрема є: їхній заробіток, стипендія або інші доходи [2].

Отже, чинне законодавство України неоднозначно вирішує питання, яке стосується надання неповнолітнім особам права на складення заповітів, предметом яких є їхні заробітні плати, стипендії та інші доходи. Зокрема, прямої вказівки про можливість таких осіб вчиняти такі правочини в ЦК України немає. Водночас вказаний закон надає неповнолітнім особам юридичну можливість самостійно розпоряджатися згаданим майном.

Крім того, доктрина спадкового права не передбачає єдиного загальноприйнятого підходу щодо з'ясування доцільності наявності в неповнолітніх фізичних осіб права на розпорядження власними доходами (заробітною платою, стипендією й іншими доходами). Зокрема, констатуємо беззаперечну наявність в юридичній літературі двох протилежних думок щодо належного вирішення наведеної проблеми. Ознайомимось детальніше зі змістом згаданих наукових концепцій.

Як зазначає І. Жилінкова, неповнолітні фізичні особи можуть заповідати майно, придбане за рахунок їхньої зарплати, стипендії, авторських винагород, а також інших доходів. Вказаний доктринальний підхід дослідниця намагається підтвердити за допомогою таких доводів.

Відповідні статті ЦК України надають неповнолітнім фізичними особам право на розпорядження своїм заробітком, стипендією та іншими доходами. Тому передача згаданого майна за заповітом є одним із можливих способів вищевказаного розпорядження. В іншому випадку виникає своєрідна колізія. Зміст останньої полягає в тому, що, з одного боку, неповнолітній має право розпоряджатися своїм заробітком, стипендією чи якимись іншими доходами, а з іншого – у нього відсутня можливість розпоряджатися такими коштами шляхом складання свого заповіту [16, с. 23].

Погляди І. Жилінкової щодо підтвердження доцільності гарантування неповнолітнім особам права на розпорядження своїми коштами (заробітком, стипендією, авторськими винагородами чи іншими доходами) в своїх наукових розвідках обстоюють чимало вчених. До переліку останніх, наприклад, ми можемо включити Б. Антімонова та К. Граве [27, с. 147-148], М. Барщевського [28, с. 68], З. Мозжухіну [34, с. 24], Н. Камінську [21, с. 17], О. Лунькову [13, с. 118-119], О. Орлову [22, с. 22], Г. Степаненка [42, с. 32], В. Чуйкову [24, с. 10], Л. Шевчук [15, с. 101-102] та інших.

Однак не всі вчені погоджуються з таким підходом. Зокрема, як вказує Ю. Заїка, неповнолітні фізичні особи можуть заповідати майно, яке утворюють їхні заробітна плата, стипендія, авторські винагороди, а також інші доходи. Наведений доктринальний підхід згаданий дослідник намагається обстоювати завдяки таким судженням.

Юридичні поняття «розпорядження майном» та «розпорядження майном на випадок настання смерті», попри їхню близькість за змістом, нітрохи не збігаються. Таке судження пояснюється тим, що розпорядження, будучи одним з трьох складових змісту права власності, передбачає можливість визначати юридичну чи фактичну долю речі. А розпорядження «на випадок настання смерті» не є розпорядженням у розумінні цього слова, оскільки воно не покладає на власника обов'язку вчиняти ті або інші діяння й не перешкоджає такій особі як завгодно використати майно, що належне їй на праві власності, незважаючи на наявність заповіту.

Якщо ж поділяти наукові погляди дослідників, на думку яких неповнолітні у віці від 14 до 18 років, мають право заповідати свій заробіток, стипендію, авторський гонорар, майно, набуте за рахунок цих джерел, бо законодавець гарантує їм можливість розпоряджатися ними, то цей самий аргумент можна використати, надаючи можливість складати заповіт малолітнім особі віком до чотирнадцяти років, щодо належних їм

грошових вкладів. Водночас в ст. 44 ЗУ «Про банки і банківську діяльність» можна відшукати норму права про те, що неповнолітня особа, яка внесла вклад на своє ім'я, розпоряджається ним самостійно. Однак звідси, звісно, не випливає, що десятирічний вкладник, якому на день народження подарували 100 гривень, мав право визначити юридичну долю свого капіталу на випадок настання певного факту (своєї смерті), склавши заповіт.

Заповіти, які були складені малолітніми особами, є абсолютно недійсними, бо законодавець визначає досить жорсткі рамки самостійності цієї категорії суб'єктів цивільного права, а саме укладення дрібних побутових правочинів та розпорядження внесеними ними грошовими вкладами. Неповнолітні особи віком від 14 до 18 років не мають права складати заповіт, навіть якщо на це є згода піклувальника, позаяк коло правочинів, які можуть вчинити такі особи за згодою своїх піклувальників, зазначені в ст. 32 ЦК України [11, с. 124-125].

Доктринальні погляди Ю. Заїки, які стосуються обстоювання недоцільності гарантування неповнолітнім особам права на розпорядження своїми коштами (заробітком, стипендією, авторськими винагородами чи іншими доходами), в своїх наукових розвідках обстоюють чимало вчених. Зокрема, йдеться про Е. Ейдінову [25, с. 14], П. Нікітюка [35, с. 121], Є. Рябоконя [14, с. 192-193], Т. Чепігу [54, с. 48] тощо.

На нашу думку, ті фізичні особи, які досягли шістнадцятирічного віку, можуть складати заповіт стосовно належного їм на праві власності майна, під яким маються на увазі грошові кошти, які були зароблені ними особисто (наприклад, заробітна плата, стипендія, авторські винагороди й інші доходи). Спробуємо аргументувати таку думку.

По-перше, нотаріус, посвідчуючи заповіт, зобов'язаний вчинити певні дії. До переліку останніх, як передбачено ч. 2 ст. 43 ЗУ «Про нотаріат», належить встановлення особи заповідача. Тому зазначена особа, відповідно до ч. 3 ст. 43 ЗУ «Про нотаріат», повинна пред'явити нотаріусу свій паспорт.

Такий документ, відповідно до п. 2 Положення, видається фізичній особі тільки після досягнення нею шістнадцятирічного віку. Враховуючи сказане, повнолітній завжди може вчинити вищезазначену дію, а неповнолітній – ні, оскільки перший досяг 18 років, а другий перебуває у віці від 14 до 18 років. Отже, треба констатувати, що фізична особа, яка перебуває у віці до 16 років, заповідаючи свою заробітну плату, має чи-

малі перешкоди. Сутність останніх полягатиме у відсутності в неї паспорту.

По-друге, ті або інші фізичні особи можуть легально отримати конкретні грошові доходи. Не стали винятком з наведеного правила й неповнолітні особи. Зокрема, останні можуть отримувати заробітну плату, стипендію, авторські винагороди та інші кошти. Вказане майно, належачи їм на праві власності, набуто ними особисто, а не за допомогою інших суб'єктів (наприклад, шляхом договору дарування). Тому немає жодних перешкод для того, щоб неповнолітні особи розпорядилися своїми заробітними платами, стипендіями та іншими доходами шляхом складення заповіту.

Як уже наголошувалося, в чинному законодавстві нашої держави відсутня пряма вказівка на те, що неповнолітні фізичні особи мають право заповідати конкретні грошові кошти, якими, наприклад, є їхні заробітні плати, стипендії, авторські винагороди та інші доходи. На нашу думку, зазначена прогалина потребує негайного вирішення. Тож, беручи до уваги наведені доводи, рекомендуємо вітчизняному законодавцю відкоригувати чинне законодавство в частині змісту заповідальної дієздатності. Зокрема, ст. 1234 ЦК України доцільно доповнити абзацом ось такого змісту: «неповнолітні фізичні особи, які досягли шістнадцяти років, володіють правом на складання заповіту стосовно майна, що включає в себе ті грошові кошти, легальним джерелом отримання яких є: їхні заробітні плати, стипендії, авторські винагороди та інші доходи».

Як ми з'ясували, фізичні особи, що є неповнолітніми, можуть заповідати майно, предметом якого є їхні заробітки, стипендії чи інші легальні доходи. Чи можуть вказані суб'єкти складати заповіт щодо речей, які вони придбали завдяки грошовим коштам, які вони заробили самостійною працею?

Зміст чинного законодавства нашої держави не передбачає жодної відповіді на таке запитання. Зокрема, в ЦК України та інших актах немає норми права, зміст якої підтверджував би наявність або відсутність у вищезазначених осіб можливості заповідати майно, набуто ними за рахунок заробітків, стипендій та інших грошових коштів, які вони заробили особисто [2; 6; 7].

Наразі доктрина спадкового права не передбачає єдиного загальноприйнятого підходу до з'ясування доцільності надання фізособам, які є неповнолітніми, права на складення заповіту щодо того майна, яке було придбане ними за допомогою грошових коштів, які вони заробили своєю самостійною працею. Зокрема, можна

підтвердити беззаперечну наявність в юридичній літературі двох протилежних думок стосовно належного вирішення цієї проблеми. Розглянемо детальніше зміст вищевказаних концепцій.

Як зазначає З. Мозжухіна, неповнолітні фізичні особи можуть заповідати майно, що вони придбали за грошові кошти, які ними самостійно зароблені. Доцільність вказаного доктринального погляду науковець намагається обґрунтувати за допомогою таких суджень.

Неповнолітні фізичні особи мають право на самостійне розпорядження певним майном. Під останніми необхідно мати на увазі: речі, які вони придбали своєю особистою працею, та грошові кошти, що ними зароблені особисто. Тому вказані суб'єкти можуть заповідати згадане майно [34, с. 24].

Доктринальні погляди З. Мозжухіної щодо підтвердження доцільності надання фізичним особам, які є неповнолітніми, права на складення заповіту щодо майна, яке вони придбали завдяки заробленим ними грошовим коштам, в своїх наукових працях обстоюють окремі дослідники. До переліку останніх, наприклад, належить М. Барщевський [28, с. 68-69].

Але не всі науковці погоджуються з таким доктринальним підходом. Зокрема, на думку О. Орлової, неповнолітні фізичні особи не можуть заповідати майно, що вони придбали за грошові кошти, які ними самостійно зароблені. Доцільність вказаного доктринального погляду науковець намагається підтвердити за допомогою таких суджень.

Як відомо, неповнолітні фізичні особи мають право самостійно розпоряджатися своїми доходами. Звідси випливає, що вони можуть без будь-яких дозволів встановлювати юридичну долю своїх заробітків, стипендій та інших доходів шляхом складення заповіту. Однак неповнолітні особи не можуть заповідати інше майно, розпоряджатися яким вони можуть виключно за наявності згоди, яку надають їхні батьки, усиновлювачі або піклувальники. Зазначений факт пояснюється не лише тим, що самостійно розпоряджатися згаданим майном неповнолітні не мають жодного права, а й тим, що заповіт – це правочин, якому притаманний строго особистий характер, і тому за своєю суттю він не може вчинятися за згодою, яка надана будь-ким [22, с. 22].

Погляди О. Орлової стосовно підтвердження недоцільності надання фізичним особам, які є неповнолітніми, права на складення заповіту щодо майна, яке вони придбали завдяки заробленим ними грошовим коштам, в своїх науко-

вих працях підтримують окремі дослідники, зокрема, О. Лунькова [13, с. 118].

На нашу думку, неповнолітні фізичні особи мають право заповідати речі, що придбані ними завдяки грошовим коштам, які зароблені ними самостійно. Спробуємо таку думку аргументувати.

По-перше, як відомо, одним із найголовніших соціально-економічних прав є право власності. Його унікальний зміст становить так звана золота тріада, яка передбачає три визначні правомочності. До вичерпного складу останніх належать: право володіння, право користування і право розпорядження. Остання правомочність порівняно з іншими правомочностями, будучи найбільш складною, може здійснюватися в різні способи, одним із яких, наприклад, є складання заповіту.

По-друге, неповнолітні фізичні особи, будучи повноправними учасниками цивільних правовідносин, можуть набути в приватну власність різне майно. Зазначимо, що не стали винятками з вищевказаного правила ті речі, які ці суб'єкти придбали завдяки заробленим ними грошовим коштам (наприклад, заробітна плата, стипендія, авторські гонорари та інші виплати). Зазначеному майну властива певна особливість, сутність якої полягає в тому, що воно переходить у приватну власність цих суб'єктів у певний спосіб. Тобто неповнолітні особи стають повноправними власниками вказаних речей завдяки грошовим коштам, які вони отримали, виконавши конкретну працю, що принесла користь людині, суспільству та державі.

По-третє, чинне законодавство нашої держави в прямій формі не забороняє фізичним особам, які є неповнолітніми, охоплювати своїми заповітами майно, яке вони придбали за допомогою грошових коштів, які ними були зароблені особистою працею. Зокрема, зазначимо, що таке судження не має належного закріплення в ЦК України та інших нормативно-правових актах. Як відомо, одна з основних юридичних формул визначає: «що не заборонено, те дозволено». Звідси випливає, що неповнолітні особи можуть заповідати майно, яке придбане ними за рахунок грошових коштів, що були зароблені ними самостійною працею.

Як уже зазначалося, чинне законодавство нашої держави не має прямої вказівки на наявність або відсутність у неповнолітніх фізичних осіб права на складення заповіту щодо майна, яке вони придбали за рахунок грошових коштів, що ними зароблені самостійно. На нашу думку, така прогалина потребує негайного вирішення.

Беручи до уваги наведені доводи, ми радимо вітчизняному законодавцю доповнити ч. 1 ст. 1234 ЦК України нормою права, яка матиме такий зміст: «неповнолітні фізичні особи, які досягли шістнадцяти років, володіють правом на складення заповіту щодо майна, яке вони придбали за грошові кошти, заробленими ними особисто».

Аналогічну за змістом норму права необхідно закріпити і в інших актах. Зокрема, йдеться про п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку.

Неповнолітні фізичні особи мають право на набуття в приватну власність різноманітного майна. Склад останнього можуть утворювати грошові кошти, які ними не зароблені, а також речі, не придбані завдяки згаданим доходам. Чи можуть ці особи заповідати таке майно?

Спадкове право не надає ствердну або вичерпну відповідь на це запитання. Зокрема, вказана прогалина притаманна ЦК України [2] та іншим нормативно-правовим актам, наприклад, Порядку [6].

Нині окремі дослідники в своїх наукових працях обґрунтовують доцільність відсутності в фізичних осіб, які є неповнолітніми, права на складення заповіту щодо грошових коштів, що ними не зароблені, та речей, які вони не придбали завдяки наведеним доходам. Такими вченими, наприклад, є: Б. Антімонов і К. Граве [27, с. 148], М. Барщевський [28, с. 69], О. Лунькова [13, с. 118], Г. Степаненко [42, с. 32] та інші.

На нашу думку, в тих фізичних осіб, що за віком є неповнолітніми, відсутнє право на складення заповіту щодо вказаного майна. Спробуємо такий висновок довести.

Вищенаведені суб'єкти набувають у приватну власність зазначене майно не особистою працею, а в інші способи. Під останніми маються на увазі прийняття спадщини, отримання дарунку тощо. В створенні вказаного майна такі особи здебільшого не беруть безпосередньої участі. Тому вони не можуть охоплювати його своїми заповітами.

Як уже ми зазначали, чинне законодавство нашої держави не передбачає прямої вказівки на наявність або відсутність у неповнолітніх фізичних осіб права на складення заповіту щодо того майна, до складу якого належать грошові кошти, не зароблені ними, і речі, що вони не придбали за такі доходи. На нашу думку, вищевказана прогалина потребує невідкладного вирішення. Тому, зважаючи на викладені доводи, рекомендуємо вітчизняному законодавцю в ч. 1 ст. 1234 ЦК України, а також п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку закріпити норму права, зміст якої полягав би у відсутності в будь-якої з указаних осіб права на складення заповіту щодо вищезгаданого майна.

Загальновідомо, що безпосередню участь у цивільно-правових відносинах мають реальну можливість взяти різноманітні суб'єкти. До переліку останніх, наприклад, належать й фізичні особи, які за своїм віком є малолітніми. Чи дозволено вказаним суб'єктам складати заповіти?

Змістом чинного законодавства нашої держави передбачено чітку відповідь на це запитання. Зокрема, ст. 1234 ЦК України закріплює вказівку про те, що право на складення заповіту гарантується лише тим фізичним особам, які володіють повною цивільною дієздатністю [2].

Також потрібно вказати на те, що, відповідно до ч. 2 ст. 203 ЦК України, та особа, яка вчиняє правочин, зобов'язана відповідати конкретним вимогам, однією з яких є наявність в неї необхідного обсягу цивільної дієздатності [2].

Окрім того, згідно з ч. 1 ст. 31 ЦК України, ті фізичні особи, які не досягли чотирнадцяти років, самостійно можуть: вчиняти дрібно побутові правочини, а також здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом [2].

Зазначимо, що аналогічні за змістом норми права закріплюють інші акти, які не є законами. Зокрема, непряма вказівка про відсутність у фізичних осіб, які за віком є малолітніми, права на складання заповіту закріплена п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. I Порядку [6].

Як бачимо, правовий статус малолітніх фізичних осіб не є багатограним. Зокрема, такі суб'єкти самостійно можуть вчиняти лише окремі правочини (наприклад, отримання такими суб'єктами гонорарів за опубліковані вірші).

Однак жоден із них не має можливості розпорядитися майном, яке належить йому на праві приватної власності, шляхом складання свого заповіту.

Наразі доктрина спадкового права не передбачає суттєвих дискусій з приводу з'ясування наявності в малолітніх фізичних осіб низки різних прав, до переліку яких належить й право на складання заповіту. Зокрема, можна констатувати беззаперечну наявність в юридичній літературі єдиного загально визнаного підходу щодо розкриття змісту цього питання. Ознайомимось детальніше зі змістом вказаної наукової концепції.

Як наголошує З. Мозжухіна, правовий статус заповідача не закріплюється за фізичними особами, які є малолітніми. Доцільність зазначеної думки вчена намагається підтвердити за допомогою таких доводів.

Малолітні фізичні особи є повністю недієздатними. Враховуючи це, будь-які правочини замість

згаданих суб'єктів та від їхнього імені вчиняють їхні законні представники – родичі, усиновлювачі чи піклувальники [34, с. 24]

Окрім З. Мозжухіної недоцільність надання права на складення заповіту малолітнім особам в своїх наукових розвідках доводять чимало дослідників.

Це, зокрема: Б. Антімонов й К. Граве [27, с. 147], Й. Васькович [46, с. 121], В. Дроніков [31, с. 72], Ю. Заїка [32, с. 85] та інші вчені.

На нашу думку, правовий статус заповідача не надано фізичним особам, які за своїм віком є малолітніми. Доцільність наведеної думки ми спробуємо обґрунтувати.

По-перше, змістом чинного законодавства нашої держави не передбачено, що правовий статус заповідача надано фізичним особам, які є малолітніми. Зокрема, наголосимо на тому, що ч. 1 ст. 31, ч. 2 ст. 203, ст. 1234 ЦК України та п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. І Порядку передбачають, що жодному з вищезгаданих суб'єктів не гарантовано юридичної можливості розпоряджатися майном, власником якого він є, шляхом складення заповіту.

По-друге, рівню психологічного розвитку фізичних осіб, які є малолітніми, не притаманна довершеність. Тому слід зауважити, що такі суб'єкти не здатні сповна як усвідомлювати значення своїх дій, так і керувати ними. Звідси випливає, що малолітні фізичні особи не можуть вчиняти правочини, які, виходячи за межі дрібно побутових, вимагають глибокого осмислення. Не є винятком з цього правила й визначення юридичної долі майна шляхом складення заповіту. Зокрема, такий правочин повинен передбачати певні розпорядження (наприклад, встановлення обсягу заповіданого майна, передбачення переліку спадкоємців; позбавлення права на спадкування осіб, яких визнано негідними спадкоємцями; підпризначення спадкоємців тощо). А малолітні особи ще не можуть осмислювати суті таких дій.

Ми з'ясували, що правовий статус заповідача можуть мати фізичні особи, за якими закріплено повну цивільну дієздатність. Чи надано право на заповіт суб'єктам, які є дієздатними, але в момент складення ними такого правочину не усвідомлювали значення своїх дій і не могли керувати ними?

Спадкове законодавство нашої держави надає чітку відповідь на це запитання. Зокрема, ч. 1 ст. 1234 ЦК України закріплює вказівку на те, що право на складення заповіту мають фізичні особи, які володіють повною цивільною дієздатністю [2].

Аналогічну за змістом правову норму ми можемо відшукати в інших актах. Наприклад, в цьому випадку мова йде про п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. І Порядку [6].

Нині більшість учених у своїх наукових розвідках обґрунтовують думку про те, що правовий статус заповідача не гарантований тим фізичним особам, які, будучи дієздатними, в момент складення заповіту не усвідомлювали значення своїх дій та не могли керувати ними. До переліку таких вчених, зокрема, належать: М. Амфітеатров й В. Солоділов [26, с. 22], М. Барщевський [28, с. 65-66], М. Гордон [29, с. 49], В. Дроніков [31, с. 71-72], З. Мозжухіна [34, с. 25], Є. Харитонов [64, с. 875] та інші.

На нашу думку, ті фізичні особи, які, володіючи цивільною дієздатністю, водночас на момент складення заповіту перебували в психологічному стані, що не дозволяв їм усвідомлювати значення своїх дій, а також керувати ними, не мають права на заповіт. Чому ми дотримуємось такої позиції?

По-перше, чинне законодавство нашої держави не надає згаданим особам правового статусу заповідача. Наприклад, непряма вказівка про згаданий факт передбачена ч. 1 ст. 1234 ЦК України та п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. І Порядку.

По-друге, в деяких життєвих випадках фізичні особи, будучи дієздатними, в момент складення свого заповіту можуть перебувати в стані гіпнозу, алкогольного сп'яніння тощо. У вказаний проміжок часу зазначені суб'єкти, страждаючи на функціональні психічні розлади або на інші хворобливі стани, не здатні сповна відображати свою справжню волю щодо тих розпоряджень, які охоплює зміст вищевказаного правочину.

Як уже зазначалося, право на заповіт мають фізичні особи, які володіють повною цивільною дієздатністю. Чи поширюється це правило на суб'єктів, які на підставі рішення суду визнані обмежено дієздатними?

Змістом чинного законодавства нашої держави передбачено чітку відповідь на це запитання. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 37 ЦК України, фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, може вчиняти правочини, які стосуються розпорядження майном, що вона набула у приватну власність, за згодою свого піклувальника [2]. Однак, згідно з ч. 2 ст. 1234 ЦК України, вчинення заповіту через представника не допускається [2].

Аналогічні за змістом норми права ми можемо відшукати в інших актах. Наприклад, в абз. 2 п. 17 Постанови Пленуму [7] зазначено, що пра-

ва на складання заповіту в згаданих фізичних осіб немає.

Нині доктриною спадкового права не передбачено єдиного загальноприйнятого підходу щодо з'ясування доцільності надання фізичним особам, які на підставі рішення суду визнані обмежено дієздатними, права на складення заповіту. Ми можемо підтвердити беззаперечно наявність в юридичній літературі двох позицій щодо вирішення цього питання. Ознайомимось детальніше з ними.

Як зазначає Т. Чепіга, обмежено дієздатна особа володіє правом на заповіт. Доцільність вказаного доктринального підходу дослідниця намагається обґрунтувати за допомогою таких суджень.

Особа, яка зловживає спиртними напоями або наркотичними речовинами, зовсім не позбавляється цивільної дієздатності, а лише є обмеженою в ній. Мета призначення опіки над згаданими фізичними особами полягає в тому, щоб не допустити громадянину використовувати майно, яке ним було набуто у приватну власність, із заподіянням тієї чи іншої шкоди йому чи його сім'ї, або використання якого мало б ту мету, яка за своєю суттю є антисоціальною. Зрештою заповіт набуває чинності лише після настання смерті спадкодавця за час його життя, а також не може бути засобом використання майна з метою зловживання спиртними напоями чи наркотичними речовинами [54, с. 51].

Окрім Т. Чепіги доктринальні погляди щодо доцільності гарантування фізичним особам, які на підставі рішення суду визнані обмежено дієздатними, права на заповіт в своїх наукових розвідках обстоюють чимало дослідників, зокрема: М. Барщевський [18, с. 9], Й. Васькович [46, с. 122], Л. Грудцина [57, с. 73], Ю. Заїка [11, с. 129-130], Н. Камінська [21, с. 17], П. Нікітук [35, с. 121-122] та інші.

Однак не всі вчені дотримуються такого доктринального підходу. Зокрема, як зазначає Є. Рябоконт, обмежено дієздатній особі не гарантовано право на заповіт. Доцільність цього доктринального підходу вчений намагається довести завдяки таким судженням.

Обмежено дієздатна фізособа може реалізувати право на заповіт тоді, коли її піклувальник не заперечуватиме проти вчинення нею таких дій.

Але необхідність надання цієї згоди суперечить юридичній природі заповіту, позаяк останній вчиняє заповідач особисто [14, с. 194].

Крім Є. Рябоконт доктринальні погляди щодо недоцільності гарантування фізичним особам, які на підставі рішення суду визнані обмежено

дієздатними, права на заповіт в своїх наукових розвідках обстоюють чимало дослідників. До таких дослідників можемо, зокрема, зарахувати: Л. Брукацького [60, с. 97-98], В. Гончаренка [9, с. 1132], В. Дронікова [31, с. 72], Е. Ейдінову [25, с. 14-15], О. Котареву й А. Кондратьєву [49, с. 117], З. Ромовську [61, с. 81].

На нашу думку, правом на складення заповіту не володіють фізичні особи, які є обмежено дієздатними. Доцільність зазначеної позиції спробуємо підтвердити за допомогою таких суджень.

По-перше, змістом чинного законодавства нашої держави не передбачено, що правовий статус заповідача можуть мати ті фізичні особи, які на підставі рішення суду визнані обмежено дієздатними. Зокрема, безпосередня вказівка про відсутність в будь-якого з вищевказаних суб'єктів юридичної можливості розпорядитися майном, власниками якого вони є, шляхом складання заповіту закріплена в певних нормативно-правових актах (наприклад, в ч. 2 ст. 1234 ЦК України та абз. 2 п. 17 Постанови Пленуму).

По-друге, як нам відомо, заповіту притаманний строго особистий характер. Інакше кажучи, вищевказаний правочин вчиняє виключно заповідач, а не його представник. Своєю чергою, ті фізичні особи, які судом визнані обмежено дієздатними, самостійно можуть вчинити лише окремі правочини.

Останні в неодмінному порядку повинні бути виключно дрібно побутовими. Будь-які інші правочини кожен із вищевказаних суб'єктів цивільних відносин може вчинити за обов'язкової наявності вмотивованої згоди, яка їм надана їхнім піклувальником. В протилежному випадку дії, які вчинять згадані особи, в порядку, що закріплений відповідним законом, будуть визнані недійсними. Отже, зважаючи на вказані доводи, обмежено дієздатні фізичні особи можуть заповідати спадщину, яка належить їм на праві приватної власності, тільки через своїх представників, якими є їхні піклувальники.

Але цей факт, не відповідаючи юридичній природі згаданого правочину, суперечить вимогам, закріпленим у ч. 2 ст. 1234 ЦК України.

По-третє, заповіт, будучи одностороннім правочинном, може передбачати чимало різних за своїм змістом розпоряджень. До переліку останніх належать призначення спадкоємців та встановлення розмірів їхніх часток у спадщині; покладення на згаданих осіб обов'язків вчинити на користь інших суб'єктів конкретні діяння, яким притаманний як майновий, так і немайновий

характер (наприклад, заповідальна відмова); позбавлення права на спадкування осіб, яких визнано негідними спадкоємцями; підпризначення спадкоємців тощо. Фізична особа, яка хоче закріпити в своєму заповіті наведені розпорядження, повинна на високому рівні осмислювати значення своїх дій та керувати ними. А надійним підґрунтям для наявності в неї зазначених розумових здатностей є володіння нею повною цивільною дієздатністю.

По-четверте, припустимо, що обмежено дієздатна особа склала свій заповіт. Однак не варто забувати про те, що вона страждає на певні психічні розлади. Останні перешкоджають їй в об'єктивному сприйнятті навколишнього світу. Тому, враховуючи вищевказані доводи, ніхто нікому не може гарантувати, що зміст заповіту відповідатиме справжньому волевиявленню заповідача.

Як уже зазначалося, правом на складання заповіту володіють фізичні особи, що мають повну цивільну дієздатність. Чи можуть вчиняти такий правочин особи, які в установленому законом порядку визнані недієздатними?

Змістом чинного законодавства нашої держави передбачено чітку відповідь на це запитання. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 1234 ЦК України, право на заповіт надано фізичній особі, яка має повну цивільну дієздатність [2]. Водночас, відповідно до ч. 1 ст. 41 ЦК України, недієздатні фізичні особи не мають права на вчинення будь-якого правочину [2].

Аналогічну за змістом норму права ми можемо відшукати в інших актах, які не є законами. Наприклад, про відсутність в недієздатної фізичної особи права на заповіт зазначено в абз. 2 п. 17 Постанови Пленуму [7].

Нині доктриною спадкового права не передбачено суттєвих полемік щодо обґрунтування доцільності наявності у фізичних осіб, яких за рішенням суду визнано недієздатними, права на складання заповіту.

Зокрема, можна констатувати беззаперечну наявність в юридичній літературі єдиного загальноприйнятого підходу щодо розкриття змісту цього питання.

Як наголошує З. Мозжухіна, фізичні особи, які на підставі рішення суду визнані недієздатними, не мають права на заповіт. Вказаний науковий підхід дослідниця намагається підтвердити за допомогою таких суджень.

Заповідачем може бути лише дієздатний громадянин. Він повинен бути фізичною особою, яка може свідомо здійснювати ті дії, що є правомірними, до переліку яких належить і складання

заповіту з обов'язковим урахуванням юридичних наслідків такого правочину [34, с. 24].

Крім З. Мозжухіної позицію щодо підтвердження недоцільності надання недієздатним фізичним особам права на заповіт у своїх наукових розвідках обстоюють чимало вчених. До переліку останніх, наприклад, можна зарахувати: Г. Амфітеатрова та В. Солоділова [26, с. 22], М. Барщевського [28, с. 64-65], В. Васильченка [8, с. 35], В. Дронікова [30, с. 16-17], Е. Ейдінову [25, с. 15], М. Проніну [36, с. 46], В. Рясенцева [40, с. 20].

На нашу думку, фізичні особи, які за рішенням суду визнані недієздатними, не мають права на заповіт. Доцільність зазначеної думки спробуємо підтвердити за допомогою таких суджень.

По-перше, чинне законодавство нашої держави не надає фізичним особам, які визнані за рішенням суду недієздатними, права на складання заповіту. Наприклад, згідно з ч. 2 ст. 41 ЦК України й абз. 2 п. 17 Постанови Пленуму, вказані суб'єкти не можуть вчиняти будь-якого правочину.

По-друге, заповіт – це односторонній правочин, змістом якого передбачено як майнові, так і немайнові розпорядження. Перелік останніх включає в себе: призначення спадкоємців; визначення розмірів їхніх часток у спадковій масі; покладення на них обов'язку вчинення конкретних дій на користь третіх осіб; позбавлення права на спадкування негідних спадкоємців; а також інші діяння. Отже, враховуючи ці доводи, вчинення такого правочину потребує глибокого осмислення. Тобто та фізична особа, яка складає заповіт, має не лише усвідомлювати значення вчинюваних нею діянь, а й керувати ними. А та особа, яку суд визнав недієздатною, не відповідає зазначеним вимогам.

Наведене судження пояснюється тим, що вона страждає на певні хвороби, якими, зокрема є слабоумство, ідіотія, шизофренія чи інші розлади психіки, які заважають їй адекватно сприймати навколишній світ.

По-третє, складання заповіту фізичною особою, яка визнана недієздатною за рішенням суду, призведе до настання відповідних юридичних наслідків. Зміст останніх полягатиме в тому, що вищевказаний правочин є нікчемним. Інакше кажучи, заповіт, що був складений недієздатною фізичною особою, буде визнано недійсним на підставі безпосередніх положень певного закону (ч. 1 ст. 203 й ст. 1234 ЦК України). В такому випадку прийняття спадщини, яку охоплює зміст такого правочину, відбуватиметься за певними правилами (на підставі тих

приписів, що закріплені вищезгаданим законодавчим актом). А звідси впливає те, що перелік спадкоємців за заповітом може не збігатися з переліком спадкоємців за законом. Тобто ніхто не надає жодних гарантій, що в спадкуванні братимуть участь ті особи, яким заповідана спадщина.

Не всі фізичні особи є сповна здоровими. Зокрема, окремі з них страждають на певні вади, під якими маються на увазі, зокрема, глухота, німота чи сліпота. Чи гарантовано згаданим особам право на складання заповіту?

Чинне законодавство нашої держави передбачено чітку відповідь на це запитання. Зокрема, в ЦК України немає норми права, зміст якої забороняв би фізичним особам, які є глухими, німими або сліпими, розпоряджатися тим майном, яке належить їм на праві приватної власності, шляхом складення заповіту [2]. Така заборона не закріплена й тими актами, що не мають юридичної сили, яку надано законам. Зокрема, в цьому випадку мова йде про Порядок [6] чи Постанову Пленуму [7].

Нині доктриною спадкового права не передбачено суттєвих заперечень щодо наявності права на складення заповіту в тих осіб, що страждають на певні фізичні вади, якими є сліпота, глухота або німота. Зокрема, такої позиції в своїх наукових працях обстоюють чимало вчених, до яких, наприклад, належать: Б. Антімонов та К. Граве [27, с. 149], Й. Васькович [46, с. 122], Ю. Заїка [11, с. 129-130], А. Рубанов [38, с. 59-60], В. Серебровський [41, с. 108], а також інші.

Ми переконані в тому, що ті особи, які мають фізичні вади (сліпі, глухі чи німі), мають правовий статус заповідача. Наведену позицію спробуємо підтвердити.

По-перше, змістом чинного законодавства нашої держави не заборонено тим фізичним особам, які є глухими, німими або сліпими, заповідати майно, що належить їм на праві власності. Зокрема, треба наголосити на тому факті, що вказана заборона відсутня в ЦК України, а також в інших актах.

По-друге, глухота, німота або сліпота не є тими життєвими обставинами, які позначалися б на рівні цивільної дієздатності. Тому, враховуючи сказане, фізичні особи, які страждають на зазначені вади, не повинні зазнавати тих чи інших обмежень в праві на складення заповіту. В протилежному випадку виникне своєрідна дискримінація. Зміст останньої полягатиме в тому, що одним фізичним особам можна скласти заповіт, а іншим – ні.

Ми уже з'ясували, що фізичні особи, які мають фізичні вади (наприклад, глухоту, німоту чи сліпоту), володіють правовим статусом заповідача. Яке майно можуть охоплювати заповіти, складені такими суб'єктами?

Чинне законодавство нашої держави передбачає чітку відповідь на це запитання. Зокрема, відповідно до ч. 4 ст. 35 ЦК України, повна цивільна дієздатність, яку отримала фізична особа, поширюється на всі її права та обов'язки [2]. Крім того, згідно з ч. 1 ст. 1236 ЦК України, кожен із таких суб'єктів має можливість заповідати будь-яку частину майна, повноправним власником якого він є [2].

Аналогічна за змістом норма права має непрямим закріпленням в інших актах, які не є законами. Наприклад, мова йде про п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. І Порядку [6].

Нині більшість учених в своїх наукових працях доводять думку про те, що ті фізичні особи, які страждають на певні вади (глухоту, німоту чи сліпоту), можуть заповідати ту або іншу частину майна, яке належить їм на праві власності. Зокрема, такої позиції дотримуються: О. Нелін [51, с. 97-98], Г. Степаненко [42, с. 30-33] та інші науковці.

На наше переконання, ті фізичні особи, які мають фізичні вади (сліпі, глухі чи німі), мають право заповідати будь-яку частину того майна, власниками якого вони є. Чому ми дотримуємося такої позиції?

По-перше, чинне законодавство нашої держави дозволяє фізичним особам, які страждають на глухоту, німоту, сліпоту або якісь інші вади, охоплювати своїми заповітами будь-яку частину того майна, яке набуто ними у власність. Зокрема, відповідна вказівка закріплена в ч. 2 ст. 1236 ЦК України та п. 1.1. ч. 1 гл. 3 р. І Порядку.

По-друге, фізичні особи, які страждають на сліпоту, глухоту або німоту, володіють повною цивільною дієздатністю. Тому, зважаючи на це, такі суб'єкти мають право вчиняти будь-які правочини, наприклад, заповіти. Зміст останніх може охоплювати будь-яку частину майна, власниками якого є вищезгадані учасники цивільно-правових відносин.

ВИСНОВКИ

Отже, беручи до уваги вищевикладене, можна дійти таких висновків:

1. Учасники цивільно-правових відносин, які володіють правом на заповіт, повинні мати правовий статус заповідача, а не спадкодавця.

2. Право на складення заповіту гарантовано фізичним особам, які мають повну цивільну дієздатність.

3. Фізичні особи, які володіють повною цивільною дієздатністю, можуть заповідати будь-яку частину майна, власниками якої вони є.

4. Право на складення заповіту належить неповнолітнім фізичним особам, які досягли шістнадцятирічного віку.

5. До переліку суб'єктів які, будучи неповнолітніми, мають можливість скласти заповіт, зокрема належать: а) фізична особа, яка, не досягши вісімнадцяти років, зареєструвала шлюб або записана мамою чи батьком дитини; б) фізична особа, яка, досягши шістнадцяти років, працює за трудовим договором чи бажає займатися підприємницькою діяльністю.

6. Неповнолітні фізичні особи можуть скласти заповіти, не отримавши на це згоди своїх піклувальників.

7. Фізичні особи, які є неповнолітніми, можуть заповідати не все майно, повноправними власниками якого вони є, а лише: а) грошові кошти, що зароблені ними особистою працею; б) майно, яке вони придбали завдяки вищевказаним виплатам.

8. Не мають права на складення заповіту: а) малолітні; б) фізичні особи, які за рішенням суду визнані обмежено дієздатними чи недієздатними, чи в момент складення ними заповіту не могли усвідомлювати значення вчинюваних ними дій та керувати ними.

9. Права на складення заповіту не позбавляються особи, які страждають на певні вади (наприклад, глухота, сліпота, німота).

10. Фізичні особи, які є сліпими, глухими чи німи, можуть заповідати будь-яку частину майна, яке належить їм на праві власності.

Список літератури:

1. Конституція України від 28 червня 1996р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.
3. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
4. Закон України «Про нотаріат» від 02 вересня 1993 р. № 3425-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.
5. Постанова Верховної Ради України «Про затвердження положень про паспорт громадянина України та про паспорт громадянина України для виїзду за кордон» від 26.06.1992 № 2503-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 37. – Ст. 545.

6. Наказ Міністерства Юстиції України «Про затвердження Порядку про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» № 296/6 від 22 лютого 2012р. – Режим доступу: /<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12>.

7. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про спадкування» № 7 від 30 травня 2008 р. // Вісник Верховного суду України. – 2008. – № 6 (94). – С. 17-24.

8. Васильченко В. В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування, посібник. – Х.: Одиссей, 2007. – (Серія «Законодавство України») – 480 с.

9. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. Вид. 4-е, перероб. і допов. – Х.: ТОВ «Одиссей», 2008. – 1200 с.

10. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позиції вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) у 12 т. – Т. 12: Спадкове право / За ред. проф. І. В. Спасиво-Фатеевої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Колеснік А. А., 2009. – 544 с.

11. Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 // Київський національний університет ім. Т. Г. Шевченка. – К., 2007. – 416 с.

12. Васильченко В. В. Рецепція римського спадкового права в сучасному спадковому праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Київський національний університет ім. Т. Г. Шевченка. – К., 1997. – 175 с.

13. Лунькова О. В. Имущественные права несовершеннолетних: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Санкт-Петербургский университет МВД России. – С-Пб., 2006. – 172 с.

14. Рябоконт Е. О. Спадкове правовідношення в цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Київський національний ун-т ім. Т. Г. Шевченка. – К., 2002. – 229 с.

15. Шевчук Л. В. Заповіт як підстава виникнення правонаступництва в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2001. – 223 с.

16. Жилінкова І. В. Проблеми правового режиму майна членів сім'ї: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03 / Харк. юрид. акад. ім. Я. Мудрого. Х., 1999. – 39 с.

17. Аюбов Т. Возникновение и развитие советского наследственного права в Узбекистане // Автореф. дисс. На соискание учен. степени кандидата юрид. наук. канд. Т., 1961. – 22 с.

18. Барщевский М. Ю. Правовое регулирование наследования по завещанию в СССР // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / ИГПАН СССР. – М., 1984. – 24 с.

19. Дроников В. К. Наследование по завещанию в советском праве. – Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: КГУ им. Т. Г. Шевченко. – 1952. – 12 с.

20. Инцас В. Л. Наследование как особый вид правопреемства в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.03.03 / Ленингр. гос. ун-т им. А. А. Жданова. – Ленинград, 1973. – 15 с.

21. Каминская Н. Л. Правовые проблемы наследования по завещанию в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Государственный университет – Высшая школа экономики. – М., 2007. – 25 с.

22. Орлова О. Б. Дееспособность физических лиц в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Российский государственный торгово-экономический университет. – М., 2009. – 26 с.
23. Чепига Т. Д. Наследование по завещанию в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1963. – 16 с.
24. Чуйкова В. Ю. Правові питання спадкування за заповітом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Нац. юрид. акад. ім. Я. Мудрого. – Х., 1999. – 19 с.
25. Эйдинова Э. Б. Осуществление наследственных прав и защита их судом и нотариатом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Моск. Гос. Ун-т им. М. В. Ломоносова. – М., 1972. – 25 с.
26. Г. Н. Амфитеатров и В. П. Солодилов. Право наследования в СССР – юр. из-во Министерства Юстиции СССР. – 1946. – 40 с.
27. Антимонов Б. С., Граве К. А. Советское наследственное право. – М.: Госюриздат. – 1953. – 264 с.
28. Барщевский М. Ю. Если открылось наследство. – М.: Юрид. лит., 1989. – 182 с.
29. Гордон М. В. Наследование по закону и по завещанию. – М.: Юрид. лит., 1967. – 120 с.
30. Дрониов В. К. Наследование по завещанию в советском праве. – К., 1957. – 134 с.
31. Дрониов В. К. Наследственное право Украинской ССР. – К., Вища шк., 1974. – 160 с.
32. Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток: Монографія, 2-ге вид. – К.: КНТ, 2007. – 288 с.
33. Мейер Д. И. Русское гражданское право / в 2-х частях. Часть 2. По испр. и доп. 8-му изд. 1902. – М.: Статут (Классика рос. цивилистики). – 1997. – 455 с.
34. Можухина З. И. Наследование по завещанию в СССР. М., Гос. изд-во юридической литературы, 1955. – 52 с.
35. Никитюк П. С. Наследственное право и наследственный процесс. – Кишинёв: Штица, 1973. – 250 с.
36. Пронина М. Г. Наследование по закону и по завещанию. – Мн.: Беларусь, 1978. – 95 с.
37. Рубанов А. А. Закон о наследовании. – М.: Знание, 1984. – 64 с. – (Новое в жизни, науке и технике. Сер. «Право в нашей жизни»; № 4).
38. Рубанов А. А. Право наследования. – М.: Московский рабочий, 1978. – 96 с.
39. Рябокони Є. О. Спадкове правовідношення в цивільному праві: Монографія. Київський національний університет ім. Т. Г. Шевченка. – К.: Випол, 2002. – 266 с.
40. Рясенцев В. А. Наследование по закону и по завещанию в СРСР. – М.: Знание, 1972. – 48 с.
41. Серебровский В. И. Очерки советского наследственного права. – М.: Изд-во АН СССР, 1953. – 237 с.
42. Степаненко Г. М. Наследственное право РСФСР. – С., Изд-во Саратов. Унив., 1965. – 68 с.
43. Халфина Р. О. Право наследования в СССР. Изд. М., Гос. изд. юрид. лит. 1951. – 64 с.
44. Черепакин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. – М.: Госюриздат, 1962. – 162 с.
45. Эйдинова Э. Б. Наследование по закону и по завещанию. – М.: Юрид. лит., 1984. – 112 с.
46. Василькович Й. Спадкування за заповітом: проблеми вікового цензу // Право України. – 2008. – № 4. – С. 121-123.
47. Долинська М. Особливості видачі нотаріусами свідоцтв про право на спадщину за заповітом // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2012. – Вип. 56. – С. 237-243.
48. Заїка Ю. О. Проблеми, що виникають під час застосування спадкового законодавства // Вісник Верховного суду України. – 2006. – № 3(67). – С. 30-35.
49. Котарева О. В., Кондратьева А. Ю. Завещательная правосубъектность // Научные ведомости БелГУ. Серия: Философия. Социология. Право. – 2009. – № 8. – С. 114-118.
50. Мельник М. Новели спадкування за заповітом в новому Цивільному кодексі України // Право України. – 2004. – № 4. – С. 132-135.
51. Нелін О. До питання спадкування за заповітом за Цивільним кодексом України // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 11. – С. 96-99.
52. Серебровский В. Некоторые вопросы советского наследственного права // Вестник советской юстиции. – 1925. – № 3. – С. 100.
53. Трепицын И.Н. К вопросу о завещаниях // Вестник советской юстиции. – 1925. – № 6. – С. 237.
54. Чепига Т. Д. К вопросу о праве завещать // Вестник Московского государственного университета. Серия «Право», 1965. – С. 46-52.
55. Конституційне право України: Навч. посіб. / Кравченко В. В. – Вид. 3-ге, виправл. та допов. – К.: Атіка, 2004. – 512 с.
56. Конституційне право України: Підруч. для студен. вищ. навч. заклдів / За ред. академіка АПРН України, доктора юридичних наук, професора Ю. М. Тодики, доктора юридичних і політичних наук, професора В. С. Журавського. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2002. – 544 с.
57. Наследственное право: Курс лекцій / Л. Ю. Грудцына – М.: Изд-во Эксмо, 2006. – 148 с.
58. Спадкове право України: Навч.-практ. посібник / О. Є. Кухарев. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 222 с.
59. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук.-практ. посіб./ С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко, С. Я. Рабовська, Л. О. Кармаза та ін.; За заг. ред. С. Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. – 1216 с.
60. Спадкове право України: теорія, коментарі, практика, зразки заяв: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / Л. К. Брукацький. – К.: Вид. дім «Ін Юре», 2008. – 384 с.
61. Українське цивільне право. Спадкове право: Підруч. / Ромовська З. В. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 264 с.
62. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: У 2 т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2006. – Т. 1. Загальна частина. – 696 с.
63. Цивільне право України: Підруч. / Харитонов Є. О., Старцев О. В. – Вид. 2, перероб. і доп. – К.: Істина, 2007. – 816 с.
64. Цивільне та сімейне України: підруч. / За ред. Харитонова Є. О., Голубевої Н. Ю. – К.: Правова єдність, 2009. – 968 с.

ПРОЕКТ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ОСОБУ ЗАПОВІДАЧА»

(АВТОРСЬКА РОЗРОБКА КОВАЛЬЧУКА ЯРОСЛАВА)

РОЗДІЛ I. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Стаття 1. Основні терміни та їхнє визначення

1. Юридичні терміни, охоплені цим законом, мають пряме відношення до фізичної особи, якій гарантований правовий статус, що має заповідач.

2. В цьому законі юридичні терміни вживаються в такому значенні:

заповідач – це фізична особа, що, будучи повноправним власником майна, яке не вилучене з цивільного обороту, володіє правом на складення заповіту;

заповіт – це односторонній правочин, чітким і недвозначним змістом якого передбачено вольове, добровільне, осмислене та справедливе розпорядження, що, маючи письмову форму, а також встановлене цивільним законодавством нотаріальне або інше посвідчення, може здійснюватися заповідачем особисто на випадок неминучого настання його смерті щодо гарантованих йому прав та покладених на нього обов'язків, які, будучи майновими й немайновими, водночас становлять склад спадкової маси;

людина – це діяльна та мисляча істота, яка, перебуваючи на вищому щаблі біологічного розвитку, створена Всевишнім;

спадкові відносини – це суспільні відносини, які, будучи врегульованими юридичними нормами, які становлять комплексну систему спадкового права, водночас виникають, змінюються або припиняються з приводу спадкування, а також інших питань, які нерозривно з ним пов'язані;

спадкова маса – це певні обов'язки і права заповідача, які можуть перейти до спадкоємців в порядку спадкування;

фізична особа – це людина, яка є суб'єктом цивільно-правових відносин;

фізична особа, яка є неповнолітньою – це фізична особа, яка перебуває у віці від чотирнадцяти до сімнадцяти років включно;

фізична особа, яка має повну цивільну дієздатність – це фізична особа, якій виповнилося вісімнадцять років;

фізична особа, яка набула повну цивільну дієздатність – це фізична особа, яка, будучи неповнолітньою, зареєструвала шлюб;

фізична особа, якій може бути надано повну цивільну дієздатність – це:

- фізична особа, яка досягши шістнадцяти років, виконує покладені на неї обов'язки за трудовим договором,
- неповнолітня фізична особа, яка записана батьком або матір'ю дитини,
- фізична особа, яка, досягши шістнадцятирічного віку, бажає займатися підприємницькою діяльністю.

РОЗДІЛ II. ЧИННЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО ОСОБУ ЗАПОВІДАЧА

Стаття 2. Чинне законодавство України про особу заповідача

1. Чинне законодавство України про особу заповідача закріплює засновані на принципах добросовісності, справедливості, а також розумності, національні нормативно-правові акти та міжнародні договори.

2. Національне законодавство, зміст якого стосується особи заповідача, ґрунтуючись на визнаних в демократичному суспільстві моральних нормах, водночас включає в себе впорядковану систему нормативно-правових актів, під якими треба розуміти: Конституцію України, Цивільний кодекс України, Закон України «Про заповідальні розпорядження», цей закон та інші акти, які згідно зі своєю юридичною силою є законами чи підзаконними актами.

3. Міжнародне законодавство, зміст якого стосується особи заповідача, ґрунтуючись на визнаних в демократичному суспільстві моральних нормах, включає в себе впорядковану систему міжнародних договорів, ратифікованих абсолютною більшістю конституційного складу Верховної Ради України.

Стаття 3. Основоволожні правила, відповідно до яких повинне діяти законодавство України про особу заповідача

1. Якщо міжнародний договір про правовий статус, який має заповідач, передбачає правила, що відповідають правилам, які закріплені ЦК України, цим законом та іншими актами, що за своєю юридичною силою є законами або підзаконними актами, то якісне врегулювання спадкових правовідносин повинне здійснюватися зазначеним договором та згаданими актами.

2. Якщо міжнародний договір про правовий статус, який має заповідач, передбачає правила, що не відповідають правилам, які закріплені ЦК України, цим законом та іншими актами, що за своєю юридичною силою є законами або підзаконними актами, то якісне врегулювання спадкових правовідносин повинне здійснюватися зазначеним договором.

Стаття 4. Завдання законодавства України про особу заповідача

1. Головними завданнями, що покладені на чинне законодавство України, яке має безпосереднє відношення до особи заповідача, є якісне регулювання спадкових правовідносин в частині чіткого та недвозначного встановлення суб'єктного складу фізичних осіб, що мають право на заповіт.

Стаття 5. Юридичні вимоги, яким повною мірою повинне відповідати законодавство України про особу заповідача

1. Чинне законодавство України, зміст якого стосується особи заповідача, не повинне обмежувати чи скасовувати майнові та особисті немайнові права, які міжнародними і вітчизняними нормативно-правовими актами гарантовані такій особі та іншим безпосереднім учасникам цивільно-правових відносин, якими, зокрема, є будь-які члени її сім'ї.

2. Чинне законодавство України, зміст якого стосується особи заповідача, не повинне гарантувати такій особі, а також іншим безпосереднім учасникам цивільно-правових відносин, пільг, не охоплених ЦК України, цим законом та іншими міжнародними та вітчизняними актами.

Стаття 6. Правові наслідки, настання яких обумовлює недотримання чинним законодавством України про особу заповідача юридичних вимог, передбачених цим законом.

1. Чинне законодавство України, зміст якого стосується особи заповідача, в частині, що обмежує або скасовує майнові й/або особисті немайнові права, що гарантовані такій особі та іншим учасникам цивільно-правових відносин, зокрема, будь-яким членам її сім'ї, є нікчемним.

2. Чинне законодавство України, зміст якого стосується особи заповідача, в частині, що гарантує такій особі, а також іншим безпосереднім учасникам цивільно-правових відносин, пільги, не охоплені ЦК України, цим законом та іншими нормативно-правовими актами, є нікчемним.

РОЗДІЛ III. СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД ФІЗИЧНИХ ОСІБ, ЯКІ МАЮТЬ ПРАВО НА ЗАПОВІТ**Стаття 7. Перелік фізичних осіб, яким гарантовано право на заповіт**

1. Право на заповіт мають безпосередні суб'єкти цивільних правовідносин, які мають правовий статус, гарантований заповідачу.

2. Правовим статусом заповідача володіють:

- фізичні особи, що мають чи набули повну цивільну дієздатність;
- фізичні особи, яким надана повна цивільна дієздатність;
- неповнолітні фізичні особи, які досягли шістнадцятирічного віку.

3. Чинне законодавство України визначає заповідача як свідому людину, що відповідає вимогам, перелік яких передбачений ч. 1 ст. 5 цього закону, незалежно від певних фактів, які стосуються безпосередньо вказаної особи, зокрема, її статі, кольору шкіри, громадянства або підданства, національності, місця проживання, ставлення до релігії, віросповідання, мови спілкування, освіти, майнового або соціального стану, громадсько-політичних уподобань, притягання до юридичної відповідальності, а також інших чинників.

4. Переліку фізичних осіб, які володіють правовим статусом заповідача, притаманний вичерпний характер.

Стаття 8. Юридичні наслідки, настання яких обумовлює вчинення заповіту особою, яка не має правового статусу заповідача

1. Заповіт, складений безпосереднім суб'єктом цивільних правовідносин, що не передбачений ч. 1 ст. 7 цього закону, є нікчемним.
2. Частина спадкової маси, що охоплена заповітом, який передбачений ч. 1 ст. 8 цього закону, успадковується за законом.

Стаття 9. Отримання правового статусу, гарантованого заповідачу, фізичними особами, цивільна дієздатність яких була поновлена

1. Обмежено дієздатна фізична особа, цивільна дієздатність якої поновлена за обґрунтованим рішенням, що ухвалене судом, отримує правовий статус, який чинним законодавством України гарантований заповідачеві.
2. Недієздатна фізична особа, цивільна дієздатність якої поновлена за обґрунтованим рішенням, що ухвалене судом, отримує правовий статус, який чинним законодавством України гарантований заповідачеві.

РОЗДІЛ IV. ОСНОВОПОЛОЖНІ ЗАСАДИ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ, ЩО НАСТАЄ ЗА ПОРУШЕННЯ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ОСОБУ ЗАПОВІДАЧА

Стаття 10. Юридична відповідальність за навмисне чи ненавмисне порушення чинного законодавства України про особу заповідача

1. Громадяни України, іноземці, посадові службові особи та інші особи, які, будучи безпосередніми учасниками цивільних або інших правовідносин, водночас на підставі вмотивованого рішення відповідного державного органу визнані винними в умисному чи неумисному невиконанні юридичних норм, охоплених чинним законодавством України, що стосується особи заповідача, несуть адміністративну, дисциплінарну, кримінальну, матеріальну, цивільну або інші види юридичної відповідальності, передбачені відповідним законом.
2. Процедура несення особами, які передбачені ч. 1 ст. 10 цього закону, юридичної відповідальності визначена чинним законодавством України.

РОЗДІЛ V. НАГЛЯД ЗА ДОТРИМАННЯМ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО ОСОБУ ЗАПОВІДАЧА

Стаття 11. Нагляд за дотриманням чинного законодавства України про особу заповідача

1. Ефективний нагляд за своєчасним, точним та неухильним дотриманням норм, які передбачені чинним законодавством України про особу заповідача, від імені держави Україна за правилами, що закріплені відповідним законом, здійснюється злагодженою та впорядкованою системою державних органів, яку утворюють спеціальний центральний орган державної виконавчої влади та підконтрольні йому спеціальні місцеві органи державної виконавчої влади.
2. Завдання, покладені на органи, які закріплені ч. 1 ст. 11 цього закону, передбачені відповідними законами та підзаконними актами.

РОЗДІЛ VI. ПОРЯДОК ВИРІШЕННЯ СПОРІВ, ЩО ВИНΙΚАЮТЬ В РАЗІ НЕВИКОНАННЯ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОСОБУ ЗАПОВІДАЧА

Стаття 12. Virішення спорів, які виникають внаслідок невиконання чинного законодавства про особу заповідача

1. Спори, які виникли внаслідок навмисного чи ненавмисного порушення норм, які передбачені чинним законодавством України про особу заповідача, вирішуються в досудовому порядку в строгій відповідності певним правилам, які ґрунтуються на засадах добросовісності, розумності та справедливості, передбачені відповідними законодавчими та підзаконними актами.

2. Спори, що визначені ч. 1 ст. 12 цього закону, водночас не були вирішені або неналежно вирішені в досудовому порядку, можуть вирішитися судами, які належать до органів загальної юрисдикції, за певними правилами, які, керуючись засадами добросовісності, розумності та справедливості, водночас передбачені відповідними законодавчими та підзаконними актами, на підставі обґрунтованої позовної заяви, яка подана зацікавленою особою.

Стаття 13. Правові наслідки, настання яких обумовлює вирішення спорів, які стосуються чинного законодавства України про особу заповідача, за неправомірними і/або аморальними правилами

1. Вирішення спорів, які отримали закріплення в ч. 1 ст. 12 цього закону, за правилами, зміст яких не відповідає змісту чинного законодавства України і/або змісту загальноновизнаних норм моралі, тягне за собою адміністративну, кримінальну, цивільну, а також інші види юридичної відповідальності, що, своєю чергою, передбачені відповідним законом.

2. Порядок несення винними особами відповідальності, закріпленої ч. 1 ст. 13 цього закону, визначається чинним законодавством України.

РОЗДІЛ VII. ПРИКІНЦЕВІ ПОЛОЖЕННЯ

Стаття 14. Набрання чинності законом України «Про особу заповідача»

1. Цей закон набирає чинності з дня його всенародного оприлюднення, яке відбувається в порядку, закріпленому чинним законодавством України.

Стаття 15. Порядок внесення змін та доповнень до закону України «Про особу заповідача»

1. Зміни й доповнення до цього закону вносяться за певними правилами, що передбачені чинним законодавством України.

2. Зміст як змін, так і доповнень, передбачених ч. 1 ст. 15 цього закону, має відповідати змісту норм, які закріплені чинним законодавством України, та змісту моральних норм, що визнані в демократичному суспільстві.

Президент України

Порошенко П. О.

м. Київ, ____ . ____ . ____ р.

№ ____ / ____ - ВР

МАЙНОВА ЛЮСТРАЦІЯ

Щодо висновків органів ДФС про результати перевірки, якими встановлено недостовірність та/або невідповідність щодо наявного або набутого майна

АВТОР

Ростислав САДОВИЙ,
юрист



Люстрація, про яку в українському суспільстві говорили ледь не як про панацею від корупції, восени того року набула форми закону з багатозначною назвою «Про очищення влади». Однак вже наприкінці 2014-го Венеціанська комісія в проміжному висновку від 16.12.2014 №788/2014. CDL-AD(2014)044 (далі – *Висновок*) висловила цілу низку критичних зауважень щодо положень Закону України «Про очищення влади» (далі – *Закон*).

Якщо на початку цей Закон сприймався як інструмент боротьби з «верхами», то нині фактично кожна особа, котра обіймає посаду (крім виборної) в органах державної влади чи органах місцевого самоврядування, має шанс стати об'єктом персонального екзорцизму, пов'язаного з очищенням влади.

Зокрема, згідно з ч. 14 ст. 5 ЗУ «Про очищення влади» особа може бути звільнена із посади, яку вона обіймає, протягом трьох днів на підставі висновку органу ДФС про результати перевірки, які підтверджують недостовірність відомостей щодо:

- наявності майна (майнових прав), зазначених у поданих ними за попередній рік деклараціях про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру;
- та/або невідповідність вартості майна (майнових прав), вказаного (вказаних) в їхніх деклараціях, набутого (набутих) за час перебування на посадах, визначених цим Законом, доходам, отриманим із законних джерел.

На те, що ця норма є дуже суворою і не має винятків для окремих випадків (наприклад, з причини стану здоров'я тощо), увагу вже звертала Венеціанська комісія (п. 94 Висновку).

Загалом варто зазначити, що держава під терміном «майно (майнові права)» має на увазі нерухоме майно, транспортні засоби, кошти на рахунках у банках та інших фінансових установах, цінні папери, внески до статутного (складеного) капіталу товариства, підприємства, організації, інформація щодо яких міс-

титься в розділах III, IV та V декларації про доходи (наказ Мінфіну від 03.11.2014 № 1100).

Оскільки перелік посад, щодо яких здійснюється (люстрація), надто широкий, то потрапити під звільнення з підстави так званої майнової люстрації може будь-яка особа, що обіймає посаду (крім виборної) в органах державної влади чи органах місцевого самоврядування. Навіть більше, цілком імовірний випадок, що особа (наприклад, молодий спеціаліст), яка почала працювати на державній службі вже після самоусунення Віктора Януковича з посади глави держави, може бути люстрована лише за неправильно заповнену декларацію про доходи. Це у той час, коли відповідно до мети Закону, люстрація охоплює лише період недемократичної влади в країні: радянського комуністичного режиму і «узурпації влади президентом України Віктором Януковичем». Тому небезпідставно Венеціанська комісія звертала увагу на те, що список посад, які підпадають під люстрацію, має бути обмежений (п. 54 Висновку).

У разі встановлення за результатами перевірки недостовірностей та/або невідповідностей у будь-якому з розділів декларації про доходи, особа має право надати письмові пояснення за такими фактами та підтверджувальні документи, які є обов'язковими для розгляду та врахування відповідним органом при підготовці висновку про перевірку (ч. 10 ст. 5 Закону).

Проте немає гарантій, що такі пояснення будуть враховані. Наприклад, встановлені Запорізьким окружним адміністративним судом обставини справи №808/448/15 свідчать, що письмовими поясненнями та наданими правоустановчими документами, які є обов'язковими для органу ДФС, особа усунула встановлені розбіжності, однак контролюючий орган таки зробив висновок щодо невідповідності вартості майна (майнових прав), вказаного (вказаних) у декларації про доходи (ухвала від 16.02.2015).

У ч. 11 ст. 5 та ч. 9 ст. 1 Закону чітко встановлено, що висновок органу ДФС, який проводив перевірку, як і будь-яке рішення, дія або бездіяльність суб'єктів владних повноважень при виконанні цього Закону «оскаржуються в судовому порядку», тобто у визначеному КАС України.

Однак, як свідчить судова практика, можлива ситуація, коли при подачі позову про оскарження висновку органу ДФС про результати перевірки, суд

взагалі не відкриє провадження. Наприклад, ухвалою Хмельницького окружного адміністративного суду від 23.02.2015 у справі №822/592/15 відмову у відкритті провадження було мотивовано, зокрема, тим, що «висновок про результати перевірки... не є рішенням суб'єкта владних повноважень, яке породжує права та обов'язки саме у сфері публічно-правових відносин... суд зазначає, що нормами чинного КАС України адміністративним судам не надано повноважень скасовувати документ, який не є нормативним актом або актом індивідуальної дії у сфері публічно-правових відносин».

Загалом огляд судової практики дає підстави стверджувати, що адмінсуди в більшості випадків відкривають провадження у таких справах.

Варто звернути увагу на зауваження Венеціанської комісії, що Закон не передбачає, щоб наслідки висновку контролюючого органу про результати перевірки були призупинені в разі апеляції та до того часу, як остаточне рішення, що не підлягає оскарженню, буде ухвалене компетентним судом (п. 96 Висновку).

У такому разі особі, яка оскаржує висновок про результати перевірки, доцільно подавати до суду клопотання про забезпечення адміністративного позову шляхом зупинення дії такого висновку, тобто користуватися можливостями, що надає КАС України. Наприклад, ухвалою Івано-Франківського окружного адміністративного суду від 20.02.2015 у справі №809/739/15 було зупинено дію висновку до набрання чинності судовим рішенням в цій справі. Хоча заради об'єктивності варто зазначити, що є також рішення адмінсудів, якими відмовлено у задоволенні таких клопотань.

Також аналіз судової практики адмінсудів наочно демонструє, що на підставі висновків ДФС про результати перевірки осіб активно звільняють із посад. У такому випадку є логічним подавати вже два позови до адмінсуду:

- перший – до органу ДФС, який видав висновок, щодо скасування висновку про результати перевірки;
- другий – до роботодавця щодо скасування наказу про звільнення з посади, поновлення на роботі та стягнення середньої заробітної плати за вимушений прогул.

При цьому, є доцільним також, окрім клопотання про забезпечення позову, подавати (у справі про поновлення – *прим. авт.*) клопотання про зупинення розгляду справи до набрання чинності рішенням суду у справі про скасування висновку контролюючого органу (наприклад, ухвала Сумського окружного адміністративного суду від 27.02.2015 у справі №818/460/15).

Увагу потрібно також звернути на таке питання. Зокрема, заслуговує на серйозну критику фактич-

но скорочений порядок звільнення особи на підставі висновку ДФС про результати перевірки, яким встановлено недостовірності та/або невідповідності у будь-якому з розділів декларації про доходи. Фактично такий висновок (за умов його законності – *прим. авт.*) встановлює юридичний факт подання завідомо недостовірних відомостей у декларації про доходи у поза судовому порядку.

Однак нині, відповідно до абз. 4 ч. 10 ст. 12 ЗУ «Про засади запобігання і протидії корупції», подання завідомо недостовірних відомостей в декларації про доходи є підставою для притягнення суб'єкта декларування до дисциплінарної, адміністративної відповідальності відповідно до закону.

Натомість адміністративна відповідальність за таке адміністративне порушення встановлена КУпАП, а саме ч. 3 ст. 172-6 і тягне за собою накладення штрафу від 150 до 300 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Все це ядотого, що, згідно з КУпАП, у випадку встановлення факту подання завідомо недостовірних відомостей у декларації про доходи має бути складений відповідний протокол, справа має розглядатися судом, відтак має бути винесена постанова (не обов'язково з накладенням стягнення – *прим. авт.*), яка, своєю чергою, підлягає оскарженню в апеляційному порядку. А вже після всього цього має відбуватися ймовірне звільнення за пунктом 7-1 ч. 1 ст. 36 КЗпП України.

На мою думку, особі, стосовно якої виявлено факт подання завідомо недостовірних відомостей в декларації про доходи (навіть якщо вона умисно це вчинила), мають бути надані процесуальні гарантії захисту своїх прав, а не звільнення протягом трьох днів.

За таких обставин суб'єктам декларування, на яких поширюється цей Закон, потрібно особливо уважно і відповідально заповнювати декларацію про доходи. Тому що навіть без умислу можна створити неприємну ситуацію.

Отже, вищевикладене дає підстави вкотре зробити висновок про те, що ЗУ «Про очищення влади» не лише в окремих випадках не передбачає прав і гарантій для осіб, що підпадають під його дію, а і обмежує або взагалі позбавляє таких осіб вже встановлених законодавством прав і свобод.

Закон України «Про очищення влади» за своєю сутністю має бути сумішшю правового акта і політичного документа. Цей Закон має виконувати важливу функцію забезпечення верховенства права в країні, тому між цими двома елементами має бути знайдений відповідний баланс. Однак положення цього Закону і практика його застосування свідчать про те, що в Україні досі не знайдений необхідний баланс сил.

ПРИНЦИПИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСОБИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

АВТОР

Мирослав ЦИБУЛЮК,
магістрант Інституту права
ім. Володимира Великого
Міжрегіональної Академії
управління персоналом



Актуальність взаємозв'язків суспільства й особи, громадянина та держави зумовлена їхнім ускладненням, що, зокрема, пов'язано з тим, що більш взаємозалежними стають їхні інтереси й проблеми, зростає їхня взаємна відповідальність. Усі ці явища та процеси потребують глибокого осмислення, узагальнення і відображення в законодавстві.

У системі цінностей українського демократичного суспільства на першому місці перебуває людина (ст. 3 Конституції України). Проте взаємозв'язки суспільства й особи, громадянина та держави продовжують ускладнюватись, більш взаємозалежними стають їхні інтереси та проблеми, зростає їхня взаємна відповідальність. Усі ці явища та процеси потребують глибокого осмислення, узагальнення і відображення в законодавстві. Зокрема, важливе місце посідає проблема конституційно-правового статусу людини і громадянина, центральним елементом якого є права та свободи людини і громадянина. Система цих прав і свобод не може існувати без певних ідей, які покладені в їхню основу. Ними є принципи конституційно-правового статусу людини і громадянина – доволі актуальні в міжнародному праві, оскільки є чимало міжнародно-правових документів, які їх закріплюють. Основними такими документами є: Загальна декларація прав людини (1948 р.), Міжнародний пакт про економічні, соціальні, культурні права (1966 р.), Міжнародний пакт про громадські і політичні права (1966 р.), Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод (1950 р.).

Питання конституційно-правового статусу людини і громадянина та їхні принципи розглядали: П.М. Рабінович, М.І. Хавронюк, В.В. Кравченко, О.Ф. Фрицький, вирізняючи такі принципи конституційно-правового статусу людини і громадянина.

Одним із важливих елементів конституційно-правового статусу особи в Україні є його прин-

ципи, тобто засади, на основі яких здійснюються права, свободи та обов'язки особи і визначається місце особи в державі та суспільстві.

Такими принципами є:

- 1) належність людині основних прав і свобод від народження і їхня невідчужуваність;
- 2) відповідність правового статусу особи в Україні вимогам і стандартам, які нині діють в міжнародному співтоваристві;
- 3) поєднання індивідуальних інтересів особи з інтересами інших осіб, держави і суспільства;
- 4) загальність конституційних прав, свобод і обов'язків;
- 5) юридична рівність громадян України, їхня рівноправність;
- 6) гарантованість конституційного статусу особи;
- 7) заборона незаконного обмеження конституційних прав і свобод громадян України;
- 8) принцип єдності прав і обов'язків;
- 9) гуманістична спрямованість основ правового статусу особи;
- 10) загальнодоступність основних прав і свобод людини і громадянина.

Принцип належності людині основних прав і свобод від народження і їх невідчужуваність знайшов чітке втілення в ст. 21 Конституції України: «Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними». Конституція України визначає, що основні права і свободи є невідчужуваними, і, відповідно, належать кожному від народження і визнаються основними для людини і громадянина [1].

Принцип відповідності правового статусу особи в Україні вимогам і стандартам, які склалися в міжнародному співтоваристві, проявляється в тому, що в нормах Конституції України втілені моделі, апробовані світовою практикою конституціоналізму. Крім того, в ст. 9 КУ визначено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. В ст. 55 КУ закріплено, що кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися по захист своїх прав і свобод до відповідних міжнародних організацій, членом або учасницею яких є Україна.

Принцип поєднання індивідуальних інтересів особи з інтересами інших осіб, держави і

суспільства є одним із визначальних принципів основ конституційного статусу особи в Україні. Він чітко закріплений у ст. 23 КУ: «Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості». В основі положень Конституції лежить необхідність дбайливого ставлення до прав і свобод людини і громадянина, неприпустимості звуження або скасування прав і свобод. «Конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України» (ст. 64 КУ).

Принцип поєднання індивідуальних інтересів з інтересами інших суб'єктів правовідносин покликаний забезпечити нормальну життєдіяльність суспільства і кожної людини. Права і свободи людини і громадянина виражають багатоманітність інтересів особи в різних сферах життя. Вони надають людині свободу вибору і самовизначення і водночас встановлюють межі такої свободи. Суспільство з розвиненими демократичними традиціями, визнаючи значущість індивідуалізму як чинника суспільного розвитку, не може допустити, щоб індивідуалізм переростав у егоїзм, неповагу до інтересів суспільства, інших людей. Жодне суспільство не може надати людині безмежної свободи, оскільки це породжує анархію, свавілля, конфлікти індивідуальних інтересів [2, с. 216].

Тому система конституційних прав і свобод людини і громадянина в Україні формується так, щоб забезпечити законні інтереси людей і запобігати можливим порушенням їхніх прав і свобод унаслідок зловживання ними з боку інших осіб. Цьому слугує насамперед конституційний принцип рівності, тобто рівності всіх перед законом, який означає відсутність у будь-кого привілеїв перед іншими у правовій сфері. Усі рівні в користуванні правами та свободами. У разі, коли права і законні інтереси людини порушуються внаслідок зловживання з боку інших осіб, держава надає людині можливість захищати свої права засобами, не забороненими законом. Поряд з цим особа має право використовувати державні засоби захисту своїх прав і свобод, які гарантуються Конституцією і законодавством України.

Принцип загальності конституційних прав, свобод і обов'язків означає, що закріплені в Основному законі права і обов'язки стосуються не окремих осіб, а всіх без винятку громадян Української держави. Не допускається ніяка дискримінація.

Норми Конституції поширюються на всіх фізичних осіб, які перебувають на території України. Визнаючи те чи інше право основним, держава виходить з можливості реалізації його всіма. Цим зумовлений і процес розширення основних прав і свобод у міру створення відповідних соціально-економічних передумов. Зокрема, Конституція України встановлює, що права і свободи людини і громадянина, закріплені в ній, не є вичерпними. Обов'язки також мають не окремі члени суспільства, а всі [3, с. 215].

Юридична рівність громадян України, їхня рівність як принцип основ конституційного статусу людини і громадянина в Україні є одним із основоположних. Ст. 24 Конституції встановлює, що «громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом», а частина перша ст. 21: «Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах». У ст. 24 Конституції висвітлені два основні аспекти цього принципу:

- а) рівність громадян перед законом;
- б) рівність жінки і чоловіка.

Гарантованість конституційного статусу особи як принцип правового статусу людини і громадянина насамперед проявляється в положенні ч. 2 ст. 3 КУ, що права і свободи людини та їхні гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком. Кабінет Міністрів України «вживає заходів щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина» (п. 2 ст. 116 КУ). Місцеві державні адміністрації на відповідній території забезпечують «законність і правопорядок; додержання прав і свобод громадян» (п. 2 ст. 119 КУ). На прокуратуру України покладається представництво інтересів громадян у суді у випадках, визначених законом (п. 2 ст. 121 КУ).

Заборона незаконного обмеження конституційних прав і свобод громадян України як один із принципів основ конституційного статусу особи впливає з гуманістичної сутності і призначення Конституції України, демократичних засад конституційного ладу. У загальному вигляді він закріплений у ч. 3 ст. 22 КУ: «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Це положення доповнюється нормою Основного закону про те, що «закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними» (ч. 3 ст. 57 КУ) [4, с. 215].

Гуманістична спрямованість основ правового статусу особи найбільш чітко відображена в конституційному положенні про те, що людина є найвищою соціальною цінністю. Історія виникнення і розвитку прав і свобод людини свідчить, що джерелом рівноправності і гуманізму є природна сутність людини. Історичний зміст гуманізму полягає в боротьбі за справедливе, засноване на рівноправності суспільство. Соціальна справедливість – головна риса гуманізму. Гуманізм як основоположний принцип державного і суспільного ладу лежить в основі конституційно-правового статусу людини і громадянина. Положення ст. 3У визначають гуманістичну спрямованість конституційного регулювання суспільних відносин, демократичний вектор розвитку національної правової системи. Ідеї гуманізму мають юридичне вираження в чинній Конституції України, в поточному законодавстві.

Принцип єдності прав і обов'язків як принцип основ конституційного статусу особи виражається не лише в тому, що у кожного є як права, так і обов'язки, а й у тому, що багато прав є водночас і обов'язками. Найбільш чітко цей принцип закріплений у ст. 23 КУ, що не буває прав без обов'язків. Зокрема, ст. 13 КУ проголошує, що кожний громадянин має право відповідно до закону користуватися об'єктами права власності, а п. 8 ст. 41 Основного закону передбачає, що використання власності не може завдати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі, а ст. 66 КУ встановлює, що «кожен зобов'язаний не заподіювати шкоди природі». З установленим у ч. 1 ст. 50 Конституції правом кожного на безпечне для життя і здоров'я довкілля кореспондується обов'язок оберігати природу (ст. 66 КУ).

Принцип загальнодоступності основних прав і свобод як принцип конституційного статусу людини і громадянина означає, що конституційні права і свободи належать кожному громадянину України і він може їх у повному обсязі реалізовувати за наявності законних на те підстав. Для володіння правами достатньо їх конституційного закріплення, а для користування – необхідні гарантії держави і активність самих громадян. Кожний громадянин, який досяг встановленого законом віку, за наявності інших вказаних в законі умов, має фактичну можливість користуватися правами і свободами і нести обов'язки [5, с. 216].

Зокрема, В.В. Кравченко [2, с. 120], виокремлює принцип свободи людини. На його думку,

в статтях 21 і 23 КУ цей принцип обумовлює її право на вільний розвиток своєї особистості, а межею індивідуальної свободи є права і свободи інших людей. Також вирізняє принцип рівності людей у своїй гідності (ст. 21 КУ). Згідно з Преамбулою Міжнародного пакту про громадські і політичні права гідність особи є властивістю, притаманною «всім членам людської сім'ї», визнання гідності людей, їхніх рівних і невід'ємних прав є «основою свободи, справедливості і загального миру» [6, с. 28].

Приміром, П.М. Рабінович і М.І. Хавронюк зазначають окремим принципом принцип недопущення звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод, закріплений у ст. 22 Основного Закону, що не допускає звуження при схваленні нових законів або внесенні змін до чинних законів. Також зазначають принцип заборони свавільного обмеження конституційних прав та свобод людини і громадянина [1]. Стаття 64 КУ передбачає наявність певних формальних меж цих прав та свобод, так і той факт, що ці межі мають визначатися лише законом, тільки у випадках, передбачених Основним законом, і обґрунтовуватися відповідними чинниками.

Крім того, в законодавстві передбачені спеціальні застереження, які наголошують, що на конкретну категорію осіб принцип рівноправності також поширюється. Зокрема, в законодавстві Франції є чимало норм, у яких те чи інше право закріплюється за «французами і французенками». Автори Основного закону ФРН зробили таке застереження стосовно дітей, народжених поза шлюбом.

З-поміж проявів рівноправності варто виокремити такі, як участь у суді на рівних з іншими сторонами процесуальних умовах, захист державою рівності сторін у договірних відносинах, рівне виборче право, рівність у виконанні обов'язків тощо.

При цьому, важливо зауважити, що принцип рівності юридично виправдовує фактичну нерівність між людьми. Люди нерівні за своїми фізичними і психічними можливостями, за рівнем життя, іншими характеристиками, тому ніяке право не в змозі зрівняти їх. Інакше кажучи, відмінності між людьми все ж існують, і держава їх визнає.

З одного боку, вона намагається коригувати цю нерівність. Так, прогресивний податковий податок запроваджує різницю у правовому становищі крупних власників і незаможних людей. Водночас, з іншого боку, чимало відмінностей принципово можна усунути, вони підвладні самій людині. Неповнолітні стають дорослими

і набувають дієздатності у повному обсязі; засуджені до тюремного ув'язнення особи після відбування строку покарання відновлюють свої права; не всі можуть обіймати посаду судді, але кожний у змозі докласти зусилля, отримати належну освіту, набути авторитет серед колег і потім претендувати на цю посаду.

І все ж у конституційному законодавстві зарубіжних країн можна знайти чимало випадків диференційованого правового регулювання статусу особи. Наприклад, згідно з Конституцією Фіджі 1990 р., правовий статус громадян значною мірою визначається їхньою етнічною належністю (фіджіці, вотуму, індійці). Правова диференціація іноді виражена в явних і прихованих формах (проведення виборів від національних груп, заборона шлюбів між представниками різних віросповідань, рас – в Ірані).

Що ж до встановлення законом нерівних прав громадян, то така практика не відповідає загальнолюдським цінностям, тобто міжнародним стандартам, і зветься дискримінацією – відмінностями у правах. Потрібно знати форми дискримінації, встановлені законом. У низці країн Арабського Сходу позбавлені політичних прав жінки, а в Туреччині – солдати й унтер-офіцери; в Австралії, Новій Зеландії, Канаді, Колумбії, США – є резервації – території, відведені для поселення корінного населення країни, встановлення державної релігії (Велика Британія), обов'язкової ідеології (Куба) тощо. В США і країнах Західної Європи поширена дискримінація іноземних робітників, іммігрантів.

Від згаданих та інших форм дискримінації особи потрібно розрізняти люстрацію (від лат. *lustratio* – очищення). В сучасному конституційному праві так називають узаконену заборону обіймати виборні та інші відповідальні державні посади особам, які брали безпосередню участь в антидемократичній, репресивній діяльності влади при колишньому тоталітарному режимі. У даному випадку люстрацію необхідно вважати формою особистої політичної відповідальності за участь у правопорушенні діяльності державної влади. Зазначимо, що до люстрації вдавалися після Другої світової війни у Німеччині, Італії, а на сучасному етапі – в Естонії, Польщі, Угорщині, Чехії та інших країнах Центральної та Східної Європи.

Отже, можна зробити висновок, що всі науковці, які працювали над питанням конституційно-правового статусу людини і громадянина важливе місце приділяли саме принципам. На думку більшості вчених, принцип рівності прав і свобод, проголошує рівність усіх перед зако-

ном і судом та заборону будь-якої дискримінації. Інший принцип – принцип невідчужуваності і непорушності – проголошує, що жодне із зафіксованих у Конституції України прав людини не може бути скасовано державою, а також відмова від своїх основних прав і свобод є недійсною. В разі будь-яких порушень прав і свобод людини вони повинні бути поновлені. Принцип невичерпності в Конституції України передбачає можливість подальшого розширення цього переліку, виникнення і державне забезпечення у майбутньому нових прав людини і громадянина.

Конституція України визнає і гарантує права і свободи, встановлені нормами міжнародного права шляхом реалізації принципу гарантованості та відповідності міжнародним стандартам прав і свобод людини і громадянина.

На мою думку, Конституція України згідно із загальнолюдськими цінностями та міжнародно-правовими актами в галузі прав людини, закріпивши такі принципи конституційно-правового статусу людини і громадянина, створила надійний фундамент для утвердження і забезпечення прав і свобод людини та громадянина, що, своєю чергою, є головним обов'язком держави.

Тому зобов'язувальна складова основних прав полягає в тому, що держава покликана знаходити розумний баланс втручання у приватну сферу індивіда, заснований на Конституції України, та визначати розумні рамки реалізації принципу соціальної правової держави, що є основою гарантування соціально-економічних і культурно-духовних прав і свобод людини та громадянина.

Список літератури:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996. – 1996. – №30. – Ст. 141.
2. Кравченко В. В. Конституційне право України: навч. посіб. – Вид. 6-те, випр. та доп. – К.: Атіка, 2008. – 592 с.
3. Конституційне право України: Хрестоматія: Навч. посіб. для студ. вищих навч. закл. / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого / В.С. Журавський (упоряд.), Ю.М. Тодика (упоряд.). – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2013. – 882 с.
4. Конституційне право України. Підруч. / За ред. В.Ф. Погорілка. – К.: Наукова думка., 2009. – 634 с.
5. Конституція України: Коментар законодавства України про права та свободи людини і громадянина: Офіц. текст: Навч. посіб. – К.: Парламентське видавництво, 2009. – 544 с.
6. Крегул Ю. І., Ладиченко В. В., Орленко В. І. Права і свободи людини: Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / Київський національний торговельно-економічний ун-т. – К.: Книга, 2014. – 288 с.

ЗАСТОСУВАННЯ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ УКРАЇНИ НА СТАДІЇ ВІДКРИТТЯ КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

АНОТАЦІЯ

У статті розглядаються дискусійні питання застосування міжнародних договорів України на стадії відкриття касаційного провадження, порядку відкриття касаційного провадження у справі. Запропоновано внесення змін до чинного цивільного процесуального законодавства.

АННОТАЦІЯ

В статье рассматриваются дискуссионные вопросы применения международных договоров Украины на стадии открытия кассационного производства, порядка открытия кассационного производства по делу. Предложено внесение изменений в действующее гражданское процессуальное законодательство.

ANNOTATION

In article the debatable questions of application of international contracts of Ukraine on the stage of opening of cassation proceedings, order of opening of cassation proceedings. Bringing of changes in the active civil judicial law is offered.

КЛЮЧОВІ СЛОВА

цивільний процес, касаційне провадження, цивільне судочинство, право на судовий захист, завдання касаційної інстанції, міжнародний договір

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА

гражданский процесс, кассационное производство, гражданское судопроизводство, право на судебную защиту, задачи кассационной инстанции, международный договор

KEYWORDS

civil process, cassation proceedings, civil jurisdiction, right of judicial defence, tasks of cassation instance, international contract

АВТОР

Ганна АХМАЧ,

к.ю.н., асистент кафедри цивільного процесу
Національного юридичного університету
ім. Ярослава Мудрого, м. Харків

При вчиненні правосуддя суди мають враховувати існування пріоритету міжнародного договору України, ратифікованого Верховною Радою України, над національним законом та іншими актами законодавства, крім Конституції України, що відповідає положенням ст. 9 Основного закону, ст. 26 Віденської конвенції (кожний чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись), ст. ст. 15, 19 Закону України від 29.06.2004 р. № 1906-IV «Про міжнародні договори України» (далі – *Закон №1906-IV*), а також міжнародно-правовому принципу сумлінного виконання міжнародних зобов'язань. Аналіз проблемних питань на стадії відкриття касаційного провадження, узагальнення судової практики з метою підвищення національних стандартів судочинства, створення умов для забезпечення права на суд відповідно до ст. 6 Конвенції та практики Європейського суду з прав людини є важливим критерієм ефективності діяльності суду касаційної інстанції, що підтверджує актуальність теми дослідження.

Проблемні теоретичні та практичні питання реалізації положень окремих норм цивільного проце-

суального законодавства та ефективності судового захисту при відкритті касаційного провадження привертають увагу таких процесуалістів, як: Борисова Е.О., Гусаров К.В., Луспенник Д.Д., Селіванов А.О., Султанов А.Р., Ткачук О.С. тощо. Однак деякі питання, що охоплює ця проблема, зокрема застосування положень міжнародних договорів на стадії відкриття касаційного провадження у справі, залишаються дискусійними і потребують подальшого дослідження.

Метою дослідження є аналіз теоретичних та практичних питань щодо реалізації положень міжнародних договорів України на стадії відкриття касаційного провадження, які входять до сферу полеміки науковців та юристів-практиків; визначення конкретних пропозицій з метою вдосконалення чинного цивільного процесуального законодавства.

Чинні міжнародні договори України публікуються у Зібранні чинних міжнародних договорів України й інших офіційних друкованих виданнях України, реєструються у Міністерстві закордонних справ України та у Міністерстві юстиції України і включаються до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів (ч. 1 ст. 21, ст. 22 Закону №1906-IV, п. 4 Указу президента України від 27.06.1996 р. № 468/96 «Про Єдиний державний реєстр нормативних актів»). Згідно зі статтею 14 Закону №1906-IV набрання міжнародним договором чинності для України безпосередньо не пов'язане з моментом його офіційного оприлюднення або реєстрації. Проте відповідно до ч. 2 ст. 57 КУ міжнародні договори України, які визначають права і обов'язки

громадян, можуть застосовуватися судами лише в тому випадку, якщо вони були офіційно оприлюднені, тобто доведені до відома населення у порядку, встановленому законом (п. 7 Постанови №13 Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2014 р. «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя») [1].

Заслугує на увагу думка А.Р. Султанова про необхідність забезпечення доступності постанов та рішень Європейського суду з прав людини з метою уникнення порушень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – *Конвенція*). Факт приєднання до Європейської конвенції покладає на держави-учасниці обов'язок привести власне законодавство у відповідність до європейських стандартів. Як було відзначено у Постанові ЄСПЛ від 24 жовтня 1979 року у справі «Вінтерверп (Winterwerp) проти Нідерландів»: «...саме внутрішнє законодавство повинне відповідати Конвенції, включаючи загальні принципи, що відображені або матися на увазі в ній». Саме тому застосування Конвенції до практичних юридичних питань є обґрунтованим і тому, на його думку, час розглянути питання ухвалення федерального закону «Про порядок публікації в Російській Федерації рішень Європейського Суду з прав людини» [2].

На нашу думку, доцільно аналогічно вирішити зазначену проблему й в Україні, тобто ухвалити в Україні відповідний закон «Про порядок публікації в Україні рішень Європейського суду з прав людини».

Згідно зі ст. 6 Конвенції кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи протягом розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків. Недотримання строків розгляду цивільних справ, зокрема у касаційному провадженні, порушує конституційне право на судовий захист, гарантований ст. 55 Конституції України.

Практика ЄСПЛ встановлює такі критерії розумних строків у цивільних справах:

- правова та фактична складність справи (наявність обставин, що ускладнюють розгляд справи; кількість співзвинувачів, співвідповідачів та інших учасників процесу; необхідність проведення експертиз та їхня складність; необхідність допиту значної кількості свідків; участь у справі іноземного елемента та необхідність з'ясування і застосування норм іноземного права).

- поведінка заявника, а також інших осіб, які беруть участь у справі, інших учасників процесу;

- поведінка органів державної влади (насамперед суду);

- характер процесу та його значення для заявника.

Факт розгляду цивільної справи судом касаційної інстанції не може свідчити про її складність.

Терміни, встановлені судом касаційної інстанції для усунення недоліків касаційної скарги, мають відповідати принципу розумності, тобто при визначенні строків виконання конкретних процесуальних дій суду необхідно враховувати граничні строки, визначені законом, для розгляду справи, складність справи; кількість учасників процесу.

Розумний строк має бути об'єктивно необхідним для виконання процесуальних дій з метою забезпечення своєчасного судового захисту. Суди касаційної інстанції не повинні допускати випадків безпідставної відмови у відкритті касаційного провадження у справі, а також незаконного повернення касаційної скарги, фактів зволікання, безпідставного задоволення необґрунтованих клопотань учасників процесу, що спричинило відкладення розгляду справи на тривалий час, відкладення справи через її неналежну підготовку до судового розгляду, оскільки це призводить до порушення конституційних прав сторін, затягування строків розгляду справ, а також положень Конвенції та суперечить практиці Європейського суду.

За нежиття заходів із розгляду касаційної скарги протягом строку, встановленого законом, суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності (п. 2 ч. 1 ст. 83 ЗУ від 07 липня 2010 року №2453-VI «Про судоустрій і статус суддів»).

У п. п. 16, 17, 23 постанови № 11 Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 жовтня 2014 р. «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення» зазначено, що суди касаційної інстанції повинні чітко дотримуватись положень статей 328, 331 ЦПК (строки відкриття касаційного провадження, підготовки справи до касаційного розгляду). Такі процесуальні дії спрямовані на розгляд цивільної справи у розумні строки. Тривалість часу перебування справ у судах касаційної інстанції суттєво впливає на дотримання розумних строків розгляду справи, тому судам слід забезпечити дотримання процесуальних строків, установлених цивільним процесуальним законодавством, для перегляду судових рішень у касаційному порядку. Для суддів касаційної інстанції встановлений обов'язок – під час надання методичної, практичної допомоги та вивчення практики застосування судами чинного законодавства звертати увагу на дотримання процесуальних строків розгляду справ, виявляти й аналізувати порушення, сприяти їхньому усуненню [3].

У дослідженнях науковців цивільного процесуального права є думка, що становище сторони, яка оскаржує рішення суду першої інстанції, не має погіршуватись порівняно з тим, яке вона здобула в суді першої

інстанції. Правило заборони повороту до гіршого відомо від часів римського права (*non reformatio in peius*), що означає недопустимість погіршення становища сторони, яка оскаржує рішення або вирок суду першої інстанції. Це правило у кримінальному процесі розглядається як принцип, одна з гарантій права на оскарження, оскільки загроза погіршити своє становище в результаті оскарження вироку могла б вимусити цих осіб відмовитися від звернення до суду другої інстанції, навіть якщо винесений вирок їхні права і законні інтереси порушує. У цивільному процесі багатьох європейських держав традиційно застосовується правило заборони повороту до гіршого; зазначене правило закріплене законодавчо або випливає з положень про диспозитивність цивільного процесу, чинність судового рішення, право на доступ до суду, право на справедливий судовий розгляд, гарантії особи, яка подає скаргу до суду інстанції, вищої за рівнем [4, с. 42].

Відповідно до Конвенції та практики ЄСПЛ, а також Рекомендації щодо заходів, які полегшують доступ до правосуддя № R (81)7, схваленої Комітетом міністрів Ради Європи 14 травня 1981 року, необхідність сплати судових витрат не визнається обмеженням права доступу до суду. Однак сплата судових витрат не має перешкоджати доступу до суду, ускладнювати цей доступ так, щоб завдати шкоди самій суті цього права, та має переслідувати законну мету (п. 1 ст. 6 Конвенції; прецедентна практика ЄСПЛ).

Тому при вирішенні питання про відкриття касаційного провадження судді касаційної інстанції, відповідно до ЦПК України, ЗУ від 08 липня 2011 року №3674-VI «Про судовий збір» та інших цивільних процесуальних документів, мають звертати увагу на дотримання належного балансу між інтересами держави у стягненні судового збору за розгляд касаційної скарги, з одного боку, та інтересами особи, яка звернулася до суду з касаційною скаргою, щодо можливості звернення до суду, з іншого боку.

Пленум ВССУ у п. п. 6, 7, 21, 22, 24 Постанови №10 від 17 жовтня 2014 року «Про застосування судами законодавства про судові витрати у цивільних справах» зауважує, що позивачі, які звільнені від сплати судового збору при пред'явленні окремих позовів, і деякі категорії осіб незалежно від виду позову звільняються від сплати судового збору не лише при пред'явленні позову, а й при поданні касаційних скарг. Розміри ставок судового збору визначаються з урахуванням розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 01 січня календарного року, в якому відповідна заява або скарга подається до суду, а не на день подання первісного процесуального документа (наприклад, позовної заяви, заяви про видачу судового наказу, заяви в порядку окремого провадження), що відповідає вимогам ч. 3 ст. 2 ЦПК. За

подання касаційної скарги на рішення суду передбачено сплату судового збору з урахуванням оспорюваної суми. При цьому оспорюваною є та сума, зі стягненням якої не погоджується особа, що подає скаргу; ця сума може збігатися з ціною позову (якщо рішення оскаржується в повному обсязі) або не збігатися (якщо рішення оскаржується в певній частині майнових вимог). Якщо в касаційному порядку оскаржується судові рішення, яке ухвалене за результатами розгляду первісного і зустрічного позовів, то якщо заявник не згоден із таким рішенням у частині розгляду вимог за обома зазначеними позовами, судовий збір має сплачуватися ним так само з урахуванням результатів розгляду як первісного, так і зустрічного позовів. У разі оскарження рішення суду лише в частині відшкодування чи розподілу судових витрат, що не пов'язано з позовними вимогами і не стосується суті спору, сторона не повинна оплачувати за таку скаргу судовий збір. У разі подання касаційної скарги не щодо резолютивної частини судового рішення, а у зв'язку із запереченнями заявника стосовно мотивів, з яких виходив суд під час винесення оскаржуваного рішення, суду слід враховувати, що відповідно до положень ЗУ «Про судовий збір», якими встановлено ставки судового збору за подання касаційної скарги, визначення розміру судового збору не залежить від того, з якою саме частиною судового рішення – мотивувальною чи резолютивною – не погоджується особа, яка подала касаційну скаргу. У разі якщо рішенням суду вирішені різні вимоги, наприклад, майнового та немайнового характеру, судовий збір сплачується за ставками, передбаченими для відповідних вимог [5].

Аналіз зазначених постанов Пленуму підтверджує спрямованість діяльності ВССУ на підвищення національних стандартів судочинства у касаційній інстанції, зокрема при відкритті касаційного провадження, узагальнення судової практики з метою створення умов для забезпечення права на суд відповідно до ст. 6 Конвенції та практики Європейського суду з прав людини.

Узагальнення судової практики є одним із головних напрямів діяльності Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, однак слід враховувати право суду, нижчого за рівнем, самостійно трактувати закон як складову незалежності суду.

Наприклад, О. Ткачук справедливо визначає два напрями узагальнювальних рекомендацій: 1) з питань застосування нового закону або закону, який неоднозначно застосовується; 2) аналіз помилок, яких припускаються суди при розгляді конкретних справ. Також звертає увагу на особливість касаційного перегляду судових рішень як додаткову гарантію реалізації конституційного права на судовий захист і

забезпечення правосудності судових рішень після розгляду справи у першій інстанції та перегляду судового рішення в апеляційній інстанції, тому касаційний перегляд судових рішень не має відбуватися виключно з метою виправлення суддівських помилок, які підлягають усуненню у звичайних суддівських процедурах перевірки судових рішень, що не набрали чинності [6, с. 11].

Спрямованість діяльності ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ на виконання Україною міжнародних договорів, ратифікованих ВР України, при здійсненні правосуддя у касаційній інстанції та узагальнення судової практики підтверджують підсумки роботи судів цивільної юрисдикції 2014 року.

Зокрема, 2014 року до ВССУ надійшли 89,5 тис. касаційних скарг, справ, заяв, клопотань, що на 12,3% менше порівняно з 2013 роком (2013 рік – 102,1 тис., 2012-й – 99,1 тис.). Розглянуто 88,1 тис. справ і матеріалів, або 92,4% тих, що перебували на розгляді. Нерозглянутими залишилися 7,2 тис. або 7,6% справ, що перебували на розгляді, із них залишено без руху та надано строк для усунення недоліків – 2,9 тис. Середній показник навантаження на місяць на суддю судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ 2014 року зменшився і становив 125 касаційних скарг, справ та заяв, що на 10,3% менше порівняно з 2013-м (2013 рік – 139,4 справ, 2012-й – 130,7). У провадженні Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у 2014-му перебували (із урахуванням витребуваних справ) 74,4 тис. касаційних скарг, справ, заяв, клопотань про визначення підсудності, що розглядаються в порядку цивільного судочинства (із них 50,8 тис. касаційних скарг). Розглянуто 48,4 тис. касаційних скарг, нерозглянутими залишилися 2 382, більшість із них залишено без руху для усунення недоліків (2 144). Протягом звітнього періоду Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, крім безпосереднього вчинення правосуддя шляхом ухвалення судових рішень, значну увагу приділяв й іншим правовим актам, спрямованим на формування правильної та єдиної судової практики. Зокрема, прийнято 15 постанов пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Серед них прийнято 6 постанов, у яких судам роз'яснено питання правильного та однакового застосування законодавства, 6 постанов – про затвердження узагальнень судової практики, а також 1 постанова – про звернення до Верховного Суду України про направлення конституційного подання до Конституційного Суду України. Усі постанови розміщені на офіційному веб-сайті ВССУ. Під час розроблення проектів постанов пленуму роз'яснювального

характеру враховано думки провідних науковців, які беруть активну участь в роботі Науково-консультативної ради Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. При цьому, члени Ради надали 135 наукових висновків, зокрема, з окремих актуальних питань правозастосування (Постанова №2 Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 березня 2015 року «Про підсумки роботи судів цивільної і кримінальної юрисдикції у 2014 році та завдання на 2015 рік») [7].

Отже, одним із головних завдань касаційної інстанції є узагальнення судової практики як додаткової гарантії реалізації права на судовий захист відповідно до положень міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою, однак з правом суду, нижчого за рівнем, трактувати закон. Запропоновано з метою уникнення порушень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод забезпечити доступність постанов та рішень ЄСПЛ за рахунок ухвалення в Україні відповідного закону – «Про порядок публікації в Україні рішень Європейського суду з прав людини».

Використані джерела :

1. Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя : Постанова № 13 Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/postanovi_zh_2014_rik.html.
2. Султанов А. Р. Влияние на право России Европейской конвенции «О защите прав человека и основных свобод» и прецедентов Европейского Суда по правам человека, взгляд практика. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://tproi/narod.ru/echr/res_dh_2006_1.htm.
3. Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення : Постанова № 11 Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17.10.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/postanovi_zh_2014_rik.html.
4. Борисова Е.А. Правило о запрете поворота к худшему в гражданском процессе // Рос. Юстиция. – 2007. – № 1. – С. 42-44.
5. Про застосування судами законодавства про судові витрати у цивільних справах : Постанова № 10 Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 жовтня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/postanovi_zh_2014_rik.html.
6. Ткачук О. Особливості завдання вищестоящего суду (у контексті процесуальних взаємовідносин із судами нижчих інстанцій) // Юридичний вісник України. – 2014. – № 4 (25-31 січня). – С. 11.
7. Про підсумки роботи судів цивільної і кримінальної юрисдикції у 2014 році та завдання на 2015 рік : Постанова № 2 Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 березня 2015 р. [Електронний ресурс] : Режим доступу : http://sc.gov.ua/postanovi_zh_2015_rik.html.

РЕФОРМА АДВОКАТУРИ 2015: ЗА ЧИ ПРОТИ

АВТОР

Людмила СЛИВА,
магістр II року навчання,
юридичний факультет КНУ
ім. Тараса Шевченка



У контексті змін у суспільстві, відповідаючи на виклики сучасності, Україна стоїть на порозі реформи судової системи загалом і адвокатури зокрема.

Першим законопроектом з питань реформи адвокатури був законопроект, зареєстрований І.А. Лапіним №1794. Пропоную зосередити увагу на його основних положеннях:

У контексті вимог до особи, яка збирається стати адвокатом, пропонують підвищення стажу до 5 років, три з яких на посаді помічника адвоката.

Загалом попри деяке обурення серед молодих юристів, таке нововведення є цілком раціональним і доцільним. Зараз кандидат повинен володіти двома роками стажу роботи у галузі права, однак під час здавання кваліфікаційного іспиту він повинен виявити не тільки високі теоретичні знання (наприклад історії адвокатури, адвокатської етики та знання Європейської конвенції з прав людини), а й практичні навички, що виражається в його умінні складати процесуальні акти і вирішенні складних практичних ситуацій. Тільки після успішного складання іспиту, особа проходить стажування, яке допомагає йому оволодіти важливими для адвоката практичними навичками. Цілком очевидно, що, скажімо, на посаді юрисконсульта, кандидат міг за два роки роботи і не зустрічатися з претензійною роботою, а тому даремно сподіватися, що він зможе вдало зорієнтуватися відразу під час вирішення практичного завдання. Маючи досвід роботи помічником адвоката, кандидат з більш високою ймовірністю ознайомлений з роботою адвоката, має необхідні навички і взагалі більш свідомо підходить до вибору адвокатської «стежки».

Частину 1 ст. 8 пропонується доповнити словами «Складання кваліфікаційного іспиту є безкоштовним».

Загалом зміна є позитивною, оскільки встановлена зараз плата за складання кваліфікаційних іспитів порушує вимогу, встановлену основними положеннями про роль адвокатів (прийняті восьмим Конгресом ООН з попередження злочинів у серпні 1990 р. у Нью-Йорку), щодо вільного доступу до професії («уряди повинні гарантувати ефективну процедуру і працюючий механізм для реального і

рівного доступу до адвокатів усіх осіб, які проживають на її території і підлеглих її юрисдикції без поділу на раси, кольору шкіри, етнічного походження, статі, мови, релігії, політичних та інших поглядів, національного або соціального походження, економічного чи іншого статусу»).

Пропозиція про продовження терміну стажування строком на два роки на безоплатній основі.

Виключається можливість здійснення стажування у вільний від основної роботи час. Ця пропозиція вважається абсурдною, особливо враховуючи сучасну соціально-економічну ситуацію у країні. Виникає питання: яким чином забезпечити майбутньому адвокату своє існування, якщо протягом двох років він зобов'язаний безоплатно стажуватися в адвоката?

1. Зміна вимог до стажу керівника стажування: з 5 до 10 років.

Чим пояснюється такий крок законодавця – теж питання відкрито.

2. Пропонується ч. 4 ст. 17 доповнити реченням: «Доступ до Єдиного реєстру адвокатів України є відкритим».

Запропоноване доповнення недоцільно з огляду на те, що зараз цей реєстр і так є у вільному доступі.

3. Увага надається і професійним правам адвоката.

У загальному аналізі вони привносять ряд позитивних змін, зокрема: адвокат має право знайомитися на підприємствах, в установах і організаціях з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами, крім тих, що містять державну таємницю, і отримувати від них відповідну інформацію і документи; у чинній редакції зазначено «інформація з обмеженим доступом», а як стало зрозуміло з аналізу практики, такою інформацією можна визнати будь-що на розсуд самого підприємства, установи, організації. До речі, аналогічні зміни пропонується передбачити і в абзаці 1 ч. 2 ст. 24.

Пропонується виключити ч. 2 ст. 22, що стосується умов, коли інформація може втратити статус «адвокатської таємниці».

Такі зміни спричинять необхідність внесення змін до Правил адвокатської етики, однак, це цілком відповідає європейським стандартам. Зокрема така можливість передбачена Загальним Кодексом Правил для адвокатів країн Європейського співтовариства, прийнятих ССВЕ.

Найбільш ключові зміни законодавець пропонує внести до розділу щодо адвокатського самоврядування. Зокрема скасовується обов'язкова

участь адвокатів у Національній асоціації адвокатів України.

Це рішення в адвокатському середовищі вважається досить посіпшим. Важливо не скасувати обов'язкову участь в НААУ, а реформувати її повноваження, оскільки саме вона повинна бути тим органом, який лобюватиме і представляти інтереси членів адвокатської спільноти.

Пропонуються зміни у вимогах до посади Голови та членів Ради адвокатів регіону. Пропонується скасувати вимоги щодо стажу кандидатів, вибирати їх строком на два роки без права переобрання. Аналогічні зміни стосуються членів і голови кваліфікаційно-дисциплінарної комісії, Ради адвокатів України.

Подібні зміни, на думку практиків, дозволять, або хоча б дадуть шанс, побороти бюрократію у середині адвокатської спільноти.

Пропонується ліквідувати Вищу кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури.

Можливо, це пов'язано з прагненням зменшити кількість працівників адвокатського самоврядування, коштів на утримання всього його апарату. Однак все ж поки такий крок зараз є необдуманим і не на часі.

Прозвучала також пропозиція передбачити у новій редакції Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» норму, що «З'їзд адвокатів України має право скасувати рішення будь-якого органу адвокатського самоврядування».

З одного боку, справді З'їзд адвокатів є вищим органом адвокатського самоврядування. Однак така концентрація повноважень «в одних руках» може служити поштовхом до «узурпації» влади в адвокатському самоврядуванні. Особливо це викликає занепокоєння з огляду на те, що з моменту прийняття Закону 2012 ще жодного разу, на жаль, не було проведено «гідного» З'їзду, весь час вони супроводжуються черговими скандалами.

Незважаючи на деякі досить позитивні пропозиції, висловлені у цьому законопроекті, не можна обійти увагою ті недоробки, які мають місце і вимагають додаткового опрацювання і більш зваженого аналізу. Зокрема це стосується змін щодо адвокатського самоврядування.

Як альтернативний зазначеному вище, 04.02.2015 у Верховній Раді був зареєстрований новий законопроект №1794-1, автором якого є А.В. Купрієнко і група депутатів. У пояснювальній записці до нього зазначається, що «цей проект було попередньо обговорено та схвалено адвокатською спільнотою; зокрема він був розглянутий на засіданнях Ради адвокатів України та затверджений делегатами на позачерговому З'їзді адвокатів України, що відбувся 26-27.04.2014». Справедливості заради, слід за-

значити, що це викликало здивування в адвокатському співтоваристві, особливо якщо згадати як цей З'їзд на практиці був проведений. Законопроект 1794-1 передбачає зміни, що посилюють гарантії адвокатів і більш докладно закріплює основні права адвоката. Ці зміни зустріли схвалення серед адвокатів. Проте детальніший їхній аналіз викриває ряд недоробок і недоліків, що потребують уваги:

Зміни щодо вимог до керівника стажування: «Керівником стажування може бути адвокат України, який має стаж адвокатської діяльності не менше семи років. Радою адвокатів України можуть бути встановлені додаткові вимоги до керівників стажування. До ч. 5 після слів «за останні два роки» додати слова «за умови проходження стажування в адвоката, стаж адвокатської діяльності якого становить не менше семи років».

Як бачимо, порівняно з чинною нормою Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вносяться деякі корективи. По-перше, нічим не обґрунтована зміна стажу особи, яка може бути керівником практики. Однак більш необачним є залишення на розсуд Ради адвокатів можливості встановлення додаткових вимог до них. Вважається, що це не коректно і необхідно ці вимоги чітко закріплювати на законодавчому рівні. По-друге, ця норма є дефектною і з погляду техніки її викладу. У контексті Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність «стажування» полягає в перевірці готовності особи, яка отримала свідоцтво про складання кваліфікаційного іспиту, самостійно здійснювати адвокатську діяльність. Вбачається порушення правил формальної логіки зі своєрідним «зміщенням» понять стажування-стажер і помічника адвоката, які за своєю суттю і юридичним значенням є абсолютно різними формами діяльності.

Закріплення положення, за яким посвідчення адвоката України є документом, що засвідчує його особу.

Слід пам'ятати, що під час прийняття нових законів або змін до чинних необхідно уникати можливих колізій. У цьому контексті звертаю увагу на ст. 13 Закону України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи», що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус. Документами, що засвідчують особу і підтверджують громадянство України відповідно до неї є: а) паспорт громадянина України; б) паспорт громадянина України для виїзду за кордон; в) дипломатичний паспорт України; г) службовий паспорт України; д) посвідчення особи моряка; д) посвідчення члена екіпажу; е) посвідчення особи на повернення в Україну; е) тимчасове посвідчення громадянина України;

документами, що посвідчують особу та підтверджують її спеціальний статус є: а) посвідчення водія; б) посвідчення особи без громадянства для виїзду за кордон; в) вид на проживання; г) картка мігранта; д) посвідчення біженця; е) проїзний документ біженця.

Розглянутий законопроект не передбачає відповідних змін до зазначеного закону. Однак, на мою думку, посвідчення адвоката (за аналогією з посвідченням прокурора, наприклад), є підтвердженням адвокатського статусу особи, його повноважень, але ніяк не можна називати його документом, що засвідчує особистість.

Серед видів адвокатської діяльності з'явився такий її вид, як «фідучіарна діяльність».

Здійснення адвокатом фідучіарної діяльності, як не дивно, цілком звично європейській практиці. Зокрема навіть Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського співтовариства встановлює ряд етичних правил, яких повинен дотримуватися адвокат під час здійснення такої діяльності. Проте, намагаючись гармонізувати українське законодавство до законодавства країн ЄС, законодавець не вніс жодних роз'яснень, доповнень або тлумачень щодо цього нового для вітчизняних адвокатів виду діяльності. Зокрема щодо поширення дії адвокатської таємниці на цей вид діяльності, адже зараз це є важким завданням, оскільки фідучіарна діяльність підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу.

Накладення на адвоката дисциплінарного стягнення у вигляді позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю може застосовуватися в разі невиконання рішень органів адвокатського самоврядування, зокрема зі сплати щорічного внеску адвокатом, до якого застосовувалося дисциплінарне стягнення у вигляді зупинення права здійснювати адвокатську діяльність.

Подібна практика була притаманна країнам розвинутої демократії середини ХХ ст. Справді, наприклад, у США, за несплату за ліцензію, юристи на час, поки не будуть проведені відповідні виплати, не могли практикувати на її основі. Однак закріплення цієї норми у сучасному законі, який регулює адвокатську діяльність – повернення «назад у часі». Звичайно, сплата щорічного внеску адвокатом сприяє забезпеченню діяльності адвокатського самоврядування, однак, слід передбачити менш суворий механізм відповідальності за несплату внесків, як варіант, можливо, віддати вирішення цього питання у відання самих органів адвокатського самоврядування.

Зміни щодо дисциплінарного провадження. Зокрема, за зверненням (скаргою) голова дисциплінарної палати приймає рішення про призначення перевірки або відмову в призначенні перевірки.

Чинний Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» закріплює, що член дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури за дорученням голови палати проводить перевірку відомостей, викладених у заяві (скарзі), і звертається до адвоката для отримання письмового пояснення по суті поставлених питань. Тобто у будь-якому випадку така перевірка проводиться. У пропонуваніх змінах передбачається можливість голови дисциплінарної комісії одноосібно вирішувати питання проведення (чи ні) такої перевірки. Це є прогалиною, а швидше «щілиною» для зловживань і поширення корупційних схем в адвокатурі. Це абсолютно неприйнятно, тому ці зміни більш ніж поспішні і непродумані.

Новий закон в 2012 р. виключив можливість керівникам адвокатської спільноти одночасно обіймати посади у кількох органах адвокатського самоврядування.

Чинний закон прямо передбачає, що голова, заступник голови, секретар палати, член кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури не можуть одночасно входити до складу Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури. І це цілком логічно. Однак законопроектом пропонується внести зміни, згідно з якими голова кваліфікаційно-дисциплінарної комісії за посадою входить до складу Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії. Відповідно до Закону, рішення КДК можуть бути оскаржені у ВКДК. А тепер змоделюємо ситуацію, за якою буде відбуватися таке оскарження рішення КДК у ВКДК, членом якої є голова цієї КДК. Чи вплине це на об'єктивність і повноту розгляду? Відповідь є очевидною. А отже, наявний механізм формування ВКДК у цьому контексті є більш раціональним.

Нововведення щодо повноважень Ради адвокатів України: встановлення можливості скасовувати рішення рад адвокатів регіонів та конференцій адвокатів регіонів.

Ця норма потребує особливої уваги. Вона порушує принцип «знизу-вгору», який було встановлено та погоджений адвокатами України у 2004 р., і який зараз нівелюється. До того ж в умовах тотальної децентралізації зазначений законопроект навпаки, централізує «владу» в руках Ради адвокатів України.

Як висновок, можна зазначити, що цей законопроект створює ще більше можливостей для корупційних схем, спрямований на централізацію повноважень органів адвокатського самоврядування. Важко говорити про мету таких змін, але на практиці може виникнути ситуація маніпулювання адвокатським самоврядуванням.

Розглянуті законопроекти стали предметом обговорень і дискусій в адвокатському професійному співтоваристві. Зокрема 19.02.2015 Радою адвокатів м. Києва було ініційовано проведення круглого столу на тему «Реформування адвокатури України за європейськими стандартами», на якому адвокати обговорили зміни, які стоять зараз на порядку денному. Безумовно, ті недоліки, які мають місце в обох законопроектах не були обділені увагою фахівців. Після завершення дискусії, була прийнята резолюція, яка передбачає звернення до голови Верховної Ради України та комітету з питань правової політики та правосуддя з пропозицією відправити обидва законопроекти (№1794, 1794-1) на доопрацювання, провести широке обговорення змін до законодавства, що регулює діяльність адвокатури, в адвокатських колах, адже хто, як не фахівці-практики, можуть найбільш повно акцентувати увагу на проблемах, що є у сучасній адвокатурі та раціональних шляхах до їхнього вирішення. Також резолюція передбачає пропозицію про ініціювання парламентських слухань, на якому варто вирішити питання, яка система правової допомоги потрібна сучасному суспільству, і яке місце адвокатури у ній.

Весна 2015 р. ознаменувалася ще одним законопроектом, який був зареєстрований 02.03.2015 у Верховній Раді України під номером 2270 народним депутатом Д.В. Лубинцем. На відміну від розглянутих вище законопроектів, цей є новою редакцією Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Тому вважаю за необхідне прокоментувати ключові зміни, що пропонується ввести до законодавства, що регулює адвокатську діяльність:

Заслуговує на увагу визначення адвокатури, запропоноване цим законопроектом: «Адвокатура України – спеціально уповноважений Конституцією України громадський публічний, самоврядний інститут до складу якого входять усі адвокати, який на професійній основі забезпечує захист прав, свобод і законних інтересів фізичних, юридичних осіб, держави, територіальних громад (органів місцевого самоврядування) та доступ до правосуддя».

Це визначення, на відміну від Закону України 2012 р., більш повно розкриває соціальне призначення адвокатури. Важливим є також і закріплення принципів організації адвокатури, серед яких наявні принципи верховенства права, гуманізму, демократизму, добровільності, законності, конфіденційності, незалежності та самоврядування.

Надважливою пропозицією є закріплення у частинах 3, 4 ст. 5 норми, згідно з якою «Органи державної влади погоджують з представницькими органами адвокатури проекти законодавчих та підзаконних актів, що впливають на конституційні права та обов'язки фізичних та юридичних осіб»;

«Органи державної влади та органи місцевого самоврядування зобов'язані погоджувати з органами адвокатського самоврядування відповідного рівня проекти нормативно-правових актів, що стосуються питань організації та діяльності адвокатури України».

З аналізу практики можна стверджувати, що закон, що регулює діяльність адвокатури, і відповідні законопроекти, які зареєстровані у Верховній Раді не обговорювалися серед широких професійних кіл адвокатів, а отже, вони не тільки не покращують нормативне закріплення засад адвокатського самоврядування та гарантій адвокатської діяльності, але й погіршують вже сформовану ситуацію. Важливо, щоб такі «узгодження» не були тільки де-юре, а де-факто справді проходили консультативні зустрічі з представниками адвокатської спільноти з метою внести відповідні зміни і доопрацювання до законопроектів. Зазначу, що адвокати абсолютно відкриті до спілкування і готові до проголошення власних позицій з метою підвищення рівня адвокатури в Україні та приведення її у відповідність до європейських стандартів.

Ключовою особливістю законопроекту 2270 є його деталізація (часом надмірна і зайва).

Так, замість невеликого визначення стажу роботи у галузі права з чинного закону, пропонується присвятити цьому поняттю цілу статтю. Також народний депутат пропонує на рівні закону передбачити перелік документів, які необхідно подати кандидату до складання кваліфікаційного іспиту та програму і систему оцінювання іспиту. Це не зовсім доречно. Особливо, якщо врахувати, що запропоновані зміни повністю дублюють положення Програми складання кваліфікаційного іспиту затвердженої рішенням Ради адвокатів України №153 від 01.06.2013 і Порядку допуску до складання кваліфікаційного іспиту та методик оцінювання результатів складання кваліфікаційного іспиту для отримання права на заняття адвокатською діяльністю, затверджених рішенням Ради адвокатів України №154 від 01.06.2013, зі змінами, затвердженими рішенням Ради адвокатів України №217 від 27.09.2013. Вважається, що розроблення програми та порядку складання кваліфікаційного іспиту повинна бути у межах повноважень органів адвокатського самоврядування.

Відповідно до ст. 2 законопроекту передбачено, що «з метою дотримання гарантій адвокатської діяльності, забезпечення високого професійного рівня адвокатів та відповідальності за якість наданої адвокатом правової допомоги в Україні діє адвокатське самоврядування та кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури». Та сама стаття передбачає принцип незалежності адвокатури.

Закріплення на законодавчому рівні програми і порядку складання кваліфікаційного іспиту є, по-перше, втручанням у самоврядування і незалежність адвокатури. А по-друге, входить до дисонансу із зазначеним вище положенням ст. 2 законопроекту. Проведення іспиту є гарантією того, що адвокатське свідоцтво отримують тільки висококваліфіковані фахівці. Виникає логічне запитання: якщо забезпечення високого професійного рівня адвокатів (тлумачимо це положення не тільки як забезпечення можливості постійного підвищення свого професійного рівня, а й добір кандидатів) покладається на органи адвокатського самоврядування, то у такому випадку законодавець не має права самостійно імперативно диктувати процедуру і програму кваліфікаційного іспиту.

Також законодавець вважає за потрібне на рівні закону передбачити систему повноважень і деталізувати правовий статус стажиста-адвоката.

І знову, захопившись надмірною обтяжливою деталізацією, парламентарії намагаються взяти на себе частину повноважень органів адвокатського самоврядування, дублюючи у цьому випадку Програму проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, затверджену Рішенням ради адвокатів України №125 01.06.2013. Враховуючи важливість забезпечення незалежності та самоврядування адвокатури як насамперед недержавного інституту, це є неприпустимим. Деталізується також і правовий статус помічника адвоката.

Проблема системи допуску до адвокатської діяльності, на якій зазначалося вище (про необхідність установки системи усний іспит-стажування-письмовий іспит) і на яку звертають увагу адвокати-практики, так і не знаходить свого вирішення.

Зміни пропонуються і у системі форм адвокатської діяльності. У законопроекті 2270 ми не знайдемо «індивідуальної адвокатської діяльності», а з'являється поняття «адвокатського кабінету».

У законопроекті окремою статтею передбачений порядок надання адвокатом безоплатної юридичної допомоги. У цій самій статті закладаються особливості оподаткування такої діяльності.

Зайвим у законі, що забезпечує організацію діяльності адвокатури, є положення, що регулюється іншим законодавчим актом. Закон – не кодекс, який має на меті об'єднати положення щодо адвокатури.

У законопроекті ми не знайдемо згадок про довіреності, ордери або доручення. Визначається єдина підстава здійснення адвокатської діяльності – договір. Цікавий також той факт, що статті про до-

говір дублюють положення правил адвокатської етики (статті 32-35). Норми, що деталізують положення про гонорар адвоката, – статті 28-31.

Неймовірно важливим і позитивним є передбачення страхування адвокатської діяльності.

Подібні положення вже досить тривалий час функціонують у системах організації іноземних адвокатів. Це є гарантією не тільки для адвоката, але і для клієнтів, оскільки страхування передбачає відшкодування завданої шкоди внаслідок здійснення адвокатської діяльності. Це положення відповідає п. 3.9 Кодексу загальних правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства.

Деталізується процедура дисциплінарного провадження щодо адвоката. Зокрема встановлюється місячний строк для передачі скарги до перевірки і п'ятиденний термін для порушення дисциплінарного провадження з моменту отримання результатів такої перевірки. Дисциплінарне провадження щодо адвоката розглядається дисциплінарною палатою кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури протягом місяця з дня її порушення.

Загалом зазначу, що система залучення адвоката до дисциплінарної відповідальності відповідно до аналізованого законопроекту порівняно з чинним Законом не містить суттєвих концептуальних змін.

Законопроектом також передбачено, що до адвокатури України належать усі адвокати України, об'єднані через регіональні асоціації адвокатів у Національну асоціацію адвокатів України.

Це положення кардинально відрізняється від формулювання у чинному законі 2012 р., однак не містить змістовно нічого нового, адже відповідно до ч. 1 ст. 45 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» усі адвокати об'єднуються у Національну асоціацію адвокатів України. Однак у визначенні, запропонованому в законопроекті, не містить визначальних ознак, що відрізняють адвоката від інших фахівців у галузі права, що є суттєвим недоліком.

Новим є підхід, за яким з розділу про адвокатське самоврядування були вилучені норми про кваліфікаційно-дисциплінарні комісії та Вищу кваліфікаційно-дисциплінарну комісію, і об'єднання їх у розділі про організацію адвокатури. Однак передбачено, що Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури та кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури підконтрольні і підзвітні вищестоящим органам адвокатського самоврядування – З'їзду адвокатів України, зборам (конференціям) адвокатів.

Враховуючи цей наявний дефект законодавчої техніки, оскільки КДК і ВКДК, враховуючи цитоване положення, входять до системи органів

адвокатського самоврядування, проте із зазначеного розділу виключені, створюється враження, ніби це окремі організації.

Визначення Національної асоціації адвокатури України також зазнало змін. Так, згідно із законопроектом НААУ не є організацією, що об'єднує адвокатів, як це передбачено у чинному Законі, а є договірним об'єднанням асоціацій адвокатів в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі. Завданням НААУ законодавець пропонує передбачити координацію діяльності органів адвокатського самоврядування і представництво на загальнодержавному рівні адвокатури України, що є вдалим кроком до визначення НААУ як організації, покликаної не тільки забезпечувати ефективну діяльність органів самоврядування, а й захищати та лобювати інтереси адвокатури в органах державної влади та місцевого самоврядування.

Законопроект передбачає, що у випадку, якщо З'їзд адвокатів України не має кворуму внаслідок відсутності делегатів, відразу може скликатися повторний З'їзд адвокатів України, на який не поширюються жодні вимоги щодо кворуму (ст. 59). Це положення має двоїстий характер. З одного боку, це дасть змогу вирішити ряд практичних проблем, що мають місце на цей час (зокрема з організації та проведення таких з'їздів). З іншого – встановлює за варіант норми відсутність кворуму на З'їзді, що неприйнятно. Необхідно проводити роботу на місцях у практичному руслі, а не на законодавчому рівні узаконити можливість проведення З'їздів за відсутності кворуму і уповноважувати його на прийняття рішень, що мають нормативно-правовий характер. Все-таки З'їзд повинен відображати позицію більшості адвокатів України. Чого не можна буде гарантувати у такому випадку.

Окрема норма передбачена для регулювання фінансового забезпечення органів адвокатського самоврядування. Це дає надію на можливість розстановки остаточних акцентів над одвічною боротьбою за право на розподіл коштів.

На жаль, цей законопроект не містить у своєму змісті прикінцевих та перехідних положень. Це зумовить виникнення на практиці проблеми, коли норма є, але абсолютно немає механізму її реалізації.

Викликає занепокоєння також норма, закріплена у ч. 1 ст. 46 законопроекту, відповідно до змісту якої ініціювати питання дисциплінарної відповідальності адвоката може кваліфікаційно-дисциплінарна комісія за ініціативою не менше однієї третини її членів. Це положення небезпідставно викликає занепокоєння в адвокатській спільноті у зв'язку з відкритою можливістю КДК маніпулювати власними повноваженнями у контексті цього питання і можливого тиску на адвокатів.

19.03.2015 у приміщенні прес-центру «Ліга» з ініціативи та за сприяння Ради адвокатів міста Києва, відбувся круглий стіл з обговорення законопроекту про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» №1794, 1794-1 та 2270. За результатами обговорення, одностайно було прийнято таке: 1. Підтримати ініціативу організації парламентських слухань щодо реформування інституту адвокатури в Україні. Терміни проведення слухань встановити до наступного другого етапу З'їзду адвокатів. 2. Залучити до обговорення законопроектів, з метою внесення відповідних власних змін і пропозицій, ради регіонів, провідні навчальні заклади України та наукові установи. 3. Об'єднати пропозиції народних депутатів щодо законопроектів з метою подання на розгляд Верховною Радою України одного консолідованого законопроекту про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», який врахує всі наявні пропозиції. 4. Спрямувати консолідований законопроект на обговорення у регіони.

Помічником народного депутата І.А. Лапіна було запропоновано створити робочу групу зі створення консолідованого законопроекту про внесення змін до чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», до складу якої увійдуть голови рад адвокатів регіонів, юристи-практики та науковці. У свою чергу радник народного депутата Д.В. Лубинця, підтримавши висловлені пропозиції, підтримати ініціативу народного депутата пана Лубинця за змогою швидше інформувати Голову Верховної Ради України та Голову профільного комітету з негайного проведення парламентських слухань.

Адвокатура України стоїть на порозі нових змін. Під особливою увагою законотворців перебувають гарантії адвокатської діяльності, питання доступу до адвокатської професії та адвокатське самоврядування. Проте, з огляду на зазначений вище аналіз запропонованих змін, слід зазначити, що з метою створення якісно нової та ефективної за своїм механізмом дії закону, законодавцям варто об'єднати свої зусилля і створити такий закон, що взаємоосує недоліки законопроектів. Також важливо, аби адвокати-практики і юристи не залишались пасивними, а активно приєднувались до дискусії, що виникла.

На завершення зазначимо: чи потрібні ці зміни до Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» взагалі? Можливо, доцільніше «прицільно» вирішувати проблеми, що виникають на практиці, а також змінювати саму концепцію вітчизняної адвокатури. Адже проблема завжди полягає не стільки у законах, які, як ми знаємо, неможливо виписати ідеально, а в тих, хто їх застосовує.

ПРИНЦИП РІВНОСТІ УЧАСНИКІВ СУДОВОГО ПРОЦЕСУ

АВТОР

Інна ОМІЦИНЬКА,
магістрант Інституту права
ім. Володимира Великого Міжрегіональної
академії управління персоналом

Принцип (від лат. *principio* – основа, початок) – це наукова чи моральна засада, підвалина, правило, основа, від якої не відступають. Засада – основне, вихідне положення певної наукової системи, теорії, ідеологічного напрямку тощо [19, с. 500].

Правильне визначення принципів цивільного процесуального права має важливе як теоретичне, так і практичне значення. Як зазначає В. В. Комаров, від відповідного визначення принципів залежить і розуміння функцій принципів процесуального права. Якщо при розумінні принципів як імперативних начал правового регулювання можна стверджувати, що принципи мають регулюючу функцію та певне місце у структурі процесуального права, то в другому випадку очевидним є те, що принципи мають лише, так би мовити, інтерпретаційне значення доктринального характеру для тлумачення норм цивільного процесуального права і не є реальним інструментом у механізмі правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин [13, с. 112].

Наприклад, В.І. Тертишников зазначає, що під принципами цивільного процесуального права слід мати на увазі ідеї, уявлення про суд і правосуддя, які закріплюються в нормах цивільного процесуального права, у результаті чого стали його основними положеннями, якісними особливостями, котрі визначають характер цивільного процесуального права, порядок його застосування і напрями подальшого розвитку [8, с. 15-16].

Зокрема, Ч.С. Касумов, виокремлюючи критерії кримінально-процесуальних принципів, ґрунтувався на тому, що принцип насамперед є основоположним началом, яке визначає сутність, зміст всього процесу, характерні його ознаки; він має бути визначений завданнями кримінального судочинства і сприяти їхній реалізації; відображати демократизм кримінального провадження; повинен бути закріплений у кримінально-процесуальному законі; може реалізовуватися в одній або кількох процесуальних стадіях, але обов'язково – на стадії судового розгляду; має бути тісно взаємопов'язаний з іншими принципами, при цьому не втрачаючи свого змісту [15, с. 43].

Принцип процесуальної рівноправності сторін закріплений у ст. 129 Конституції України і впливає зі змісту низки норм цивільного процесуального права (наприклад, ст. 29, ст. 31 ЦПК України).

Сутність принципу процесуальної рівноправності сторін полягає в тому, що сторони в цивільному процесі наділяються рівними (але не однаковими) процесуальними правами та обов'язками. Це забезпечує рівність можливостей для зацікавлених осіб при зверненні до суду, а також при використанні процесуальних засобів захисту своїх прав та інтересів. Закріплення цього принципу обумовлено насамперед рівноправністю суб'єктів у матеріальних (цивільних) правовідносинах, з яких виникає судовий спір [6, с. 86].

Позивач і відповідач мають право ознайомитися з матеріалами справи, робити з них витяги, одержувати копії рішень, ухвал тощо, брати участь у судових засіданнях, надавати докази, заявляти клопотання і відводи, оскаржувати рішення.

Сторони наділяються не лише рівними правами, а й рівними обов'язками: вони зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки (ст. 27 ЦПК України).

Принцип процесуальної рівноправності сторін тісно пов'язаний із принципами диспозитивності і змагальності, у поєднанні з якими і досягається рівність сторін у цивільному судочинстві. Суд зобов'язаний застосовувати всі передбачені законом засоби із забезпечення цього принципу.

У принципі диспозитивності виявляється зв'язок цивільного процесу з матеріальним правом. Він є продовженням і наслідком диспозитивної основи, властивим цивільним правовідносинам, у яких кожен вільний скористатися можливістю, наданою правом, чи не скористатися нею, здійснюючи своє право.

Слово «диспозитивність» походить від латинського слова *dispositivus*, що означає «розташовую». Відповідно і юридичний термін «диспозитивність» означає можливість особи на власний розсуд самостійно мати у своєму розпорядженні суб'єктивні права.

Принцип диспозитивності в цивільному процесі – це закріплені в нормах цивільного процесуального права положення про можливість осіб, які беруть участь у справі, розпоряджатися своїми матеріальними і процесуальними правами, а також засобами їхнього захисту, що активно впливають на виникнення, рух і завершення цивільного

процесу, з метою захисту своїх прав і охоронюваних законом інтересів [6, с. 83].

У процесуальній літературі зазначається, що цей принцип є головним у цивільному процесуальному праві, оскільки він визначає механізм виникнення, розвитку і завершення цивільної справи. Принцип диспозитивності пов'язує рух і розвиток справи за стадіями цивільного процесу, долю предмета спору з розсудом самих заінтересованих осіб – позивача і відповідача. Початок диспозитивності пронизує все цивільне судочинство – від порушення конкретної справи до виконавчого провадження.

Так, згідно зі ст. 3 ЦПК України кожна особа має право в порядку, встановленому Цивільним процесуальним кодексом, звернутися до суду за захистом порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Це положення процесуального закону надає зацікавленій особі право процесуальної ініціативи порушити справу в суді. У випадках, установлених законом, до суду можуть звертатися органи та особи, яким надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, або державні чи суспільні інтереси.

Оскільки більшість цивільних справ порушують самі зацікавлені особи, то порушення справ з ініціативи інших осіб і органів варто розглядати як виняток із загального правила.

Відповідно до принципу диспозитивності сторони на будь-якій стадії процесу можуть вільно здійснювати процесуальні права: ознайомлюватися з матеріалами справи, робити з них витяги; одержувати копії рішень, ухвал, постанов, інших документів, доданих до справи; брати участь у судових засіданнях, заявляти клопотання і відводи тощо (ст. 27 ЦПК України).

Диспозитивністю характеризуються права позивача, що надають йому можливість протягом усього розгляду справи змінити предмет чи підставу позову, збільшити або зменшити розмір позовних вимог, а відповідачу – визнати позов повністю чи частково (ст. 31 ЦПК України).

Збирання необхідних суду відомостей про існування обставин, що мають значення для справи, може бути покладено винятково на сторони, на суд або у певних пропорціях на сторони та на суд, чим буде визначатиметься і відповідна форма процесу. Від форми процесу залежить уся система процесу і доказова активність сторін.

Змагальна форма процесу визначає покладання тягаря доказування на самі сторони і зняття із суду обоє 'язку збира докази. Суд у цьому випадку лише надає оцінку доказам. Судочинство має характер спору, змагання сторін перед судом у доведенні обставин, взятих за підставу їхніх вимог та

заперечень. Змагальні засади процесу визначають мотивацію поведінки сторін у суді, тому що результат вирішення спору залежить цілком від активності сторін. Такий спосіб організації судочинства зветься змагальними засадами чи принципом змагальності [6, с. 85].

Слід також зазначити, що принцип змагальності і змагальна форма процесу є тісно пов'язаними, але різними процесуальними явищами. Принцип змагальності тісно пов'язаний зі змагальною формою процесу, що фактично є способом вираження змісту цього принципу.

Обов'язок збирання доказів може бути цілком покладений на суд, незалежно від діяльності сторін. Відповідно змінюється і зовнішня форма процесу, набуваючи характеру розслідування, що може бути визначене як слідчий процес.

Процес може бути побудованим і на поєднанні обох засад. Як правило, необхідні суду відомості про обставини справи надають насамперед сторони, а суд у цьому випадку збирає зі своєї ініціативи лише відсутні докази.

Згідно зі ст. 129 КУ до основних принципів судочинства належить принцип змагальності сторін і свободи в наданні ними суду своїх доказів та в доведенні перед судом їхньої переконливості. Згідно зі ст. 10 ЦПК України цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності. Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, мають рівні права щодо подання доказів, їхнього дослідження та доведення перед судом їхньої переконливості. Кожна сторона має довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог та заперечень, крім випадків, установлених ЦПК України.

Обов'язок із доведення фактичних обставин, що мають значення для справи, цілком покладається на сторони, а суд може за їхнім клопотанням сприяти в отриманні доказів шляхом їхнього витребування, у випадку виникнення складностей в цьому. Суд зобов'язаний забезпечувати сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, рівні можливості з надання доказів, участь у їхньому дослідженні та реалізації інших прав.

До схвалення ЦПК України сторони могли не звертати уваги на дії суду, що роз'ясняв сторонам їхній обов'язок надавати докази та встановлював строки для їхнього надання, оскільки закон не передбачав жодних правових наслідків невиконання цього обов'язку. Суд був зобов'язаний замість сторін витребувати необхідні докази. Зараз же, якщо сторони не надають доказів, це може мати для них негативні наслідки: ухвалене рішення ґрунтуватиметься лише на тих доказах, що були подані до суду.

Принцип змагальності забезпечує повноту фактичного та доказового матеріалу, наявність яких є найважливішою умовою встановлення обставин у справі.

Змагальність полягає переважно в тому, що:

1) дії суду залежать від вимог позивача та заперечень відповідача, суд вирішує справу в обсязі заявлених сторонами вимог;

2) є можливість вільного використання засобів доказування;

3) кожна сторона доводить факти, які обґрунтують її вимоги і заперечення;

4) суд може запропонувати сторонам надати додаткові докази [9, с. 37].

Принцип змагальності діє на всіх стадіях цивільного процесу. Однак найповніше він проявляється в стадії судового розгляду, де сторони та інші заінтересовані особи мають право брати участь у судовому засіданні при дослідженні доказів, ставити питання іншим особам, давати пояснення, висловлювати свої доводи та міркування з приводу всіх запитань, виступати в судових дебатах.

Як слушно зазначив В.М. Тертишник, змагальність – це насамперед така побудова процесу, за якої заінтересовані сторони обвинувачення та захисту мають рівні можливості для відшукування істини та відстоювання своїх тверджень або оспорування тверджень іншої сторони [18, с. 65].

Принцип рівності учасників процесу перед законом і судом має свої основи у конституційному праві. Відповідно до ст. ст. 24, 129 КУ та ст. 5 ЦПК України правосуддя здійснюється на засадах рівності перед законом і судом усіх учасників процесу незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних та інших ознак.

Засади рівності відображені не лише в національному законодавстві, а й у низці міжнародно-правових документів. Так, Загальна декларація прав людини, ухвалена Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р., у ст. 10 проголосила: «Кожна людина для визначення своїх прав і обов'язків, має право, на підставі повної рівності, на те, щоб її справа була розглянута незалежним і неупередженим судом». Рівність громадян перед законом закріплена і в ст. 7 Загальної декларації прав людини, в якій зазначається: «Всі люди рівні перед законом і мають право без будь-яких відмінностей на рівний захист законом».

Зміст цього принципу становлять такі положення. Суд загальної юрисдикції при вирішенні справ застосовує цивільне законодавство до всіх учасників процесу у рівній мірі, безвідносно до того, хто є сторонами, третіми особами, заявниками, за-

інтересованими особами. Окрему увагу необхідно приділити такому положенню ст. 5 ЦПК України: «Здійснення правосуддя на засадах поваги до честі і гідності, рівності перед законом і судом», яке закріплює лише ознаки фізичних осіб як учасників цивільного процесу. Юридичні особи є повноправними учасниками цивільного судочинства, відносно яких суд має здійснювати правосуддя незалежно від їхньої форми власності, організаційно-правової форми, місця знаходження.

Правове становище будь-якого учасника процесу визначається лише його процесуальним становищем – позивач, відповідач, третя особа, прокурор, органи державної влади та місцевого самоврядування, свідок, експерт представник, та не залежить від ознак, вказаних у ст. 5 ЦПК України. Жоден з учасників процесу, фізична це особа чи юридична, не має переваг чи пільг у процесуальному становищі.

Гарантіями принципу рівності учасників процесу перед законом і судом є встановлення кримінальної відповідальності за обмеження у правах залежно від політичних чи релігійних переконань, а також пряме чи непряме обмеження прав або встановлення привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними чи іншими ознаками; право учасників процесу на оскарження рішення суду в апеляційному чи касаційному порядку та скасування рішення на підставі порушення процесуальних норм (правила рівності учасників процесу перед законом і судом) [6, с. 71-72].

Відповідно до ст. 1 і 2 Загальної декларації прав людини, прийнятої Генеральною Асамблеєю ООН (резолюція 217 А (III)) 10 грудня 1948 р., всі люди народжуються вільними й рівними у своїй гідності та правах. Вони наділені розумом і совістю та повинні діяти один до одного в дусі братерства. Кожна людина повинна мати всі права і свободи, проголошені цією Декларацією, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища.

Згідно зі ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, прийнятого резолюцією 2200А (XXI) Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1966 р., який набув чинності 23 березня 1976 р., всі особи є рівними перед судами і трибуналами.

На зазначені основоположні міжнародні правові норми з питань рівності прав людини орієнтуються всі правові, демократичні держави світу. Це зумовлено насамперед тим, що Загальна декларація

прав людини та Міжнародний пакт про громадянські та політичні права містять правові норми, які сформовані колективним досвідом і є загальною спадщиною земної цивілізації, тому вони є універсальними стандартами поведінки для людства, всіх народів і держав.

Україна проголосила, що вона, усвідомлюючи відповідальність перед Богом і власною совістю, попереднім, нинішнім та майбутнім поколінням, прагне бути демократичною та правовою державою і що людина для неї, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави (Преамбула та ст. 1 і 3 Конституції).

У зв'язку з цим Україна, керуючись фундаментальними, універсальними та загальновизнаними універсальними стандартами поведінки для людства, у своєму Основному законі закріпила основні засади правового статусу людини і громадянина в Україні. Зокрема, у ч. 1 і 2 ст. 24 КУ закріплено, що «громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового становища, місця проживання, за мовними або іншими ознаками».

Основним законом закріплено, що іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами та міжнародними договорами України (ч. 1 ст. 26).

За Конституцією України права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (ст. 21). Відповідно до цього принципу не допускається як відчуження прав і свобод, якими людина володіє, так і обмеження їхнього змісту, створення перешкод для їхньої реалізації. Рівність перед законом розуміється як обов'язок всіх додержуватися приписів закону, застосовувати закон у своїх інтересах, а за порушення приписів закону передбачається юридична відповідальність перед законом, рівна для всіх громадян. Принцип здійснення правосуддя на засадах рівності громадян перед законом і судом, за п. 2 ст. 129 Конституції України, є одним із основних засад судочинства. Такі положення стосуються і прав учасників кримінального судочинства, визначених кримінально-процесуальним законодавством.

Так, згідно зі ст. 16 КПК України, правосуддя у кримінальних справах здійснюється на засадах

рівності громадян перед законом і судом незалежно від їхнього походження, соціального і майнового стану, расової і національної належності, статі, освіти, мови, ставлення до релігії, роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин. Слід мати на увазі, що окрім визначених у ст. 16 КПК обставин, які не можуть бути підставою для обмеження рівності перед законом і судом, передбачені й «інші обставини». Інакше кажучи, закон виключає будь-які обставини, які можуть бути підставою для порушення рівності сторін у кримінальному процесі, і порядок провадження справ щодо всіх громадян здійснюється однаково. Зокрема, у ст. 261 КПК передбачено, що обвинувачений, підсудний, захисник, потерпілий, а також цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники в судовому розгляді користуються рівними правами щодо подання доказів, участі в дослідженні доказів і заявлених клопотань.

Зважаючи на це, ніхто зі сторін кримінального судочинства не може бути наділений додатковими правами або звільнений від будь-яких обов'язків. Щодо всіх громадян кримінальне судочинство здійснюється в єдиному процесуальному порядку. Винятки з цього положення передбачаються для осіб, які, наприклад, наділені імунітетом (від лат. *immunitas* – звільнення, позбавлення) недоторканності від кримінальної відповідальності. Це стосується іноземних громадян, які мають дипломатичний імунітет у повному та обмеженому обсязі.

Положення про рівність громадян перед законом і судом – це наявність однакових матеріальних і процесуальних законів, які не надають їм переваг або обмежень залежно від тих обставин, які визначено ст. 24 Основного закону України. Це означає, що в кримінальному судочинстві під час провадження справи до всіх його учасників застосовується одне й те саме кримінальне і кримінально-процесуальне законодавство з ігноруванням переваг та обмежень у правах. Під рівністю громадян перед законом мається на увазі однакова, справедлива юридична відповідальність громадян перед законом за його порушення [10, с. 57].

Рівність прав учасників кримінального судочинства перед законом означає, що всі громадяни, які беруть участь у кримінальному процесі, перебувають у правовому становищі, визначеному чинним кримінально-процесуальним законодавством, і рівною мірою наділені правовим статусом здійснювати закріплені законом за таким учасником свої процесуальні права і обов'язки. Мається на увазі, що рівність учасників кримінального судочинства не означає, що всі вони мають однаково між собою права. Така рівність стосується лише

однойменного кола учасників процесу. Наприклад, всі потерпілі мають однакові між собою права, але вони не можуть збігатися з правами підозрюваного, спеціаліста чи експерта.

Додержання принципу здійснення правосуддя на засадах рівності громадян перед законом і судом під час вчинення судочинства, зокрема й кримінального, має бути забезпечене дієвою системою процесуальних гарантій. Так, порушення цього конституційного принципу під час провадження кримінального судочинства може бути підставою для притягнення винних у порушенні цього принципу до юридичної відповідальності. Наприклад, ст. 374 Кримінального кодексу України встановлює кримінальну відповідальність за порушення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист.

Отже, принцип рівності забезпечується тим, що кожна цивільна чи кримінальна справа розглядається в одному й тому самому процесуальному порядку і з однаковим обсягом гарантій для осіб, які беруть участь у справі.

Суть принципу рівноправності сторін виражається у встановлених законом рівних можливостях сторін на захист своїх прав та інтересів. Він є в такий спосіб доповненням принципу рівності громадян і організацій перед законом і судом. Надаючи одній стороні конкретні процесуальні права, закон наділяє аналогічними правами й іншу сторону. Аналогічність прав не означає їхньої повної тотожності. Сторони користуються неоднаковими процесуальними правами, які, однак, забезпечують їхнє рівне становище в процесі. Якщо позивачеві надається право змінити предмет і підставу своїх вимог, то відповідачеві, відповідно, надане право змінити підстави заперечень, раніше висунутих проти позову, право визнати позов, пред'являти зустрічний позов. Тож жодна зі сторін не користується жодною перевагою перед іншою.

Отже, положення про рівність громадян перед законом і судом – це наявність однакових матеріальних і процесуальних законів для всіх учасників правових відносин та судового процесу.

Тому принцип змагальності невіддільний від процесуальної рівноправності сторін, що є його основою, оскільки саме наділення учасників рівними правами та обов'язками надає їм можливість змагатися перед судом.

Сутність змагальної форми процесу виявляється, по-перше, у розмежуванні трьох основних функцій у кримінальному процесі – обвинувачення, захисту та правосуддя; по-друге, зазначені функції мають здійснюватися уповноваженими на це державними органами та службовими осо-

бами, незалежними один від одного як із правового, організаційного, так і з матеріального боку; по-третє, у процесуальній рівноправності сторін та учасників судового розгляду; у наявності суду присяжних.

Отже, можна зробити висновок, що змагальність судового розгляду як засада судочинства є надійною процесуальною гарантією всебічного, повного і об'єктивного, неупередженого встановлення справжніх обставин справи, прав та обов'язків сторін, досягнення мети та виконання завдань судового процесу.

Література:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР із змін. та доп. від 21.02.2014 р.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV із змін. та доп. від 13.05.2014 р.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI із змін. та доп. від 15.01.2015 р.
4. Загальна декларація прав людини, прийнята резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р.
5. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, прийнятий резолюцією 2200А (XXI) Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1966 р.
6. Цивільний процес України: Підручник; [за загальною ред. д.ю.н., доцента М. М. Ясинка]. – К.: Алерта, 2014.
7. Цивільний процес України: Підручник / За ред. Ю. С. Червоного. – К.: Істина, 2007.
8. Цивільний процес (лекції): нав.-практ. посіб. / Тертишніков В. І. – Х.: Вид. СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2011.
9. Васильєв С. В. Цивільний процес України: Навч. посіб. – К.: «Центр учбової літератури», 2013.
10. Андрушко А. В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України: Монографія. – Х.: Консум, 2006.
11. Цивільний процес України: академічний курс / за ред. С.Я. Фурси. – К.: Вид. Фурса С. Я.: КНТ, 2009.
12. Штефан М. Й. Цивільний процес. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2001.
13. Курс цивільного процесу / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. – Х.: Право, 2011.
14. Кримінальний процес України: Заг. частина: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / П.М. Кубрак. – К.: ДП «Вид. дім «Персонал», 2010.
15. Кримінальний процес України: Підруч. / Є. Г. Коваленко, В. Т. Маляренко. – К.: Юрінком Інтер, 2006.
16. Кримінальний процес України: Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / За ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. – Харків: Право, 2000.
17. Удалова Л. Д. Кримінальний процес України: Підруч. – К.: Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2007.
18. Тертишник В. М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. – К.: А. С. К., 2004.
19. Юридический словарь. – М.: Юрид. лит., 1953.
20. Правознавство: словник термінів. За ред. В. Г. Гончаренка. Навчальний посібник. – К.: Юрисконсульт, КНТ, 2007.

Pax orbis
ex jure

Світом має керувати
право, а не сила



ПОГЛЯД ПРАКТИКА

МІНОРИТАРІЇ ОТРИМАЮТЬ ПРАВО СУДИТИСЯ ВІД ІМЕНІ ТА В ІНТЕРЕСАХ ТОВАРИСТВА

АВТОР

Антон БАБАК,
юрист ЮФ Аequo



АВТОР

Євген ЛЕВИЦЬКИЙ,
адвокат ЮФ Аequo



На сьогодні суди доволі критично ставляться до будь-яких вимог учасників (акціонерів) господарського товариства, які прямо чи опосередковано стосуються захисту не їхніх власних корпоративних прав, а прав чи інтересів товариства. Причиною цього є відсутність права акціонерів (учасників) товариств звертатися до суду із захистом прав та інтересів товариства, учасниками якого вони є, та позиція Верховного Суду України і Вищого господарського суду України щодо зазначеного питання.

Так, Верховний Суд України у п. 51 постанови Пленуму від 24.10.2008 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» зазначив, що законом не передбачено право акціонера (учасника) господарського товариства звертатися до суду за захистом прав чи охоронюваних законом інтересів товариства поза відносинами представництва. Зазначена правова позиція підтверджується численними рішеннями судів у конкретних справах.

Посилаючись на зазначену постанову Пленуму, Вищий господарський суд України у своїй постанові від 26.02.2014 у справі № 923/986/13 та у постанові від 29.09.2014 у справі №911/2089/14 зазначив, що не можна ототожнювати власні права та інтереси учасника товариства з правами та інтересами самого товариства. Оскільки учасник товариства не наділений суб'єктивним правом здійснення повноважень власника майна товариства, через те, що позивач не довів, що його корпоративні права, як учасника товариства, були порушені і що він був наділений правом на звернення до суду за захистом прав та інтересів

товариства поза відносинами представництва, то господарські суди відповідно до вимог чинного законодавства обґрунтовано відмовили у задоволенні позову учасника (акціонера).

Учасники (акціонери) товариства під час подання позову про оскарження рішень органів управління товариства зазвичай мотивують свої позовні вимоги збитками, яких зазнає товариство в результаті певних дій органів товариства. Але оскільки суд не вбачає прямого зв'язку між правами товариства та правами учасників такого товариства, суди відмовляють у задоволенні таких позовних вимог учасників (акціонерів).

Наразі чинним законодавством не передбачена можливість учасників (акціонерів) подавати позов від імені самого товариства, виступаючи його законним представником у судовому процесі (за винятком представництва за довіреністю). Очевидно, що виконавчий орган не видасть довіреність на користь учасника (акціонера), який збирається звернутися із позовом до виконавчого органу про оскарження його дій та відшкодування збитків.

Отже, на сьогодні визначальним для обґрунтування права учасника (акціонера) господарського товариства на звернення до суду з позовом є наявність порушеного права учасника (акціонера). У випадку порушення прав товариства діями або бездіяльністю його посадових осіб та завдання цим збитків (що, безумовно, впливає на фінансовий інтерес учасників чи акціонерів, які отримують дивіденди з прибутків товариства), учасники (акціонери) фактично позбавлені можливості звернутися до суду з позовом до зазначених осіб.

Водночас вже найближчим часом ситуація може кардинально змінитися.

КОНЦЕПЦІЯ ПОХІДНОГО ПОЗОВУ ТА ЇЇ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

Верховна Рада України 07.04.2015 у другому читанні загалом проголосувала за проект Закону України № 2259 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» (Закон), за яким вносяться зміни до Господарського процесуального кодексу України щодо підвідомчості господарським судам справ про відшкодування збитків, завданих товариству діями або бездіяльністю його посадових осіб, а також визначається коло осіб, які мають право

ініціювати у судовому порядку процедуру такого відшкодування.

Наразі зазначений проект Закону передано на підпис Президенту України, а тому поки що немає його офіційного тексту. Однак текст проекту Закону, оприлюднено на сайті Верховної Ради України, який було винесено на розгляд Верховної Ради України 07.04.2015, дає змогу узагальнити основні нововведення, що з високим ступенем ймовірності будуть запроваджені у господарському судочинстві України.

Законом пропонується доповнити ст. 12 Господарського процесуального кодексу України, яка регулює питання підвідомчості справ господарським судам, новим п. 4-1, згідно з яким господарським судам тепер будуть підвідомчі справи у спорах між господарським товариством та його посадовою особою (зокрема посадовою особою, повноваження якої припинені) про відшкодування збитків, завданих діями (бездіяльністю) такої посадової особи господарському товариству.

Враховуючи схожість зазначеної категорії справ зі спорами у справах, що виникають із корпоративних відносин, законодавець визначив виключну підсудність спорів про відшкодування посадовими особами завданих товариству збитків за місцеперебування господарського товариства (змінена редакція ч. 7 ст. 16 Господарського процесуального кодексу України), аналогічно підвідомчості корпоративних спорів.

Безумовно, встановлення юрисдикції господарських судів над зазначеною категорією спорів є позитивним сигналом у процесі формування дієвого механізму захисту порушених посадовими особами прав товариства. Водночас головною новелою у Господарському процесуальному кодексі України, на нашу думку, є запровадження на законодавчому рівні в Україні концепції так званого похідного позову (*derivative claim*), яка вже досить тривалий час успішно функціонує, наприклад, у США та Великій Британії.

Закон доповнює ст. 28 Господарського процесуального кодексу України частинами 8–10, згідно з якими у спорах про відшкодування збитків, завданих господарському товариству його посадовою особою, представниками такого товариства є також учасники (акціонери) цього товариства, яким сукупно належить 10 і більше відсотків статутного капіталу (простих акцій) товариства, які подали господарському суду позовну заяву від імені товариства або які подали суду заяву про здійснення представництва позивача.

До того ж учасник (акціонер), якому належить 10 і більше відсотків статутного капіталу (простих акцій) господарського товариства, може

здійснювати представництво товариства особисто (якщо він є фізичною особою), через свої органи (якщо він є юридичною особою), через органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування (якщо він є державою, Автономною Республікою Крим, територіальною громадою), або через інших своїх представників.

У випадку, якщо учаснику (акціонеру) належить менше 10% статутного капіталу (простих акцій), він може об'єднатися з іншими учасниками (акціонерами) так, щоб сукупно їхня участь у статутному капіталі товариства становила 10 або більше відсотків, та здійснювати представництво товариства у спорі про відшкодування збитків, завданих посадовою особою товариства, через одного з учасників (акціонерів), або такі учасники можуть спільно уповноважити на це іншу особу.

Важливою гарантією, яка дає змогу попередити можливі недобросовісні дії з боку учасників процесу у справах про відшкодування збитків, завданих товариству діями або бездіяльністю його посадових осіб, є передбачена Законом можливість відмовитися від позову та апеляційної чи касаційної скарги, змінити предмет або підставу позову чи укласти у справі мирову угоду лише за письмовою згодою всіх представників товариства у справі (тобто за згодою всіх міноритаріїв, які допущені до участі у справі судом, як представники товариства).

Крім того, законодавець завбачливо визначив у Законі, що посадова особа товариства, до якої пред'явлені позовні вимоги про відшкодування шкоди, завданої цьому товариству, не мають право представляти товариство у суді чи призначати представника для участі у справі від імені товариства.

ПРОГАЛИНИ У ЗАКОНОДАВЧОМУ ВРЕГУЛЮВАННІ КОНЦЕПЦІЇ ПОХІДНОГО ПОВОЗУ ЗГІДНО ІЗ ЗАКОНОМ

Незважаючи на суттєві позитивні зміни, які запроваджуються Законом, законодавець все-таки залишив поза увагою окремі положення Господарського процесуального кодексу України, які, на нашу думку, також необхідно було б врегулювати.

ДОДАТКОВІ ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОВОЗУ

Так, доповнивши ст. 12 Господарського процесуального кодексу України новою категорією спорів за позовами учасників (акціонерів) до посадових осіб товариства, які підлягають розгляду в порядку господарського судочинства, законодавець не врахував, що специфіка предмета позову

та склад учасників господарського процесу у таких спорах може вимагати нестандартних підходів до забезпечення позову. У зв'язку із зазначеним цілком логічним виглядало б доповнення ст. 67 Господарського процесуального кодексу України щодо видів забезпечення позову такими додатковими видами забезпечення, як тимчасове відсторонення/зупинення повноважень особи, до якої учасник (акціонер) товариства подав позов про відшкодування завданої товариству шкоди, а також зупинення виконання зобов'язань за правочинами, укладеними посадовою особою, якщо є достатні підстави вважати, що таке виконання може спричинити подальше завдання збитків товариству.

ДОСТУП АКЦІОНЕРІВ (УЧАСНИКІВ) ДО ДОКУМЕНТІВ ТОВАРИСТВА У МЕЖАХ ПІДГОТОВКИ ДО ПОХІДНОГО ПОЗОВУ

Під час підготовки позовної заяви та обґрунтування позовних вимог так званого похідного позову акціонерам (учасникам) будуть потрібні документи товариства, на підставі яких можна було б встановити та довести завдання відповідних збитків товариству.

Законодавство України передбачає такі джерела отримання акціонерами документів щодо товариства:

- отримання документів та інформації безпосередньо від товариства відповідно до ст. 78 Закону України «Про акціонерні товариства»;

- отримання документів (проектів договорів, проектів рішень) для підготовки до загальних зборів учасників товариства;

- ініціювання проведення аудиторської перевірки діяльності товариства та отримання інформації із аудиторського звіту;

- отримання інформації, розкритої акціонерними товариствами відповідно до Положення про розкриття інформації емітентами цінних паперів, затвердженої Рішенням НКЦПФР від 03.12.2013 №2826.

- Отримання документів і інформації безпосередньо від товариства

Стаття 78 Закону України «Про акціонерні товариства» передбачає перелік інформації та документів, надання яких товариство має забезпечити на вимогу акціонерів товариства. У цьому переліку немає, зокрема, господарських договорів, документів бухгалтерської звітності та інших документів, надання яких акціонерами у судовому провадженні дало б змогу довести завдання збитків товариству. Закон не передбачає внесення відповідних змін до ст. 78 Закону України «Про акціонерні товариства» щодо розширення переліку



документів, доступ до яких мають акціонери товариства.

Ще більш обмежений перелік інформації та документів надається учасникам товариств з обмеженою відповідальністю.

- Надання документів для підготовки до участі у загальних зборах учасників

Перелік документів, які надаються акціонерам (учасникам) для цілей підготовки до загальних зборів акціонерів, які можуть бути використані для обґрунтування позовних вимог під час подання похідного позову також є дуже обмеженим, та стосується переважно проектів значних правочинів, правочинів із зацікавленістю, звітів виконавчого органу, ревізійної комісії товариства.

- Ініціювання проведення аудиторської перевірки діяльності товариства та отримання інформації із аудиторського звіту

Відповідно до ст. 75 Закону України «Про акціонерні товариства», акціонер(и) – власник(и) понад 10% акцій мають право ініціювати проведення аудиторської перевірки, під час проведення якої посадові особи товариства зобов'язані забезпечити доступ аудитора до всіх документів, необхідних для перевірки фінансово-господарської діяльності товариства. Отже, для отримання інформації про укладені товариством договори та їхні істотні умови акціонери можуть ініціювати проведення такої перевірки.

- Отримання інформації, розкритої у порядку обов'язкового розкриття інформації на фондовому ринку

Певна інформація, яка може бути використана акціонерами під час подання похідного позову, підлягає розкриттю відповідно до Положення про розкриття інформації емітентами цінних паперів, затвердженого Рішенням НКЦБФР від 03.12.2013 №2826. На жаль, вимоги, передбачені зазначеним положенням, не поширюються на всі акціонерні товариства.

ПОХІДНИЙ ПОЗОВ, ЯК ІНСТРУМЕНТ ДЛЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДИВЕРСІЙ МІНОРИТАРНИХ АКЦІОНЕРІВ

Запровадження Законом похідного позову дає міноритарним акціонерам потужний інструмент впливу на товариство та мажоритарних акціонерів, чим міноритарні акціонери можуть зловживати, зокрема, створювати перешкоди для господарської діяльності товариства, оскаржуючи правомірні дії посадових осіб. Саме тому встановлення законодавцем порогу мінімальної кількості акцій в розмірі 10% акцій для подання похідного позову є доцільним.

ПОХІДНИЙ ПОЗОВ В ІНШИХ КРАЇНАХ СВІТУ

Найбільшого розвитку концепція похідного позову набула у країнах з англосаксонською системою права, тоді як не всі країни континентальної системи запровадили зазначену концепцію.

Наразі, американські та англійські науковці обговорюють ряд проблемних питань, пов'язаних із похідним позовом. Зокрема, чи повинні міноритарні акціонери вимагати разом із похідним позовом відсторонення посадових осіб, які є відповідачами, від виконання своїх обов'язків? Як запобігти ворожим діям таких посадових осіб, які також мають повноваження діяти від імені товариства та перешкоджають поданню похідного позову?

Важливим питанням є обмеження можливості подання недобросовісних похідних позовів. У деяких штатах США міноритарні акціонери можуть подати позов лише після того, як відповідне питання буде винесено на розгляд ради директорів товариства. У випадку відмови або бездіяльності ради директорів у акціонерів все одно залишається право подати такий позов за умови дотримання спеціальної процедури.

Іншим способом обмежити можливість подання недобросовісних похідних позовів є необхідність доведення винної діяльності (злочинної недбалості) в діях посадових осіб або доведення того, що такі посадові особи справді контролюють діяльність товариства та є членами керівних корпоративних органів компанії, а отже, перешкоджатимуть вирішенню спору на корпоративному рівні. У цьому випадку захистити інтереси міноритаріїв зможе лише суд.

ВІДШКОДУВАННЯ СУДОВИХ ВИТРАТ УЧАСНИКАМ (АКЦІОНЕРАМ) ТОВАРИСТВА

Одним із питань, пов'язаних із похідним позовом, є перенесення судових витрат у випадку подання недобросовісного похідного позову. В американській школі права обговорюється можливість перенесення судових витрат на акціонерів, які подали такий недобросовісний похідний позов. До того ж позов вважається недобросовісним, коли позивачі подають його за відсутності обґрунтованих підстав.

Зазначене питання є також актуальним і в українських реаліях. В акціонерів (учасників) є можливість сплатити судовий збір за товариство, а отримати компенсацію у разі задоволення позовних вимог є проблематичним, оскільки акціонери (учасники) не є сторонами судового провадження, а лише представниками позивачами – товариства, і відповідно до вимог чинного процесуального законодавства не мають права на відшкодування сплаченого судового збору.

КРОК ДО СПРАВЕДЛИВОГО СУДОЧИНСТВА

АВТОР

Ксенія ШЕЇН,
старший юрист МЮК
«Александров та партнери»



Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Це право закріплено у ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

З метою підвищення національних стандартів судустрою і судочинства у нашій країні, яка обрала шлях на Євроінтеграцію, Верховною Радою України 12.02.2015 було прийнято Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд», який набрав чинності 29.03.2015. Цим законом, зокрема, було внесено зміни до Розділу XII Господарського процесуального кодексу України, присвяченого перегляду судових рішень Верховним Судом України.

Із усіх новел зазначеного Розділу, суттєвих змін зазнали ст. 111-16, яка визначає перелік підстав для подання заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом України, ст. 111-19, яка визначає порядок подання таких заяв, а також, ст. 111-21, за якою врегульовано процедуру вирішення питання про допуск справи до провадження.

Так, зазначеним Законом розширено перелік підстав для подання заяви про перегляд судових рішень господарських судів. До 29.03.2015 сторони могли звернутися з відповідною заявою лише у двох випадках:

- неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, внаслідок чого ухвалено різні за змістом судові рішення у подібних правовідносинах;
- встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань під час вирішення справи судом.

З набуттям чинності Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» учасники судового процесу отримали можливість звернутися з заявою про перегляд у разі наявності ще двох підстав, а саме:

- неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм процесу-

ального права – під час оскарження судового рішення, яке перешкоджає подальшому провадженню у справі або яке прийнято з порушенням правил підвідомчості або підсудності справ;

- невідповідності судового рішення суду касаційної інстанції, викладеному в постанові Верховного Суду України висновку щодо застосування у подібних правовідносинах норм матеріального права.

Тобто внесеними змінами було розширено права учасників процесу, які дістали змогу звертатися до Верховного Суду України, якщо Вищим господарським судом України було неоднаково застосовано норми процесуального права, або не враховано висновків Верховного Суду України щодо порядку застосування норм матеріального права.

Окрім переліку підстав звернення, змінено й порядок подання відповідної заяви. Відтепер заява про перегляд судових рішень господарських судів подається безпосередньо до Верховного Суду України.

Інакше буде й вирішуватися питання допуску справи до провадження. Рішення з цього питання буде прийматися суддею-доповідачем, визначеним у порядку, встановленому ч. 3 ст. 21 Господарського процесуального кодексу України. У разі якщо суддя-доповідач дійде висновку, що подана заява є обґрунтованою, він відкриває провадження.

У разі якщо суддя-доповідач дійде висновку, що подана заява є необґрунтованою, вирішення питання допуску справи до провадження буде здійснюватися колегією з трьох суддів у складі судді-доповідача та двох суддів, визначених автоматизованою системою документообігу суду додатково. Провадження буде відкриватися, якщо хоча б один суддя зі складу колегії дійде висновку про необхідність його відкриття.

Отже, питання допуску справи до провадження буде вирішувати саме Верховний Суд України, а не Вищий господарський суд України, рішення якого оскаржується. Більше того, шанси учасників судового процесу на отримання допуску справи до перегляду значно збільшуються, адже справу буде допущено до провадження навіть у випадку, коли до висновку про необхідність такого допуску дійде хоча б один суддя із трьох.

Ні для кого не секрет, що допуск справи до перегляду Верховним Судом України у Вищому господарському суді України отримати було дуже важко. Яскравим прикладом цього є спір органів державної влади з одним із клієнтів нашої компанії про визнання недійсним Договору оренди земельної ділянки та зобов'язання її повернути.

У цій справі міжрайонний прокурор звернувся до суду з відповідним позовом, в якому посилався на

той факт, що розпорядження районної державної адміністрації, на підставі якого укладався Договір оренди земельної ділянки, райдержадміністрацією не приймалося, і у книзі реєстрації документів не реєструвалось, у зв'язку з чим, на думку прокурора, її взагалі немає і, відповідно, не було підстав для укладення відповідного договору оренди.

Рішенням Господарського суду Київської області у цій справі 18.04.2013 у задоволенні позову було відмовлено у повному обсязі.

Не погодившись з рішенням Господарського суду Київської області, прокурор звернувся до Київського апеляційного Господарського суду з апеляційною скаргою.

Київський апеляційний господарський суд 18.07.2013 ухвалив постанову про задоволення апеляційної скарги прокурора, яка залишена без змін постановою Вищого господарського суду України від 09.10.2013, рішення Господарського суду Київської області було скасовано та визнано недійсним договір оренди земельної ділянки, та зобов'язано клієнта повернути земельну ділянку у державну власність.

На обґрунтування задоволення позовних вимог прокурора, у рішеннях судів апеляційної та касаційної інстанцій було зазначено, що договір оренди земельної ділянки укладено на підставі Розпорядження, яке не зареєстроване в журналі реєстрації розпоряджень РДА, під цим номером у журналі реєстрації розпоряджень зареєстровано розпорядження про проведення двомісячника благоустрою населених пунктів.

Не погодившись із такою позицією суду касаційної інстанції, ми подали заяву про перегляд Верховним Судом України постанови Вищого господарського суду України. Як на одну з підстав для подання заяви ми посилалися на рішення ВГСУ від 28.08.2014, за яким встановлено правомірність договору оренди землі, та зазначено, що право орендаря на оренду землі не повинно залежати від недотримання органом виконавчої влади вимог закону, а порушення такого права є неприпустимим.

Але найвагомішими нашим аргументами, були постанови Вищого господарського суду України від 04.09.2012 у справі №8/027-12 та від 12.03.2013 у справі №9/016-12, предметом розгляду яких був спір між тими самими органами державної влади та орендарями суміжних земельних ділянок. А підставою для звернення прокурора до суду у цих справах також було те, що розпорядження, на підставі яких укладалися договори оренди земельних ділянок райдержадміністрацією, нібито не приймалися і не реєструвались у книзі реєстрації документів.

Проте у зазначених постановках Вищий господарський суд України дійшов зовсім протилежних

висновків, аніж наведені в оскаржуваній нами постанові, зазначивши, що посилання судів на наявність правових підстав для визнання договору оренди земельної ділянки та додаткової угоди недійсними із підстав відсутності запису в журналі реєстрації документації про видачу розпорядження голови Переяслав-Хмельницької РДА є помилковим, оскільки зазначений журнал лише фіксує створення певного документа і не є документом суворої звітності. Більше того, закон не пов'язує момент набуття чинності цим розпорядженням з моментом внесення запису до будь-якого журналу. Сам факт невнесення до журналу відповідного запису не свідчить про те, що таке розпорядження не приймалося та не підписувалося відповідною посадовою особою. Отже, порушення порядку ведення документації позивача не може бути підставою для визнання спірного договору недійсним.

Однак, яким було наше здивування, коли у допуску справи до провадження Верховним Судом України нам відмовили з огляду на відмінність встановлених фактичних обставин у цих справах, порівняно з постановою, про перегляд якої було подано заяву.

Які саме відмінності фактичних обставин у цих справах суд мав на увазі і досі залишається загадкою, адже всі Розпорядження, на відсутність яких посилася прокурор у своїх позовних заявах були винесені тією самою районною державною адміністрацією навіть того самого дня, і всі вони чомусь виявилися незареєстрованими у журналі реєстрації документації. Однак у двох справах суд касаційної інстанції захистив права орендарів, а у справі клієнта нашої компанії суд чомусь погодився з доводами прокурора та органів державної влади.

Слід зазначити, що оскаржувана постановою Вищого господарського суду України від 09.10.2013 не тільки була ухвалена із порушенням норм матеріального права, а й суперечить Рішенню Європейського суду з права людини від 24.06.2003 №44277/98 у справі «Стретч проти Сполученого Королівства», яким встановлено, що, оскільки особу позбавили права на його майно лише з тих підстав, що порушення були вчинені з боку публічного органу, а не громадянина, то в такому випадку було наявне «непропорційне втручання у право заявника на мирне володіння своїм майном» та, відповідно, відбулось порушення ст. 1 Першого протоколу Конвенції.

Враховуючи наведене, можна дійти висновку, що зміни внесені до Господарського процесуального кодексу України Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд», дасть змогу учасникам судового процесу подолати штучні перешкоди, які наявні на їхньому шляху до справедливого правосуддя, спрямованого на забезпечення верховенства права.

НЕ ВТАЇШ ШИЛА В МІШКУ, БО ВСЕ ОДНО ВИЛІЗЕ, АБО ЧИ ВАРТО ПОРУШУВАТИ ЗАКОН?

АВТОР

Наталія ОПРЯ,
керуючий партнер
адвокатського об'єднання
«МАСТЕРС»



З часу набуття чинності Законом України «Про акціонерні товариства» (далі – *Закон*) минуло вже майже 6 років. Весь цей час до Закону вносились зміни, спрямовані на запровадження нових механізмів реалізації окремих положень Закону або вдосконалення вже наявних. Однак деякі норми закону досі залишаються не ідеальними та потребують подальшого вдосконалення.

Однією із таких норм є ст. 65 Закону. Зокрема зазначена стаття встановлює обов'язок особи (осіб, що діють спільно), яка внаслідок придбання акцій товариства з урахуванням кількості акцій, які належать їй та її афілійованим особам, стала власником контрольного пакета акцій товариства, протягом 20 днів із дати придбання запропонувати всім акціонерам придбати у них прості акції товариства. Протягом 30 днів із дня закінчення зазначеного у пропозиції строку така особа зобов'язана сплатити акціонерам, які прийняли пропозицію, вартість їхніх акцій з огляду на зазначені у пропозиції ціни придбання.

З одного боку, положення, закріплені в ст. 65 Закону, захищають права міноритарного акціонера. Адже, розуміючи, що його участь в управлінні товариством зводиться до формального володіння акціями, і він не має змоги впливати на прийняття будь-яких рішень товариством, міноритарний акціонер на підставі ст. 65 Закону отримує змогу продати належні йому акції за ринковою ціною.

З іншого боку, законодавцем не встановлено відповідальності мажоритарного акціонера за порушення встановлених ст. 65 Закону обов'язків, що стає причиною свідомого порушення набувачами контрольного пакету акцій таких обов'язків. Адже відсутність чітко встановленої відповідальності за порушення тієї чи іншої норми завжди знайде охочих не виконувати такої норми. І порушники, сподіваючись на безвідповідальність, не завжди замислюються про наслідки своїх дій.

Відповідно до ч. 2 ст. 65 Закону контрольний пакет акцій – це пакет із понад 50% простих акцій акціонерного товариства. Отже, придбаваючи понад 50% простих акцій товариства, покупець має бути фінансово

та морально готовий викупити й іншу частину простих акцій в акціонерів товариства. Однак, на жаль, не завжди покупець контрольного пакету акцій має «бажання» набути 100% простих акцій товариства і причини на це можуть бути різні, зокрема й недостатність коштів. Тоді покупець «вишукує» різні способи уникнути свого обов'язку щодо спрямування пропозиції про викуп та сплати з акцептованих пропозицій.

Водночас таким «несвідомим» набувачам контрольного пакету акцій слід бути обережним, адже невідновлення прямої відповідальності за порушення обов'язків, визначених ст. 65 Закону, не означає відсутність її взагалі.

Відповідно до ст. 8 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку має право у разі порушення законодавства про цінні папери, нормативних актів Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку виносити попередження, зупиняти на термін до одного року розміщення (продаж) та обіг цінних паперів того чи іншого емітента, дію ліцензій, виданих Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку, анулювати дію таких ліцензій.

Крім того, НКЦПФР має право для захисту інтересів держави та інвесторів у цінні папери зупиняти на підставі рішення Комісії внесення змін до системи реєстру власників іменних цінних паперів або до системи депозитарного обліку щодо цінних паперів певного емітента або певного власника на строк до усунення порушень, що стали підставою для прийняття такого рішення.

Отже, законодавець встановив відповідні заходи впливу на порушників законодавства про цінні папери. На жаль, чинне законодавство не містить визначення самого поняття «законодавство про цінні папери». Свого часу офіційне тлумачення терміна «законодавство» було надано Конституційним Судом України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України від 09.07.1998 № 12-рп/98. Конституційним судом України було зазначено, що термін «законодавство» використовується у правовій системі переважно у значенні як сукупності законів та інших нормативно-правових актів, які регламентують ту чи іншу сферу суспільних відносин і є джерелами певної галузі права.

З огляду на це під терміном «законодавство про цінні папери» можна розуміти сукупність усіх чинних

у державі нормативно-правових актів (законів, постанов, декретів, указів, наказів, інструкцій правотворчих органів, тощо), що регулюють правовідносини у державі у сфері цінних паперів. Зважаючи на те, що ст. 65 Закону стосується безпосередньо наслідків набуття контрольного пакету акцій, то з усією сміливістю зазначений закон, або окремі його положення, можна віднести до законодавства про цінні папери. А отже, за порушення вимог цього закону для учасників ринку цінних паперів можуть наступати наслідки та відповідальність, встановлена Законом України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні». Виникає питання, чи є набувач контрольного пакету акцій учасником ринку цінних паперів та чи може на нього бути покладена відповідальність за порушення на ринку цінних паперів? Адже Правила розгляду справ про порушення вимог законодавства на ринку цінних паперів та застосування санкцій, затверджені Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку №1470 від 16.10.2012, поширюється саме на учасників ринку цінних паперів, а метою цих правил є забезпечення дотримання всіма учасниками ринку цінних паперів вимог законодавства на ринку цінних паперів, захисту прав учасників ринку цінних паперів.

Відповідно до визначень, які надає Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» фондовий ринок (ринок цінних паперів) – сукупність учасників фондового ринку та правовідносин між ними щодо розміщення, обігу та обліку цінних паперів і похідних (деривативів). До того ж учасниками фондового ринку є емітенти або особи, що видали неемісійні цінні папери, інвестори у цінні папери, інституційні інвестори, професійні учасники фондового ринку, об'єднання професійних учасників фондового ринку, зокрема саморегульвні організації професійних учасників фондового ринку. Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок» також надано визначення інвесторів у цінні папери. Зокрема такими є фізичні та юридичні особи, резиденти і нерезиденти, які набули права власності на цінні папери з метою отримання доходу від вкладених коштів та/або набуття відповідних прав, що надаються власнику цінних паперів відповідно до законодавства.

Отже, набувач контрольного пакету акцій як інвестор у цінні папери є учасником ринку цінних паперів, на якого поширюються встановлені чинним законодавством вимоги та правила, що регулюють цей ринок, та відповідальність за їхнє порушення.

З огляду на ст. 11 ЗУ «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» серед порушень на ринку цінних паперів, за які НКЦПФР застосовує фінансові санкції, немає порушень ст. 65 Закону.

Однак, як було зазначено вище, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку має право

застосовувати до юридичних осіб також такі санкції, як попередження або зупинення на термін до одного року розміщення (продажу) та обігу цінних паперів того чи іншого емітента за порушення вимог законодавства щодо цінних паперів, зокрема нормативно-правових актів Комісії. Зупинення обігу цінних паперів означає неможливість набувачем контрольного пакету акцій розпоряджатися набутими ним акціями. Щодо фінансової відповідальності, то вона буде вже у випадку невиконання або несвоєчасного виконання рішень НКЦПФР або розпоряджень, постанов або рішень уповноважених осіб НКЦПФР щодо усунення порушень законодавства на ринку цінних паперів.

Отже, системний аналіз зазначених вище норм чинного законодавства про цінні папери показує, що порушення набувачем контрольного пакету акцій вимог ст. 65 Закону щодо спрямування публічної безвідкличної оферти може мати наслідком зупинення Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку обігу набутих ним цінних паперів до усунення таких порушень, а у випадку невиконання рішення Комісії про усунення порушень – сплату штрафу в розмірі від тисячі до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Підставою для притягнення порушника до відповідальності може бути заява будь-якого міноритарного акціонера, «обуреного» на набувача контрольного пакету акцій через ігнорування останнім вимог ст. 65 Закону. У випадку порушення набувачем контрольного пакету акцій свого обов'язку сплатити акціонерам, які прийняли пропозицію, вартість їхніх акцій, позиція НКЦПФР може бути інакшою. Адже зазначені порушення більше потрапляють під сферу застосування цивільного та господарського законодавства, яким регулюється порядок укладання та виконання договорів, зокрема укладених за пропозицією. Порушення умов договору, укладеного за пропозицією, є підставою для звернення особи до суду за захистом порушених прав. Але, зважаючи на тривалість судових процесів, відновлення порушених прав міноритарних акціонерів може затягнутися не на один рік. Проаналізувавши положення законодавства про цінні папери, можна зробити висновок, що передбачений у ст. 65 Закону порядок придбання акцій за наслідками придбання контрольного пакету акцій є важливим кроком до вдосконалення правового регулювання придбання контрольних пакетів акцій. Однак потреба у внесенні відповідних доповнень до ст. 65 Закону та інших законів щодо встановлення прямої відповідальності за порушення обов'язків, встановлених ст. 65 Закону, зокрема й щодо укладання та повного виконання договору за прийнятими пропозиціями та запровадження фінансових санкцій за такі порушення залишається актуальною.

ОСОБЛИВОСТІ ВИКЛЮЧЕННЯ УЧАСНИКА З ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

АВТОР

Олександр КУШНАРЕНКО,
юрист PLP Law Group



Зміна складу учасників товариства з обмеженою відповідальністю може відбуватись з різних підстав, наприклад, з таких, як: реорганізація учасника – юридичної особи, ліквідація учасника – юридичної особи, купівля-продаж, дарування, спадкування частки у статутному капіталі.

Окрім зазначених підстав, чинне законодавство України передбачає зміну складу учасників ТОВ шляхом виключення учасника зі складу учасників.

Питання виключення учасника регламентоване Цивільним кодексом України, Законом України «Про господарські товариства» та Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців».

Зокрема, в ч. 3 ст. 100 ЦК України визначено, що учасник товариства у випадках та в порядку, встановлених законом, може бути виключений з товариства.

Положення зазначеної статті є загальним та закріплює лише можливість виключення учасника зі складу учасників товариства. За повнотою змісту ця норма є відсилочною, тобто такою, що спрямовує до іншого нормативно-правового акта для з'ясування підстав реалізації можливості виключення учасника зі складу учасників товариства. Таким нормативно-правовим актом є ЗУ «Про господарські товариства».

Підстави для реалізації можливості виключення учасника зі складу учасників зазначені в ст. 64 зазначеного документа, згідно з якою учасника ТОВ, який систематично не виконує або неналежно виконує обов'язки, або перешкоджає своїми діями досягненню цілей товариства, може бути виключено з товариства на основі рішення, за яке проголосували учасники, що володіють загалом більше ніж 50% загальної кількості голосів учасників товариства. До того ж цей учасник (його представник) у голосуванні участі не бере.

Зокрема, ст. 59 зазначеного Закону передбачає, що питання виключення учасника з ТОВ належить до компетенції загальних зборів товариства з обмеженою відповідальністю. Під час вирішення питання про виключення учасника з товариства рішення вважається ухваленим, якщо за нього проголосують учасники, що володіють у сукупності

більш як 50% загальної кількості голосів учасників товариства.

Аналіз зазначених норм дає підстави для висновку, що питання виключення учасника актуальне за наявності у товаристві корпоративного конфлікту між самими учасниками. Крім того, для винесення такого рішення Закон передбачає, що учасник, якому загрожує виключення повинен володіти часткою меншою ніж 50% статутного капіталу товариства, оскільки виключення учасника який володіє часткою, що дорівнює 50%, Законом не передбачено.

В разі ухвалення загальними зборами рішення про виключення учасника таке рішення має бути вмотивованим та обґрунтованим. Про необхідність обґрунтованого рішення загальних зборів про виключення учасника з товариства свідчить і судова практика. Наприклад, колегія суддів Вищого Господарського Суду України у своїй постанові від 03.02.2011 року у справі №14/4-10 за результатами розгляду касаційної скарги на постанову Житомирського апеляційного господарського суду у справі за позовом про визнання недійсним рішення загальних зборів відмовила у задоволенні касаційної скарги, позаяк рішення зборів про виключення учасника ТОВ є необґрунтованим, оскільки протокол зборів не має будь-яких відомостей щодо фактів систематичного невиконання або неналежного виконання обов'язків учасником товариства, а також доказів про те, що позивач своїми діями перешкоджає досягненню цілей товариства, зазначених у його статуті. Немає таких доказів і у матеріалах справи. Зважаючи на це, ухвалене відповідачем рішення про виключення учасника зі складу ТОВ, оформлене протоколом загальних зборів учасників, винесене з порушенням вимог чинного законодавства України.

Як уже зазначалось, рішення про виключення учасника є прийнятним, якщо за нього проголосували учасники, що володіють у сукупності більш як 50% загальної кількості голосів учасників товариства.

В ч. 4 ст. 58 ЗУ «Про господарські товариства» зазначено, що учасники мають кількість голосів, пропорційну розміру їхніх часток у статутному капіталі.

Постає питання визначення голосів під час їхнього підрахунку в процесі голосування, а саме: враховувати голоси пропорційно внесених учасниками вкладів до статутного капіталу чи враховувати розмір часток, які зазначені у статуті товариства.

Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 05.02.2013 у справі №1-3/2013, суд дійшов правового висновку, що формування учасниками статутного капіталу товариства є їхнім обов'язком.

Також, відповідно до ч. 1 ст. 52 ЗУ «Про господарські товариства», статутний капітал товариства з обмеженою відповідальністю підлягає сплаті учасниками товариства до завершення першого року з дня державної реєстрації товариства.

Отже, розмір частки кожного учасника ТОВ визначається статутом товариства до завершення першого року з дня державної реєстрації товариства. За висновками КСУ при визначенні повноважності загальних зборів учасників ТОВ та результатів голосування за прийняття їхніх рішень враховується кількість голосів учасників, визначена пропорційно розміру їхніх часток у статутному капіталі, що встановлений статутом ТОВ, незалежно від вартості реально внесених учасниками вкладів лише протягом першого року з дня державної реєстрації ТОВ.

Згідно з ч. 1 ст. 60 ЗУ «Про господарські товариства» загальні збори учасників вважаються повноважними, якщо на них присутні учасники (представники учасників), що володіють у сукупності понад 60% голосів.

Проаналізувавши зазначені норми, можемо стверджувати, що неприбуття на збори учасника, який володіє 40% і більше в статутному капіталі товариства, загальні збори провести буде неможливо, оскільки не буде дотриманий кворум, передбачений ч. 1 ст. 60 ЗУ «Про господарські товариства».

У ст. 59 ЗУ «Про господарські товариства» передбачено, що схвалення рішення про виключення учасника з товариства належить виключно до компетенції загальних зборів.

У п. 29 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2013 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» зазначено, що виключення учасника з ТОВ чи ТДВ відповідно до ст. 59 Закону про господарські товариства належить до компетенції зборів ТОВ (ТДВ), а не суду.

Враховуючи зміст ст. 59 ЗУ «Про господарські товариства» та правову позицію Пленуму ВСУ, що виключити учасника, якому належить 40 і більше відсотків у статутному капіталі товариства, неможливо.

Таке роз'яснення Пленумом ВСУ компетенції загальних зборів щодо виключення учасника з товариства не узгоджується з окремою думкою судді КСУ Д.Д. Лилак у справі № 1-3/2013.

Відповідно до ч. 2 ст. 124 Конституції України, юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі.

У ст. 8 Конституції України зазначено, що норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду з метою захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.

Згідно з окремою думкою судді Конституційного Суду України, право на звернення до суду не може бу-

ти скасоване і обмежене навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану. В ч. 5 ст. 55 Конституції України передбачено право кожного за допомогою будь-яких, не заборонених законом засобів, захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Тобто особа має право вибору засобів захисту, крім тих, які прямо заборонені законом. Одним із таких засобів є загальні збори учасників товариства.

В Законі та ЦК України не заборонений розгляд питання виключення учасника з товариства судом. Тому за позовом заінтересованої особи суд може ухвалити рішення про виключення учасника з товариства. В своїй окремій думці суддя наголосив, що КСУ неодноразово зазначав, що Конституцією України гарантовано і забезпечено кожній людині і громадянину право на звернення до суду по захист своїх прав чи свобод, ст. 55 Конституції України зобов'язує суди приймати заяви до розгляду навіть у випадку відсутності в законі спеціального положення про судовий захист.

Отже, з огляду на зміст ст. 64 ЗУ «Про господарські товариства» підставою для виключення учасника зі складу товариства є систематичність невиконання чи неналежне виконання учасником обов'язків, чи перешкоджання своїми діями досягненню цілей товариства.

Обов'язки, які покладаються на учасників господарських товариств, зокрема, і товариств з обмеженою відповідальністю, перераховані у ст. 11 ЗУ «Про господарські товариства» а саме:

- додержуватись установчих документів товариства і виконувати рішення загальних зборів та інших органів управління товариства;
- виконувати свої зобов'язання перед товариством, зокрема і пов'язані з майновою участю, а також вносити вклади у розмірі, порядку та засобами, передбаченими установчими документами;
- не розголошувати комерційну таємницю та конфіденційну інформацію про діяльність товариства;
- нести інші обов'язки, якщо це передбачено цим Законом, іншим законодавством України та установчими документами.

Майже ідентичні обов'язки учасників товариства зазначені і у ст. 117 Цивільного кодексу України.

Перелік зазначених обов'язків не є вичерпним та може бути розширений у статуті товариства з обмеженою відповідальністю за рішенням самих учасників, але не може бути зменшений.

Якщо зазначені обов'язки розглядати з позиції невиконання учасником, то враховуючи їхню загальну форму, до фактичного їх невиконання можна зарахувати, зокрема, такі дії (бездіяльність) учасників:

- створення перешкод для реалізації рішення про внесення змін до статуту, що полягають у відмові учасника підписати статут у новій редакції,

оскільки на відміну від акціонерних товариств, статuti ТОВ повинні бути підписані учасниками товариства;

- зрив проведення загальних зборів учасників товариства, що є наслідком нез'явлення учасника (учасників) на збори та як результат відсутності кворуму;
- неголосування або голосування на загальних зборах проти прийняття рішень з питань, що є важливими для діяльності товариства (укладення, схвалення правочинів, зміна діяльності, зміна виконавчого органу, тощо);
- внесення до порядку денного питань, які не відповідають меті або діяльності товариства та голосування з таких питань;
- поширення конфіденційної інформації, що може призвести до завдання шкоди діловій репутації товариства або до фінансових збитків.

Щодо визначення змісту систематичності невиконання учасником обов'язків, передбачених Законом і статутом, слід зазначити, що зміст терміна «систематичність» в ЗУ «Про господарські товариства» не розкритий, однак він трапляється в деяких нормативно-правових актах, наприклад Кодексі законів про працю України (ст. 40 «Розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу»), Кримінальному кодексі України (ст. 78 «Правові наслідки звільнення від відбування покарання з випробуванням»).

Чіткого визначення систематичності ані Кодекс закону про працю України, ані Кримінальний кодекс також не дають. Натомість у науково-практичному коментарі до ст. 78 КК України зазначено, що систематичними слід визнавати правопорушення, зокрема різномірні, вчинені тричі чи більше разів.

З огляду на відсутність чіткого визначення поняття «систематичність», у контексті ст. 64 ЗУ «Про господарські товариства» цей критерій є оціночним.

Також відсутність нормативного визначення зазначеного терміна дає змогу учасникам самостійно надати йому визначення та закріпити в тексті статуту товариства.

Щодо неналежності виконання та перешкоджання досягнення цілей товариства, то зміст зобов'язань учасників робить зазначені підстави взаємопов'язаними, оскільки перешкоджання досягненню цілей товариства є наслідком неналежного виконання учасником своїх обов'язків.

У п. 3.10. Рекомендацій Вищого Господарського Суду України від 28.12.2007 №04-5/14 «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають із корпоративних відносин», зазначено, що в рішенні про виключення учасника з господарського товариства повинно бути обґрунтовано причини такого виключення і зазначено, які саме факти невиконання статутних обов'язків стали підставою

виключення учасника з товариства, в чому полягає систематичність невиконання учасником товариства його обов'язків, якими саме діями (бездіяльністю) учасник перешкоджає досягненню цілей товариства. Відсутність відповідних відомостей у рішенні про виключення учасника з товариства може бути підставою визнання такого рішення недійсним за позовом цього учасника.

Згідно зі ст. 33 Господарського процесуального кодексу України, кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень.

Згідно зі ст. 32 ГПК України, доказами у справі є будь-які фактичні дані, на підставі яких господарський суд у визначеному законом порядку встановлює наявність чи відсутність обставин, на яких ґрунтуються вимоги і заперечення сторін, а також інші обставини, які мають значення для правильного вирішення господарського спору.

Беручи до уваги зазначені норми та роз'яснення ВГСУ, для визнання судом правомірності рішення про виключення учасника з товариства, та як наслідок встановлення законності такого рішення, необхідно мати фактичні, письмові докази.

Форма таких доказів залежить від підстав, які підтверджують систематичність невиконання або неналежність виконання учасником обов'язків, або підтверджують факт перешкоджання з боку учасника досягненню цілей товариства.

Якщо учасник (учасники) не з'являються на загальні збори, що призводить до зриву зборів унаслідок відсутності кворуму, то в такому випадку систематичність невиконання учасниками своїх обов'язків, як, наприклад, перешкоджання прийняттю важливих для товариства рішень, може бути підтверджена протоколами реєстраційної комісії, де фіксується інформація про кількість учасників, які зареєструвались для участі в зборах. За аналогією з процедурою проведення загальних зборів в акціонерних товариствах під час проведення загальних зборів учасників ТОВ можна призначити комісію для контролю (нагляду) за проведенням загальних зборів, але для правомірності призначення такої комісії та використання її висновків, що повинні мати паперову форму бажано в статуті товариства передбачити можливість її формування.

Також неголосування учасником на зборах з питань, що мають важливе для товариства значення, та пов'язаних із його діяльністю, може фіксуватись протоколами лічильної комісії.

Усі докази невиконання учасником обов'язків, передбачених Законом та статутом товариства, повинні розглядатись у взаємозв'язку з наявними негативними для товариства наслідками чи під час розгляду доказів має враховуватись вірогідність настання таких

наслідків у результаті дії (бездіяльності) учасника товариства.

За законодавством Російської Федерації, а саме, у Федеральному законі «Про товариства з обмеженою відповідальністю» є норма, яка майже тотожна ст. 64 ЗУ «Про господарські товариства».

Згідно зі статтею 10 Федерального закону «Про товариства з обмеженою відповідальністю» учасники товариства, частки яких у сукупності становлять не менше ніж десять відсотків статутного капіталу товариства, мають право вимагати в судовому порядку виключення з товариства учасника, який грубо порушує свої обов'язки або своїми діями (бездіяльністю) робить неможливою діяльність товариства або значно її ускладнює.

На відміну від національного законодавства, законодавством Російської Федерації чітко передбачено, що виключення учасника з товариства здійснюється виключно за рішенням суду. При чому, для звернення до суду необхідна згода учасника (учасників), які у сукупності володіють часткою десять і більше відсотків, що дає можливість впливу міноритарних учасників на учасника з контрольною часткою в статутному капіталі. Також для виключення учасника з товариства наявність рішення загальних зборів не передбачена.

Відповідно до п. 4.1. ст. 38 арбітражного процесуального кодексу РФ такі спори розглядає арбітражний суд за місцезнаходження юридичної особи.

Щодо наслідків виключення учасника з товариства, то, відповідно до ч. 4 статті 23 Федерального закону «Про товариства з обмеженою відповідальністю», частка учасника товариства, виключеного з товариства, переходить до товариства. При цьому товариство зобов'язане виплатити виключеному учаснику товариства реальну вартість його частки, яка визначається за даними бухгалтерської звітності товариства за останній звітний період, що передує даті набрання чинності рішенням суду про його виключення, або за згодою виключеного учасника товариства видає йому в натурі майно такої самої вартості.

В Республіці Польща спеціальним документом, який регламентує діяльність товариств з обмеженою відповідальністю (*Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*), є Кодекс комерційних компаній (*Kodeks spółek handlowych*) (надалі – «Кодекс»).

Згідно з параграфу 1 ст. 266 вказаного кодексу, з поважних причин, що стосуються учасника, суд може винести рішення про його виключення з товариства на вимогу всіх інших учасників, якщо внески (частки) учасників, що вимагають виключення, становлять більше ніж половину статутного капіталу.

Водночас у параграфі 2 ст. 266 цього кодексу зазначено, що статутом товариства може бути передбачено право застосовувати правові заходи, передбачені в

§ 1 ст. 266, на вимогу меншої кількості учасників товариства, якщо сукупний розмір їхніх часток становить більше половини статутного капіталу. У цьому випадку решта учасників, які не звертаються до суду, залучаються до справи як відповідачі.

Зважаючи на викладене, відповідно до змісту § 1 ст. 266 Кодексу, рішення про виключення учасника з товариства схвалює суд на вимогу всіх інших учасників за умови, що такі учасники володіють частками, що становлять більше ніж половину статутного капіталу. В цьому випадку відповідачем буде учасник, якого мають намір виключити.

Параграф 2 ст. 266 зазначеного кодексу врегулює питання, коли деякі учасники не мають однозначної позиції щодо учасника, якого мають намір виключити, тобто особисто і принципово не зацікавлені у виключенні такого учасника. Тому, якщо це передбачено статутом товариства, з вимогою до суду про виключення з товариства учасника за наявності на це поважних причин можуть звернутись лише зацікавлені учасники. При цьому, відповідачем у такому випадку буде не лише учасник, якого мають намір виключити, а й учасники, які не виявили бажання виступити на стороні позивачів. У такому випадку стосовно таких учасників-відповідачів суд має визнати виключення учасника з товариства. Також на таких учасників-відповідачів покладаються судові витрати.

Отже, учасник може бути виключений лише за рішенням суду, за зверненням решти учасників, що сукупно володіють більше ніж половиною статутного капіталу, в разі відсутності згоди одного з учасників рішення про виключення не схвалюється, або якщо це передбачено статутом товариства, учасник виключається за рішенням суду на вимогу певної кількості учасників, які володіють частками, що сукупно становлять більше ніж половину статутного капіталу, при цьому решта учасників, які не виступили на стороні позивачів, залучаються як відповідачі.

Щодо наслідків виключення учасника, то в § 3 ст. 266 кодексу передбачений викуп частки виключеного учасника самими учасниками або третіми особами. При цьому, вартість частки виключеного учасника встановлюється судом на підставі реальної вартості частки на день подання позову.

Разом з тим, окрім встановлення вартості частки виключеного учасника, суд встановлює строк, протягом якого вартість частки повинна бути виплачена. Якщо у встановлений термін вартість частки не буде виплачена або внесена на депозит суду, рішення щодо виключення учасника з товариства не набирає чинності.

Також у ст. 68 Кодексу передбачене право позивачів звернутись до суду з клопотанням про блокування повноважень учасника, якого мають намір виключити.

ПРОБЛЕМИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ПОЗИЧАЛЬНИКА ЯК СТОРОНИ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ, УКЛАДЕНОГО В ІНОЗЕМНІЙ ВАЛЮТІ

АВТОР

Алла ОЛІЙНИК,

к.ю.н, суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ



16 вересня 2014 року Верховна Рада України та Європейський парламент синхронно ратифікували Угоду про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Україна вже доклала чимало зусиль на шляху адаптації законодавства України до європейського відповідно до вимог вступу в ЄС. По-перше, визнані юрисдикції європейських судових інституцій, по-друге, національне законодавство узгоджується зі спільним доробком, частиною якого є також Директиви ЄС щодо захисту прав споживачів у галузі кредитних послуг.

У Директивах ЄС увага звертається на захист прав споживача кредитних послуг. У них визначено загальну мету, а їхні положення мають бути відображені в національному законодавстві.

У Директиві 2002/65 ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 23 вересня 2002 року про дистанційний маркетинг споживчих фінансових послуг та внесення змін до Директиви Ради Європи 90/619/ЄЕС та Директиви 97/27/ЄС звернено увагу на підтримання високого рівня захищеності споживачів інвестиційних послуг та фінансових кредитів [1]. Відповідно до Директиви Ради Європи 87/102/ЄЕС від 22 грудня 1986 року щодо координації законів, підзаконних актів та адміністративних положень про правила Спільноти щодо кредиту споживача зазначено, що держави-члени повинні гарантувати, що кредитні угоди не повинні укладатися зі збитками для споживача, відповідно до положень національного законодавства та положень цієї Директиви (п. 1 ст. 14 Директиви), за змістом Директиви 2008/48/ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 23 квітня 2008-го для забезпечення довіри споживачів є пропонування ринком достатнього ступеня їх захисту [2].

Відносини у сфері кредитування споживачів стали непростим тестом на дотримання Украї-

ною європейських цінностей і конституційних засад захисту прав людини, яка, відповідно до Конституції України, визнається найвищою соціальною цінністю (ст. 3 КУ).

Всю відповідальність за безправність і незахищеність споживачів у кредитних відносинах було покладено в очах громадськості на судову систему. Чи насправді у всьому винні суди? Адже суди розглядають та вирішують цивільні справи відповідно до чинного законодавства у межах позовних вимог, із урахуванням наданих сторонами доказів. Судом касаційної інстанції судова практика формується на підставі практики судів нижчих інстанцій. Суд касаційної інстанції не створює нових норм права. Важливе значення для застосування норм матеріального права мають правові висновки Верховного Суду України, які є обов'язковими для судів.

Кредитні правовідносини, як будь-які майнові правовідносини, є складними, мають дві взаємопов'язані складові: економічну та правову. Вони мають також соціальну і політичну складові. Така природа кредитних правовідносин впливає на їхнє правове регулювання, і як наслідок на розгляд судами кредитних спорів.

У сфері валютного регулювання були та наразі є проблеми правового регулювання, тож їх усунення є завданням законодавця. Суд не може перебрати на себе повноваження законодавчого органу.

Судова практика щодо виконання зобов'язань в іноземній валюті є суперечливою та неоднаковою. Нині є очевидним, що найбільш збалансованим і виваженим для врегулювання спорів із валютних кредитних правовідносин є застосування норм і принципів захисту прав споживачів, які розроблені в праві ЄС. Значна частина таких норм вже була імплементована в Законі України «Про захист прав споживачів» (далі – Закон). Зокрема, це норми Закону про заборону несправедливої та дискримінаційної практики в галузі надання послуг.

Загальні суди розглядають спори з кредитних договорів, укладених в іноземній валюті, більшість яких є споживчими договорами, що кваліфікуються як договори приєднання і, як правило, мають стандартну форму (ч. 2 ст. 634 ЦК України).

У кредитних договорах, навіть незалежно від кваліфікації кредитного договору як споживчого, особа, яка приєднується – позичальник, є слабшою стороною договору, якій об'єктивно бракує знань для оцінки кредитного договору, а тому є високий ризик укласти договір, який не відповідатиме інтересам особи.

Конституційний Суд України у справі від 10 листопада 2011 року №15-рп/2011 про захист прав споживачів кредитних послуг у мотивувальній частині рішення зазначав, що держава забезпечує особливий захист більш слабкого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах, шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи цивільного договору. Це здійснюється завдяки встановленню особливого порядку укладення цивільних договорів споживчого кредиту, їхньому оспоруванню, контролю за змістом та розподілу відповідальності між сторонами договору. Тим самим держава одночасно убезпечує добросовісного продавця товарів (робіт, послуг) від можливих зловживань з боку споживачів [3].

Законодавча заборона надання (отримання) споживчих кредитів в іноземній валюті на території України 2011 року системно проблеми не вирішила, адже основна маса кредитних договорів у валюті була укладена раніше, і вони передбачають повернення грошових коштів протягом тривалого періоду.

Тривалий характер відносин із кредитного договору зумовлює розмежування способів захисту прав позичальника, пов'язаних із укладенням кредитного договору та з виконанням зобов'язань за кредитним договором.

Однією з поширених категорій спорів є визнання недійсним укладеного у валюті кредитного договору з тих підстав, що його умови є несправедливими для позичальника.

На практиці часто вживається термін «кабальні умови». Тлумачний словник української мови подає таке визначення терміна «кабальні умови»: укладений на дуже невигідних умовах для одного з учасників.

Ні ЦК України, ні Закон не мають такого поняття. В Законі є поняття «несправедливі умови».

Згідно з ч. 1 ст. 18 Закону продавець (виконавець, виробник) не повинен включати у договори зі споживачем умови, які є несправедливими.

Відповідно до ч. 2 ст. 18 Закону умови договору є несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є суттєвий дис-

баланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача.

У ч. 3 ст. 18 Закону наведений перелік несправедливих умов, який не є вичерпним. Зокрема, несправедливими є умови договору про: 1) звільнення або обмеження юридичної відповідальності продавця (виконавця, виробника) у разі смерті або ушкодження здоров'я споживача, спричинених діями чи бездіяльністю продавця (виконавця, виробника); 2) виключення або обмеження прав споживача стосовно продавця (виконавця, виробника) або третьої особи у разі повного або часткового невиконання чи неналежного виконання продавцем (виконавцем, виробником) договірних зобов'язань, включаючи умови про взаємозалік, зобов'язання споживача з оплати та його вимог у разі порушення договору з боку продавця (виконавця, виробника); 3) встановлення жорстких обов'язків споживача, тоді як надання послуги обумовлене лише власним розсудом виконавця; 4) надання можливості продавцю (виконавцю, виробнику) не повертати кошти на оплату, здійснену споживачем, у разі відмови споживача укласти або виконати договір, без встановлення права споживача на одержання відповідної компенсації від продавця (виконавця, виробника) у зв'язку з розірванням або невиконанням ним договору; 5) встановлення вимоги щодо сплати споживачем непропорційно великої суми компенсації (понад п'ятдесят відсотків вартості продукції) у разі невиконання ним зобов'язань за договором; 6) надання продавцю (виконавцю, виробнику) права розірвати договір зі споживачем на власний розсуд, якщо споживачеві таке право не надається; 7) надання продавцю (виконавцю, виробнику) права не повертати кошти на оплату ненаданої продукції у разі розірвання договору з ініціативи продавця (виконавця, виробника); 8) надання продавцю (виконавцю, виробнику) права розірвати договір, укладений на невизначений строк із споживачем без повідомлення його про це, крім випадків, установлених законом; 9) установлення невинувато малю строк для надання споживачем згоди на продовження дії договору, укладеного на визначений строк, з автоматичним продовженням такого договору, якщо споживач не висловить відповідного наміру; 10) установлення обов'язкових для споживача умов, з якими він не мав реальної можливості ознайомитися перед укладенням договору; 11) надання продавцю (виконавцю, виробнику) права в односторонньому порядку змінювати умови договору на власний розсуд або на підставах, не зазначених у договорі; 12) надання

продавцю (виконавцю, виробнику) права в односторонньому порядку змінювати характеристики продукції, що є предметом договору; 13) визначення ціни товару на момент його поставки споживачеві або надання продавцю (виконавцю, виробнику) можливості збільшувати ціну без надання споживачеві права розірвати договір у разі збільшення ціни порівняно з тією, що була погоджена на момент укладення договору; 14) надання продавцю (виконавцю, виробнику) права визначати відповідність продукції умовам договору або надання йому виключного права щодо тлумачення договору; 15) обмеження відповідальності продавця (виконавця, виробника) стосовно зобов'язань, прийнятих його агентами, або обумовлення прийняття ним таких зобов'язань додержанням зайвих формальностей; 16) встановлення обов'язку споживача виконати всі зобов'язання, навіть якщо продавець (виконавець, виробник) не виконає своїх; 17) надання продавцю (виконавцю, виробнику) права передавати свої права та обов'язки за договором третій особі, якщо це може стати наслідком зменшення гарантій, що виникають за договором для споживача, без його згоди [4].

Наприклад, у справі від 24 квітня 2013 року № 6–1099св13 за позовом особи до публічного акціонерного товариства «Універсал банк» про визнання недійсними пунктів кредитного договору та зобов'язання вчинити дії суд першої інстанції задовольнив позов і визнав недійсними пункти кредитного договору, які встановлюють підвищену процентну ставку за користування кредитом понад установлений строк (прострочення терміну сплати щомісячного платежу). Судом встановлено, що особа взяла кредит у розмірі 6 000 тисяч доларів США на строк до 2013 року зі сплатою 24% річних. За користування кредитом понад установлений строк (прострочення терміну сплати щомісячного платежу) встановлюється процентна ставка у розмірі 72%. Суд дійшов обґрунтованого висновку, що процентна ставка у розмірі 72% річних перевищує межу плати за послугу, яка встановлена законом [5].

В іншій справі від 19 червня 2013 року № 6–49412св12 за позовом особи до публічного акціонерного товариства «Комерційний банк «Надра» про визнання недійсним кредитного договору як на підставу позову особа, зокрема, посилалася на те, що умова кредитного договору щодо визначення щомісячної суми мінімально необхідного платежу без визначення суб'єктивного права позичальника знати, на що ця сума буде витрачена, та відповідно обов'язку банку щодо

визначення в цьому платежі розміру процентів та окремо тіла кредиту є несправедливою та такою, що суперечить принципам цивільного права.

Відмовляючи у позові, суд керувався тим, що нарахування відсотків за користування кредитом здійснюється за фактичну кількість днів у періоді на залишок заборгованості. При розрахунку відсотків враховується день надання та не враховується день погашення кредиту. Суд дійшов висновку, що особа погодилася з такими умовами та підписала кредитний договір, використовувала кредитні кошти та вносила на рахунок банку суми за користування кредитом, особа не зверталася до банку за роз'ясненням кредитного договору чи його окремих пунктів [6]. На нашу думку, суд оцінював дії позичальника, що не входить до предмета доказування у справі про визнання недійсним договором, і не дав оцінки умовам договору щодо їхньої справедливості.

Як приклад можна навести й ухвалу Вищого спеціалізованого суду України від 22 жовтня 2014 року у справі № 6–26251св14 про залишення без змін рішення апеляційного суду про визнання недійсними кредитного договору в іноземній валюті, іпотечного договору, а також договору поруки. Апеляційний суд дійшов висновку, що відповідач не надав позивачеві в письмовій формі повної інформації про умови кредитування, а також орієнтовну сукупну вартість кредиту. На думку апеляційного суду, несправедливими є умови кредитного договору, додаткові нарахування, відсотки, які збільшилися, умови договору, що створили дисбаланс зарахування відсотків та тіла кредиту [8].

Верховний Суд України у правовому висновку від 11 вересня 2013 року у справі № 6–40цс13 зазначав, що, аналізуючи норму ст. 18 Закону, можна дійти висновку, що для кваліфікації умов договору несправедливими необхідна наявність одночасно таких ознак: по-перше, умови договору порушують принцип добросовісності (п. 6 ч. 1 ст. 3, ч. 3 ст. 509 ЦК України); по-друге, умови договору призводять до суттєвого дисбалансу договірних прав та обов'язків сторін; по-третє, умови договору завдають шкоди споживачеві [9].

Верховний Суд України у справі від 25 вересня 2013 року № 6–80цс13 висловив правовий висновок про те, що умови договору є несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є суттєвий дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача [10].

Несправедливі умови, тобто такі, які тягнуть суттєвий дисбаланс договірних прав на шкоду позивача, можна визначати в грошових зобов'язаннях через поняття «еквівалентності». Якщо одна сторона, яка є слабшою в договорі кредиту, має віддати у багато разів більше, ніж отримала від іншої сторони, це свідчить про суттєвий дисбаланс договірних прав на шкоду такої особи.

Розглядаючи спори за позовами про визнання недійсним договору чи його окремих умов із тієї підстави, що його умови є несправедливими, суду в кожному окремому випадку необхідно ретельно вивчати договір, надавати належну оцінку його умовам із урахуванням підстав позову, і виходити із того, що наслідком такого договору є суттєвий дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача. Позов підлягає задоволенню, якщо буде встановлено порушення договірних інтересів позичальника.

Тому критика судової практики у вказаних спорах, а саме, що суди переважно відмовляють в позові, не завжди є обґрунтованою, оскільки відповідно до вимог цивільного процесуального закону позовні вимоги мають бути доведені.

Постає запитання, чи має суд при вирішенні спору віддавати перевагу загальній zasadі цивільного законодавства – свободі договору (ст. 627 ЦК України). Чи буде справедливим у такому випадку керуватися лише тим, що особа підписала такий договір, а отже, погодилася з його умовами.

Вирішуючи такі спори, суди мають брати до уваги, що споживач укладає договір із банком, який надає послуги, банк як фінансова установа має нести відповідальність за відповідність такого договору нормам чинного законодавства. Укладаючи договір, особа довіряє фахівцям, які надають їй ці послуги, вважає, що ці послуги будуть кваліфікованими і відповідатимуть нормам чинного законодавства. Проблемою судового захисту у конкретних випадках є те, що суди не завжди беруть до уваги, що свобода договору визначається критеріями справедливості, добросовісності, пропорційності та розумності.

Відповідно до ч. 1 ст. 230 ЦК України, якщо одна зі сторін правочину навмисно ввела другу в оману щодо обставин, які мають істотне значення (ч. 1 ст. 229 ЦК), такий правочин визнається судом недійсним. Обман має місце, якщо сторона заперечує наявність обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину, або якщо вона замовчує їхнє існування [11]. Умисне ненадання банком позичальнику важливої інформації щодо змісту ризиків укладення кредитного договору у валюті, згідно з ч. 2 ст. 19 За-

кону, може розглядатися як така практика банку, що вводить в оману. Проте умисел банку має бути доведений. Більш вірогідним є доведення умислу банку щодо введення в оману позичальника стосовно суми платежів, комісій, які нараховуються на ці суми. Такий умисел може бути підтверджений фінансовими розрахунками, зокрема, проведеними під час судово-бухгалтерських експертиз.

Аналіз судової практики свідчить, що суди не завжди дають належну оцінку умовам договору з погляду їхньої справедливості чи несправедливості, всім обставинам у справах про визнання кредитного договору недійсним внаслідок введення в оману, при вирішенні спору не застосовують загальні засади цивільного законодавства: справедливості, добросовісності та розумності.

Відповідно до Правил надання банками інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту у разі надання кредиту в іноземній валюті банки зобов'язані під час укладання кредитного договору попередити споживача, що валютні ризики під час виконання зобов'язань несе споживач [7].

Чи є справедливою така умова договору? Чи можна покласти валютні ризики лише на позичальника?

Валютне регулювання і валютний контроль – це сфера публічних відносин та навіть сфера безпеки держави. Відповідно до ст. 99 КУ грошовою одиницею України є гривня. Забезпечення стабільності грошової одиниці є основною функцією Національного банку України.

Банк як професійний учасник ринку повинен був передбачати можливість невиконання споживачем умов кредитного договору у майбутньому та значні майнові ризики і втрати для споживача у зв'язку із невиконанням такого договору.

Обов'язок банку оцінювати ризики кредитних установ встановлено і Директивою Ради Європи 92/121/ЄС «Про здійснення нагляду і контролю за діяльністю кредитних установ, пов'язаною із підвищеним ризиком» від 21 грудня 1992 року [12].

Слід наголосити, що від знецінення гривні майнових збитків зазнають обидві сторони кредитних договорів, укладених у валюті: банк і позичальник.

Покладення валютних ризиків лише на позичальника є порушенням принципу добросовісності (п. 6 ч. 1 ст. 3, ч. 3 ст. 509 ЦК України) і, на нашу думку, може розглядатися як несправедлива умова договору.

ЦК України визначає, що не допускається зловживання правом (ч. 3 ст. 13 ЦК України).

Оцінюючи обов'язок банку надати споживачеві інформацію про всі фінансові умови кредитування та в разі надання кредиту в іноземній валюті під час укладення кредитного договору попередити споживача, що валютні ризики під час виконання зобов'язань за цим договором несе споживач (ст. 11, 18, 21 Закону, п. 3.8 Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту, затверджених постановою Правління НБУ від 10 травня 2007 року № 168), (щодо договорів, укладених після набрання постановою чинності), постає закономірне питання, чи повинен був банк під час укладення договору враховувати спроможність позичальника виконувати зобов'язання за кредитним договором укладеним у валюті, чи мав позичальник джерело доходів у валюті для виконання умов такого договору. У протилежному випадку, чи будуть умови такого договору справедливими для позичальника. Видається, що, укладаючи договори в іноземній валюті з особами, які не мали підтвердженого джерела доходів у валюті, отримували дохід у гривні, банки зловживали правом, попри те, що особа погодилася на укладення договору у валюті. У такому випадку можна говорити також про порушення засад добросовісності (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України).

Доктрина не сформувала наслідків зловживання правом, не визначає наслідків зловживання правом і закон, а тому суд у судових рішеннях лише констатує про зловживання правом.

Умови кредитного договору у валюті, які вказують на зловживання правом банком при наданні такого кредиту, є несправедливими, якщо вони мають наслідком суттєвий дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача, а отже, можуть бути визнані недійсними за позовами споживачів відповідно до ч. 4 ст. 18 Закону.

На нашу думку, ознаки зловживання правом мали також звернення банків з вимогами до позичальників протягом тривалих строків невиконання зобов'язань від визначених строків виконання зобов'язань. Усуненню наслідків зловживання правом сприяла постанова Верховного Суду України від 6 листопада 2013 року у справі № 6–116цс13, в якій ВСУ висловив правовий висновок щодо застосування позовної давності та її перебігу за вимогами кредитора, які впливають з порушення боржником умов договору (графіка погашення кредиту) про погашення боргу частинами (щомісячними платежами) [13].

Загальні умови виконання зобов'язань (ст. 526 ЦК України) також мають відповідати загальним засадам цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України), зокрема вимогам справедливості, добросовісності, розумності. Відповідальність за невиконання зобов'язань із кредитних договорів, укладених в іноземній валюті, застосовується з урахуванням такого зобов'язання як грошового на підставі норм ЦК України, які мають дуже жорсткий характер навіть порівняно з аналогічними нормами пострадянських та зарубіжних країн [14, с. 258–274]. Визначивши вину як підставу цивільної відповідальності відповідно до ст. 614 ЦК України «Вина як підстава відповідальності за порушення зобов'язання», законодавець установив винятки для грошових зобов'язань у ст. 625 ЦК України. Те, що особа вжила всіх залежних від неї заходів для належного виконання зобов'язання, ніяк не впливає на звільнення її від відповідальності за невиконання грошового зобов'язання, зокрема в іноземній валюті.

Варто наголосити, що передбачене ч. 3 ст. 551 ЦК України право суду зменшити розмір неустойки останнім часом більш активно використовується судами. Роз'яснення у п. 27 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 березня 2012 року №5 «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин», про те, що положення ч. 3 ст. 551 ЦК України про зменшення розміру неустойки може бути застосовано судом лише за заявою відповідача, не всіма судами бралось до уваги і практика застосування ч. 3 ст. 551 ЦК України була різною.

Однаковому забезпеченню застосування ч. 3 ст. 551 ЦК України сприяла постанова Верховного Суду України від 3 вересня 2014 року у справі №6–100цс14.

Особливе місце в системі способів захисту прав сторін кредитних договорів посідає розірвання договору (ст. ст. 651–654 ЦК України). З одного боку, розірвання договору вносить елемент нестабільності у відносини сторін, але з іншого – надає можливість не виконувати договір у тих випадках, коли його виконання унеможливає досягнення мети договору. Пошук конструктивних елементів інституту розірвання договору, які сприятимуть формуванню стабільних зобов'язальних правовідносин, є завданням як законодавця, так і судової практики.

Нині судова практика як загальних судів, так і судів господарської юрисдикції виходить із того, що зміна економічної ситуації та коливан-

ня курсу іноземної валюти щодо нацвалюти є ризиками сторін договору та не можуть бути підставами для зміни чи розірвання кредитного договору, оскільки це не є істотною зміною обставин у розумінні ст. 652 ЦК України; коливання курсу валют є потенційними ризиками при укладенні кредитного договору в іноземній валюті для обох сторін.

У науковій літературі є думка, що причиною розірвання договору може бути різка зміна валютного курсу [15, с.104].

Погоджуємося, що коливання курсу валют не є підставою для розірвання договору. Водночас, на нашу думку, необхідно переглянути підходи до розірвання кредитних договорів, укладених в іноземній валюті, у зв'язку із різкою зміною валютного курсу та обвальним знеціненням гривні. Девальвація гривні протягом 2014–2015 років у межах 500–700% порівняно із курсом іноземних валют на час укладення основної кількості кредитних договорів в іноземній валюті однозначно підтверджує наявність «різкої зміни курсу», і логічно припустити, що сторони не могли передбачити такої зміни обставин.

Необхідно зауважити, що це питання є дискусійним, розірвання договору не може бути загальним правилом у вирішенні відповідних спорів. Є категорія позичальників, які ухиляються від виконання зобов'язання, маючи фінансові можливості для його виконання. Тому необхідно виважено підходити до вирішення справ про розірвання договору у зв'язку з різкою зміною курсу валют, у кожному конкретному випадку слід встановлювати обставини справи та надавати їм належну оцінку.

Основною проблемою в таких цивільних справах є застосування оціночної категорії «різка зміна валютного курсу» та складність доведення одночасно всіх чотирьох умов розірвання договору відповідно до ч. 2 ст. 652 ЦК України. Сукупність існування всіх чотирьох умов розірвання договору, відповідно до ч. 2 ст. 652 ЦК України, має бути доведена особою, яка отримала кредит у валюті.

У рішенні Конституційного Суду України від 10 листопада 2011 року №15–рп/2011 (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) визначено, що держава, встановлюючи законами України засади створення і функціонування грошового та кредитного ринків (п. 1 ч. 2 ст. 92 КУ), має підтримувати на засадах пропорційності розумний баланс між публічним інтересом ефективного перерозподілу грошових накопичень, комерційними інтересами банків

щодо отримання справедливого прибутку від кредитування і охоронюваними законом правами та інтересами споживачів їхніх кредитних послуг [3]. На необхідність досягнення справедливого балансу та розумної пропорційності між засобами, що використовуються та цілями, які переслідуються, зокрема, для усунення наслідків банківської та фінансової кризи вказував Європейський суд з прав людини (рішення Європейського суду з прав людини від 18 червня 2002 року в справі «Шестаков проти Росії») [16].

Не сприяє захисту прав позичальників, які отримали кредити в іноземній валюті, застосування судами Закону України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» від 3 червня 2014 року, оскільки немає єдиної практики у його застосуванні та є різні підходи суддів до тлумачення його положень та їхнього застосування.

Відсутність єдиної практики застосування мораторію на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті, зумовлена відсутністю в законі норм, які визначають процесуальний порядок застосування Закону.

Заборона на укладення споживчих кредитних договорів у іноземній валюті діє з 2011 року, справи про звернення стягнення на нерухоме майно, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті, суди розглядають з 2009 року і на час ухвалення ЗУ «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті», перебували на стадії апеляційного та касаційного перегляду або на стадії виконання рішення суду. Отже, перше проблемне питання полягає в тому, чи може суд апеляційної або касаційної інстанції застосувати зазначений Закон, якщо на час ухвалення рішення суду, яке переглядається судами вищих інстанцій, а останні перевіряють законність та обґрунтованість рішення суду з огляду на законодавство, яке було чинним та існувало на час його ухвалення.

Друге проблемне питання полягає у формулюванні судом мотивувальної і резолютивної частин судового рішення за вимогами про звернення стягнення на майно громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті відповідно до вказаного Закону.

Не аналізуватимемо судової практики, оскільки відповідна справа перебуває на розгляді у Верховному Суді України, який надасть правовий висновок щодо правильного і однакового застосування зазначеного Закону.

Цивільний процес є змагальним, а тому необхідно окреслити проблеми судового захисту в указаних цивільних справах з огляду на процес доказування.

Процесуальний порядок розгляду справ, які впливають із кредитних правовідносин, є предметом обговорення і практиків, і теоретиків [17].

Розгляд зазначених спорів є неможливим без дослідження судом письмових доказів.

При вирішенні питання про неправильність та (або) безпідставність розрахунку банку щодо стягнення сум за кредитним договором суди не завжди дотримуються правила належності та допустимості доказів, якими підтверджуються обставини справи. Суд має брати до уваги, що належними доказами, які підтверджують наявність чи відсутність заборгованості за кредитним договором, а також встановлюють розмір заборгованості, можуть бути виключно первинні облікові документи, оформлені відповідно до вимог ст. 9 ЗУ «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність».

Також первинні облікові документи є об'єктом судово-бухгалтерських експертиз, які доцільно проводити у випадках зміни умов кредитних договорів, укладених у валюті, із зарахуванням відсотків за користування кредитом на основну суму боргу, інших змін порядку та умов платежів. Розрахунки заборгованості та довідки про заборгованість, що надаються банками, переважно підписані особами, які не мають повноважень на підпис таких документів, не є первинними обліковими документами або їхніми копіями, що не відповідає вимогам ст. 9 ЗУ «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність». У разі спору такі довідки не можуть засвідчити ні факт виконання договору, ні видачу коштів, ні правильність розрахунку банком платежів, які мають сплачуватися позичальником.

Список використаних джерел:

1. Директива 2002/65 ЄС Європейського парламенту та Ради від 23 вересня 2002 року про дистанційний маркетинг споживчих фінансових послуг та внесення змін до Директиви Ради 90/619/ЄС та Директива 97/27/ЄС [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.minjust.gov.ua/file/31107.
2. Директива Ради 87/102/ЄС від 22 грудня 1986 року щодо координації законів, підзаконних актів та адміністративних положень про правила Спільноти щодо кредиту споживача [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_350.
3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Степаненка А.М. щодо офіційного тлумачення положень пунктів 22, 23 статті 1, статті 11, частини восьмої статті 18, частини третьої статті 22 Закону України «Про захист прав споживачів» у взаємозв'язку з положеннями частини четвертої статті 42 Конституції України (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) від 10 листопада 2011 року № 15–рп/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-11>.
4. Закон України «Про захист прав споживачів» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/1023-12.
5. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 квітня 2013 року у справі № 6–1099св13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31007204>.
6. Рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 червня 2013 року у справі № 6–49412св12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32056380>.
7. Правила надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту, затверджені постановою правління Національного банку України від 10 травня 2007 року № 168 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0541-07>.
8. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 жовтня 2014 року у справі № 6–26251св14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41242672>.
9. Постанова Верховного Суду України від 11 вересня 2013 року у справі № 6–40цс13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33609037>.
10. Постанова Верховного Суду України від 25 вересня 2013 року у справі № 6–80цс13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34064391>.
11. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/435-15.
12. Директива Ради 92/121/ЄС «Про здійснення нагляду і контролю за діяльністю кредитних установ, пов'язану із підвищеним ризиком» від 21 грудня 1992 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_362.
13. Постанова Верховного Суду України від 6 листопада 2013 року у справі № 6–116цс13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35667396>.
14. Відповідальність у приватному праві: монографія / [І. Безклубий, Н. Кузнецова, Р. Майданик та ін.]; за заг. ред. І.Безклубого. К.: Грамота, 2014.
15. Соменков С.А. Расторжение договора в гражданском обороте: теория и практика. М.: МЗ-Пресс, 2002.
16. Рішення Європейського суду з прав людини від 18 червня 2002 року у справі «Шестаков проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/Rshestakovcase.html>.
17. Європейські стандарти захисту прав у цивільному судочинстві: випробування часом: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 26 вересня 2014 р.) // за заг. ред. к.ю.н., доц. О.С. Захарової, к.ю.н., доц. І.О. Ізарової. – К.: ВД «Дакор», 2014. – с. 273.



Юридична Сотня

ВІСНИК ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АТО

www.legal100.org.ua

Вісник 8

23 червня 2015 року

1. Виставка-форум "Народна оборона"



26-27 червня 2015 року на території Національного культурно-мистецького та музейного комплексу "МИСТЕЦЬКИЙ АРСЕНАЛ" (вул. Лаврська, 10-12, м. Київ) пройде виставка-форум "Народна оборона", на якій волонтери та громадські організації говоритимуть про основні загрози країні, обороноздатність та шляхи її

підтримки та розвитку. На заході будуть представлені виробники оборонної продукції, представники сфери культури, проекти з психологічної реабілітації та адаптації, проекти у сфері надання гуманітарної допомоги переселенцям, всесторонньої підтримки ветеранів АТО. Далі більш детально про деякі заходи.

2. Адаптація законодавства до умов гібридної війни

Вже більше року триває особливий період, а на рівні законодавчому досі лишається невирішеною ціла низка питань. Військовослужбовці, які проходять службу за контрактом перетворилися на рабів ЗСУ, оскільки їх контракти автоматично продовжили до закінчення особливого періоду. Поняття "ротация" так і не з'явилося в військових статутах. Феномен добровольців всіяко намагаються знищити, пропонуючи їм контрактну службу. А соціально-правова підтримка продовжує надаватися ефективно лише на рівні волонтерів.

Рішення всім цим проблемам можна знайти в законодавстві інших країн, і, зокрема, в ізраїльському. Пропозиції щодо порядку несення військової служби в особливий період та прирівняння добровольців до військовослужбовців будуть представлені Лесею Василенко, головою ГО "Юридична Сотня" під час круглого столу "АТО: блок-пост між війною та тилом", який розпочнеться о 15.00 в суботу 27 червня.

3. Спільне вирішення наболівшого

27 червня о 14.30 у великій конференц залі Форуму "Народна оборона" відбудеться панельна дискусія щодо шляхів вирішення питання ефективності порядку надання статусу учасника бойових дій та забезпечення пільг, які передбачені цим статусом. Зокрема, Ірина Лоук, президент ГО "Юридична Сотня" представить напрацювання щодо можливості реалізації права на забезпечення житлом. Фонд "Гавриїл" та Товариство ветеранів АТО презентують спільний проект щодо забезпечення житлом учасників АТО.



4. Нові стандарти медичних оглядів, як передумова посилення охорони здоров'я воїнів АТО



Тестування на вірусні гепатити, ВІЛ/СНІД не є обов'язковою складовою медичних оглядів при призові на військову службу під час мобілізації в особливий період. Мотивовано це тим, що мобілізація передбачає потребу залучення всіх ресурсів для нейтралізації загрози. Крім того, наявність вірусних захворювань не є протипоказане чи для виконання військового обов'язку.

В той же час, важливо мати повну інформацію про стан здоров'я кожного бійця для забезпечення максимальної боєготовності та ефективності виконання бойових завдань. В умовах активних бойових дій значно підвищуються ризики передачі цих захворювань, а інтенсивні фізичні навантаження провокують їх загострення у бійців.

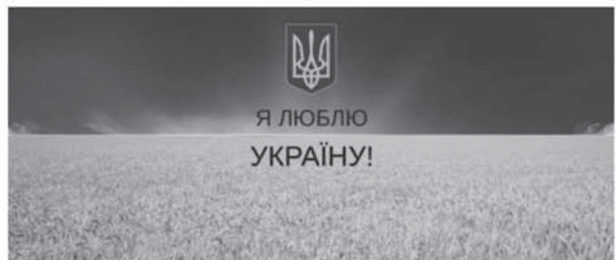
Пропозиції нових стандартів проведення медичних оглядів на етапі мобілізації будуть представлені в суботу 26 червня о 13.30.

5. Діти понад усе



26 червня з 15.00 до 19.00 пройде презентація низки соціальних проектів під назвою "Народна оборона та громадська взаємодія". Будуть представлені освітні програми, культурні проекти та організації, які забезпечують розвиток майбутніх поколінь.

Одним з таких проектів є "Юні Діти понад усе", який прагне об'єднати дітей військових АТО та дітей внутрішніх переселенців. Організатори проекта ставлять за мету не допустити розвиток напруги та ворожнечі між представниками цих соціальних груп, створивши умови для зародження дружби та співпраці між родинами учасників АТО та переселенців.



Контакти: Оксана Ампилогова. Координатор зв'язків з громадськістю ГО «Юридична Сотня»: +380 (98) 692-65-93 <http://legal100.org.ua> <https://www.facebook.com/groups/legalsotnya/>

НОВА УГОДА МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЯПОНІЄЮ ПРО СПРИЯННЯ ТА ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ (У СВІТЛІ ДЕЯКИХ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ СТАНДАРТИВ)

АВТОР

Андрій КУБКО,
к.ю.н., партнер Міжнародної
асоціації «Сквайр Паттон
Богз – Салком»



Важливою подією у сфері законодавства про іноземні інвестиції стала нещодавня ратифікація Україною Угоди з Японією про сприяння та захист інвестицій (далі – *Угода 2015 р.*) у червні цього року. Підписана Угода 2015 р. була 2 лютого 2015-го.

В міжнародній практиці такі двосторонні угоди відомі, як Bilateral Investment Treaties (BIT). Нині вони посідають окреме місце в міжнародному праві щодо зобов'язань держав у сфері дотримання прав приватних осіб, міжнародно-правової відповідальності держав¹. З одного боку, BIT є інструментом, що до певної міри обмежує суверенітет держави, оскільки підпорядковує її внутрішню правову систему міжнародним нормам, стандартам матеріально-правового та процесуального характеру, а нерідко й іноземним нормам². З іншого боку, ці угоди є важливим механізмом для залучення іноземних інвестицій до економіки країни. Адже BIT, покладаючи на державу зобов'язання поважати міжнародні стандарти поведінки з іноземними інвесторами й інвестиціями, принаймні тео-

ретично мають бути гарантом для інвестора для того, що держава уникатиме свавільних чи неправомірних дій щодо інвестора та його інвестицій чи принаймні вірогідність таких дій держави буде мінімізованою.

Як зазначають дослідники BIT у міжнародному праві, природа таких угод ґрунтується на презумпції того, що гарантії, механізми захисту прав і законних інтересів інвестора, що є в національному законодавстві «країни, що приймає», можуть бути недостатніми для досягнення мети, на яку спрямовані BIT, – створення сприятливого інвестиційного клімату, здатного забезпечити залучення іноземних інвестицій³.

Призначення BIT полягає у встановленні для держав-учасниць стандартів, вимог поведінки з іноземними інвесторами й інвестиціями. BIT запроваджують механізми, покликані забезпечити реалізацію прав і законних інтересів іноземних інвесторів, зокрема, шляхом притягнення держави до відповідальності перед інвестором. Водночас у BIT є норми, спрямовані на те, щоб держава (чиї дії обмежені міжнародно-правовими стандартами поведінки з іноземними інвестиціями, встановленими BIT) мала можливість забезпечити захист державних і суспільних інтересів на своїй території та здійснювати суверенне право регулювати відносини на внутрішньодержавному рівні, обмеживши за необхідності законні інтереси інвестора. Тож BIT ґрунтуються на принципі дотримання балансу між державним суверенітетом і державними інтересами, з одного боку, і правами та законними інтересами іноземного інвестора як приватної особи – з другого. До речі, на необхідність дотримання такого балансу неодноразово зверталась увага в практиці міжнародних арбітражних установ при вирішенні спорів між державами й іноземними інвесторами. Ця позиція була висловлена в одному з рішень у спорі, що розглядався в рамках арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ. Арбітражний суд вказав, що вирішення питання про те, чи є дії держави

¹ Міжнародно-правове регулювання зобов'язань держав щодо іноземних інвестицій, звичайно, не обмежується BIT. В цій сфері діють багатосторонні міждержавні угоди, де викладені норми щодо поведінки з іноземними інвестиціями і гарантії для іноземних інвесторів (Multilateral Investment Treaties – MIT). Такі багатосторонні угоди можуть поширюватися на окремих регіон чи також на специфічні галузі економіки. Прикладом першої групи угод є North American Free Trade Agreement (NAFTA), другої – Договір Енергетичної хартії (Energy Charter Treaty – ECT).

² Це має місце, коли BIT містить положення щодо порядку вирішення спорів між «державою, що приймає» (host state) та інвестором іншої держави, що є стороною BIT, які передбачають арбітражний розгляд справи на території країни іншої, ніж «держава, що приймає». Такий розгляд (коли йдеться про процесуальний аспект) відбуватиметься як згідно з регламентом тієї чи іншої міжнародної арбітражної установи, що відповідно до BIT наділена юрисдикцією вирішувати спір, а й за процесуальними нормами (чи принаймні за тими з них, що мають найбільш імперативний характер) іноземної держави, на території якої відбуватиметься арбітражний розгляд.

³ Докладніше див., наприклад: Rudolf Dolzer. The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law // <http://iilj.org/gal/documents/THEIMPACTOFINTERNATIONALINVESTMENT.pdf>.

щодо інвестора порушенням її міжнародних зобов'язань, має здійснюватись, зважаючи на те, що міжнародне право визнає і поважає права органів влади держави-відповідача регулювати питання згідно зі своєю компетенцією⁴.

Правова природа ВІТ не може розглядатись окремо від практики міжнародних установ із розгляду інвестиційних спорів, що виникають із ВІТ. Мова йде про рішення міжнародних арбітражних органів з інвестиційних спорів між «державами, що приймають», та інвесторами⁵. Такими установами є міжнародні арбітражі, які передбачені ВІТ. Як правило, ВІТ обумовлюють альтернативно кілька механізмів міжнародного врегулювання спору. Переважно це – арбітражний розгляд у рамках Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (м. Вашингтон)⁶, арбітраж відповідно до регламенту ЮНСІТРАЛ, арбітраж за правилами Міжнародної торгової палати або регламенту Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма.

У рішеннях міжнародних арбітражів із розгляду інвестиційних спорів викладені підходи до тлумачення й застосування стандартів поведінки з іноземними інвестиціями, закріпленими ВІТ. Зміст цих стандартів деталі заний у рішеннях інвестиційного арбітражу. В низці випадків використовують саме критерії, вироблені арбітражною практикою, які вже тривалий час враховуються при розгляді питань про порушення державами таких загально визнаних у міжнародному праві та передбачених ВІТ стандартів поведінки з інвестиціями як, наприклад, «справедливе і неупереджене ставлення» (fair and equitable treatment), «повний захист і безпека» (full protection and security). Арбітражі виробили системні підходи і до інтерпретації змісту таких базових понять, що вживаються у ВІТ, як «інвестиції», «експропріація» тощо.

Сюди належить і практика вирішення інвестиційних спорів із багатосторонніх угод, які стосуються захисту іноземних інвестицій (вже згадувані NAFTA або Договір енергетичної хар-

тії): підходи щодо стандартів поведінки з іноземними інвестиціями, викладені в рішеннях міжнародних установ зі спорів із багатосторонніх угод, застосовуються й при розгляді справ із ВІТ.

Отже, попри те, що наразі Україною укладені ВІТ близько з 60 країнами близького і далекого зарубіжжя, набрання чинності Угодою 2015 р. у червні 2015 року стало своєрідним витком у розвитку правової системи України в частині захисту іноземних інвестицій. Розглянемо деякі з положень Угоди 2015 р. з боку наявних міжнародних стандартів захисту іноземних інвестицій та практики їхнього застосування.

1. Як визначене поняття «інвестиції» відповідно до Угоди 2015 р.? Це питання виходить за рамки суто юридичної техніки. Воно є важливим з боку механізмів захисту прав інвестора, передбачених ВІТ: гарантії, встановлені ВІТ, та засоби захисту прав інвесторів застосовуються лише в разі, якщо йдеться про інвестиції, а не будь-яку комерційну діяльність іноземної особи або звичайні комерційні зв'язки на території «держави, що приймає». Спори між іноземним інвестором і державою підлягають розгляду за міжнародною процедурою інвестиційного арбітражу, передбаченою ВІТ, за умови, що такі спори стосуються інвестицій, виникають із інвестицій, пов'язані з інвестиціями. В разі, коли спір не відповідає таким критеріям і не може бути визначений як інвестиційний спір у розумінні ВІТ, міжнародні арбітражні суди, загалом відмовляють у розгляді позовів інвесторів до держави з огляду на відсутність юрисдикції інвестиційного арбітражу розглядати справу. Для того, щоб спір підпадав під категорію інвестиційного, насамперед звертаються до тлумачення поняття «інвестиції», викладене у відповідній ВІТ.

Цей підхід застосовувався й у практиці інвестиційного арбітражу щодо України. В рішенні у справі «Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. проти України»⁷ арбітражний суд відхилив позовні вимоги позивача до держави як такі, що явно позбавлені правових підстав (manifestly without legal merit). Такого висновку арбітражний суд дійшов на підставі того, що спір не був пов'язаний із інвестиціями, а вимоги позивача стосувались звичайних договорів комерційного характеру. Отже, така справа не підпадала ні під юрисдикцію інвестиційного арбітражу, ні під

⁴ В оригіналі: «...determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders.» // Див, серед інших: S.D. Myers, Inc. v. Canada UNCITRAL/NAFTA, Partial Award, 13 November 2000, para 263.

⁵ Даний механізм відомий також «як інвестиційний арбітраж» (investment arbitration).

⁶ Діє на підставі Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18 березня 1965 р.

⁷ Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine. ICSID case no.ARB/09/11. Award, 1 December 2010.

матеріально-правові гарантії, встановлені на міжнародному рівні для іноземних інвесторів.

Позивачем у справі була юридична особа, створена за законодавством США. Справа розглядалась відповідно до ВІТ між Україною та США від 1994 року. Одним із ключових питань для кваліфікації спору як інвестиційного стала інтерпретація поняття інвестицій, закріпленого у ст. I ВІТ 1994 року. Арбітражний суд взяв до уваги, що згідно зі ст. I (1) (a) ВІТ «інвестиція означає будь-який вид інвестицій на території однієї зі Сторін..., включаючи... грошові вимоги або вимогу відносно виконання договору... та будь-яке право, що надається законом або договором». Формально вимоги позивача могли бути визначені як вимоги щодо виконання договору або стосуватись права, яке «надається договором». Однак арбітраж вказав, що формулювання ст. I (1) (a) ВІТ передбачає, що такі вимоги мають бути пов'язані з інвестиціями. Це підтверджувалось текстом статті («будь-який вид інвестицій»). Таке формулювання визначає зв'язок із інвестиціями як загальну ознаку для всіх вимог, перелічених нижче у цій нормі ВІТ, а надалі наводить лише окремі приклади вимог, які (вимоги) мають стосуватись інвестицій. А сама природа поняття інвестицій у наведеному реченні відповідно до його змісту, дає змогу визначати інвестицію на підставі критеріїв, сформованих у міжнародній практиці вирішення інвестиційних спорів і таких, що відмежовують інвестицію від звичайної комерційної діяльності в рамках договірних відносин⁸. У ситуації, що розглядалась, вимоги позивача не були за природою такими, що стосуються інвестицій. Тому, з огляду на формулювання ст. I (1) (a) ВІТ між Україною і США арбітражний суд встановив, що позов не підпадає під ВІТ, а вимоги позивача не мають правових підстав відповідно до міжнародних угод про захист іноземних інвестицій.

Тому, наголосимо, питання визначення поняття інвестицій у ВІТ є принциповим, оскільки від його формулювання значною мірою залежатиме можливість (неможливість) захисту прав і законних інтересів іноземного інвестора з одного боку і притягнення (непритягнення) держа-

ви до відповідальності перед іноземним інвестором – з другого.

Щодо визначення, закріпленого в Угоді 2015 р., то будучи загальною подібним до визначення, поданого у згаданій ВІТ між Україною та США від 1994 року та більшості інших ВІТ, все ж має ознаки, які, на нашу думку, свідчать про більш розширене тлумачення сфери застосування Угоди 2015 р. Стаття I (1) передбачає, що термін «інвестиція» (в розумінні Угоди 2015 р. – *прим. авт.*) означає всі види активів, що належать або контролюються, прямо чи опосередковано, інвестором, зокрема, права за договорами, вимоги за грошовими зобов'язаннями і зобов'язаннями щодо вчинення будь-яких дій відповідно до договорів, що мають фінансову цінність. Норма ст. I (1) Угоди 2015 р. замість виразу «всі види інвестицій» має формулювання «всі види активів». За згаданою раніше ВІТ між Україною та США від 1994 року вимоги іноземного інвестора для того, щоб підпадати під міжнародно-правові норми про захист інвестицій, мали бути пов'язаними з інвестиціями (при цьому, зміст поняття «інвестиції» тут передбачав його тлумачення на основі усталених критеріїв, вироблених у міжнародному праві). На відміну від ВІТ 1994 року, Угода 2015 р. не встановлює правила щодо «зв'язку з інвестиціями» так чітко. Навпаки відповідно до Угоди 2015 р., згідно із буквальним тлумаченням ст. I (1) слід зараховувати до «інвестицій» будь-які активи, зокрема, й ті, які необов'язково відповідають критеріям інвестицій, закріпленим на рівні міжнародної практики. Це вказує на те, що сфера застосування Угоди 2015 р. є доволі широкою. Це, своєю чергою, потенційно відкриває шлях до розширення кола випадків, коли держава може бути притягнута до відповідальності перед іноземним інвестором на підставі Угоди 2015 р. Для держави посиляться на незастосування до неї Угоди 2015 р. через те, що вимоги іноземного інвестора начебто не є інвестицією відповідно до Угоди 2015 р. чи не є пов'язаними з інвестиціями може бути проблематичним.

2. Щодо стандартів поведінки з іноземними інвестиціями за Угодою 2015 р. Такі стандарти добре відомі міжнародному праву. Серед них: стандарт справедливого і неупередженого ставлення (*fair and equitable treatment*), режим найбільшого сприяння (*most favored nation clause*), повний захист і безпека інвестицій (*full protection and security*), обмеження експропріації інвестицій тощо. Усі вони відображені й в Угоді 2015 р. Разом з тим, наявні певні особливості.

⁸ Йдеться про так звані критерії Salini (*Salini criteria, Salini test*), що були сформульовані одним із інвестиційних арбітражів у рішенні по справі *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID case no.ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001). Серед критеріїв, що дозволяють кваліфікувати діяльність іноземного інвестора як інвестицію, за цим підходом: тривалість у часті (*duration*), наявність ризику (*risk taking*), внесок інвестиції в економічний розвиток країни, що приймає (*contribution to the development of the host state*).

Одним із основних стандартів у цій сфері є стандарт справедливого і неупередженого ставлення (FET). Він традиційно закріплений у ВІТ, багатосторонніх договорах щодо інвестицій (NAFTA, Договір енергетичної хартії), неодноразово ставав предметом розгляду інвестиційних арбітражів та науки міжнародного права. Теорія й арбітражна практика виробила підходи до тлумачення цього стандарту, підстав відповідальності держав за його порушення⁹.

Угода 2015 р. обмежує застосування стандарту рівного і неупередженого ставлення до інвестора й інвестицій (FET) рамками звичаєвого міжнародного права

Одним із теоретичних питань, що має практичні наслідки, є питання про співвідношення стандарту FET із так званим міжнародним звичаєвим правом (*customary international law*), а саме – стандартом поведінки не нижче, ніж вимагається міжнародним правом (мінімальний міжнародний стандарт, *minimum standard of treatment*). Інакше кажучи, чи є стандарт FET еквівалентним мінімальному міжнародному стандарту, чи стандарт FET передбачає додаткові права, свободи, гарантії, переваги тощо для інвестора, які, так би мовити, перевищують мінімальний міжнародний стандарт? Це означає й питання, чи мають дії або бездіяльність держави, для того щоб розглядатись як порушення вимог FET, лише порушувати норми звичаєвого міжнародного права? Чи порушення FET може виявлятися й у інших діях чи бездіяльності, що самі собою не є порушенням міжнародного звичаєвого права?

В теорії і практиці відповідь на ці питання неоднозначна. Вона залежить від того, як сформульоване визначення стандарту FET у відповідній угоді, а саме, чи вказує зміст норми на те, що стандарт FET не виходить за межі мінімального міжнародного стандарту (не передбачає ступінь захисту інвестицій вищий, ніж установлений міжнародним звичаєвим правом) або ж

FET є окремим, незалежним стандартом, який може встановлювати вищий захист інвестицій порівняно з тим, що передбачений звичаєвим міжнародним правом. У ст. 6 (1) Угоди 2015 р. передбачено, що кожна договірна сторона на своїй території надаватиме інвестиціям інвесторів іншої договірної сторони режим відповідно до міжнародного права, включаючи справедливе і рівне ставлення та повний захист і безпеку. Отже, норми Угоди 2015 р. в частині стандарту FET вказують, що цей стандарт є складовою так званого міжнародного мінімального стандарту.

В теорії подібні формулювання норм ВІТ тлумачать так, що стандарт FET (виступаючи складовою міжнародного мінімального стандарту) не передбачає вимог щодо ставлення до іноземного інвестора, які б (вимоги) виходили за межі звичаєвого міжнародного права, були б додатковими до тих, що передбачені звичаєвим міжнародним правом; стандарт FET в цьому разі не створює жодних додаткових прав для інвестора порівняно з міжнародним звичаєвим правом¹⁰.

Коли ж сторони ВІТ, навпроти, мають намір надати стандарту FET значення окремого стандарту, який передбачає додаткові гарантії, права для інвестора, додаткові вимоги щодо захисту інвестицій, вони (сторони) вказують на це у формулюванні тексту ВІТ і відмежовують стандарт FET від стандарту поведінки з інвестиціями, який вимагається згідно з міжнародним звичаєвим правом. До речі такий підхід має місце у згадуваній тут ВІТ між Україною та США від 1994 року: ст. II (3)(а) передбачає, що інвестиціям повсякчас надаватиметься справедливий та неупереджений режим, вони користуватимуться повним захистом і безпекою і ні в якому випадку їм не буде надано режим гірший ніж той, що встановлений міжнародним правом.

Отже, Угода 2015 р. обмежує застосування стандарту рівного і неупередженого ставлення до інвестора й інвестицій (FET) рамками звичаєвого міжнародного права. В такій ситуації коло підстав для потенційної відповідальності держави перед іноземним інвестором звужується. Держава, відповідно до ст. 6 (1) Угоди 2015 р., не може бути притягнута до відповідальності перед інвестором за порушення стандарту FET, якщо дії держави не мали характеру порушення звичаєвого міжнародного права. В частині регулювання стандарту FET норми Угоди 2015 р. є менш сприятливими для інвесторів, адже цей

⁹ Докладніше див., наприклад: Christoph Schreuer. *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice* // <http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/77.pdf>.

¹⁰ Див., наприклад: Kenneth J. Vandeveld. *Unified Theory of Fair and Equitable Treatment*. P.46-47 // <http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/43.1-Vandeveld.pdf>.

документ обмежує можливість потенційного позивача-інвестора доводити факт порушення державою такого стандарту.

3. Як і більшість міжнародно-правових актів у сфері інвестиційної діяльності, Угода 2015 р. регулює питання експропріації інвестицій. Загалом експропріація не заборонена Угодою 2015 р. Однак ця угода зобов'язує державу дотримуватись певних умов при проведенні експропріації. Експропріація може здійснюватись виключно в суспільних інтересах, недискримінаційним шляхом, із дотриманням належної процедури та із виплатою швидкої, адекватної та ефективної компенсації (ст. 13 (1) Угоди 2015 р.). Ці положення загалом узгоджуються з усталеними підходами міжнародного права до експропріації.

Разом і з тим, ст. 13 (1) Угоди 2015 р. передбачає, що жодна із договірних сторін не експропріюватиме або ж не націоналізуватиме на її території інвестиції інвесторів іншої договірної сторони та не вживатиме будь-яких заходів, еквівалентних експропріації чи націоналізації. Ця норма застосовується не лише до прямої експропріації, а й до заходів, еквівалентних їй. З боку міжнародного права до таких заходів належать непряма експропріація (indirect expropriation), різновидами якої можуть бути експропріація *de facto* та повзуча експропріація (creeping expropriation). На практиці розгляду інвестиційних спорів і в науковій літературі детально проаналізовані ознаки, конкретні випадки цих видів експропріації, відмінності між ними¹¹. Загалом сутність непрямої експропріації полягає у тому, що держава, не вдаючись до офіційного акту експропріації та не демонструючи відкрито наміру експропріювати інвестицію, фактично створює умови, за яких інвестор позбавляється можливості реалізувати свої права, законні інтереси щодо інвестиції, наприклад пов'язані з управлінням власністю, розпорядженням, отриманням економічного ефекту від неї, володінням, отриманням прибутку або іншої економічної вигоди тощо. Коло засобів, якими держава може здійснювати непряму експропріацію, є широким. Непряма експропріація може виникати внаслідок ухвалення державними органами законів і підзаконних актів, вчинення фактичних дій органами влади та посадовими особами, вжиття заходів регуляторного або управлінського характеру тощо. Такі дії мо-

жуть бути вчинені одночасно чи бути відмежованими в часі, бути об'єднані єдиною метою фактично експропріювати інвестицію чи здійснюватись без умислу, спрямованого проти інвестора але фактично призводити до негативного для нього результату. Усі подібні заходи, що у міжнародному праві належать до непрямої експропріації, передбачені ст. 13 (1) Угоди 2015 р. У разі виникнення спору з іноземним інвестором, вони вважатимуться заходами непрямої експропріації з погляду відповідності вимогам Угоди 2015 р. в частині експропріації та нормам міжнародного права взагалі.

В той же час ст. 13 (1) Угоди 2015 р. має певні наслідки в регулюванні заходів, еквівалентних експропріації. Міжнародному праву відомий такий різновид непрямої експропріації, як «експропріація за наслідками»¹² (consequential expropriation). З одного боку, формулювання ст. 13 (1) Угоди 2015 є широким і охоплює всі випадки непрямої експропріації чи заходів, еквівалентних їй. Сюди підпадає й consequential expropriation, оскільки ст. 13 (1) не передбачає винятків щодо цього виду експропріації.

З іншого боку, сутність consequential expropriation може полягати в тому, що держава не вживає заходів у сфері нормотворчості, управління, регулювання, необхідних для створення сприятливих умов для інвестора і забезпечення гарантій його законних інтересів згідно із відповідною ВІТ¹³. Отже, йдеться про порушення державою її позитивних зобов'язань, тобто про протиправну (з погляду міжнародного права) бездіяльність. При цьому, буквально тлумачення норми ст. 13 (1) Угоди 2015 р. в частині заходів, еквівалентних експропріації, свідчить про те, що ст. 13 (1) забороняє лише активні дії держави, еквівалентні експропріації. У ст. 13 (1) Угоди 2015 р. прямо не визнана протиправною бездіяльність держави, навіть коли така бездіяльність є consequential expropriation. На це вказує формулювання ст. 13 (1): «...та не вживатиме будь-які заходи, еквівалентні експропріації». Тут встановлено заборону активно здійснювати (вживати) еквівалентні експропріації заходи.

Отже, випадки порушення державою позитивних зобов'язань – бездіяльність, коли вона є непрямою експропріацією, зокрема є consequential

¹¹ Докладніше див., наприклад: August Reinisch. Expropriation. P.420-450 // The Oxford Handbook of International Investment Law // http://www.univie.ac.at/intlaw/reinisch/expropriation_ar.pdf.

¹² Переклад приблизний, тому далі по тексту вживатиметься оригінальний термін.

¹³ W. Michael Reisman, Robert D. Sloane. Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation. P.128-129 // http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2043&context=fss_papers.

expropriation, виведені за сферу дії ст. 13 Угоди 2015 р. Це ставить під сумнів можливість іноземного інвестора посилається на порушення своїх прав за Угодою 2015 р. в частині експропріації у випадку, коли непряма експропріація проявлялась саме у бездіяльності держави, органів влади, посадових осіб у законотворчій або управлінській сфері. Водночас така бездіяльність держави за наявності на те підстав може розглядатись як порушення інших, крім норм ст. 13 про експропріацію, положень Угоди 2015 р., наприклад, стандарту справедливого і неупередженого ставлення (FET) чи повного захисту і безпеки, що передбачений ст. 6 Угоди 2015 р.

4. В процесуальному аспекті захисту прав інвесторів Угода 2015 р. внесла певну визначеність у питання, які нині в практиці розгляду інвестиційних спорів не мають однозначного вирішення.

Одне з них стосується, так би мовити, процесуальної складової режиму найбільшого сприяння. Режим найбільшого сприяння (most favored nation, MFN-clause) є одним із загальновизначених міжнародних стандартів поведінки з іноземними інвестиціями. Він закріплений в Угоді 2015 р. Зокрема, у ст. 5 (1) Угоди 2015 р. передбачено, що кожна договірна сторона на своїй території надаватиме інвесторам іншої договірної сторони та їхнім інвестиціям режим, що є не менш сприятливим, ніж режим, який вона надає за подібних обставин інвесторам, що не є інвесторами договірної сторони та їхнім інвестиціям відносно інвестиційної діяльності. В практиці розгляду інвестиційних спорів нерідко спалахують дискусії щодо того, чи передбачає стандарт MFN лише матеріально-правові аспекти захисту інвестицій чи поширюється й на процесуальні питання, зокрема, такі як підстави, процедура звернення інвестора до міжнародного арбітражу з позовом проти «держави, що приймає»¹⁴. У випадку, якщо стандарт MFN тлумачити як такий, що охоплює й питання процедури розгляду спорів (процесуальні аспекти), інвестор теоретично матиме можливість скористатись процедурою звернення до міжнародного арбітражу, яка передбачена ВІТ із тією або іншою третьою країною, якщо така процедура є менш ускладне-

ною (тобто сприятливішою) для інвестора ніж та, що передбачена Угодою 2015 р.

Положення ст. 5 Угоди 2015 р. вирішують спірне питання про сферу застосування стандарту MFN: ст. 5 (4) чітко вказує на те, що норми MFN не поширюються на порядок врегулювання інвестиційних спорів, встановлений Угодою 2015 р.

Ще одне питання полягає в тому, чи є дотримання сторонами спору (державою та інвестором) строку для врегулювання спору у мирний спосіб обов'язковою умовою для звернення до міжнародної арбітражної установи. Мова йде про правило cooling-off period: чи може іноземний інвестор звернутись до міжнародної арбітражної установи з позовом проти держави раніше, ніж буде завершено процедуру доарбітражного врегулювання спору шляхом консультацій, переговорів. Таке питання виникає в практиці вирішення інвестиційних спорів. Наразі єдиного підходу серед арбітражних судів немає. Вирішальне значення в кожному окремому випадку має тлумачення відповідної ВІТ, із якої виник спір.

Порядок розгляду інвестиційних спорів загалом урегульований у ст. 18 Угоди 2015 р. Подібно до більшості ВІТ Угода 2015 р. має положення про попереднє врегулювання спору шляхом переговорів (ст.18 (3)). Норми ст.18 (4) усувають невизначеність щодо застосування правила про доарбітражне врегулювання, передбачаючи, що передача спору на вирішення міжнародного арбітражу можлива лише в разі, якщо спір не може бути вирішений у мирний спосіб протягом шести місяців. Отже, згідно з Угодою 2015 р. дотримання правила cooling-off period є обов'язковою умовою для звернення до міжнародного арбітражу.

Насамкінець слід нагадати, що Угода 2015 р., будучи ратифікованою Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Тому крім міжнародних установ, вона в будь-якому разі застосовуватиметься й тлумачитиметься судами й іншими уповноваженими органами України. Однак постає запитання, як національна практика правозастосування сприйме міжнародно-правові стандарти, закладені в Угоді 2015 р. та використовуватиме їх на теренах правового поля України. Від цього залежатиме подальший розвиток національної правової системи в частині захисту інвестицій, забезпечення гарантій прав власності і дотримання майнових прав приватних осіб в цілому, можливо, будуть сформовані нові підходи щодо збалансування суспільних інтересів із фундаментальними правами особи.

¹⁴ Питання про можливість застосування стандарту MFN до процесуальних відносин з приводу звернення інвестора до міжнародних арбітражних судів детально розглянуте в низці рішень інвестиційного арбітражу. Серед них рішення у справах E.A.Maffezini v. the Kingdom of Spain (case no.ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000); Siemens A.G. v. the Argentine Republic (case no.ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004) та ін.

ЗАХИСТ ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ (ЗАРУБІЖНА ПРАКТИКА РОЗГЛЯДУ СПОРІВ)

АВТОР

Геннадій АНДРОЩУК,
к.е.н., завідувач лабораторії
правового забезпечення
розвитку науки і технологій
НДІ інтелектуальної
власності НАПрН України



Справи, що розглядаються нижче, систематизовані автором за певними видами: товарні знаки і недобросовісна конкуренція, комерція під чужим іменем, знаки достоїнства, рекламування, компенсація збитків, форма товару, колір. Зважаючи на обмежену кількість публікацій з цих питань, ознайомлення з зарубіжною відомчою та судовою практикою з розгляду спорів щодо захисту від недобросовісної конкуренції у країнах ринкової економіки є цікавим з багатьох причин: відображає широкий спектр здійснених правопорушень (копіювання, імітація зовнішнього вигляду, використання репутації (гудвілу), дифамація), розкриває колізії та їхнє вирішення між товарним знаком і фірмовим найменуванням, товарним знаком і промисловим зразком, зокрема, при використанні в інтернеті, наголошує на важливості дослідження ринку, ролі доказів, свідків і судової експертизи в ухваленні рішень, значенні апеляційної інстанції, демонструє механізм застосування санкцій (попередня заборона, судова заборона, арешт на товари, рекламні матеріали, знаряддя праці).

1. ТОВАРНІ ЗНАКИ І ПРИПИНЕННЯ НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Туреччина

Позов було порушено з метою припинення недобросовісної конкуренції відповідача й анулювання реєстрації №86472 на товарний знак R-RECER PEN-REPLAY і №138303 на товарний знак REPLAY, що засновані на всесвітній популярності і репутації товарного знака позивача REPLAY, зареєстрованого в Італії та Туреччині під №126530 з 4 березня 1991 року.

Позивач також заявив, що відповідач недобросовісно набув право власності на реєстрацію №86472 у результаті передачі права 10 вересня 1992 року для того, щоб використовувати на своїх товарах лише словесний елемент REPLAY, тим самим отримуючи вигоду з відомого знака

позивача, і, що реєстрація № 86472 відповідача не використовувалася протягом трирічного періоду, відповідно до ст. 50 Закону №551 про товарні знаки.

Відповідач заявив, що позов про анулювання не може бути підтриманий, оскільки він не був поданий протягом терміну, передбаченого законом, а також, що переліки товарів для обох знаків не є подібними, й подав зустрічний позов про анулювання реєстрації позивача №126530.

Беручи до уваги рішення, винесене з цієї справи 11-ю палатою з цивільних справ Верховного суду¹, суд своїм рішенням² наказав анулювати реєстрації відповідача №86472 і №138303 відповідно до ст.ст. 49 і 50 зазначеного закону №551 (нині скасованого), дії відповідача щодо недобросовісної конкуренції припинити й відшкодувати моральний збиток.

Позов про контрафакцію товарного знака й недобросовісну конкуренцію був поданий з метою припинення продажу кулькових ручок, що виготовляються на підприємстві відповідача, на упаковці яких були нанесені товарні знаки позивача STAED TLER і MARS FIGURE WITH CASQUE, зареєстровані щодо цих товарів. Позивач стверджував, що відповідач скопіював елементи промислового зразка, написання букв, а також блакитний, чорний і червоний кольори на упаковці й конструктивні особливості самого товару³.

Позивач також заявив, що відповідно до наказу про накладення судової заборони⁴, вже накладався арешт на всі товари разом із упаковками, виявлені на підприємстві відповідача.

Комісія експертів встановила, що претензії позивача є правочинними в частині того, що відповідач, внаслідок використання товарних знаків позивача на товарах і їхніх упаковках, а також копіювання товарів та їхніх упаковок щодо

¹ Справа «Fashion Box S.p.A.» проти «Fatyh Byrlyk Istanbul Konfeksiyon Sanayi Ve Ticaret Ltd. Pti.», 11-та палата з цивільних справ Верховного суду, рішення 1995/422-1995/2938/14 квітня 1995 року/.

² 5-та судова палата з торгових справ міста Стамбула, рішення № 1995/913-1995/1377/11 грудня 1995 року/.

³ Справа «J.S. Staedtler GmbH Co проти Aloglu Kirtasiye Ve Pazarlama Sanayi Ve Ticaret Ltd. Pti.», 7-ма судова палата з торгових справ м. Стамбула – рішення 1994/525-1996/429/3 травня 1996 року/.

⁴ Наказ про судову заборону 5-ї судової палати з торгових справ м. Стамбула – рішення № 1994/2027.

конструктивних особливостей (характеристик, написання букв, блакитного, чорного і червоного кольорів), діяв недобросовісно.

Дотримуючись висновків звіту комісії експертів, суд заборонив відповідачеві здійснювати контрафакцію товарних знаків і промислового зразка й наказав припинити дії щодо недобросовісної конкуренції, а також накласти арешт на всі товари й упаковки, рекламні матеріали і пристрої (знаряддя праці, що пов'язані з виробництвом і рекламуванням контрафактних товарів і упаковок) й відшкодувати моральний збиток.

Венесуела

Стаття 17 антимонопольного закону Венесуели забороняє недобросовісну конкуренцію та імітацію зовнішнього вигляду, але рішення Антимонопольного управління обмежило застосування ст. 17 до справ, позов про порушення яких був поданий стороною, що володіє монополюючим правом, або конкурентами, що здійснювали організовану акцію з усунення іншого конкурента. Отже, позиція Антимонопольного управління полягає в тому, що ст. 17 застосовується виключно в тому випадку, коли спостерігається спроба усунути конкуренцію. Загальна рада відділу Антимонопольного управління вказала, що відділ може ставитися доброзичливо до приватного цивільного позову з посиланням на ст. 17, поданого від імені приватних сторін, що сперечаються⁵.

2. КОМЕРЦІЯ ПІД ЧУЖИМ ІМЕНЕМ

Бенілюкс

При розгляданні справи «P.W.F. van der Meer проти Alfred Dunhill Ltd.»⁶. Апеляційний суд міста Амстердама встановив, що пакетик / упаковка, у якій компанія Van der Meer продавала презервативи FREESTYLE мала кольорове розфарбування, подібне кольоровому товарному знакові (поєднання червоного і золотого кольорів), що належить компанії Dunhill для сигаретних упаковок. Апеляційний суд ґрунтувався на тому, що збиток, імовірно, був, зокрема щодо привабливості та комерційної репутації товарних знаків, що належали компанії Dunhill. Той факт, що компанія Dunhill не використовувала свій знак (логотип) цілком у зареєстрованому

вигляді, а радше використовувала його з кількома доповненнями, не підтверджував невикористання знака. Однак саме так складалася б справа, якби упаковка для сигарет, яка використовується Dunhill, сильно відрізнялася від зареєстрованих знаків/логотипів. У цьому випадку суд дійшов би висновку, що товарні знаки, використовувані компанією Dunhill на своїй упаковці, відрізняються від зареєстрованих знаків, у результаті чого була б підстава для анулювання внаслідок невикористання.

Справа «Groupement Foncier Agricole des Vignobles du Baron Ph. De Rothschild et al проти Bear Regard»⁷ стосувалася використання найменувань, що належать позивачеві виноторгових будинків, відповідачем, який посилався на житлові будинки, для того щоб скористатися репутацією, що мали вина позивача. Окружний суд вирішив, що це рівнозначно дифамації⁸ винятковості та привабливості товарних знаків позивача, що можуть стати банальними, і що громадськість може повірити в те, що відповідач в якийсь спосіб має стосюнок до зазначених житлових будинків або гарантує їхню високу якість. Суд зазначив, що власники знаків, що мають високу репутацію, часто дозволяють третім сторонам використовувати свої товарні знаки для інших товарів або послуг.

Канада

Суперечки про товарні знаки часто виникають тоді, коли компанії Сполучених Штатів розширюють свою діяльність на Канаду. Вирішальним чинником у справі «Enterprise Rent-A-Car Co проти Singer» виявився встановлений під час судового розслідування факт, що Зингер (Singer), фізична особа, керуючий компанії Enterprise (Канада) – відповідача, знав що різні товарні знаки ENTERPRISE однойменною компанією Enterprise (США) використовувалися раніше майже ідентичних товарних знаків для ідентичних послуг у Канаді. Компанія Enterprise (США) вперше почала використовувати товарний знак ENTERPRISE у Сполучених Штатах на початку 1970-х років. До 1990-х вона стала однією з найбільших лізингових і орендних компаній з автотранспортних засобів у Сполучених Штатах. Компанія Enterprise (Канада) почала використовувати в Канаді товарний знак ENTERPRISE 1991 року, а товар-

⁵ Справа «Datasoria проти El Mundo del Toner», рішення Антимонопольного управління 9 січня 1995 року.

⁶ Апеляційний суд міста Амстердама, 9 вересня 1993 року, ВІЕ 26 (1996 рік).

⁷ Окружна судова палата з торгових справ міста Брюгге, 5 вересня 1991 року, ВІЕ 89 (1995 рік).

⁸ *дифамація* – поширення неправдивої інформації.

ні знаки ENTERPRISE і ENTERPRISE-RENT-A-CAR – 1992-го. Суддя МакКіоун (McKeown) погодився з тим, що використання і реєстрація фірмового найменування компанією Enterprise (Канада) призначалися лише для того, щоб передбачити фіктивне використання фірмового найменування і найменування компанії, сподіваючись на те, що це допоможе компанії Enterprise (Канада) запобігти використанню компанією Enterprise (США) товарного знака ENTERPRISE, коли вона з'явиться в Канаді.

Обидві сторони порушили одна проти іншої позов про комерцію під чужим ім'ям. Суд погодився з тим, що значна кількість канадців знала про компанію Enterprise (США) до розширення її діяльності на Канаду в 1993 році, оскільки ця компанія: (1) укладала контракти на проведення відпустки на півдні Сполучених Штатів із середини 1980-х років; (2) організувала вільний доступ до телефону № 1-800 у Канаді з 1990 року; (3) здавала в оренду сорок автомобілів у Канаді з 1984 по 1992 рік; (4) проводила солідні радіо- і телепередачі й займалася друкованою рекламою в Сполучених Штатах у 1980-х і 1990-х роках. Крім того, деякі рекламні оголошення з'являлися в цей період у газеті Montreal Gazette. Звертаючись до справи «Orkin проти Pesco»⁹, суддя МакКіоун визнав, що компанія Enterprise (США) вже користувалася «мінімальною репутацією (гудвіл)» у Канаді, коли компанія Enterprise (Канада) тільки почала використовувати товарний знак ENTERPRISE на основі зазначеного вище використання товарного знака компанією Enterprise (США) в Америці.

Однак суддя МакКіоун відмовився встановити керівних осіб компанії Enterprise (Канада), що несли особисту відповідальність, оскільки були відсутні докази того, що вони займалися справами, які виходять за межі звичайної діяльності посадової особи або директора. Суд також не погодився з аргументами компанії Enterprise (Канада) про те, що: (1) компанія Enterprise (США) порушила ст. 7(а) закону, використовуючи символ ®, коли її товарні знаки не були зареєстровані в Канаді, або через те, що представник цієї компанії запевняв канадського споживача в існуванні розпорядження суду, яке забороняє компанії Enterprise (Канада) використовувати товарний знак ENTERPRISE; (2) компанія Enterprise не мала права на справедливе задоволення вимог, оскільки в неї бу-

ли «нечисті руки». Суддя МакКіоун вирішив не робити заяви про те, що компанія Enterprise (США) була власником різних товарних знаків ENTERPRISE; така заява не була б корисною і могла зв'язати по руках і ногах свободу дій судового розпорядника під час здійснення протесту. Це рішення було оскаржене у федеральному апеляційному суді¹⁰.

У справі «PEINET INC. проти фізичної особи О'Брайена (O'Brien)», що працював у мережі інтернет-обслуговування Ісландії¹¹, при винесенні першого рішення в Канаді, виявилось, що відділення першої інстанції Верховного суду Ісландії ім. принца Едуарда дійшло неправильного висновку. Компанія PEINET надавала мережеві послуги, включаючи доступ до інтернету. О'Брайен, колишній працівник компанії PEINET, створив власну компанію з надання послуг у мережі інтернет і отримав найменування для сфери діяльності «rei. net.». Компанія PEINET домагалася проміжної судової заборони з метою запобігти використанню О'Брайеном найменування сфери діяльності «rei. net.», що могло б спричинити змішування з найменуваннями компанії PEINET INC. Суд установив, що найменування сфери діяльності О'Брайена полягало в написанні маленькими літерами «rei.» і «net.» з крапкою посередині, у той час як найменування PEINET завжди писалося великими і не поділялося на частини. Суд дійшов висновку, що будь-яка особа, що користується мережею інтернет, не сплутає найменування сторін.

Суд, мабуть, не оцінив належно той факт, що з технічних причин найменування у сфері діяльності перешкождали сторонам установити відмінності між ними за допомогою маленьких літер, стилізованих форматів і дизайну. Це рішення ґрунтувалося на рішенні провінційного суду, що, як правило, розглядає дрібні справи про товарні знаки і технології. На щастя, це проміжне рішення, представлене в палаті, не дотримувалося. Суд не зумів підтримати рішення судів Сполучених Штатів, на підставі яких власникам товарних знаків пощастило заборонити використання третіми сторонами реєстрації найменувань сфери діяльності, що містять товарні знаки позивачів¹².

¹⁰ Судова справа № А-240-96 за скаргою, поданою 20 березня 1996 р.

¹¹ /1995 рік/, канадський журнал з питань патентного права /3-тя серія/, № 61, с.334.

¹² Дивись, наприклад, справу «Stanley H.Kaplan Educational Centres Ltd. проти Princeton Review Inc.»/№ 13-199-00145-94, арбітражна справа 1994 року/.

⁹ /1985 рік/, канадський журнал з питань патентного права, /3-тя серія/, № 5, с.433/ Апеляційний суд провінції Онтаріо/.

Справа «Greystone Capital Management Inc. проти Greystone Properties Ltd. et al.»¹³ стосувалася позову про комерцію під чужим ім'ям. Починаючи з 1988 року, компанія-позивач Greystone Capital надавала консультації щодо інвестування, контролю і регулювання портфелю активів, в основному, в провінціях Саскачеван і Британська Колумбія з 1991 року. Вона займалася комерцією в галузі нерухомості, встановлюючи зв'язок між своїми клієнтами і забудовниками земельних ділянок, а також керівниками земельною власністю. Не займалася комерційною діяльністю, пов'язаною зі створенням нерухомості або керівництвом земельною власністю. У квітні 1994 року компанія змінила своє найменування на Greystone Capital Management Inc. та інвестувала кошти в два проекти з нерухомості в провінції Британська Колумбія: в перший проект – у травні 1994 року, в другий – 1995-го.

Відповідач, компанія Greystone Properties, займалася комерцією в галузі створення і керування нерухомістю з 1978 року під найменуванням, що також не включало слово Greystone. Під час зміни найменування в компанії повідомили про існування найменування Greystone Capital, але сподівалися, що пощастить уникнути змішання. Компанія Greystone Capital пред'явила позов компанії Greystone Properties про комерцію під чужим ім'ям у провінції Британська Колумбія і наполягала на судовій проміжній забороні. Компанія-позивач надала афідевіти¹⁴ трьох бізнесменів: забудовника земельних ділянок, юриста-фахівця з питань нерухомості і маклера з операцій з нерухомістю, причому всі троє стверджували, що, на їхню думку, сторони об'єдналися як філії і злилися в подібну компанію.

Суд заявив, що відомі дві великі категорії комерції під чужим ім'ям. Стосовно першої, то в сторін загальна сфера діяльності, внаслідок чого громадськість могла повірити в те, що товар однієї сторони є товаром іншої. Щодо другого, більш загального виду комерції під чужим ім'ям, то відповідач займався комерційною діяльністю так, що створювалося помилкове враження, начебто його діяльність якимось схвалена, дозволена або підтримана позивачем, або що між ними існували торговельні зв'язки. При позові посилялися саме на другий вид комерції. Комерцій-

на діяльність обох сторін частково збігалася. Ймовірно, що позивач міг довести в суді, що репутація (гудвіл) компанії, створювана при її колишньому найменуванні протягом п'яти років, потьмяніла після того, як стало відоме її нове найменування. Керування інвестицією коштів і створення нерухомості тісно переплелися. Громадяни мали сумнів в існуванні взаємин між сторонами. Суд заявив, що це складне питання вдалося вирішити й визнав, що важко було дійти висновку про те, що позивачеві міг бути завданий непоправний збиток. Суд установив, що змішання не зашкодило б клієнтам позивача. Крім того, рівновага вигод сприяла відповідачеві. За таких обставин у проміжній судовій забороні було відмовлено.

Індія

Питання, що виникає під час розглядання справи «Whirlpool Corporation проти N.R.Dongre and others»¹⁵, полягає в тому, чи можна заборонити зареєстрованому володільцю використовувати свій зареєстрований товарний знак шляхом подання позову про комерцію під чужим ім'ям. Відділок суддів Високого суду міста Делі виніс за вказаною справою рішення про те, що попередній користувач товарного знака надав користувачеві права, що перевищують права, які надаються реєстрацією.

Пан Н.Р. Донгре (N.R.Dongre) оскаржив¹⁶ це рішення у Верховному суді, і цього разу Верховний суд виніс рішення.

Компанія Whirlpool запевняла, що вона унаслідувала право власності на товарний знак WHIRLPOOL 1937 року, а у 1957-му знак став основним товарним знаком і найменуванням у Сполучених Штатах та Канаді. До 1986-го знак WHIRLPOOL був зареєстрований для пральних машин в 65 країнах світу, включаючи більшість країн Співдружності.

В 1956-1957 роках компанія Chinatrust через своїх довірених володільців зареєструвала товарний знак WHIRLPOOL у Індії, зокрема (Inter alia), для пральних машин. Апеляція проти реєстрації була в процесі розгляду у Високому суді.

Компанія Whirlpool подала позов про комерцію під чужим ім'ям, ґрунтуючись на своєму попередньому використанні товарного знака WHIRLPOOL, і на час розгляду судової справи

¹³ /1996 рік/, канадський журнал з питань патентного права, /3-тя серія/, № 64, с.496 /Верховний суд провінції Британська Колумбія/.

¹⁴ афідевіти – письмові показання під присягою.

¹⁵ Апеляція за цивільною справою № 10703, 1996 рік, рішення за якою було винесено 30 серпня 1996 року.

¹⁶ Щодо рішень підпорядкованого суду дивись Збірник рішень за справами про товарні знаки № 85, с.885-886 (1995 рік).

домагалась накладення проміжної судової заборони на використання компанією Chinar Trust знака WHIRLPOOL. Суд першої інстанції наклав судову заборону, а в апеляції проти судового наказу було відмовлено. Потім справа надійшла до Верховного суду для подальшого апеляційного розгляду.

Незважаючи на те, що головною підставою апеляції було те, що зареєстрований володілець не може бути підданий забороні при порушенні позову про комерцію під чужим ім'ям, при слуханні справи радник компанії Chinar Trust погодився з тим, що за законом позов про комерцію під чужим ім'ям може бути пред'явлений навіть зареєстрованим володільцем товарних знаків. Однак той зробив застереження щодо цього формулювання, додавши, що наявна реєстрація на ім'я компанії Chinar Trust є суттєвим фактом на її користь на проміжній стадії ухвалення рішення про тимчасову судову заборону.

При відхиленні апеляції Верховний суд посилався на такі взаємозалежні обставини справи, виявлені високим судом:

/а/ тривале попереднє використання компанією Whirlpool Corporation товарного знака WHIRLPOOL у міжнародному масштабі і нетривале використання і закордонну репутацію, що поширюється в Індії;

/б/ видачу наступної реєстрації на ім'я компанії Chinar Trust лише на підставі передбачуваного використання;

/в/ відсутність надійного доказу використання компанією Chinar Trust до наказу про тимчасову заборону, виданої судом першої інстанції;

/г/ відсутність правдоподібного пояснення з боку компанії Chinar Trust з приводу недавнього прийняття WHIRLPOOL як знака, у той час як компанія займалася продажем пральних машин під іншими товарними знаками.

На основі принципів, викладених у справі «Wander Limited проти Antox India Private Limited»¹⁷, суд відхилив апеляцію.

Ізраїль

Позивач, переробник чаю, і його товари добре відомі в Ізраїлі за товарним знаком W, а також за дизайном упаковки та поєднанню кольорів. Відповідач імпортував і розповсюджував чай в упаковках, подібних за формою, розмірами і кольором до упаковок для товарів позивача, за

винятком того, що замість літери W була представлена літера M.

Відповідач був визнаний винним у кримінальній комерції під чужим ім'ям і контрафакції товарного знака. Суд ухвалив рішення про те, що при визначенні ймовірності змішання товарів не треба їх порівнювати в поєднанні; слід керуватись тим, що люди не згадують про деталі, а тільки про загальне оформлення. Варто враховувати всі конкретні обставини, зокрема, візуальну подібність, зовнішній вигляд товарів і релевантних споживачів, для яких призначаються товари. Важливим є перше враження споживача. Товарні знаки можуть вважатися подібними, навіть якщо за багатьма деталями вони не є ідентичними. Зазначення найменування відповідача на упаковці не запобігає введенню споживача в оману, оскільки чай є популярним товаром, якому при покупці часто не приділяють особливої уваги.

Відповідач був визнаний винним і присуджений до великих штрафів¹⁸. На цей час у справі подана апеляція.

Малайзія

У справі «Yomeishu Seizo Co. Ltd. & Ors проти Sinma Medical Products /M/ Sdn Bhd»¹⁹ позивачі, які в Малайзії були зареєстрованими власниками товарного знака, що складається зі сполучення трьох літер Kanji, латинського варіанта слова Yomeishu, що є фонетичним звучанням трьох літер Kanji японською мовою, і логотипа у вигляді дракона, що летить, який використовувався для лікувального вина, ароматизованого додаванням спиртових настоїв трав, висунули позов проти відповідачів про контрафакцію товарного знака і комерцію під чужим ім'ям.

Відповідачі були імпортерами китайського лікувального вина, знак для якого містив сполучення тих самих трьох літер Kanji, зареєстрованих позивачами, і двох додаткових літер Kanji, які утворювали слово Chinese (китайський), у результаті чого лікувальне вино відповідачів називалося Chinese Yomeishu.

Крім того, відповідачі зареєстрували свій знак з дискламацією слова Yomeishu на тій підставі, що воно описувало їхній товар. Отже, основне спірне питання для суду полягало в тому, чи могли позивачі заявляти виключні права на три літери Kanji, які означали Yomeishu. Захист

¹⁷ 1990 рік/доповнення/, SCC 727.

¹⁸ PCC 7382/90, справа «Wissotzky Tea Israel Ltd.» проти «Matok», магістратський суд міста Тель-Авів, 1995 рік/не опубліковано/.

¹⁹ Журнал-збірник судових рішень Малайзії, № 2, с.334/1996 рік/.

відповідачів ґрунтувався на тому, що вони сумлінно використовували свій зареєстрований знак, що описував властивості або якість їхніх товарів. Суд погодився з тим, що використовувані приблизно двісті років тому три літери Кап'ї описували лікувальне вино, але через те, що використовувані три літери Кап'ї для опису вина вийшли з ужитку, їх більш пізніше повторне використання фактично призвело до створення нового слова, і тому це слово не є описовим. Суд установив, що відповідачі навмисно використали найменування відомого знака Yomeishu, що належав позивачам, а наявність додаткових букв у знакові відповідачів не запобігає змішанню. Був наведений чіткий доказ того, що у споживачів спостерігалася плутанина щодо лікувального вина відповідачів і лікувального вина позивачів. Тому позов позивачів проти відповідачів про контрафакцію товарного знака і комерцію під чужим ім'ям суд задовольнив.

Велика Британія

У справі «British Diabetic Association проти The Diabetic Society & Others»²⁰ об'єднання British Diabetic Association успішно пред'явило позов товариству The Diabetic Society про комерцію під чужим ім'ям. Справа не дозволяє зробити ніяких важливих висновків щодо закону про комерцію під чужим ім'ям як такого, хоча воно є корисним орієнтиром у питанні про те, чи може застосовуватися зазначений закон при добродійності і як слід ставитися до зображувальних найменувань. Позивач доводив, що самі по собі DIABETIC SOCIETY і BRITISH DIABETIC SOCIETY є ефективними варіантними найменуваннями і тому при використанні їхніми відповідачами вони могли вводити в оману. Хоча суд розумів, що з погляду рівноваги ймовірності найменування як BRITISH DIABETIC SOCIETY і DIABETIC SOCIETY, так і BRITISH DIABETIC ASSOCIATION і DIABETIC ASSOCIATION не забезпечують позивачеві виняткової репутації і гудвіл, він виніс рішення, що етимологія і значення двох основних слів association (об'єднання) і society (товариство) є досить подібними, у результаті чого найменування є до змішання подібними. Суд також визнав, що одне благодійне товариство може пред'явити позов про комерцію під чужим ім'ям іншому благодійному товариству, якщо спостерігається введення в оману.

²⁰ /1995 рік/, анована збірка рішень різних англійських судів, № 4, с.812.

У справі «Harrods Limited проти Harrodian School»²¹ відомий універсальний магазин Harrods подав апеляцію проти більш раннього рішення про те, що в найменуванні школи відповідача не спостерігається комерції під чужим ім'ям. Апеляційний суд наголосив, що обман є ключовим елементом при комерції під чужим ім'ям. Хоча позивачеві не потрібно було категорично доводити, що відповідач мав намір ввести в оману громадськість, при розгляді цього питання було цілком доречним звернути увагу на необхідність подумати після конкретного вибору найменування.

Позивач намагався довести, що найменування HARRODS було визнано в необмеженій сфері діяльності. Суд відхилив це твердження, зробивши висновок, що незважаючи на те, що найменування HARRODS може одержати загальне визнання, сфера діяльності, з яким асоціюється найменування, не є безмежною. Щодо цього конкретного позову, то репутація позивача не поширюється на галузь навчання.

Суд не використав аргумент, висунутий при розгляді справи «Taittinger, SA проти Allbev Limited»²². У цій справі суд виніс рішення, що «зниження або розмивання специфічності, як це трапилося зі словом «шампанське», має трактуватися як форма завдання шкоди». При розгляді справи Harrods суд звернувся до добре обґрунтованого принципу, відповідно до якого для успішного позову про комерцію під чужим ім'ям необхідно обґрунтувати наявність змішання або ймовірності такого змішання. Успіх позову просто на підставі критерію, висунутого при розгляді справи Taittinger, занадто б розширив межі комерції під чужим ім'ям.

У справі «Jian Tools for Sale Inc. проти Roderick Manhattan Group Limited and Another»²³ компанія-позивач продавала протягом деякого часу пакет програм у Сполучених Штатах під назвою BIZPLAN BUILDER. Відповідач почав переговори щодо формулювання продукту англійською мовою і випуску його на ринок Великої Британії. Однак переговори не мали позитивного результату, і не було підписано ніякого договору. Згодом компанія-відповідач випустила на ринок Великої Британії власний пакет програм із назвою BUSINESSPLAN BUILDER.

²¹ Газета «The Times», 3 квітня 1996 року.

²² /1993 рік/, журнал «Патентні судові справи», № 641.

²³ /1995 рік/, журнал «Патентні судові справи», № 924.

Говорячи про міжнародний елемент репутації (гудвіл), суддя Нокс (Кнох) визнав, що позивач завоював достатню репутацію у Великій Британії, щоб при виникненні спірного питання, що підлягає розглядові в суді, мати право на оголошення проміжної судової заборони. Репутація виникла в результаті простої публікації у Великій Британії двох рекламних оголошень і здійснення невеликої кількості продажів. Хоча суд надавав особливого значення тому, що репутація повинна бути місцевою для конкретної юрисдикції (тобто репутація має бути завойована саме у Великій Британії, і доказ наявності репутації в Сполучених Штатах сам по собі не є достатнім), необхідно мати мінімальну репутацію, щоб подолати цю перешкоду. Однак потенційний вплив цього висновку трохи обмежувався тим, що суд наголошував щодо цього конкретного продукту, що потенційний ринок завжди був дуже невеликим. Для загального продукту, який є необхідним для більшості населення, треба було б завоювання більшої репутації у Великій Британії.

Суддя Нокс також розглядав, чи є конструкція BIZPLAN BUILDER описовою. Хоча він розумів, що вона була в основному описовою, її не можна було визначити як винятково описову через значення, у якому це найменування використовувалося, а також тому, що знак завжди мав одні і ті самі дизайн і зображення. До справи мало відношення і те, що компанія-відповідач до цього часу подала заявку на реєстрацію BUSINESSPLAN BUILDER як товарний знак у Великій Британії, і тому навіряд чи могла аргументувати під час розгляду цієї справи в суді, що знак не слід сприймати як товарний.

При розгляді справи «LEEC Limited проти Morquip Limited and Others» позивач пред'явив відповідачеві позов про комерцію під чужим ім'ям на підставі того, що відповідач використовував фотографії товарів компанії-позивача (похоронне устаткування), пропонуючи третій стороні послуги і постачання устаткування для нового моргу лікарні ім. Барнета (Barnet). Позивач стверджував, що відповідач, намагаючись продати власний товар, вводячи в оману своїх споживачів, видавав представлене на фотографіях устаткування позивача за своє, і отже, здійснював комерцію під чужим ім'ям. Компанія-відповідач унаслідок цього не одержала підряд і, відповідно до цього, питання про завдання шкоди не розглядалося. Щоб припинити використання надалі, позивач домагався застосування судової заборони.

Суддя Ледді (Laddie) вирішив, що використання однією стороною фотографій або інших матеріалів, що ілюструють товари конкурента для доказу того, що його власні товари є рівноцінними або можуть замінити товари конкурента саме по собі не давало підстави для обвинувачення в комерції під чужим ім'ям. Позов подається тільки тоді, якщо можна довести наявність введення в оману або обман. Твердження позивача про те, що дії відповідача мали на увазі намір введення в оману, було недостатнім. Замість цього позивач має надати дійсний доказ того, що звичайний адресат буде обманутий внаслідок дій адресанта. Позивач надав докази на основі показань свідків, хоча їхні пояснення були до деякої міри суперечливими. Суддя Ледді вирішив, що доказ фактичного обману окремим свідком сам по собі недостатній, якщо, зокрема, свідок неухважний чи вразливий. Для позивача було складно довести факт того, що було введено в оману розважливу людину. На підставі наданих доказів позивачеві не вдалося довести наявність обману й у судовій забороні було відмовлено.

Щорічний огляд за 1995 рік²⁴ містив повідомлення про рішення Високого суду в справі «Neutrogena Corporation and Anr. проти Golden Limited Anr.». Відповідач за цією справою подав апеляцію проти рішення про те, що його товари Neutrogena видавалися за продукти компанії Neutrogena Corporation. Апеляційний суд відхилив апеляцію, підтримавши перевірку, проведеної підпорядкованим судом щодо ймовірності введення в оману/змішання²⁵.

3. ЗНАКИ ГІДНОСТІ

Канада

У Канаді закон про присвоєння правосуб'єктності регламентується правом провінції. П'ять із десяти провінцій Канади мають закони, що стосуються прав особистості і недоторканності приватного життя. У чотирьох і цих провінцій і ще в п'ятьох інших закон регламентується загальним правом. У єдиній провінції Канади, Квебеці, де закон регламентується цивільним правом, Хартія прав і свобод людини²⁶ (далі –

²⁴ Дивись «Збірник рішень за справами про товарні знаки» № 85, с 987 /1995 рік/.

²⁵ Справа «Neutrogena Corporation and Anr.» проти «Golden Limited Anr.», /1996 рік/, Збірник рішень за справами про патенти, промислові зразки і товарні знаки, с.473.

²⁶ Збірник переглянутих законів провінції Квебек, 1991 рік, кодекс С-12.

Хартія) і Цивільний кодекс містять кілька положень щодо прав особистості. У ст. 4 Хартії зазначено, що будь-яка людина має право захищати свою гідність, честь і добре ім'я, а у ст. 5 – кожна людина має право на повагу до свого приватного життя.

Справа «Bogajewicz проти Sony Canada Ltd.»²⁷ стосувалася порушення Хартії. Між 1976 і 1978 роками з дозволу керівника камерного оркестру університету ім. МакГілла (McGill) була зроблена певна кількість фотографій оркестру на репетиціях. Богаєвич (Bogajewicz), що працював музикантом оркестру, не мав заперечень у той час, оскільки йому сказали, що світлини будуть використані для реклами оркестру. У 1985 році Богаєвич пішов з оркестру. У 1991 або 1992 році він, що одна з фото, на якій зображений він, використовувалася компанією Sony для реклами своїх товарів. На підставі Хартії Богаєвич подав позов проти Sony. Компанія Sony (Канада) стверджувала, що вона заплатила приблизно 1000 USD відомій компанії, після того як вона запевнила компанію Sony (Канада), що має відповідні повноваження.

Однак суддя Трюдо (Trudeau) було ясно, що компанія Sony (Канада) незаконно принизила гідність і втрутилася в приватне життя позивача. Відповідно до цього, позивачеві було надане право на відшкодування заподіяної йому шкоди. Оскільки ніякого матеріальної шкоди не було виявлено, суд мав право присудити відшкодування моральної шкоди, що була оцінена у 5000 USD. Суддя Трюдо заявив, що Sony (Канада) зобов'язана була гарантувати, що не використовує фотографію людини з добрим ім'ям, яким був позивач, не одержавши спочатку його згоду. Однак, оскільки порушення прав позивача компанією Sony (Канада) не було навмисним, то суддя Трюдо відмовив у присудженні штрафних збитків.

4. РЕКЛАМУВАННЯ

Канада

При розгляді справи «RJR-MacDonald Inc. проти Attorney General of Canada»²⁸ Верховний суд Канади не взяв до уваги положення федерального закону про контроль тютюнових ви-

робів (TRCA)²⁹, що, між іншим, забороняли рекламування всіх тютюнових виробів у Канаді. Прийняте більшістю в один голос (5-4) рішення зводило нанівець ключові статті TRCA, що забороняли, за деякими винятками, будь-яке рекламування тютюнових виробів у засобах масової інформації Канади: обмежували використання фірмових найменувань сигарет при спонсорстві культурних або спортивних заходів; і вимагали від виробників тютюну друкувати на сигаретних упаковках, без посилання на джерела, попередження про шкоду паління. Більшість членів Верховного суду вважали, що ці обмеження порушують волю вираження, гарантовану в параграфі 2(b) канадської Хартії прав і свобод людини, що таке порушення не обговорювалося як розумно необхідне і доказово припустиме відповідно до ст. 1. TRCA також зазнавав критики на підставі того, що закон у цілому стосувався компетенції юрисдикції провінції. Більшістю в сім голосів проти двох Верховний суд визнав, що закон конституційно стосується компетенції кримінального права федерального парламенту.

Щодо заборони рекламування тютюнових виробів суд одноголосно підтримав думку, і фактично це було визнано Генеральним повіреним, що обмеження рекламування порушує право свободи вираження тютюнових компаній, що обумовлено в параграфі 2(b) Хартії. Це рішення узгоджувалося з попередніми рішеннями Верховного суду, що розширювали охорону свободи вираження на таке комерційне вираження, як рекламування³⁰.

Думка членів суду розділилася з питання про те, чи є вимога зазначати, без посилання на джерела, попередження про шкоду паління на сигаретних упаковках порушенням параграфа 2(b). Меншість членів Верховного суду (четверо суддів) додержувалися думки про те, що просте розміщення таких попереджень на сигаретних упаковках не обов'язково означає, що тютюнові компанії підтримують ці повідомлення чи що споживачі помітять ці повідомлення компаній. Більшість суддів підтримували думку, що право свободи вираження тютюнових компаній було порушено, коли попередження про шкоду паління об'єднали із заборонаю виробникам тютюнової продукції поміщати будь-яку

²⁷ /1991 рік/, 3-тя серія канадського журналу з питань патентного права № 63, с.458 /Верховний суд провінції Квебек/.

²⁸ /1995 рік/, 3-тя серія канадського журналу з питань патентного права № 62, с.417, revg /1993 рік/; 3-я серія канадського журналу з питань патентного права № 48, с. 417 /Апеляційний суд провінції Квебек/, revg /1991 рік/; 3-я серія канадського журналу з питань патентного права № 37, с. 193 /Верховний суд провінції Квебек/.

²⁹ Верховний суд, 1988 рік, кодекс 20.

³⁰ Справа «Ford» проти «Attorney-General of Quebec», /1988 рік/, Збірник рішень Верховного суду Канади № 2, с.712; справа «Irwin Toy Ltd.» проти «Attorney-General of Quebec», /1989 рік/, Збірник рішень Верховного суду Канади № 1, с.927; і справа «Rocket» проти «Royal College of Dental Surgeons of Ontario», /1990 рік/, Збірник рішень Верховного суду Канади № 2, с.232.

додаткову інформацію на сигаретній упаковці, навіть повідомлення про джерело попередження.

Після того як суд дійшов згоди, що обмеження рекламування і вимоги до маркування порушують норми Хартії про охорону свободи вираження, тягар було перекладено на уряд, якому необхідно довести, що ці положення мають бути визначені відповідно до ст. 1 як «розумно необхідні» і «доказово припустимі». Суд одностайно вирішив, що ціль заборони на рекламування та обов'язкові попередження на упаковці у вигляді попереджень споживачів про шкоду паління для здоров'я і зменшення кількості мотивів, що спонукають до вживання тютюну виправдує настійні і важливі обставини. Суд також був одногосним, всупереч обставинам, встановленим суддею суду першої інстанції, що між рекламуванням і попередженнями про шкоду паління наявний раціональний або причинний зв'язок, з одного боку, і використанням тютюну, з іншого боку. Суддя суду першої інстанції встановив, що такий причинний зв'язок не був доведений, але суд зазначив, що ставлення апеляційних судів до обставин, встановлених суддею суду першої інстанції, має бути менш шанобливим, якщо такі обставини належать до комплексного доказу соціології, на основі якого важко зробити непохитні фактичні висновки.

Однак судді не мали одностайної думки щодо того, чи впорався уряд із покладеним на нього тягарем з обґрунтування того, що заходи, розпочаті парламентом зі зниження популярності тютюну, порушили гарантію свободи вираження настільки, наскільки це було доцільно. Більшість суддів були стурбовані абсолютним характером заборони рекламування, зауважуючи, що під заборону потрапило навіть виключно інформаційне рекламування змісту, смаку і міцності виробу, що чинить незначний чи, можливо, не має жодного впливу на обсяги споживання. Основне питання полягало в тому, чи досягалася мета парламенту – зменшити споживання тютюну за допомогою засобу, відмінного від повної заборони на рекламування. Меншість, що складається з чотирьох суддів, додержувалася думки, що, заборонивши рекламування тютюнових виробів, а не власне продаж, парламент фактично знайшов відносно ненав'язливий законодавчий підхід до нагляду за тютюновими виробами. Доцільним був висновок, що будь-яка реклама стимулює споживання, тому що її наміром є ознайомлення з тютюновими виробами якомога більшої кількості людей і надання цим виробам законності, осо-

бливо серед молоді. На цій підставі меншість членів суду дійшли висновку, що повна заборона рекламування є виправданою.

Верховний суд підтримав надання конституційної охорони комерційній свободі слова, наприклад рекламуванню. Це також було корисним попередженням про те, що й у інших сферах можливе накладання абсолютних заборон на рекламування. Зокрема, це могло відобразитися й на інших регламентованих сферах, наприклад у сфері прописаних ліків, гігієнічних вимог до продуктів харчування. Однак межі вирішення в справі RJR можуть бути досить вузькими. Не беручи до уваги заборону на рекламування і вимоги обов'язкового розміщення попередження, більшість суддів наголошували, що важко говорити про неправоздатність парламенту видавати закони в цій сфері. Навпаки, більшість суддів пропонували зробити часткову заборону на рекламування способу життя або на рекламування, призначене для дітей, більш виправданою. У відповідь тютюнова індустрія оголосила про добровільне стримування від застосування деяких видів реклами, наприклад теле- і радіореклами. Вона також оголосила про добровільне обмеження своїх можливостей рекламувати свої вироби. Тим часом, федеральний уряд, вочевидь, розглядає питання про введення нового законодавства, що переслідує ту саму мету, але цього разу, намагаючись мистецьки протистояти критиці.

Як і в попередні роки, були винесені рішення за цілою низкою справ порівняльної реклами. Зокрема, у справі «Johnson & Johnson Inc. (така сама сфера діяльності, як і в компанії McNeil Consumer Products Co.) проти Bristol-Myers Sguibb Canada Inc.»³¹ судова суперечка виникла між двома фармацевтичними компаніями. Компанія Johnson & Johnson Inc. домогалася накладення проміжної заборони на рекламування компанією Bristol-Myers Sguibb свого лікарського засобу EXCEDRIN, який вона вважала кращим, ніж безпечний засіб TYLENOL компанії Johnson & Johnson від головного або іншого болю, а також накладення заборони на використання її товарного знака TYLENOL так, що принижується репутація, що додається товарному знакові.

У 1991 році Johnson & Johnson розпочала подібний судовий процес в окружному суді Сполучених Штатів, який ухвалив рішення про те, що забороняє компанії Bristol-Myers Sguibb

³¹ /1995 рік/, 3-тя серія канадського журналу з питань патентного права № 62, с.347 /Суд провінції Онтаріо, загальне відділення/.

заявляти, що її вільний від аспірину беззаспокійливий засіб EXCEDRIN, що містить 500 мг ацетомінофена і 65 мг кофеїну в одній таблетці, знімає головний або інший біль краще, ніж екстрасильний TYLENOL, що містить 500 мг ацетомінофена в одній таблетці. Судове рішення передбачало, що компанія Bristol-Myers Squibb може робити такі заяви, якщо Управління з санітарного нагляду за якістю харчових продуктів і медикаментів (FDA) установить, що перевага її товару є правомірною. Це рішення було підтверджено при оскарженні. Однак, оскільки це рішення було винесено до завершення здійснюваного FDA встановлення, то воно залежало від будь-яких протилежних висновків, зроблених згодом Управлінням із санітарного нагляду за якістю харчових продуктів і медикаментів.

Щоб робити такі заяви в Канаді, Bristol-Myers Squibb домоглася попереднього затвердження Радою охорони здоров'я, органом адміністративної юстиції, що входить до складу Управління охорони здоров'я (НПВ) Міністерства охорони здоров'я Канади. Консультативний комітет з фармацевтичної реклами (РААВ), без проведення незалежного дослідження, приєднав своє схвалення до схвалення НПВ. Після проведення канадської рекламної кампанії беззаспокійливого засобу EXCEDRIN його обсяги продажу зросли втричі. Ринкова частка беззаспокійливого засобу TYLENOL залишалася нединамічною. Компанія Johnson & Johnson довідалася про заяви, зроблені Bristol-Myers Squibb у Канаді щодо переваги її беззаспокійливого засобу EXCEDRIN у листопаді 1993 року. Крім скарги, написаної в грудні 1993-го, Johnson & Johnson не починала ніяких кроків проти компанії Bristol-Myers Squibb аж до вручення клопотання про накладення судової заборони в грудні 1994-го. Компанія Johnson & Johnson подала апеляцію на рішення адміністративних органів НПВ і РААВ, але їй не вдалося порушити справу проти них. Johnson & Johnson вимагала одержання докладних даних, наданих компанією Bristol-Myers Squibb у НПВ.

Компанія Johnson & Johnson вимагала накладення проміжної заборони на підставі комерційного наклепу і приниження значення репутації (гудвілу). Єдиним доказом, на який спиралася компанія Johnson & Johnson для підтвердження того, що заяви, зроблені Bristol-Myers Squibb, були помилковими, було рішення окружного суду Сполучених Штатів і підтверджуюче рішення з апеляції. Суд заявив, що проміжна судова заборона не повинна бути на користь сторони, що займається такою самою діяльністю, яку на-

магається заборонити. Було встановлено, що при рекламуванні компанія Johnson & Johnson сама робила порівняльні посилання на товарні знаки конкурентів.

При розгляді питання про комерційний наклеп потрібно, щоб позивач зібрав досить серйозні докази наявності хибності і фактично завданої шкоди, обумовлених особливими обставинами справи. Суд заявив, що особливо шанобливо слід ставитися до рішення органу адміністративної юстиції зі спірних питань, що входить до його компетенції, наприклад НПВ. Отже, було встановлено, що компанії Johnson & Johnson не вдалося зібрати досить серйозних доказів.

Питання про приниження репутації товарних знаків компанії Johnson & Johnson внаслідок помилкових тверджень було вирішене на користь Bristol-Myers Squibb, оскільки підтвердження проведених нею екстенсивних наукових досліджень фактично не було спростовано. Був зроблений висновок про звільнення компанії Bristol-Myers Squibb від покладеного на неї тягаря відповідно до закону про конкуренцію³², оскільки вона здійснювала відповідну і належну перевірку перед тим, як робити заяви. Тому заяви не є помилковими і не є такими, що вводять в оману.

Затримка, що дорівнює приблизно одному року, з рішенням питання про нанесення непоправної шкоди була для компанії Johnson & Johnson Inc. невігдною. За цей час Bristol-Myers Squibb, вклавши кошти, створила репутацію для свого продукту. Тож перевага була на користь компанії Bristol-Myers Squibb.

У щорічному збірнику за 1995 рік обговорювалася судова справа «A & B Sound проти Future Shop» – двох компаній, що займалися торгівлею стереофонічною апаратурою і приладами в провінції Британська Колумбія. Ця справа стосується порівняльної реклами і нібито має місце принизливе використання компанією A & B Sound³³ товарних знаків, що належать компанії Future Shop, про що свідчить пізніший епізод³⁴. Відвідуючи магазини компанії A & B Sound як звичайні покупці, часто під вигаданим прізвищами, провокатори навмисно проводили в

³² Правила діловодства Верховного суду, 1985 рік, кодекс С-34 з внесеними поправками.

³³ Справа «Future Shop» проти «A & B Sound Ltd.», /1994 рік/, третя серія канадського журналу з питань патентного права № 55, с. 182.

³⁴ Верховний суд провінції Британська Колумбія/, обговорювалося в збірнику рішень з справ про товарні знаки № 84, с.854 / 1994 рік/.

магазинах чимало часу, дізнаючись у працівників про ціни та методи торгівлі компанії.

Компанія A & B Sound подала позов на тій підставі, що таке підозріле поведіння було об'єктивним втручанням у її економічні інтереси і порушенням загального права. Їй удалося домогтися застосування до компанії Future Shop проміжної судової заборони, що забороняла її керівництву і службовцям відвідувати або входити в будь-яке з приміщень компанії A & B Sound до січня 1997 року (або до остаточного розгляду позову, залежно від того, що відбудеться раніше).

Іншого аспекта порівняльної реклами стосується справа «BC Tel Mobility Cellular Inc. проти Rogers Cantel Inc.»³⁵. Обидві сторони були конкурентами з надання послуг у стільниковій телефонній мережі і єдиними компаніями, що надавали цю послугу в провінції Британська Колумбія. Після проведення дослідження якості передачі звуку за допомогою порівняння послуг сторін третьою стороною компанія Rogers Cantel розпочала масову рекламну кампанію, під час якої посилалася на ці дослідження як «проведені незалежно». Можна не говорити про те, що результати дослідження були, певна річ, на користь Rogers Cantel.

Компанія BC Tel стверджувала, що результати дослідження були на користь компанії Rogers Cantel внаслідок використання конкретного телефонного апарата. Компанія BC Tel подала позов і домоглася накладення проміжної судової заборони на проведену Rogers Cantel рекламну кампанію. BC Tel стверджувала, що відповідно до акта і закону про конкуренцію рекламна кампанія була рівнозначною хибному і оманливому рекламуванню. Вона також посилалася на недобросовісне рекламування відповідно до закону провінції Британська Колумбія про практику торговельних відносин³⁶, а також на незаконне втручання в економічні відносини і на шкоду, що завдає обман. Крім того, BC Tel стверджувала, що застосування іншої методології сприяло б кращій перевірці, що інтенсивність сигналу є кращим критерієм і що були використані невідповідні телефони. Найбільш вагомим запереченням, висунутим компанією BC Tel, було те, що під час дослідження не вимірялася якість пе-

редачі звуку мобільного телефону, у той час як при рекламуванні використовували висловлення користувача мобільного телефону про якість звуку при розмові.

Суд, слухаючи клопотання, подане до палати, погодився з необхідністю вивчити думку фахівців щодо статистичного значення результатів. Однак суд не взяв до уваги доказу дослідників щодо впливу реклами на ринок. Суд заявив, що громадськість зацікавлена в порівняльній рекламі, за умови, що вона є справедливою і правильною. Необхідно було з'ясувати питання неупереджено. Якби справу виграла BC Tel, то важко було б визначити кількісно грошове відшкодування, оскільки майже неможливо визначити втрати, яких зазнали потенційні покупці внаслідок зазначеного рекламування. Статус-кво був тим самим, що і до проведення компанією Rogers Cantel рекламної кампанії. За таких обставин рівновага вигод сприяла позивачеві і йому вдалося домогтися накладення судової заборони.

В іншій справі, що стосувалася порівняльного рекламування, «Ul Canada Inc. проти Procter & Gamble Inc.»³⁷, суд відмовив у накладенні заборони на рекламування. Компанія Ul Canada торгувала в Канаді відомим туалетним кусковим милом під маркою цієї компанії DOVE (кускове мило DOVE). Восени 1995 року компанія Procter & Gamble випустила конкуруючий товар під своїм товарним знаком OIL OF OLAY (кускове мило OLAY). На підтримку нового товару компанія Procter & Gamble підготувала і провела енергійну маркетингову кампанію, відвівши в ній найважливіше місце телевізійним рекламним передачам і рекламній літературі. У цих матеріалах Procter & Gamble стверджувала, що мило OLAY є прекрасним продуктом з погляду впливу на гідратацію шкіри. Наприклад, у своїх рекламних передачах вона повідомляла, що мило OLAY дозволяє утримувати більше вологи в шкірі людини, ніж відоме туалетне мило (мило DOVE). На добре представленій картинці було показано, як зі шкіри людини, яка користується відомим туалетним милом, стікають чотири краплі вологи, у той час як зі шкіри людини, що користується милом OLAY, – лише дві краплі вологи. Мило DOVE вважалося лідером серед туалетних мил.

Компанія Ul Canada додержувалася тієї думки, що твердження Procter & Gamble про перевагу своєї продукції є безпосереднім зіставленням

³⁵ /1995 рік/, третя серія канадського журналу з питань патентного права № 63, с. 464. /Верховний суд провінції Британська Колумбія/, клопотання про дозвіл подати апеляційну скаргу до Апеляційного суду провінції Британська Колумбія/ Справа № САО20944/.

³⁶ Зведення переглянутих законів провінції Британська Колумбія, 1979 рік, кодекс 406.

³⁷ /1996 рік/, третя серія канадського журналу з питань патентного права № 65, с. 534 /Суд провінції Онтаріо, загальний відділ/.

з її милом DOVE з погляду втрати шкірою вологи і потенційних можливостей утримання вологи і рекламуванням, що вводить в оману. Компанія Ul Canada подала позов, домагаючись застосування проміжної судової заборони. У своїх доводах вона ґрунтувалася на положеннях закону про конкуренцію щодо реклами, що вводить в оману, положеннях про помилкові заяви чи заяви, що вводять в оману, а також на положеннях про делікти загального права щодо шкоди, що завдає введення в оману, і незаконне втручання в економічні відносини. З різних технічних причин суд дійшов висновку, що немає необхідності займатися позовом на основі закону і розглядав питання на основі загального права.

Свідчення фахівців були надані обома сторонами. Суд дійшов висновку, що реклама компанії Procter & Gamble була підтверджена відповідними іспитами і методологією. Крім того, на рекламні трансляції був отриманий дозвіл канадського фонду рекламування. Суд вирішив, що в результаті рекламування виникло загальне враження про те, що мило OLAY краще утримує вологу, і це твердження вважає правдивим. Він також установив, що не було наклепу щодо здатності мила DOVE утримувати вологу. Отже, суд вирішив, що компанія Ul Canada не знайшла досить серйозних доказів, що є першою умовою застосування проміжної заборони.

Компанія Ul Canada стверджувала, що перекручування фактів могло б вплинути на звички і сприйняття покупців так, що вони, можливо, продовжували би купувати мило OLAY незалежно від результату судового розгляду. Якби це відбулося, стверджувала Ul Canada, то вона не змогла би відновити загублену частку ринку. Суд заявив, що, застосовуючи методи аналізу господарської діяльності, можна обґрунтовано встановити будь-які втрати. Отже, суд дійшов висновку, що компанія Ul Canada не довела наявності будь-якої завданої неправної шкоди, що є другою умовою застосування судової заборони.

Повертаючись до питання про рівновагу справедливості, що є третьою умовою, суд заявив, що такий засіб правового захисту, як проміжна заборона, є надзвичайним засобом і не має застосовуватися на користь сторони, що займається тим самим видом діяльності, яку вона намагається заборонити, як це впливає зі справи «Johnson & Johnson проти Bristol-Myers Squibb». Показання свідків підтвердили, що компанія Ul Canada здійснювала рекламне зі-

ставлення мила DOVE і мила IVORY, іншого товару компанії Procter & Gamble, здійснюючи безпосередні нападки на безпеку мила через його найменування і на сумісність мила IVORY зі шкірою. У забороні було відмовлено.

Парагвай

У суді міста Асунсьйон компанія Finhogar S.R.L., що 1988 року зареєструвала у Відомстві офіційної реєстрації своє фірмове найменування FINHOGAR, намагалася домогтися накладення судової заборони на використання компанією Asesoría Habitacional S.A. фірмового найменування FINHOGAR при рекламуванні³⁸. Компанія Asesoría Habitacional S.A. не одержувала у відомстві офіційної реєстрації, але мала виконавче судове рішення, що дозволяє їй займатися питаннями нерухомості в тій самій сфері діяльності, яку провадив і позивач. Компанія-відповідач Asesoría Habitacional S.A. додала до свого найменування слово FINHOGAR у рекламних оголошеннях, що розміщуються в основних журналах країни. Позивач стверджував, що такі пропозиції вводили громадськість в оману. У своєму вирокі №43 від 15 лютого 1996 року суд першої інстанції застосував закон про товарні знаки №751/79, що передбачає охорону фірмового найменування і право власника на припинення незаконної конкуренції, і виніс рішення про те, що відповідач повинен негайно припинити будь-яке використання фірмового найменування FINHOGAR.

Швеція

Компанії Remy Finance B.V. і Remy Suede AB виготовляли і продавали лікер GALLIANO. Компанія Partyman AB крім інших товарів продавала лікерну есенцію за назвою GALANTO.

Компанія Remy подала скаргу³⁹ до Судової палати з торговельних справ щодо продажу компанією Partyman есенції GALLIANO, а також щодо використання найменування GALLIANO під час рекламування. Методи недобросовісної торгівлі включали недобросовісне використання репутації (гудвіл) компанії Remy, а також введення споживачів в оману щодо комерційного походження товарів.

Компанія Remy вимагала, щоб компанії Partyman заборонили використовувати слова LIQUORE GALANTO або слово GALLIANO як знак при торгівлі лікерною есенцією або при

³⁸ Справа «Finhogar S.R.L.» проти «Asesoría Habitacional S.A.», цивільний суд першої інстанції, рішення № 43 от 15 лютого 1996 року.

³⁹ Шведська судова палата з торговельних справ, справ № 1996:3.

іншій подібній діяльності, або використовувати ту, що застосовувалася чи будь-яку іншу подібну етикетку.

Компанія Remy доводила, що є володільцем реєстрації товарних знаків GALLIANO (девиз і етикетка), GALLIANO і GALLIANO HOT SHOT. Ці товарні знаки використовуються для лікеру золотавого кольору, що продається в пляшках із зареєстрованою етикеткою. Етикетка бежевого кольору із золотавим обрамленням і словами LIQUORE GALLIANO, надрукованими пурпурними літерами із золотими зовнішніми лініями. Лікер GALLIANO продавався на шведському ринку приблизно 20 років. Товарний знак GALLIANO і етикетка добре відомі споживачам і їх варто вважати добре відомими та визнаними на шведському ринку.

Проте компанія Partyman виготовляє і продає лікерну есенцію золотавого кольору під найменуванням LIQUORE GALANTO, етикетка якого має такі самі кольори і шрифт. Тому покупці легко плутають товари GALLIANO і GALANTO. Вони могли легко повірити, що купують товари у власника товарного знака чи що товари виготовляються за його згодою, чи що між GALLIANO і GALANTO є інші комерційні зв'язки.

Компанія Partyman стверджувала, що вона продавала есенції з використанням знака Strands Essencer з початку 1980-х років. Добре відомо, що Strands Essencer використовується для товарів компанії Partyman. Ці есенції хорошої якості та майже всі є відомими і мають найкращу репутацію на ринку есенцій. Щодо зазначеної вище етикетки, то її почали використовувати 1992 року, а анулювали – 1994-го.

Упаковка й етикетка відрізняються за розміром і оформленням, а на етикетці чітко вказується, що цей товар випускається власником знака Strands Essencer. Товари не могли бути куплені в тому самому місці. GALLIANO є винятковим товаром, що містить спирт, який продається виключно в державному універсальному магазині, в той час як есенція може бути куплена якнайбільше в супермаркетах і значно дешевше.

Зважаючи на це, немає небезпеки змішання зазначених товарів, і компанія Partyman не використовувала репутацію компанії Remy належно.

Судова палата з торговельних справ стосовно питання введення в оману щодо комерційного походження товарів вирішила, що вона може лише заборонити використання знаків, що можуть привести до змішання товарів різного по-

ходження⁴⁰. Грунтуючись на тому, що первісний знак відомий на ринку до такого ступеня, що деякі товари асоціюються з ним. Крім того, вважають, що первісний знак повинен мати розрізняльну здатність.

Судова палата установила, що знак LIQUORE GALLIANO має розрізняльну здатність. Крім того, вона установила, що знак і етикетка добре відомі на релевантному ринку.

Виявлення небезпеки переплутування двох етикеток, що розглядаються, має ґрунтуватися на загальному їх сприйнятті. Така небезпека може виникнути, якщо етикетки викликають у споживачів в основному однакове візуальне уявлення.

Порівнюючи ці етикетки, можна виявити деякі відмінності. Однак цього буде замало для того, щоб можна було вважати, що вони викликають різні візуальні уявлення. Навпаки етикетки настільки подібні, що у споживачів виникають однакові образи.

Щодо покупців цих різних товарів не було проведено жодного ринкового дослідження, тому до судової палати не було надано ніяких даних, а компанія Remy не надала жодного доказу того, що змішання фактично мало місце. Виходячи з цього, судова палата не могла ухвалити рішення про те, що є небезпека змішання щодо комерційного походження есенції GALANTO. Отже, вимога накладення заборони не могла бути підтримана.

Щодо питання про зловживання репутацією, то судова палата винесла рішення про те, що ринкові заходи можуть вважатися неправомірними, якщо особа, що займається такою самою діяльністю, встановлює зв'язок без згоди володільця з добре відомим товарним знаком або позначенням. Щоб вважати ринкові заходи неправомірними, немає необхідності доводити небезпеку змішання.

Було встановлено, що знак GALLIANO та зареєстрована етикетка добре відомі на шведському ринку. Не обговорювалося питання про те, що покупці асоціюють ці позначення з якісним товаром, що має виключні властивості.

Попри твердження компанії Partyman про наявність власної репутації її есенції, судова палата встановила, що компанія, торгуючи есенціями, справді тісно пов'язувала лікер GALLIANO з найменуванням і формою етикетки. Не було надано жодного доказу згоди на це компанії Remy. Тому за цих обставин торговельні заходи компанії Partyman мають вважатися

⁴⁰ Судова палата з торговельних справ, справи № 1988:6 и 1990:3.

неправомірним використанням доброї репутації лікєру GALLIANO.

Судова палата з торговельних справ заборонила компанії Partuman під загрозою штрафу в 200 000 шведських крон використовувати для торгових цілей:

/1/ вираз LIQUORE GALLIANO або будь-який інший дуже близький вираз,

/2/ слово GALLIANO або будь-яке інше подібне слово, або

/3/ зазначену раніше етикетку або будь-яку іншу етикетку, що має дуже подібну форму.

Велика Британія

У справі про порівняльне рекламування, «Barclays Bank ріс проти RBS Advanta»⁴¹, суддя Ледді вказав, що основною метою статті 10(6) закону 1994 року про товарні знаки є дозвіл такої практики, допоки вона є чесною. При розгляді питання про те, чи є використання чесним, не можна застосовувати кодекси законів з різних галузей промисловості з огляду на їхню відмінність у сфері дії та відмінність конкретних положень, оскільки вони не дозволяють отримати результат, який буде узгоджуватись. Замість них необхідно враховувати характер товарів / послуг, а чесність має оцінюватися залежно від того, чого очікує релевантна громадськість від рекламування таких товарів чи послуг.

В цьому конкретному випадку позивач, який несе відповідальність за найбільшу частку кредитних карток системи Visa у Великій Британії, тобто за картки BARCLAYCARD, порушив позов, звинувативши відповідача в контрафактному використуванні знака BARCLAYCARD в рекламних брошурах, які він поширював до початку випуску своєї конкуруючої картки RBS ADVANTA VISA. Відповідач розповсюдив приблизно 200 000 брошур, що рекламують випуск своєї нової картки. Рекламний комплект включав таблицю, в якій була наведена різниця між ставками відсотка і щорічними митами, що виплачувались за сім провідних карток системи VISA (включаючи картку і позивача), і брошуру, що містить «15 характерних рис, які роблять картку RBS ADVANTA VISA кращою за інші кредитні картки». В цій брошурі товарний знак позивача взагалі не використовувався.

В таблиці були наведені безперечні факти, і позивач не міг послатися ні на один елемент нечесності в цій частині рекламної літератури.

Проте позивач стверджував, що виокремлення в брошурі 15 характерних рис є введенням в оману і відображає нечесність, оскільки майже половина з указаних рис може бути застосована однаковою мірою як до карток позивача, так і до карток відповідача. Позивач успішно довів, що рекламна література має розглядатися в цілому, оскільки вона розповсюджувалася як один комплект і поза сумнівом мала сприйматися в цілому. Зокрема, характерна риса, що стосується можливості використовувати картку відповідача в більш ніж 12 млн різних торгових місць, в яких указаний знак VISA, разом із зазначеною рисою про можливість отримати готівку в системі автоматичного переказу грошей (АТМ) за допомогою знака VISA, вводили громадськість в оману, оскільки вони в рівному ступені стосувалися і картки позивача. Суд на це заявив, що дуже мало ймовірно, щоб будь-який розсудливий одержувач цієї інформації сприйняв це рекламне оголошення як нечесне. Суд вважав, що особи, на яких була розрахована рекламна література, мабуть, могли легко перемикатися з одного виду карток системи VISA на інший і були обізнані з тим, що всі види карток системи VISA можуть бути використані в торгових підприємствах, де вказаний знак, для отримання готівки в АТМ. Перевірка, передбачена законом 1994 року, тобто перевірка того, чи здійснюється використання «відповідно до чесної виробничої і комерційної практики», має оцінюватися об'єктивно. Відповідно до цього перевірка, що здійснюється, мала виявити, чи вважають використання чесним члени розсудливої громадськості. Характер і обізнаність розсудливої громадськості мають сприйматися і розглядатися з певним ставленням до виду товару, про який ідеться. Щодо певних товарів громадськість чекає наявності певної частки перебільшення і рекламного перебільшення. Щодо інших товарів такого не очікується. В цьому конкретному випадку особи, на яких розраховувалася рекламна література, мали бути цілком обізнаними про те, що чимало характерних рис, наведених у брошурі, однаковою мірою можуть застосовуватися до товару позивача і відповідача просто стверджував, що комплекс усіх 15 вигод дозволяє здійснити кращу операцію. Відповідно до цього використування товарного знака позивача не суперечило чесній практиці.

Венесуела

Потужна група венесуельських видавців створила пасквіль на компанію Procter & Gamble

⁴¹ /1996 рік/, збірка рішень у справах про патенти, промислові зразки і товарні знаки № 307.

(P&G) під заголовком *Grest causes Cancer* («Чванство спричиняє рак»), оскільки у P&G було доволі високе положення на місцевому ринку одноразових пелюшок, тим самим компанія зачепила інтереси дочірньої компанії з випуску пелюшок, контрольованої видавцями. Компанія P&G змогла добитися накладення судової заборони на подальші публікації цього пасквіля⁴².

5. КОМПЕНСАЦІЯ ЗБИТКІВ

Японія

Компанія-позивач «ABUSHIKI KAISHA Tokyo Flex Manufacturing змінила 1974 року своє фірмове найменування на *Tofle Kabushiki Kaisha*. Компанія-відповідачка була заснована 1977 року як *Tokyo Flex INDUSTRIES KABUSHIKI KAISHA* й 1991-го змінила своє найменування на *KABUSHIKI KAISHA Tokyo Flex*, яке було подібним до попереднього найменування позивача. Суд заборонив відповідачу використовувати це найменування і наказав анулювати його в Комерційному реєстрі, а також присудив компенсацію збитків⁴³.

6. ФОРМА ТОВАРІВ

Бенілюкс

При розгляді справи «Unilever N.V. проти *Verwet B.V.*»⁴⁴ головуючий суддя окружного суду міста Роттердам встановив, що форма пляшки позивача не є результатом необхідності отримання технічного результату (функціональність) і не додає суттєвої цінності вмісту пляшки (тобто вибілюючій речовині). Отже, форма пляшки не була виключена при реєстрації як знак. Щодо розрізняльної властивості, то суддя вирішив, що колір і кривизна кришки, деталі, що згинаються всередину, а також конструкція ребер – все це разом служить для того, щоб можна було відрізнити пляшку позивача від пляшок, виготовлених іншими компаніями. Проте суддя дійшов висновку, що пляшка, виготовлена відповідачем, не порушує право на товарний знак позивача, оскільки відсутня необхідна подібність, що могла би призвести

до змішання. При визначенні обґрунтованості подібності головуючий суддя окружного суду брав до уваги вигляд і форму етикеток, колір і форму пробки, а також зовнішній вигляд і конструкцію шийки пляшки.

Фінляндія

Заявник, компанія *Louis Poulsen Oy* займається продажем ламп і освітлювальної арматури. В 1994 році компанія вела з одним підрядником в галузі електроустаткування переговори про лампи, які цей підрядник хотів купити для розширення французько-фінської школи. Згодом цей підрядник оголосив про те, що його субпідрядник (відповідач) може виготовити лампи, «які повністю відповідають оригінальним лампам як зовні, так і за якістю». Лампи, виготовлені субпідрядником зовні були майже ідентичними лампам заявника, але якість їхня була нижчою. Оскільки передбачалося, що лампи піддаватимуться сильному зносу в будівлі школи, то їхня якість мала велике значення.

Заявник стверджував, що використання ламп, виготовлених відповідачем, ймовірно, введе в оману щодо походження ламп. Більше того, заявник доводив, що відповідач свідомо і систематично копіював лампи після того, як він замовив по одному зразку кожної моделі лампи. Судова палата з торговельних справ встановила, що відповідач справді копіював лампи заявника, відтворюючи їхні розміри та конструкцію, і що відповідач, продовжуючи рекламувати скопійовані лампи, діяв всупереч практиці ділових відносин⁴⁵.

Японія

Позивач почав продавати шоколадні цукерки, що викликають відчуття натуральних кольорів троянд, пелюсток і живців листя, яке використовувалося як подарунок на День святого Валентина з 1985 року і широко рекламувалося в журналах. Про шоколадні цукерки позивача писали статті в журналах, газетах, говорили в телепередачах і обсяг їхніх продажів був значним. Відповідач почав продавати подібні шоколадні цукерки у вересні 1988 року. Суд встановив, що шоколадні цукерки позивача були популярними серед покупців, які виявляли цікавість до свята – Дня святого Валентина з лютого 1988 року, і заборонив відповідачу виготовля-

⁴² Справа «Procter & Gamble» проти «DeArmas Group», журнал «Бізнес Венесуели» № 93-95 (січень – лютий 1996 рік).

⁴³ Справа «Tofle Kabushiki Kaisha Tokyo» проти «Kabushiki Kaisha Tokyo Flex», 1574 Ханрей-Джіхо 100, Хейсей 5 /WA/1326, рішення окружного суду міста Осака від 25 січня 1996 року.

⁴⁴ Головуючий суддя окружного суду Роттердама, 12 вересня 1995 року, IER 38 /1995 рік/.

⁴⁵ Справа «Louis Poulsen Oy» проти «Bankruptcy estate, SC valmiste Oy», судова палата по торгових справах № 29/94/ 24 травня 1995 року.

ти, продавати і виставляти для продажу шоколадні цукерки⁴⁶.

Позивач виготовляв і продавав газові датчики з 1909 року, що мають особливі властивості, які відрізняли їх від інших газових датчиків. З 1969-го частка позивача у сфері газових датчиків низького тиску становила понад 50%, і з 1988-го 80% – у сфері газових датчиків міського газового господарства, крім того, позивач завжди був першим за кількістю проданих датчиків і за рівнем їхньої якості. Неякісні вироби позивач продавав третій стороні для знищення. Відповідач купував ці неякісні вироби і після повторної обробки датчиків і установки нових прокладок продавав їх. Суд визнав дії відповідача, що порушують права патенту позивача, а також діями недобросовісної конкуренції і наказав відшкодувати позивачу збитки⁴⁷.

Позивач продавав таблиці під назвою «Таблиця формули», рамки для яких виготовлялися зі старих покришок компанії Bridgestone Company, використаних на автоперегоних Формули-3, на верхній поверхні яких білим кольором було написано слово BRIDGESTONE, а на рамці розташовувалося кругле армоване скло. «Таблицю формули» позивача зустріли доброзичливо, зокрема вболівальники, але всього лише через дев'ять місяців відповідач почав продаж подібних таблиць, рамки яких були виготовлені з покришок компанії Goodyear Company, використаних на автоперегоних Формули-3, на верхній поверхні яких білим кольором було написано GOODYEAR, а на рамці розташовувалося армоване скло.

Через нетривалий період часу, протягом якого позивач продавав таблиці, до того як відповідач з'явився на ринку, суд не встановив набуття таблицями позивача похідного значення, а також імовірності змішування внаслідок розходження в популярності між гонками Формули-3 і Формули-1 і ототожнення споживачами таблиць відповідача з таблицями, що показувала компанія «Фуджі», яка транслює винятково перегони Формули-1⁴⁸.

⁴⁶ Справа «Akutagawa Seika Kabushiki Kaisha» проти «Kabushiki Kaisha Tokyo Flower Center», 1537 Ханрей-Джіхо 158, Хейсей 3/ WA/ 8991, рішення по якому ухвалене 27 лютого 1995 року, окружний суд Токіо.

⁴⁷ Справа «Figaro Giken Kabushiki Kaisha» проти «Chugoku Kogyo Kabushiki Kaishi» і двох фізичних осіб, 1973 рік, Ханрей-Джіхо 113, Хейсей 6/WA/4263 (первинний позов) і Хейсей 7/WA/3893, окружний суд міста Осака, стрічний позов, рішення по якому ухвалене 29 лютого 1996 року.

⁴⁸ Справа «Azet Sangyo Kabushiki Kaisha» проти «Kabushiki Kaisha Fujisankai Service», 1549 Ханрей-Джіхо 116, Хейсей 6 /WA/2845, рішення по якому ухвалене 11 липня 1995 року.

Венесуела

Компанія Nabisco подала позов і домоглася накладення судової заборони на продаж презервативів під товарним знаком SEX SAVER в упаковці, що дуже нагадує зареєстрований зовнішній вигляд упаковки презервативів LIFE SAVERS. У рішенні, що ґрунтується на ст. 585 Цивільного кодексу, викладаються чотири основні елементи, наявність яких необхідна для оголошення заборони:

/1/ доказ презумпції непоправного збитку;

/2/ доказ небезпеки того, що рішення про припинення грошової суми буде неефективним засобом;

/3/ виявлення того, що заявник реєстрації є володільцем прав інтелектуальної власності; і

/4/ доказ того, що подальший продаж товару, що порушує права, негативно позначиться на репутації справжнього товару. Це рішення має велике значення, оскільки воно є засобом швидкого цивільно-правового захисту і дозволяє усувати прогалини в особливому положенні про судову заборону, що викладено в Рішенні 344⁴⁹.

7. КОЛІР

Японія

У 1984 році позивач почав продаж восьми найменувань таких побутових приладів, як кавомолки, фени для сушіння волосся, казани й апарати для варіння рису під найменуванням It's, виконані в синьому кольорі. У 1992-му кількість найменувань зросла до 26, включаючи комплектуючі. Товари позивача були компактними і дешевшими, оскільки вони спеціально призначалися для студентів коледжів і самотніх людей. У 1996 році відповідач почав продаж подібних товарів з використанням подібного кольору. Суд відмовив позивачеві в судовій забороні і відшкодуванні шкоди, заявивши, що синій колір, який використовується позивачем, не надає розрізняльної здатності, що свідчить про те, що ці товари виготовлені позивачем; але навіть якби колір надавав таку розрізняльну здатність, то лише поєднання кольорів, а не сам по собі один колір, може бути монополізований однією людиною і, отже, цей колір не може охоронятися⁵⁰.

⁴⁹ Справа «Nabisco» проти «Sexsavers», третій цивільний суд міста Каракас, 3 березня 1995 року.

⁵⁰ Справа «Sanyo Electric Kabushiki Kaisha» проти «Twin Bird Industries Kabushiki Kaisha», 1545 Ханрей-Джіхо 84, Хейсей 6/ WA/2859, рішення по якому ухвалене 30 травня 1995 року, окружний суд міста Осака

ЩОДО МОЖЛИВОСТІ ДОВЕДЕННЯ ФАКТУ ВИПЛАТИ ЗАРПЛАТИ «В КОНВЕРТАХ» ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ФАКТИЧНОЇ ПЕРЕВІРКИ

АВТОР

Мирослава НЕЧАЙ,
юрист ЮК «Jurimex»



Ні для кого не секрет, що однією з характерних особливостей трудових правовідносин в українських реаліях є так звана заробітна плата «в конвертах». Існування такого феномену пояснюється значним фіскальним навантаженням на фонд оплати праці. Так, роботодавцю як податковому агенту необхідно не тільки утримати із заробітної плати працівника військовий збір, єдиний соціальний внесок (ЄСВ) та податок на доходи фізичних осіб (ПДФО), але також нараховувати та сплачувати ЄСВ із власних доходів, з огляду на розмір заробітної плати працівника.

Для того, щоб будь-яка норма закону виконувалася, а відповідні платежі надходили до державного і місцевого бюджету чи до бюджету Пенсійного фонду України, необхідний ефективний механізм контролю, який зокрема полягає у можливості притягнення до відповідальності за заниження відповідних податкових зобов'язань або ЄСВ. Саме тому цікавим у цьому контексті є можливість контролюючих органів довести факт наявності виплат заробітної плати «у конвертах» та розмір таких виплат. Якщо проаналізувати відповідні норми Податкового кодексу України (далі – *ПК*) та юридичну практику, що склалася з цього питання, можна дійти висновку, що наразі цього механізму немає.

Роботодавці з метою мінімізації фіскального навантаження на фонд оплати праці можуть діяти так: а) не оформити працівника (у такому випадку податки і ЄСВ не сплачується взагалі); б) оформити працівника відповідно до вимог законодавства, але розмір реальної заробітної плати є вищим від розміру офіційної; в) оформити правовідносини у формі цивільного договору виконання робіт (надання послуг) між роботодавцем і фізичною особою-підприємцем (ФОП), замість укладення трудового договору. Такі дії роботодавця є правопорушенням, а у випадку досягнення розмірів, передбачених статтями 212 та 212¹ Кримінального кодексу України – злочином.

Так, відповідно до пп. 80.2.7. п. 80.2. ст. 80 ПК, у разі отримання в установленому законодавством порядку інформації про використання праці найманих осіб без належного оформлення трудових відносин та виплати роботодавцями доходів у вигляді заробітної плати без сплати податків до бюджету, такий контролюючий орган проводить фактичну перевірку на підставі рішення його керівника. Така фактична перевірка проводиться без попередження платників податків, але перед її проведенням податковому інспектору необхідно вручити копію наказу про проведення перевірки та пред'явити службове посвідчення. Відповідно до п. 86.1. ст. 86 ПК, у випадку становлення під час перевірки порушень результати перевірки оформляються у формі акта. Протягом десяти робочих днів з дня реєстрації (надходження) акта такої перевірки до контролюючого органу за основним місцем обліку платника податків, керівник контролюючого органу (його заступник) приймає податкове повідомлення рішення.

За результатами фактичної перевірки із зазначених підстав контролюючий орган може встановити такі факти:

1. Використання праці найманих працівників без належного їх оформлення, куди включається і випадок укладання цивільного договору замість трудового;
2. Сплати заробітної плати у вищому розмірі, ніж офіційна.

Далі детальніше про кожний із цих випадків.

Використання праці найманих працівників без належного оформлення трудових відносин.

Найманим працівником є фізична особа, яка працює за трудовим договором на підприємстві, в установі, організації незалежно від форм власності, виду діяльності та господарювання або у фізичної особи. Для питань оподаткування це поняття дещо звужується. Так, за пп. 14.1.195 п. 14.1. ст. 14 ПК працівником є фізична особа, яка безпосередньо власною працею виконує трудову функцію згідно з укладеним з роботодавцем трудовим договором (контрактом) відповідно до закону. Підпунктом 14.1.222. п. 14.1. ст. 14 ПК встановлено, що роботодавцем є юридична особа (її філія, відділення, інший відокремлений підрозділ чи її представництво) або самозайнята особа, яка використовує найману працю фізичних осіб на підставі укладених

трудоу договорів (контрактів) та несе обов'язки із сплати їм заробітної плати, а також нарахування, утримання та сплати податку на доходи фізичних осіб до бюджету, нарахувань на фонд оплати праці, інші обов'язки, передбачені законами. Для Податкового кодексу, найманим працівником є фізична особа, яка працює за трудовим договором в юридичної особи (її філії, відділення, іншого відокремленого підрозділу чи її представництва) або у самозайнятої особи.

Яким чином роботодавець повинен оформляти трудові відносини?

Для відповіді на це питання, слід зазначити, що ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці» від 28.12.2014 № 77–VIII, що набув чинності 01.01.2015, положення Кодексу законів про працю України (КЗпП) щодо порядку оформлення трудових відносин зазнало серйозних змін.

Так, до 01.01.2015, за ст. 24 КЗпП укладення трудового в оформлялося наказом чи розпорядженням власника підприємства, установи, організації чи уповноваженого ним органу. Фактичний допуск до роботи вважався укладенням трудового договору незалежно від того, чи прийняття на роботу було належно оформлене, якщо робота провадилась за розпорядженням чи за відома власника або уповноваженого ним органу.

Тобто фактично до 01.01.2015, працівник вважався належно оформленим, якщо був виданий відповідний наказ чи розпорядження роботодавця. Попри те, навіть якщо відповідного наказу або розпорядження не було видано, фактичний допуск до роботи вважався укладенням трудового договору.

Проте Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці» від 28.12.2014 №77–VIII (далі – *Закон №77*), що набув чинності 01.01.2015, до ст. 24 КЗпП України було внесено зміни. Відповідно до цих змін, працівник не може бути допущений до роботи без укладення трудового договору, оформленого наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу, та повідомлення ДФС України про прийняття працівника на роботу в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. До того ж ця норма КЗпП поширюється як на юридичну особу, так і на фізичну.

Незважаючи на те, що порядок оформлення трудового договору і допуску працівника до роботи було змінено, у будь-якому випадку залишається актуальним питання: чи може (міг) контролюючий орган встановлювати факт наявності трудових правовідносин між особами у зв'язку з фактичним допуском до роботи працівника під час фактичної перевірки?

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Органи ДФС України відповідно до Положення, на підставі якого вони діють, є органами державної влади, а отже, не можуть вчиняти будь-яких дій, які не передбачені Конституцією України та законами України.

Пунктом 80.6. ст. 80 ПК встановлено, що під час проведення фактичної перевірки щодо дотримання роботодавцем законодавства стосовно укладення трудового договору, оформлення трудових відносин з працівниками найманими особами), зокрема тим, яким встановлено випробування, перевіряється наявність належного оформлення трудових відносин, з'ясовуються питання ведення обліку роботи, виконаної працівником, обліку витрат на оплату праці, відомості про оплату праці працівника. Для з'ясування факту належного оформлення трудових відносин з працівником, який здійснює трудову діяльність, можуть використовуватися документи, що посвідчують особу, або інші документи, які дають змогу її ідентифікувати (посадове посвідчення, посвідчення водія, санітарна книжка тощо).

Тобто описана вище норма стосується тих випадків, коли ні роботодавець, ні працівник не заперечують факту наявності між ними трудових правовідносин.

Проте за матеріалами судових справ, дуже часто роботодавець взагалі заперечує, що особа є його працівником, тобто виникає спір про право – про наявність трудових правовідносин.

Щоб встановити, що роботодавець не утримував і не перераховував податки як податковий агент та не сплачував інших обов'язкових платежів, необхідно попередньо встановити наявність таких правовідносин у принципі. Це означає, що контролюючому органу буде потрібно звернутися до суду загальної юрисдикції, оскільки саме ці суди вирішують питання щодо трудових правовідносин.

За пп. 40 п. 4. Положення про Державну фіскальну службу, затвердженого Постановою КМУ №236 від 21.05.2014, передбачається, що органи ДФС України звертаються до суду у випадках, передбачених законом. Але повноваження контролюючих органів щодо звернення до суду про встановлення факту наявності трудових відносин законодавством не передбачено.

На підставі зазначеного, можна дійти висновку, що у випадку заперечення факту наявності трудових правовідносин між роботодавцем і працівником, немає механізму для контролюючого органу щодо встановлення факту неналежного оформлення трудових відносин.

Іншим прикладом неналежного оформлення трудових відносин можна вважати укладення цивільного договору між роботодавцем та ФОП, хоча за своєю суттю правовідносини мають трудовий характер.

Відповідно до закону та роз'яснень, зазначених у Листах Міністерства праці та соціальної політики України №06/2-4/42 від 11.03.2002 та №06/1-4/200 від 26.12.2003 і Листі Державної податкової адміністрації України від 22.06.2009 р. №7346/5/17-0716, можна виокремити такі характерні ознаки, за якими трудові відносини відрізняються від цивільно-правових:

- трудова діяльність, яку здійснює працівник має систематичний підпорядкований правилам внутрішнього розпорядку характер;
- процес організації трудової діяльності регулюється роботодавцем, тоді як діяльність за цивільним договором має самостійний характер;
- за трудовим договором працівника приймають на роботу (посаду), включену до штату підприємства, для виконання певної роботи (певних функцій) за конкретною кваліфікацією, професією, посадою;
- працівникові гарантується заробітна плата, встановлені трудовим законодавством гарантії, пільги, компенсації тощо;
- за підрядним договором оплачується не процес праці, а її результати, які визначають після закінчення роботи і оформляють актами здавання-приймання виконаних робіт (наданих послуг), на підставі яких провадиться їхня оплата.

Листом Мінсоцполітики №06/2-4/42 від 11.03.2002, зазначається, що у разі виникнення спору щодо правомірності укладеного договору (трудового, цивільного) зазначене питання має вирішуватися у судовому порядку за позовом особи, чії права порушено.

Адміністративні суди, за аналогією, керуючись Листом ВАСУ від 02.06.2011 №742/11/13-11, приймають рішення на користь контролюючого органу щодо правомірності перекваліфікації правовідносин. Так, у Листі зазначається, що наявність укладеного між учасниками господарської операції цивільно-правового договору або відсутність визнання такого договору недійсним або нікчемним само собою не свідчить про реальність вчинення відповідної операції. Установлення факту недійсності, зокрема нікчемності цивільно-правового правочи-

ну, який опосередковує відповідну господарську операцію, не є необхідною умовою для визначення контролюючим органом грошових зобов'язань платнику податків у разі, якщо буде встановлено відсутність реального вчинення цієї господарської операції або відсутність зв'язку між такою операцією та господарською діяльністю платника податків.

Тобто для перекваліфікації відносин контролюючому органу не потрібно звертатися до суду, з огляду на суть правочину, а не його форми.

Наступне питання, яке пропонуємо розглянути у цій статті, – це можливість встановлення факту заниження розміру ПДФО та ЄСВ.

Для того, щоб визначити розмір заниження, необхідно буде встановити, що розмір фактичної заробітної плати вищий, ніж той, який отримує працівник офіційно.

Стаття 83 ПК встановлює виключний перелік матеріалів, які є підставами для висновків під час проведення перевірок, а саме: документи, визначені ПК; податкова інформація; експертні висновки; судові рішення; інші матеріали, отримані у порядку та у спосіб, передбачені цим Кодексом або іншими законами, контроль за дотриманням яких покладений на контролюючі органи.

Листом Державної податкової адміністрації України від 01.04.2010 №6584/7/23-4017/199 було затверджено Методичні рекомендації щодо перевірок достовірності формування валових витрат на оплату праці, утримання ПДФО, встановлення фактів виплат зарплати у «конвертах», виявлення працівників, трудові відносини з якими не оформлені належно, які на сьогодні є чинними.

Відповідно до розділу II Методичних рекомендацій з метою визначення повноти нарахування заробітної плати, а також повноти декларування податку з доходів фізичних осіб в обов'язковому порядку необхідно провести порівняльний аналіз даних бухгалтерського та податкового обліку (очевидно, що таким чином визначити повноту нарахування заробітної плати за періоди, починаючи з січня 2015 р. буде неможливо, у зв'язку із змінами до Податкового кодексу щодо податку на прибуток), що стосуються фонду оплати праці, розміру заробітної плати, чисельності працівників та здійснити такі дії.

1. Визначити питому вагу витрат на оплату праці у загальній сумі валових витрат на користь платників податку, і сум податку з доходу фізичних осіб, утриманого з них за формою №1ДФ.

2. Скласти список працівників за копіями трудових договорів, цивільно-правових договорів, трудових книжок з зазначенням дати прийняття та звільнення та порівняти його з даними форми №1ДФ.

3. Провести аналіз наказів щодо встановлення робочого часу, зокрема скороченого, порівняти з розрахунковими відомостями на заробітну плату та порівняти з отриманою від податкової міліції за результатами проведеними опитувань найманих працівників інформацією щодо фактичного робочого часу.

4. Провести аналіз показників: розмір окладу (ставки), зазначеного у штатному розписі, трудових договорах (контрактах, угодах) з законодавчо встановленим розміром мінімальної заробітної плати, а також з фактично нарахованим та виплаченим розміром заробітної плати, зазначеним у розрахункових та платіжних відомостях.

5. Проаналізувати податкові розрахунки сум доходу, нарахованого (сплаченого) на користь платників податку, і сум утриманого з них податку за формою №1ДФ.

Із зазначеного можна зробити висновок, що для зіставлення під час визначення суми розміру заробітної плати, контролюючі органи можуть використовувати інформацію з трудових договорів, звіту №1ДФ, звітів щодо витрат на оплату праці, документів первинного бухгалтерського обліку. Очевидно, що перевіряючи таку документацію, встановити факт виплати фактичної заробітної плати у вищому розмірі, ніж офіційна, є неможливим, оскільки ніякий роботодавець не буде відображати справжні виплати працівнику в №1ДФ.

Тому контролюючі органи дуже часто роблять висновок про заниження заробітної плати на підставі свідчень працівника. Суд у таких випадках не вважає свідчення працівника достатнім доказом:

[Пояснення інших осіб (ОСОБА_1, ОСОБА_3.) були відібрані 03.06.2014, та з яких вбачається, що ОСОБА_1, після звільнення, а ОСОБА_3 напередодні звільнення дізналися про неофіційність заробітної плати. Однак їхні пояснення також не містять викладення джерел своєї обізнаності щодо проведення неофіційних розрахунків.]

Водночас норми чинного законодавства з питань оподаткування, не передбачають права податкового органу на відображення в актах перевірок не обґрунтованих та непідтверджених даних, а отже, і на донарахування податків лише за словами фізичних осіб як усних, так і у письмовому вигляді, без підтвердження викладених фактів іншими доказами.

У розрізі наведеного вище, а також беручи до уваги, що викладені в акті перевірки факти взагалі не ґрунтуються на документах первинного бухгалтерського обліку або на будь-яких інших, тому висновки органу контролю зроблені без належної оцінки та дослідження зібраної за результатами перевірки інформації та на підставі суб'єктивних припущень,

що, як наслідок, вказує на недоведеність встановлених перевіркою порушень.]

До аналогічних висновків приходять суд і в інших подібних справах:

[Судами попередніх інстанцій встановлено, що висновок податкового органу, викладений в акті перевірки, про порушення позивачем вимог податкового законодавства щодо правильності обчислення та своєчасності внесення до бюджету сум податку з доходів фізичних осіб за період з 01.03.2004 по 17.02.2012 ґрунтується на письмових поясненнях осіб на ім'я прокурора Одеської області, які працювали у магазинах торгівельної мережі «Наталка» про отримання ними заробітної плати у більшому розмірі, ніж зазначено позивачем у відомостях про нарахування заробітної плати.]

Судом апеляційної інстанції правильно зазначено, що письмові пояснення працівників не є податковою інформацією відповідно до Податкового кодексу України і не може служити підставою для визначення точного розміру нарахованої заробітної плати.]

Судом апеляційної інстанції встановлено, що будь-якого обґрунтування розміру донарахованого позивачу податкового зобов'язання з посиланням на документи бухгалтерського обліку податковим органом не надано.]

На нашу думку, контролюючі органи взагалі не можуть визначити розмір суми заробітної плати.

Так, очевидно, що роботодавці заперечують факт виплати заробітної плати у вищому розмірі. Отже, виникає фактично спір про право щодо розміру заробітної плати.

Визначення розміру заробітної плати знову-таки належать до трудових спорів. А тому адміністративний суд не може розглядати це питання у принципі, оскільки вирішення питань щодо трудових правовідносин не розглядаються адміністративними судами.

І знову-таки, можливість звернення контролюючих органів до судів загальної юрисдикції щодо встановлення фактичного розміру заробітної плати не передбачена законодавством.

На цьому етапі немає правового механізму щодо надання можливості контролюючим органам довести факт наявності трудових відносин та розміру фактичної заробітної плати через суд, а неможливість притягнення до відповідальності за виплату заробітної плати «в конвертах» робить боротьбу з цим явищем подібну до боротьби з вітряками одного з найвідомішого героя твору Мігеля де Сервантеса.

Підготовлено за результатами роботи податкових студій ЮК «Jurimex»

З АТО ДО СУДУ?

Захищаючи Батьківщину, мобілізовані незахищені законом від судових тяганин

АВТОР

Дмитро ЖУКОВ,
партнер ЮФ Pragnum



АВТОР

Денис ОВЧИННИКОВ,
молодший юрист
ЮФ Pragnum



У зв'язку з проведенням Антитерористичної операції та оголошенням Президентом України часткової мобілізації в умовах прихованої збройної агресії РФ, що загрожує суверенітету України, постає ряд запитань до готовності застарілого українського законодавства приймати виклики теперішнього часу, зокрема, у розрізі захисту прав мобілізованих осіб.

Сьогодні, якщо до мобілізованої особи подали цивільний позов, або вона вже перебувала у судовому процесі на момент її мобілізації, закон фактично позбавляє таку особу права брати безпосередню участь у розгляді справи, оскільки Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України) не передбачає обов'язку суду зупинити/відкласти/відстрочити розгляд спору на період її мобілізації. Отже, поки мобілізовані беруть участь в АТО, тривають судові процеси та приймаються рішення.

Проте п. 3 ч. 1 ст. 201 ЦПК України передбачено: Суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі перебування позивача або відповідача у складі Збройних Сил України або інших утворених відповідно до закону військових формувань, що переведені на воєнний стан. Однак зупинення провадження у справі можливе лише за умови воєнного стану,

який вводиться Указом Президента України, що підлягає затвердженню Верховною Радою України протягом двох днів з моменту звернення Президента України. Наразі воєнний стан так і не введено. Триває Антитерористична операція.

Аналіз судової практики дає змогу стверджувати, що деякі суди першої інстанції (райсуди) у провадженнях за участю мобілізованих осіб здебільшого зупиняють розгляд справи, про що виносять відповідну ухвалу. Слід зазначити, що апеляційні суди вже виробили сталу практику скасовувати такі ухвали на підставі відсутності указу президента про введення воєнного стану, що свідчить про неправильне застосування місцевими судами процесуального законодавства.

Варто згадати, що ЦПК України приймався у далекому 2004 р. і перейняв більшість положень свого радянського попередника, які навіть не припускали можливості ведення масштабних бойових дій без запровадження воєнного стану. Отже, норма п. 3 ч. 1 ст. 201 ЦПК України на сьогодні є застарілою і не готова для застосування у сучасних реаліях. З огляду на зазначене, об'єктивним є внесення змін до процесуального закону, що дасть змогу належно захистити права як кадрових військовослужбовців, так мобілізованих осіб і добровольців.

Зокрема на розгляд народних депутатів ми розробили і подали відповідну пропозицію – змінити формулювання п. 3. ч. 1 ст. 201 ЦПК України (таблиця 1).

Запропонована редакція дозволяє відокремити введення воєнного стану від правової природи АТО. Для підтвердження обставин, що унеможливають захист прав мобілізованою стороною буде потрібно надати суду документ про участь його військової частини/з'єднання у бойових діях та факт його служби у її складі. Крім того, визначається коло суб'єктів, що безпосередньо залученні у виконанні бойових завдань. У такому викладенні враховано інтереси кадрових військових, що незалежно

Таблиця 1

| | |
|--|--|
| Чинна редакція п. 3 ч. 1 ст. 201 ЦПК України | Запропонована нова редакція п. 3 ч. 1 ст. 201 ЦПК України (ЮФ Pragnum) |
| Суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі: 3) перебування позивача або відповідача у складі Збройних Сил України або інших утворених відповідно до закону військових формувань, що переведені на воєнний стан | Суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі: 3) перебування позивача або відповідача у складі суб'єктів, залучених у боротьбі з тероризмом або бойових діях |

Таблиця 2

| Чинна редакція п. 3 ч. 1 ст. 201 ЦПК України | Запропонована нова редакція п. 3 ч. 1 ст. 201 ЦПК України (ЮФ Pragma) | Редакція законопроекту №2999 від 03.06.2015 |
|--|--|---|
| Суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі: 3) перебування позивача або відповідача у складі Збройних Сил України або інших утворених відповідно до закону військових формувань, що переведені на воєнний стан | Суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі: 3) перебування позивача або відповідача у складі суб'єктів, залучених у боротьбі з тероризмом або бойових дій. | Суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі: 3) перебування позивача або відповідача у складі підрозділів Збройних Сил України, органів внутрішніх справ, Національної гвардії України, Державної прикордонної служби України та інших військових формувань, правоохоронних органів спеціального призначення, утворених відповідно до законів України та безпосередньо залучених у боротьбі з тероризмом або виконанні інших бойових завдань |

від ситуації перманентно перебувають на військовій службі.

Крім того, ми бачимо доцільним розширити зазначену статтю, додавши п. 8 ч. 1 ст. 201 ЦПК України у такому формулюванні: «Суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі перебування позивача або відповідача під час воєнного, надзвичайного стану, а також в особливий період у складі законних військових формувань під час виконання бойових завдань». Додавання цього пункту дасть змогу надати гарантії бійцям добровільних батальйонів, які фактично наразі є незахищеними з боку держави.

На основі наших пропозицій станом на 03.06.2015 зареєстровано два законопроекти: один з яких зобов'язує (№2999), а другий (№2758) – надає пра-

во судді зупинити судовий процес, якщо однією зі сторін виступає мобілізована особа.

Якщо надавати оцінку реалізації запропонованих змін, то найближче суть відобразив проект №2999, який передбачає обов'язок, а не право судді зупинити судове провадження, якщо однією зі сторін виступає мобілізована особа. Однак його версія, на нашу думку, потребує подальшого доопрацювання (таблиця 2).

Детально ознайомившись з законопроектом №2999, ми змушені констатувати, що він є не зовсім недалекоглядним, з огляду на те, що назви підрозділів можуть змінюватись, самі підрозділи можуть бути ліквідовані чи реорганізовані. Саме тому, на нашу думку, недоцільно включати у цей пункт конкретні назви формувань. Крім того, не виключено, що залучення у боротьбі з тероризмом або подоланням його наслідків спеціальних служб, що підпорядковані міністерству надзвичайних ситуацій, мають військову організацію, однак не є силовим органом у звичному його розумінні. Більше того, ми вважаємо недоцільним використання формулювання «бойове завдання» замість «бойові дії». Справа у тому, що формулювання «бойове завдання» є вузьким та на практиці його важко підтвердити належними документами. Водночас термін «бойові дії» та процедура набуття статусу учасника бойових дій є законодавчо врегульованим питанням.

З іншого боку, мусимо зазначити, що, попри критику, ми покладаємо великі надії на законопроект №2999. Хочеться вірити, що народні депутати прислухаються і все-таки повернуться до первісно запропонованої редакції. Турбує інше: реалізація такого «соціального» законопроекту може розтягнутися в часі, а судові процеси за участю мобілізованих тривають.

(Радянська військова енциклопедія, Москва, 1976. – Т. 1. – С. 512.)

Бойове завдання – наказ начальника підпорядкованому з'єднанню, частині, підрозділові або окремому бійцеві, в якому стисло і чітко сформульована мета бойових дій та строк, в якій вона повинна бути досягнута.

Бойове завдання ставиться підлеглому особисто командиром або через його штаб в усній, письмовій чи графічній формі. У наступі бойове завдання війська полягає в розгромі основного угруповання ворога і оволодінні певним рубежем або районом. Для послідовності і узгодженості в бойових зусиллях війська за місцем і часом бойове завдання ставиться загальновійськовим з'єднанням, як правило, на добу і поділяється на найближче, наступне і подальше. В обороні бойове завдання полягає в удержанні зайнятих позицій, завданні ворогові максимальних втрат і створенні сприятливих умов для переходу в наступ.

МІЖНАРОДНІ НЮАНСИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

АВТОР

Ірина ШЛЯХОВСЬКА,
юрист ЮК «Правовий альянс»



Наразі кількість справ за участю іноземців, осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб у судах України зростає.

Поняття «іноземний елемент» визначено у п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», згідно із яким іноземний елемент – ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох із таких форм:

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

Як зазначено у ч. 1 ст. 410 Цивільного процесуального кодексу України (далі – *ЦПК України*), іноземці, особи без громадянства, іноземні юридичні особи, іноземні держави (їхні органи та посадові особи) та міжнародні організації (далі – *іноземні особи*) мають право звертатися до судів України для захисту своїх прав, свобод чи інтересів.

Іноземні особи мають процесуальні права та обов'язки нарівні з фізичними і юридичними особами України, за винятками, встановленими Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Відповідно до ч. 1 ст. 26 Конституції України, іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України.

На підставі ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження у суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

У Рішенні Конституційного Суду України від 25.12.1997 № 9-зп роз'яснено, що ч. 1 ст. 55 Конституції України треба розуміти так, що кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їхні права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їхньої реалізації або мають місце інші обмеження прав та свобод.

Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі ст. 64 Конституції України не може бути обмежене.

Передумовою участі іноземців, осіб без громадянства і юридичних осіб у цивільних процесуальних правовідносинах є процесуальна правосуб'єктність. Згідно зі ст. 74 Закону України «Про міжнародне приватне право» процесуальна правоздатність і дієздатність іноземних осіб в Україні визначаються відповідно до права України.

На підставі положень ст. 38 ЦПК України іноземні особи можуть брати участь у цивільній справі особисто або через свого представника. Особиста участь у справі не позбавляє її права мати у цій справі представника.

Документи, що посвідчують повноваження представників, мають відповідати положенням ст. 42 ЦПК України. У справах за участю іноземного елемента документи, що посвідчують повноваження представників на представництво таких осіб та видані уповноваженими органами іноземної держави у встановленій формі, визнаються дійсними в Україні у разі їх легалізації, якщо інше не передбачено законом або міжнародним договором України, однак суди не завжди належно з'ясовують ці питання під час розгляду справи.

Документи, складені за участю органів державної влади та місцевого самоврядування або такі, що від них виходять, може бути використано на території іншої держави лише після відповідного їхнього посвідчення, якщо інше не передбачено міжнародними договорами.

На сьогодні найпоширенішим способом оформлення документів для їхнього можливого використання за кордоном є проставлення апостиля, запровадженого Гаазькою конвенцією, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів 1961 р., до якої приєдналися понад 90 країн.

Згідно з положеннями зазначеної Конвенції документ, на якому проставлено апостиль, не потребує жодного додаткового оформлення чи засвідчення і може бути використаний у будь-якій іншій державі – учасниці цієї Конвенції.

Україна є учасницею окремих міжнародних договорів, якими скасовано будь-яке додаткове засвідчення офіційних документів, що подаються до установ держав – учасниць такого договору.

На сьогодні діють договори про правову допомогу між Україною та Республікою Білорусь, Азербайджанською Республікою, Республікою Узбекистан, Російською Федерацією, Республікою Казахстан, Республікою Таджикистан, Республікою Вірменія, Киргизькою Республікою, Республікою Молдова, Грузією, Туркменистаном, Литвою, Естонією, Латвією, Чехією, Угорщиною, Польщею, Монголією, В'єтнамом, Македонією, Іраном, Болгарією, Кубою, КНР тощо.

Під дійсністю документів у зазначених договорах передбачається таке: документи, складені або засвідчені відповідною установою однієї з Договірних Сторін, скріплені печаткою та засвідчені підписом компетентної особи, мають силу документа на території другої договірної сторони без будь-якого іншого засвідчення. Це стосується також копій та перекладів, засвідчених відповідним органом. Документи, що на території однієї з договірних сторін визнаються офіційними, вважаються такими самими і на території другої договірної сторони.

Відповідно до положень ч. 1 ст. 414 ЦПК України підсудність судам України цивільних справ з іноземним елементом визначається ЦПК України, законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

У практичному аспекті під міжнародною підсудністю цивільної справи з іноземним елементом розуміють установлення таких її властивостей і ознак, за якими її може бути віднесено до компетенції судових органів тієї чи іншої країни.

Отже, міжнародна підсудність – це розмежування компетенції між судовими органами тієї чи іншої держави щодо розгляду і вирішення певних категорій цивільних справ з іноземним елементом та здійснення окремих процесуальних дій щодо іноземної особи. Під час вирішення питання міжнародної підсудності суд іноземної держави повинен встановити межі власної компетенції та не зачіпати питання про те, чи компетентний вирішувати цю справу будь-який інший іноземний суд або інший юрисдикційний орган.

Підсудність судам України справ з іноземним елементом визначається на момент відкриття

провадження у справі, незважаючи на те, що в під час провадження у справі підстави для такої підсудності відпали або змінилися, крім випадків, передбачених у ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право» (ч. 1 ст. 75 Закону України «Про міжнародне приватне право»). До того ж суд відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо у суді чи іншому юрисдикційному органі іноземної держави є справа зі спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, що передбачено п. 3 ч. 2 ст. 122 ЦПК України.

Підсудність судам України справ з іноземним елементом визначається у попередньому засіданні відповідно до ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право», відповідно до якої суди можуть приймати до свого провадження і розглядати будь-які справи з іноземним елементом у таких випадках:

1) якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи з іноземним елементом судам України, крім випадків, передбачених у ст. 77 цього Закону;

2) якщо на території України відповідач у справі має місце проживання або місцезнаходження, або рухоме чи нерухоме майно, на яке можна накласти стягнення, або розташована філія або представництво іноземної юридичної особи-відповідача;

3) у справах про відшкодування шкоди, якщо її було завдано на території України;

4) якщо у справі про сплату аліментів або про встановлення батьківства позивач має місце проживання в Україні;

5) якщо у справі про відшкодування шкоди позивач-фізична особа має місце проживання в Україні або юридична особа-відповідач – місцезнаходження в Україні;

6) якщо у справі про спадщину спадкодавець у момент смерті був громадянином України або мав в Україні останнє місце проживання;

7) дія або подія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України;

8) якщо у справі про визнання безвісно відсутнім або оголошення померлим особа мала останнє відоме місце проживання на території України;

9) якщо справа окремого провадження стосується особистого статусу або дієздатності громадянина України;

10) якщо справа проти громадянина України, який за кордоном діє як дипломатичний агент або з інших підстав має імунітет від місцевої юрисдикції, відповідно до міжнародного договору не може бути порушена за кордоном;

11) в інших випадках, визначених законом України та міжнародним договором України.

Визначення підсудності справ з іноземним елементом залежить від категорії спору. Під час вирішення питання про підсудність справ судам України також мають враховуватися вимоги загальної, альтернативної, договірної, виключної підсудності.

Вирішуючи питання про підсудність справ з іноземним елементом, суди України повинні керуватися не тільки нормами внутрішнього процесуального законодавства, а й тими колізійними нормами, які містяться передусім у двосторонніх міжнародних договорах про правову допомогу та інших міжнародних договорах.

Відповідно до ч. 2 ст. 2 ЦПК правила про підсудність, передбачені в міжнародних договорах, мають пріоритет перед нормами внутрішнього права. Норми права про розмежування підсудності містяться переважно у двосторонніх договорах про правові відносини і правову допомогу у цивільних справах.

Також у міжнародних договорах про правову допомогу містяться спеціальні норми про підсудність окремих категорій справ, де передбачається застосування комбінованих критеріїв: громадянства, місця проживання сторін, місцезнаходження майна.

Правила про визначення міжнародної підсудності за законодавством України застосовуються, якщо міжнародним договором не встановлено інші правила.

Справи з іноземним елементом підсудні судам України у разі застосування сторонами договірної підсудності. Домовленість сторін щодо підсудності має бути досягнута у письмовій формі.

Якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи судам України, спір підлягає вирішенню у судах загальної юрисдикції України (п. 1 ч. 1 ст. 76 Закону України «Про міжнародне приватне право») з урахуванням вимог глави 1 розділу III та ст. 414 ЦПК України. Водночас підсудність справ з іноземним елементом, встановлена ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право», не може бути змінена угодою сторін.

Встановлення і застосування змісту іноземного права – це правозастосовний процес, який здійснюється судом на підставі та в межах національного права згідно із загальноновизнаними принципами міжнародного права, такими, як: суверенна рівність держав, самовизначення, невтручання у внутрішні справи.

Розгляд цивільних справ з іноземним елементом здійснюється за «законом суду» (*lex fori*), тобто юридичною підставою застосування іноземного права на території України є норми ЦПК

України, Закон України «Про міжнародне приватне право» тощо.

Норми права інших держав суд застосовує у разі, коли це встановлено законом України чи міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (ч. 6 ст. 8 ЦПК України).

Оскільки суд зобов'язаний застосовувати норми іноземного права, то встановлення ним іноземного права здійснюється *ex officio*, суд використовує такі способи здобуття інформації про іноземне право: 1) власне з'ясування змісту іноземного права суддею, у провадженні якого є справа; 2) використання експертних висновків; 3) дипломатичний порядок отримання такої інформації; 4) офіційний запит через Міністерство юстиції; 5) отримання довідок через систему правової допомоги; 6) обмін правовою інформацією; 7) безпосередні зносини судів різних держав та з іншими компетентними органами; 8) встановлення іноземного права сторонами тощо.

Зокрема аналіз змісту консульських функцій відповідно до ст. 5 Віденської конвенції про консульські зносини 1963 р. свідчить, що консульські установи можуть надавати інформацію про іноземне право судам держави перебування. Тому якщо суду необхідно з'ясувати дані про право певної країни, він може звернутися до консульської установи іноземної держави, консульський округ якої охоплює територію юрисдикції суду. У тому випадку, якщо консульсько установи відповідної держави на території країни немає, суд може звернутись до дипломатичного представництва. Окрім того, суди України можуть звертатися до української дипломатичної чи консульської установи за кордоном або до МЗС з метою з'ясування змісту іноземного права.

Дієвими є механізми обміну правовою інформацією, що передбачені двосторонніми договорами про правову допомогу, укладеними між Україною та іншими країнами. Як правило, вони містять положення про взаємне надання правової допомоги та органи, що її здійснюють. За загальним правилом, клопотання про правову допомогу мають надсилатися через органи юстиції.

Суд, застосовуючи норми іноземного права, визначає дію цих норм у часі та просторі.

Згідно зі ст. 7 Закону України «Про міжнародне приватне право» під час визначення права, що підлягає застосуванню, суд чи інший орган керується тлумаченням норм і понять відповідно до права України, якщо інше не передбачено законом. Якщо норми і поняття, що потребують правової кваліфікації, не відомі праву України або відомі під іншою назвою або з іншим змістом і не

можуть бути визначені шляхом тлумачення правом України, то під час їхньої правової кваліфікації також враховується право іноземної держави.

Для правильного визначення фактів, які необхідно встановити для вирішення спору за участю іноземної особи, судам необхідно з'ясувати право якої країни повинно застосовуватися. Під час застосування права іноземної держави суд чи інший орган встановлює зміст його норм згідно з їхнім офіційним тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі. З метою встановлення змісту норм права іноземної держави суд чи інший орган може звернутися в установленому законом порядку до Міністерства юстиції України чи інших компетентних органів та установ в Україні чи за кордоном або залучити експертів.

Зміст права може встановлюватися не тільки судом, але й сторонами, які зацікавлені у застосуванні цього права. Особи, які беруть участь у справі, мають право подавати документи, що підтверджують зміст норм права іноземної держави, на які вони посилаються на обґрунтування своїх вимог або заперечень, іншим чином сприяти суду чи іншому органу у встановленні змісту цих норм.

Якщо зміст норм права іншої держави, незважаючи на вжиті з цією метою заходи, у розумні строки не з'ясовано, суд застосовує відповідні норми законів та інших нормативно-правових актів України.

Вирішуючи питання доказів у справах з іноземним елементом, суд має враховувати принцип змагальності сторін (ст. 10 ЦПК України) та обов'язок доказування (ст. 60 ЦПК України).

У справах з іноземним елементом можуть бути використані як докази будь-які фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються визначеними у ч. 2 ст. 57 ЦПК України засобами та регулюються Конвенцією про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах (Гаага, 1965) і Конвенцією про отримання за кордоном доказів у цивільних та торгових справах (Гаага, 1970).

У процесі вирішення судами України цивільних справ з іноземним елементом важливе значення має застосування доказаного права іноземної держави особливо тоді, коли зміст і форма правовідносин підпорядковані іноземному закону.

У сучасній правовій системі це питання вирішується досить складно і неоднозначно. Докази подаються сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, а за наявності труднощів суд

за їхнім клопотанням сприяє у витребуванні таких доказів.

Положення ст. 59 ЦПК України, де зазначено, що обставини справи, які за законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися жодними іншими засобами доказування, поширюється й на доказову діяльність у цивільних справах з іноземним елементом.

На стадії підготовки справи за участю іноземного елемента до судового розгляду суддя вирішує питання належності поданих сторонами доказів, допустимість засобів доказування, і, якщо потрібно, вирішує клопотання сторін про витребування доказів, зокрема й на території іншої держави.

Документи адміністративних і юридичних органів іноземних держав набувають сили письмових доказів за умови їхньої легалізації (засвідчення) консульськими посадовими особами або проставлення апостиля. Однак щодо кожної окремо взятої країни можлива специфіка зазначеної діяльності і слід звертати увагу на зміст міждержавних угод.

Консульська легалізація полягає у встановленні і засвідченні справжності підпису, повноважень посадової особи, яка підписала документ чи акт або засвідчила попередній підпис на них, справжності відбитків штампа, печатки, зразки яких отримано консулом офіційним шляхом від компетентних органів держави перебування (ч. 3 ст. 54 Консульського статуту України). Такий порядок визначено в Інструкції про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном, затвердженій наказом Міністерства закордонних справ України від 04.06.2002 №113.

Конвенцію, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів 1961 року, застосовують у відносинах з державами, які не висловили заперечень проти приєднання України до Конвенції.

Розглянуті правила про дійсність документів діють, якщо інше не передбачено договорами про правову допомогу за участю України.

У разі коли письмові докази подаються до суду іноземною мовою, додається їхній засвідчений у встановленому порядку переклад українською мовою на підставі ст. 7 ЦПК України та положень договорів про правову допомогу щодо мови документів.

У разі нотаріального посвідчення перекладу нотаріус засвідчує лише оригінальність підпису перекладача, який стоїть під документом, а не відповідність перекладу оригіналові. Тому якщо у суду чи учасника судового процесу виникнуть сумніви щодо автентичності перекладу документа, суд може призначити судову експертизу і доручити її проведення компетентному спеціалісту-перекладачу згідно з вимогами ст. 143 ЦПК України.

ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ВПЛИВУ НАЯВНОСТІ ПОРУШЕНОЇ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ НА РОЗГЛЯД СПРАВИ ПРО ОСКАРЖЕННЯ ППР В АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДАХ

АВТОР

Анна САМОЙЛЕНКО,
керівник АО «Національна
правова палата»



Значна частина поширеної станом на сьогодні категорії податкових спорів стосовно так званих «нікчемних» правочинів точиться навколо податкових повідомлень-рішень, винесених за результатами призначеної в рамках кримінальної справи перевірки. Після розгляду кримінальної справи та винесення судом обвинувального вироку податковий орган в силу п. 58.4. Податкового кодексу України виносить податкове повідомлення-рішення, яким збільшує податкові зобов'язання платника податків – юридичної особи за податками та зборами, несплата яких встановлена вироком. Платник податків-юридична особа, отримавши нарешті рішення, яке може виступати предметом оскарження, може звернутися до адміністративного суду з позовом про скасування спірного податкового рішення. Проте, перспективу цього позову передбачити не важко, оскільки в силу частини 4 статті 72 Кодексу адміністративного судочинства України вирок суду в кримінальній справі або постанова суду у справі про адміністративний проступок, які набрали законної сили, є обов'язковими для адміністративного суду, що розглядає справу. Отже, адміністративний суд фактично зв'язаний висновками вироку суду у кримінальній справі, а платник податків-юридична особа не має ефективного правового інструментарію для захисту порушених прав. Вирок фактично робить обов'язковим рішення податкового органу щодо збільшення податкових зобов'язань, оскільки оскаржувати рішення, яке базується на вироку суду, що має преюдиціальне значення, безперспективно. Проблему погіршує те, що місцеві суди не мають тієї спеціалізації у податкових спорах, яку мають адміністративні суди, в яких створюються спеціальні палати з податкових спорів.

Крім того, оскільки сплата податків має майновий контекст, а санкції за їх несплату – кримі-

нальний, то в світлі даних проблем перед державою у найближчому майбутньому може постати проблема порушення параграфу 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Крім того, можна прогнозувати скарги і за ст. 13 Конвенції, яка гарантує кожному, чий права і свободи викладені в Конвенції порушуються, право на ефективний засіб захисту у відповідному національному органі.

Показовими в цьому контексті є висновки Європейського суду у рішенні у справі *Matsyuk v. Ukraine* від 10 березня 2010 р. За обставинами справи, податкова міліція порушила кримінальну справу проти заявника за ухилення від сплати податків. В мотивувальній частині Європейський суд вказав, щоб право на доступ до суду було ефективним, особа має мати ясну, практичну можливість оскаржити акт, який має характер втручання в її права. В контексті справи *Matsyuk* Суд відмітив, що заявник до подання позову до суду звертався до податкової міліції з вимогою сплатити компенсацію, але отримав листа про відмову. Далі Суд відмітив, що суди відмовили у позові заявнику тому, що податкова міліція винесла не рішення, а надіслала звичайний лист. У зв'язку із цим, Суд зробив висновок, що така відмова судів по суті є обмеженням права на доступ до суду, оскільки відмова була зроблена після того, як суди встановили, що питання відшкодування знаходиться в компетенції податкової міліції, яка вже відмовила заявнику і якій оскаржив таку відмову. Таким чином, Суд констатував, що національні суди діяли непослідовно, а заявник був позбавлений можливості оскаржити за ясною та чіткою процедурою відмову податкової міліції сплатити відшкодування.

Сталі практики пред'явлення податковими органами цивільного позову у кримінальному процесі не існує, оскільки це викликатиме певний конфлікт із п. 58.4. ПК України. Таким чином, мусимо констатувати, що існує істотна проблема конфлікту між кримінальною та адміністративною юстицією, яка виливається в те, що юридична особа – платник податку фактично позбавляється права на доступ до суду. За результатами аналізу судової практики спостерігалась тенденція скасування судами більшості

постанов слідчих про порушення кримінальної справи, підставою для порушення яких слугували винесені податковим органом повідомлення-рішення, оскільки суди притримувались позиції, що у разі адміністративного оскарження податкових рішень, у особи відсутній обов'язок сплачувати суми податків, які зазначені в постанові про порушення кримінальної справи. Така практика склалась після прийняття Пленумом ВСУ 8 жовтня 2004 року Постанови «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків», застосовувалась не тільки судами загальної юрисдикції, але й апеляційними судами і спостерігалась по всій території України.

З 2011 року Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України та судді Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ своїми ухвалами почали скасовувати постанови судів загальної юрисдикції, а також ухвали апеляційних судів, що ґрунтувались на зазначених аргументах, і почали направляти матеріали по скаргам на новий судовий розгляд. В обґрунтування своєї позиції, судді керуються наступним. За змістом статті 56.22 Податкового кодексу України, оскарження податкового повідомлення-рішення може бути лише перешкодою для пред'явлення обвинувачення, а не для порушення кримінальної справи, і лише у тому випадку, коли додатково не зібрано інших доказів відповідно до вимог кримінально-процесуального кодексу України.

Окрім цього, судом наголошується, що ні адміністративне оскарження у суді, ні наявність постанови суду про скасування податкового повідомлення-рішення, ніяким чином не впливає на питання порушення кримінальної справи. Скасування судом постанови про порушення кримінальної справи на цій підставі є порушенням меж повноважень, наданих суду статтею 236-8 КПК, оскільки оцінка даним обставинам може бути надана тільки під час досудового чи судового слідства. На підставі викладеного, порушення кримінальної справи за ознаками злочину, передбаченого статтею 212 КК України, може ґрунтуватись на підставі актів і рішень податкового органу, незважаючи на узгодженість, або неузгодженість податкового зобов'язання. І аналізуючи таку негативну для платників податків судову практику, можна зробити висновок, що у скорому часі, за результатами майже кожної податкової перевірки, на підставі якої буде винесено повідомлення-рішення, може бути порушена кримінальна справа.

На практиці співробітники податкової податкової повідомлення-рішення можуть і не приймати, шантажуючи кримінальною справою для «добровільної» сплати податків. Так фактично дозволяє їм робити Податковий кодекс, в якому немає слів про те, що повідомлення-рішення чи довідка є обов'язковими після кожної перевірки податківцями. А тому необхідно внести зміни до кримінально-процесуального законодавства, за яким порушення кримінальної справи про ухилення від сплати податків можливе лише на підставі акту податкової перевірки, підкріпленого повідомленням-рішенням.

Коли перевірка вже здійснена, органи ДФС не чекають на завершення слідства у кримінальній справі, а виписують повідомлення-рішення. Але такі дії не ґрунтуються на законі та суперечать спеціальній нормі ПК України, а саме п. 86.9., згідно якої у разі, якщо грошове зобов'язання розраховується органом державної податкової служби за результатами перевірки, призначеної відповідно до кримінально-процесуального закону або закону про оперативно-розшукову діяльність, податкове повідомлення-рішення за результатами перевірки не приймається до дня набрання законної сили відповідним рішенням суду. Матеріали перевірки разом з висновками органу державної податкової служби передаються правоохоронному органу, що призначив перевірку. Статус таких матеріалів перевірки та висновків органу державної податкової служби визначається кримінально-процесуальним законом або законом про оперативно-розшукову діяльність. Відповідно ж до п. 58.4. ПК України у разі, коли судом за результатами розгляду кримінальної справи про злочини, предметом якої є податки, збори, винесено обвинувальний вирок, що набрав законної сили, або винесено рішення про закриття кримінальної справи за nereабілітуючими підставами, відповідний контролюючий орган зобов'язаний визначити податкові зобов'язання платника податків за податками та зборами, несплата податкових зобов'язань за якими встановлена рішенням суду, та прийняти податкове повідомлення-рішення про нарахування платнику таких податкових зобов'язань і застосування стосовно нього штрафних (фінансових) санкцій у розмірах, визначених ПКУ.

Судові рішення ВАСУя, що підтверджують неправомірність винесення податкового повідомлення-рішення за результатами призначеної в рамках кримінальної справи перевірки до вступу у законну силу вироку по такій кримінальній справі. Наприклад, в Єдиному державному реєстрі судових рішень оприлюднено

Ухвалу ВАСУ від 28 серпня 2012 року у справі № К/9991/96613/11 та Постанову ВАСУ від 05 вересня 2012 року у справі № К/9991/42479/12. Зокрема, з приводу застосування положень п.86.9 ст. 86 ПК України в останньому із рішень зазначено наступне:

«...Відповідно до п. 86.9 ст. 86 Податкового кодексу України у разі якщо грошове зобов'язання розраховується органом державної податкової служби за результатами перевірки, призначеної відповідно до кримінально-процесуального закону або закону про оперативно-розшукову діяльність, податкове повідомлення-рішення за результатами такої перевірки не приймається до дня набрання законної сили відповідним рішенням суду. Матеріали перевірки разом з висновками органу державної податкової служби передаються правоохоронному органу, що призначив перевірку. Статус таких матеріалів перевірки та висновків органу державної податкової служби визначається кримінально-процесуальним законом або законом про оперативно-розшукову діяльність.

Колегія судів касаційної інстанції погоджується з висновками судів першої та апеляційної інстанцій, які зазначили що згідно з вищевказаною нормою ПК України податковий орган не мав права на винесення податкових повідомлень-рішень на підставі акту перевірки від 02.12.2011 року № 899/23/30516731 до дня набрання законної сили відповідним рішенням суду у кримінальній справі...».

Поява зазначених рішень суду касаційної інстанції – це не просто констатація неправомірності винесення податкових повідомлень-рішень за результатами призначеної в рамках кримінальної справи перевірки до вступу в законну силу вироку у такій кримінальній справі. Зокрема, ці судові рішення вносять визначеність у дискусію з приводу особливостей застосування п. 86.9 ст. 86 ПК України:

– суд касаційної інстанції підтвердив застосування п. 86.9 ст. 86 ПК України не лише до випадків порушення кримінальних справ за ознаками злочину ухилення від сплати податків за ст. 212 Кримінального кодексу України. Так, ВАСУ застосовує п. 86.9 ст. 86 ПК України також і у разі наявності кримінальної справи, порушеної за ознаками вчинення інших передбачених Кримінальним кодексом України злочинів;

– рішення суду касаційної інстанції не містять обмежень щодо кола осіб, відносно яких порушена кримінальна справа. Звідси впливає, що п. 86.9 ПК України застосовується як стосовно випадків порушення кримінальної справи без-

посередньо щодо платника податків/його посадових осіб, так і у разі порушення кримінальної справи щодо його контрагента/посадових осіб контрагента. До слова, відповідна позиція відображена також в Листі Державної податкової служби України від 31.07.2012 року № 20727/7/10-0217/2986. Є й інші подібні приклади і більшою мірою судові рішення ВАСУ та Верховного суду України підтверджують неправомірність винесення ППР за результатами призначеної в рамках кримінальної справи перевірки до вступу у законну силу вироку по такій кримінальній справі.

Судом наголошується, що ні адміністративне оскарження у суді, ні наявність постанови суду про скасування податкового повідомлення-рішення, ніяким чином не впливає на питання порушення кримінальної справи

Якщо ж вироком за ст. 205 та ст. 358 КК України встановлено фіктивність контрагентів підприємства, практика Вищого адміністративного Суду України про визнання протиправними та скасування ППР є позитивною. Згідно висновків касаційної інстанції, викладених у Постанові ВАСУ від 3 квітня 2013 р., порушення порядку реєстрації юридичної особи не є імперативною ознакою протиправності її діяльності та не може розцінюватися як беззаперечне свідчення фіктивності усіх господарських операцій, здійснюваних такою особою. Саме по собі здійснення реєстрації товариств без мети реального провадження підприємницької діяльності та номінальність керівництва за відсутності інших обставин, які б свідчили про необґрунтованість податкової вигоди, були безпідставно визнані судами як доказ безтоварності спірних господарських операцій. Що ж стосується посилання ДПП на неможливість формування даних податкового обліку на підставі первинних документів, підписаних від імені спірних контрагентів невстановленими особами, то за висновком ВАСУ, платник не має можливості встановлювати автентичність та приналежність підписів на кожному документі, представленому

контрагентом, а також проводити почеркознавчу експертизу під час здійснення підприємницької діяльності; на нього не може бути покладено надмірний тягар доказування своєї добросовісності. При дотриманні контрагентом законодавчо встановлених вимог щодо оформлення відповідних документів підстави для висновку про недостовірність або суперечливість відомостей, зазначених у таких податкових накладних, відсутні, якщо не встановлені обставини, що свідчать про обізнаність покупця про зазначення продавцем недостовірних відомостей.

Територіальні органи ДФС України звертаються до суду із заявами про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами у справах про оскарження податкових повідомлень-рішень та про стягнення в дохід держави коштів, отриманих за угодою, що суперечить інтересам держави і суспільства. Такі заяви обґрунтовані тим, що вироком суду було встановлено факт фіктивного створення та діяльності контрагентів юридичних осіб, які були сторонами у справі. На думку податкового органу, зазначені обставини є істотними, тобто такими, що впливають на зміст ухваленого судового рішення, та такими, що не могли бути відомі ні суду, ні заявнику на час вирішення справи. Аналіз судової практики про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами у справах про оскарження ППР дозволяє зробити висновок про неоднаковий підхід до вирішення питання про віднесення обставин, встановлених в інших судових рішеннях, до доказів, що підтверджують наявність істотних для справи обставин. Так, розглядаючи заяву податкового органу про перегляд за нововиявленими обставинами судового рішення у справі про оскарження податкового повідомлення-рішення, деякі судді вказують, що вирок у кримінальній справі, яким встановлено, що контрагент позивача був створений внаслідок злочину, передбаченого статтею 205 Кримінального кодексу України (фіктивне підприємництво), є новим доказом, оскільки був відсутній на час вирішення справи в суді. Доводи заявника про те, що факт фіктивного підприємництва існував на час розгляду справи, проте став відомий лише після винесення відповідного вироку, судом не приймаються. Встановлені судами у кримінальній справі обставини, а саме нереальність (безтоварність) проведених операцій може бути підставою для перегляду судового рішення про скасування податкових повідомлень-рішень за нововиявленими обставинами в тому разі, коли питання

реальності було предметом розгляду в адміністративній справі про скасування податкових повідомлень-рішень.

Разом із тим здійснення фіктивного підприємництва особою-контрагентом платника податків (стаття 205 Кримінального кодексу України) або встановлення факту ухилення нею від сплати податків (статті 212 Кримінального кодексу України) не може бути безумовним підтвердженням нереальності господарських операцій, відображених у податковому обліку добросовісним платником податків.

У зв'язку з цим необхідно мати на увазі, що будь-яка неправомірна діяльність контрагента (в тому числі фіктивне підприємництво) не може бути визнана беззаперечною підставою для притягнення до відповідальності платника податку. Тобто оскільки згідно зі статтею 61 Конституції України юридична відповідальність особи має індивідуальний характер, добросовісний платник податків не повинен зазнавати негативних наслідків через порушення законодавства його контрагентом.

Що стосується задоволення заяв про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами, суд у своєму рішенні обов'язково повинен зазначити, які саме докази, що покладені в основу судового рішення, визнані іншим судовим рішенням неправдивими або нікчемними, а також які саме встановлені судами в інших справах обставини впливають на законність та обґрунтованість рішення адміністративного суду.

Судова практика свідчить про те, що при розгляді заяв платників податків про перегляд судового рішення про стягнення податкового боргу суди зазвичай вказують, що постановою суду про скасування ППР, яким визначено розмір податкового боргу, є доказом існування істотних для справи обставин, які не були та не могли бути відомі на час розгляду справи в суді. При цьому суди вказують, що факт неправомірності ППР існував на час розгляду справи в суді, проте цей факт став відомим лише після ухвалення рішення про скасування відповідного ППР. У спорах про скасування ППР нововиявленою обставиною може також бути визнано протиправну відмову податкового органу в реєстрації податкової накладної.

На підставі вище викладеного, можна дійти до висновку, що Кримінально-процесуальне законодавство потребує змін, за якими порушення кримінальної справи про ухилення від сплати податків можливе лише на підставі акту податкової перевірки, підкріпленого ППР.



АСОЦІАЦІЯ АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

ВСЕУКРАЇНСЬКА ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ
АСОЦІАЦІЯ АДВОКАТІВ УКРАЇНИ

18 вересня 2015

У ЩОРІЧНИЙ ОСІННІЙ ФОРУМ ААУ «Адвокатура України. Київські дзвони»

Відвідавши даний захід, Ви зможете дізнатися:

- Засоби збільшення доходу адвоката.
- Підвищення ефективності адвокатської діяльності.
- Методи просування юридичних послуг.
- Нові ресурси та можливості для адвоката.
- Вихід на юридичний ринок ЄС, діяльність адвоката за кордоном.

Серед доповідачів Форуму:

Найкращі фахівці в сфері маркетингу, реклами та PR; IT-компанії; відомі оратори; керівники провідних юридичних фірм; digital-агенції; фахівці по тайм-менеджменту; психологи та коучі; компанії з інформаційного забезпечення; іноземні адвокати; аудитори; представники бізнес-школ, банків, страхових компаній.

**Місце
проведення:
Готель «Русь»
вул. Госпітальна, 4
м. Київ**

Реєстрація за тел.:
+38 (067) 441-10-27;
+38 (050) 351-74-33
forum@uaa.org.ua

Детальну інформацію дивіться на www.uaa.org.ua

Otium cum
dignitate

Гідний
відпочинок



ВСЕ ДЛЯ ЮРИСТА

ВІДБУВСЯ РОБОЧИЙ ВІЗИТ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕЛЕГАЦІЇ ДО КАНАДИ

У рамках співробітництва з українсько-канадським проектом «Освіта суддів – для економічного розвитку» компоненту «Досудове врегулювання спорів», що реалізовується Офісом Уповноваженого з федеральних судових справ Канади, 5-16 травня 2015 року Канаду відвідала українська делегація.

До її складу увійшли: заступник голови Комітету Верховної Ради з питань правової політики і правосуддя Василь Яніцький, завідувач відділу представництва інтересів Президента України в судах Адміністрації Президента України Віктор Короленко, голова Ради суддів України Валентина Сімоненко, голова Одеського окружного адміністративного суду Олег Глуханчук, заступник голови Одеського окружного адміністративного суду Елла Катаєва, голова Івано-Франківського міського суду Тарас Антоняк, голова Івано-Франківського окружного адміністративного суду Оксана Лучко, суддя Малиновського районного суду міста Одеси Володимир Гуревський та голова Комітету з міжнародних відносин Національної асоціації адвокатів України Андрій Костін.

У складі делегації Вища кваліфікаційна комісія суддів України була представлена Головою секретаріату Комісії Оленою Пономаренко та начальником відділу міжнародного співробітництва секретаріату Комісії Поліною Казакевич.

ЗВІТ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ЗУСТРІЧЕЙ В М. ТОРОНТО

5 травня 2015 року під час робочого візиту до м. Торонто (Канада) учасники делегації зустрілись з професором політології, права і криміналістики Університету Торонто *Пітером Соломоном*.

Під час зустрічі його учасники мали нагоду дізнатися про систему державного управління Канади, а саме про повноваження Парламенту Канади, законодавчих органів провінцій, виконавчих і судових органів.

Канада входить до складу Співдружності, очоленої Великобританією. За формою державно-територіального устрою Канада – федерація, у складі якої 10 провінцій (у тому числі одна, Квебек, з франкомовною більшістю) і 2 території. Ряд питань федеративних відносин залишаються нерегульованими. У 1995 році проведено референдум про суверенітет Квебека (проти су-

веренітету проголосувало 50,6% виборців, за – 49,4%). В кожній провінції є своя конституція, виборна легіслатура, уряд, діє призначений центральною владою «за порадою провінційного уряду» лейтенант-губернатор. Перелік питань, які провінції можуть вирішувати самостійно, встановлений у законодавчому порядку (охорона здоров'я, соціальне забезпечення, використання природних ресурсів на території провінції, оподаткування).

Конституцію Канади утворюють кілька законодавчих актів. Найважливіші з них – Квебекський закон 1774 року, Конституційний закон 1791 року, Закон про об'єднання Канади 1840 року, Закон про Британську Північну Америку 1867 року і Конституційний закон 1982 року, який став останнім з числа конституційних актів Канади, прийнятих британським Парламентом, надав Канаді право самостійно вносити поправки до Конституції відповідно до встановленої процедури (раніше вони формально підлягали затвердженню англійським Парламентом) та доповнив її Хартією прав і свобод.

За формою правління Канада – конституційна парламентська монархія. Відповідно до Конституційного закону 1982 року главою держави є Королева (Король) Великобританії, яку представляє в Канаді Генерал-губернатор. Його призначає Королева за порадою Прем'єр-міністра. Термін його повноважень – 5 років, але на вимогу глави Уряду він може бути відсторонений від посади і раніше. Генерал-губернатор стверджує законопроекти, скликає нижню палату Парламенту та вправі розпустити її до закінчення терміну повноважень, призначає Прем'єр-міністра та вищих посадових осіб. Він вирішує питання зовнішньої політики: ратифікує міжнародні договори, здійснює призначення дипломатичних представників. Йому належить право помилування. Однак діяльність Генерал-губернатора носить багато в чому формальний характер, оскільки більшість своїх повноважень він здійснює «за порадою» Уряду.

Законодавча влада належить Королеві в особі Генерал-губернатора і Парламенту. Парламент Канади складається з Палати громад та Сенату. Палата громад складається з 301 депутата і обирається шляхом загальних прямих виборів строком на 5 років. У складі Сенату – 104 людини, що призначаються Генерал-губернатором довічно.

Сенатори представляють інтереси тих провінцій, від яких вони призначені. Законом встановлено, що сенатором може бути особа не старше 75 років, що проживає в провінції не менше 30 років і володіє нерухомим майном вартістю як мінімум в 4000 доларів. Палати мають рівні права.

Парламент повинен збиратися на сесії не рідше одного разу на рік. Сесія починається в жовтні-листопаді і триває до липня-серпня з перервами на канікули. Перше засідання відкривається Генерал-губернатором, який вимовляє тронну промову від імені Королеви. У ній викладаються основні напрямки урядової політики.

Повноваження Парламенту достатньо широкі: він видає закони, приймає бюджет, створює Уряд і контролює його діяльність, вирішує питання зовнішньої політики. Законопроекти подаються на розгляд окремими депутатами та Урядом (фінансові законопроекти можуть вноситися тільки Урядом). Законопроект проходить 3 читання. У першому оголошується назва білля. У другому відбувається обговорення законопроекту. Потім він передається в один з комітетів Парламенту, де детально розбирається депутатами. Після цього законопроект з внесеннями до нього поправками проходить третє читання голосування по законопроекту. Для його прийняття потрібна проста більшість голосів. Білля, прийнятий однією з палат, передається на розгляд до іншої. Після схвалення обома палатами він відсилається на затвердження Генерал-губернатору.

Виконавча влада належить Королеві в особі Генерал-губернатора і здійснюється Урядом – Кабінетом міністрів. До його складу входять Прем'єр-міністр, міністри глави окремих міністерств і міністри без портфелів. Прем'єр-міністр призначається Генерал-губернатором; ним стає лідер партії, що отримала на останніх виборах більшість місць у Палаті громад. Він формує Уряд з числа найбільш видних членів своєї партії. Засідання Кабінету проводяться приблизно один раз на тиждень. Фактично Уряд виконує всі функції Генерал-губернатора: від його імені скликає і розпускає Парламент, призначає на вищі державні посади, виробляє основні напрями внутрішньої і зовнішньої політики, керує армією і федеральною поліцією. Уряд, крім того, володіє деякими правами Парламенту: може на виконання законів видавати різні розпорядження, що стосуються найважливіших питань державного життя. Уряд володіє виключною прерогативою вносити на розгляд Парламенту фінансові законопроекти і являє переважну частину всіх інших законопроектів. Уряд відповідальний

перед Парламентом. Якщо Палата громад висловить недовіру уряду, він повинен буде піти у відставку. Прем'єр-міністр може зажадати відставки будь-якого члена Уряду; відставка самого глави Уряду тягне за собою відставку всього Кабінету.

ЗВІТ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ЗУСТРІЧЕЙ В М. ВІННІПЕГ

7 травня 2015 року під час робочого візиту до м. Вінніпег (Канада) представники української делегації зустрілись з головою Апеляційного суду провінції Манітоба *Річардом Дж. Ф. Картьє*, суддею, заступником голови суду Королівської Лави *Шейном Перлмуттером*, суддею суду Королівської Лави провінції Манітоба *Дональдом Бриком*, суддею суду Королівської Лави провінції Саскачеван *Тедом Зажечним*, судовим адвокатом і повіреним компанії *McKercher LLP Barristers & Solicitors* міста Реджайни провінції Саскачеван *Аланом Макінтайром* та адвокатом і повіреним компанії *Myers Weinberg LLP* міста Вінніпег провінції Манітоба *Тоні Маркесом*.

Учасники делегації мали можливість ознайомитися із судовою системою Канади в цілому та більш детально дізнатися про повноваження Провінційних судів Канади, Вищих судів провінцій, Апеляційних судів провінцій та Верховного суду Канади.

Судова система Канади визначена Конституційним актом 1867 року. Вона виступає однією з гілок державної влади, до завдань якої входять: контрольні та нормотворчі функції; розгляд та прийняття рішень із кримінальних, цивільних, адміністративних справ, конституційних спорів, а також інші повноваження щодо здійснення правосуддя.

Вся правова система Канади (включаючи Канадське конституційне право), будучи спадкоємцею Англійської правової системи, постійно знаходиться під впливом права країн, що входять до правової сім'ї загального права, але такий вплив відчувають ці країни й з боку Канади. Це пов'язано з поширенням принципу «переконливого прецеденту», коли судові рішення, затверджене в одній судовій ієрархії обов'язковим прецедентом, тобто джерелом права, може показатися настільки ж переконливим для суду іншої судової ієрархії (у тому числі іншої країни), що суд може прийняти своє рішення на його основі, й іноземний прецедент, таким чином, стане джерелом права країни суду. Наприклад, прецедент, встановлений Вищим судом Австралії, – для Верховного суду Канади тощо. Подібне «перетікання» прецедентів у правових

системах англосаксонської правової сім'ї затвердилося досить ґрунтовно. Так, 50% прецедентного права Нової Зеландії виникає з права Об'єднаного Королівства, 10% – з права Австралії, певна частина – з права Канади. Навіть сама Великобританія черпає прецеденти з Австралії, Канади і Нової Зеландії (загалом близько 1%).

У Канаді немає системи адміністративних судів: скарги на дії адміністративних органів розглядаються, як правило, загальними судами (провінцій і федерації) на підставі спеціально виданих законів (наприклад, Закон провінції Онтаріо про процедуру судового розгляду адміністративних скарг 1971 р.). Крім того, в Канаді створені адміністративні трибунали, які відповідно до федерального або провінційного законодавства повинні забезпечувати реалізацію законодавчої політики у сфері захисту прав та свобод громадян. Адміністративні трибунали мають певні ознаки арбітражних та адміністративних судів, та розглядають широке коло справ, здійснюють дослідження і надають рекомендації, вирішують спори між державними установами та приватними установами, представляють інтереси держави в деяких справах. Наприклад, в Канаді актуальним питанням є реалізація міграційної політики щодо іммігрантів та незаконного перетину кордону. Саме ці проблеми вирішують адміністративні трибунали. Вони дотримуються принципів адміністративного правосуддя, які передбачають незалежність від впливу держави, неупередженість, уникнення конфлікту інтересів, кваліфікованість розгляду, прозорість тощо. Крім цього, судова система Канади гарантує доступність судів для кожного громадянина, відкритість слухань, прозорість та свободу від втручання Уряду. Все це сприяє зростанню авторитету судової системи в суспільстві та підвищенню довіри до суду з боку населення.

Судова система Канади включає Верховний суд, федеральні судові органи, податковий суд, суди провінцій та військові суди.

Верховний суд Канади (The Supreme Court of Canada) засновано в 1875 році. Він виступає вищою судовою інстанцією в країні, яка виносить остаточне рішення з питань правосуддя. Верховний суд розглядає всі спори, які виникають у всіх сферах права. Незважаючи на те, що Верховний суд Канади було створено у 1875 році, вищою інстанцією в судовій системі країни він став лише у 1949 році. До цього часу судові спори могли бути оскаржені в Судовому комітеті Таємної ради Об'єднаного Королівства. Тому деякі з судових справ не розглядалися Верховним

судом Канади, їх розгляд відбувався безпосередньо в Лондоні. Верховний суд контролює Федеральний апеляційний суд, а також усі провінційні апеляційні суди. Другий рівень посідають Федеральний суд, Канадський податковий суд, а також вищі суди загальної компетенції в провінціях й територіях. Основу судової системи складають суди, які зазвичай називають провінційними. Також їх називають місцевими, нижчими, територіальними судами або трибуналами.

Головний суддя Канади, а також 8 молодших суддів Верховного суду призначаються довічно Генерал-губернатором за поданням Прем'єр-міністра. Вони приймають присягу перед Генерал-губернатором. Обов'язково до складу Верховного суду повинні входити 3 судді, які представляють Квебек. Для ухвалення судового рішення, як правило, досить участі в засіданні 5 його членів. Верховний суд розглядає скарги на постанови з цивільних та кримінальних справ, винесені вищими судовими інстанціями провінцій та Федеральним судом, та приймає щодо них остаточні рішення.

Скарги на рішення судів у цивільних справах можуть бути подані лише з дозволу суддів, які винесли судові рішення, або самого Верховного суду, якщо той визнає, що проблеми, які виникли в ході розгляду справи, виходять за межі безпосередніх інтересів сторін судового розгляду. Верховний суд розглядає скарги лише у справах з найбільш тяжких кримінальних злочинів, якщо виправдовувальний вирок було скасовано вищестоящим судом або якщо при розгляді справи виникли проблеми щодо тлумачення норм права. Крім цього, на прохання Генерал-губернатора або Уряду, Верховний суд може як консультативний орган розглядати питання, пов'язані з тлумаченням конституційних актів, перевіркою конституційності законів, прийнятих Парламентом та законодавчими зборами провінцій, і спори між ними щодо меж компетенції.

Суд проводить засідання в Оттаві, хоча сторони можуть представляти свої виступи і з віддалених місць за допомогою системи відео-конференції. Слухання Суду відкриті для публіки. Більшість слухань записується для показу по телебаченню на двох офіційних мовах Канади (англійською і французькою). Верховний суд проводить три сесії на рік і розглядає, в середньому, до 80 апеляцій на рік. Кожна сесія триває три місяці. Перша сесія починається в січні, друга – в квітні, а третя, як правило, – в жовтні. Протягом сесії Суд засідає з понеділка по п'ятницю, заслуховуючи по дві скарги на день. Для заслуховування справи потрібен кворум з п'яти членів.

Більшість справ заслуховує група фахівців із семи або дев'яти суддів.

На засіданнях Суду судді зазвичай з'являються в довгих чорних шовкових мантіях, але на найбільш важливі події в трибуналі і на відкриття кожної нової сесії Парламенту в сенаті вони надягають яскраво-червоні довгі церемоніальні тоги, прикрашені канадською білою норкою.

Як правило, суд відводить дві години для слухання апеляції. Кожній стороні надається година, щоб представити свої аргументи. Рішення суду виносяться в кінці слухань. Найчастіше вирок відкладається, щоб дозволити суддям записати мотивування їх вирішення. Рішення Суду не обов'язково повинні бути одностайними; їх може прийняти більшість, незважаючи на незгоду, проявлену меншістю. Кожен суддя в будь-якому випадку може письмово виправдатися, якщо вирішить це зробити.

Верховний суд має вищі повноваження судового контролю над конституційною відповідністю канадських федеральних і провінційних законів.

Верховний суд кожної з 10 провінцій виступає в якості суду першої інстанції з найбільш важливих цивільних і кримінальних справ, а також розглядає апеляційні скарги на постанови нижчестоящих судів провінцій з усіх категорій справ. Однак чисельний склад верховних судів провінцій різний. Наприклад, у складі Верховного суду провінції Онтаріо голова та 9 суддів. Він складається з 2 відділень: Апеляційного суду і Високого суду правосуддя. В якості апеляційного суду справи розглядає ко-

легія з трьох суддів. Справи у першій інстанції розглядаються одним суддею з присяжними або без них. У деяких провінціях відділення Верховного суду носять інші назви (наприклад, Суд королівської лави).

Федеральний суд було створено у 1971 році з метою «кращого виконання законів Канади». Це єдиний суд у Канаді, діяльність якого обмежується застосуванням лише федеральних законів. Усі інші суди застосовують як закони федерації, так і закони провінцій. Відповідно до Закону про Федеральний суд до його складу входять голова та 32 судді. Клерки суду зазвичай приймаються на роботу терміном на один рік. Вони, як правило, є помічниками конкретних суддів та надають їм допомогу у вивченні матеріалів і підготовці рішень.

До 2003 року Федеральний суд Канади складався з двох секцій: секції розгляду апеляцій та секції судових розглядів. У липні 2003 року обидві секції були перетворені на самостійні суди: Федеральний апеляційний суд і Федеральний суд. У судовому відділенні розглядаються цивільні позовні претензії до федеральної влади та від її імені, спори про громадянство, скарги з питань податків, патентів і торгових марок, спори між Федеральним урядом та органами виконавчої влади провінцій тощо. Це єдиний суд у Канаді, діяльність якого обмежується застосуванням лише федеральних законів. Всі інші суди застосовують як закони федерації, так і закони провінцій.

У жовтні 2008 року Генерал-губернатор надав право Федеральному суду мати власний герб.



До цього власні герби мали тільки Апеляційний суд військового суду і Вищий суд провінції Онтаріо.

Федеральний апеляційний суд розглядає широке коло проблем, які пов'язані з найрізноманітнішими аспектами дотримання прав і свобод громадян Канади. Суд приймає рішення з таких питань, як виплата соціальної допомоги з бюджету федерального Уряду, стану оподаткування фізичних осіб та компаній, трудових спорів між федеральним урядом та його службовцями тощо. Федеральний апеляційний суд приймає до розгляду позови інших країн та відіграє важливу роль у питаннях інтерпретації та виконання Канадою її міжнародних зобов'язань.

Провінційні Суди розглядають цивільні справи першої інстанції, як правило, за позовом від 300 до 3000 доларів, а також кримінальні справи середньої тяжкості, зокрема про крадіжки, автодорожні злочини. Цивільні справи за позовами на суму до 300 доларів та кримінальні справи про нетяжкі злочини розглядаються магістратськими судами. На їх долю припадає понад 90% кримінальних справ. У судах Канади діє інститут присяжних, однак на практиці більшість обвинувачуваних відмовляється скористатися цим правом. Законодавство передбачає розгляд і деяких категорій цивільних справ за участю суду присяжних.

Кожна канадська провінція і територія мають свої апеляційні суди, вищі суди і суди нижчої інстанції.

Важливо зазначити, що апеляційні та вищі суди провінцій створено на підставі Конституційного акта 1867 року, який надає федеральному Уряду право призначати суддів. Однак управ-

ління цими судами та їх утримання здійснюється провінціями. Ці суди займаються розглядом апеляцій і зазвичай не проводять судові розгляди і не заслуховують свідків.

Вищі суди провінцій (Superior Courts) розглядають найбільш серйозні кримінальні злочини, пов'язані з убивством, нанесенням тяжких тілесних ушкоджень, зґвалтуванням, споживанням і поширенням наркотиків, крадіжкою зі зломом тощо. Вищі суди розглядають також клопотання про розлучення і цивільно-правові спори.

Суди найнижчої судової ієрархії створюються на підставі внутрішніх законів провінцій і розглядають справи, що підпадають під юрисдикцію цих законів. У різних *провінціях* мають різні назви. До їх функцій входить розгляд кримінальних злочинів, а також справ, що зачіпають права молоді або справ, які пов'язані з сімейним правом. Це визначає їх організаційно-структурну побудову, тобто провінційні суди мають підрозділи, які розглядають справи щодо дорожньо-транспортних пригод, порушення сімейного права або розірвання шлюбів, кримінальні справи, а також підрозділ з розгляду незначних претензій). На відміну від провінційних вищих та апеляційних судів, призначення суддів нижчих судів є прерогативою провінцій.

До цієї ж нижчої судової ієрархії відносять діяльність мирового судді (Justice of the Peace). Він, як правило, виступає першим контактним судовим чиновником, до якого звертаються громадяни. Мировий суддя має юрисдикцію в межах всієї провінції та розглядає більш ніж 90% справ, пов'язаних з провінційними правопорушеннями, включаючи порушення, що загрожують екологічній безпеці, а також техніки безпеки



на виробництві. До повноважень мирового судді відносять випадки недотримання постанов місцевих органів влади, а також слухання справ, які пов'язані з дрібними порушеннями правил дорожнього руху, зокрема порушення правил паркування. Крім цього, мирові судді Канади мають право підписувати судові повістки та приписи на арешт тим громадянам, які звинувачені і повинні постати перед судом. Вони вправі вимагати проведення експертизи психічного здоров'я та видавати накази про затримання малолітніх.

У Канаді поки немає єдиного федерального омбудсмана, на національному рівні діють 2 галузевих омбудсмана: уповноважений з питань державних мов (1969 р.) та слідчий у справах цивільних установ (1973 р.).

У провінціях та територіях Канади визначені посади омбудсменів. Процедура їх призначення, терміни повноважень і компетенція мають суттєві відмінності. Омбудсман провінції/території готує щорічну доповідь та спеціальні доповіді парламенту, які в подальшому публікуються в засобах масової інформації. Крім того, омбудсман має право проводити розслідування, направляти за їх результатами рекомендації в органи виконавчої влади або судові органи з клопотанням застосування відповідних санкцій до винних.

Податковий суд створено у 1983 році відповідно до Закону про Податковий суд Канади. Податковий суд є вищою судовою інстанцією, яка розглядає звернення фізичних осіб та компаній з питань, пов'язаних з податками на прибуток, податками на товари та послуги, а також з виплатою допомоги по безробіттю. Роль податкових суддів полягає у тому, щоб вирішити, чи зобов'язаний позивач сплатити спірний податок на прибуток або податок на товари і послуги, або чи володіє він правом на одержання допомоги по безробіттю або інших виплат в рамках пенсійної програми.

Система військового правосуддя Канади включає Апеляційний суд військового суду та військові суди. До складу військових судів (трибуналів) входять:

- Військовий суд загальної юрисдикції (General Court Martial);
- Дисциплінарний військовий суд (Disciplinary Court Martial);
- Постійний військовий суд (Standing Court Martial);
- Спеціальний військовий суд загальної юрисдикції (Special General Court Martial).

Військові суди розглядають справи про злочини військовослужбовців, зокрема щодо несення

військової служби, які вчинено на території військових частин тощо. Слід зазначити, що покарання можуть понести і цивільні особи, якщо вони стали співучасниками злочинів, вчинених військовослужбовцями. Правову основу канадської системи військового правосуддя складає Кодекс військової служби, який є важливою складовою частиною Закону про національну оборону 1985 року. Рішення військових судів можуть бути оскаржені в Апеляційному суді військового суду. Особливість цього суду полягає в тому, що він існує поза компетенцією збройних сил і складається з цивільних суддів, які є членами Федерального суду, Федерального апеляційного суду або вищих судів провінцій.

ЗВІТ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ЗУСТРІЧЕЙ В М. ОТТАВА

11 травня 2015 року відбулася робоча зустріч з Уповноваженим з Федеральних судових справ Канади *Вільямом Бруксом* та Виконавчим директором з питань призначення суддів та старшим юридичним радником *Веронікою Жолі*.

Члени української делегації ознайомилися з роботою Офісу Уповноваженого з Федеральних судових справ Канади, з його завданнями та функціями. Особливу увагу було приділено процедурі добору та призначення суддів.

Вільям Брукс ознайомив членів делегації з головними завданнями та функціями Офісу, зазначив складові незалежності судової влади. Особливу увагу було приділено механізму призначення суддів, підкреслив, що саме принципи прозорості, справедливості та невторчання держави, лежать в основі призначення суддів, та є головним фактором незалежності судової системи Канади.

У другій половині дня учасники візиту мали нагоду відвідати Раду суддів Канади та зустрітись з Виконавчим директором та головним генеральним юрисконсультантом *Норманом Сабуріном* та Директором по зв'язкам та реєстру *Жоанною Ляпорт*.

Норман Сабурін та Жоанна Ляпорт ознайомили гостей з функціями та повноваженнями Ради суддів Канади, яка уповноважена розглядати скарги громадян і Генерального прокурора на поведінку суддів, призначених на федеральному рівні.

Рада суддів Канади була створена Парламентом у 1971 році. Цілі діяльності Ради, передбачені Законом про статус суддів, полягають у підвищенні ефективності, однорідності роботи і підзвітності, а також покращенні якості судових послуг у всіх вищих судах Канади.

ОФІС УПОВНОВАЖЕНОГО З ФЕДЕРАЛЬНИХ СУДОВИХ СПРАВ КАНАДИ

- Офіс був заснований у 1978 році
- Має статус міністерства
- Метою діяльності є забезпечення незалежності судів, зокрема відокремити суддів від виконавчої гілки влади – міністерства юстиції Канади

Незалежність судової влади у Канаді

Судді приймають рішення без жодного впливу з будь-якого боку, спираючись виключно на факти та закони

З ключові складові:

- Гарантія збереження посади
- Гарантоване фінансове забезпечення
- Адміністративна незалежність

Функції Офісу Уповноваженого з федеральних судових справ Канади

- Управління фінансовими справами
- Компенсації та пільги
- Призначення суддів
- Мовна підготовка
- Збірки рішень федеральних судів
- Інформаційно-технологічне забезпечення та підтримка
- Міжнародні програми
- Адміністративне забезпечення роботи Ради суддів Канади
- Секретаріати наступних органів:
- Комісія з питань надання компенсацій і пільг суддям
- Дорадчий комітет з питань суддівської етики
- Програма консультативної допомоги суддям
- Інші функції за дорученням Міністра

Управління фінансовими справами

- Посадові оклади
- Пенсії
- Інші види фінансового забезпечення

Управління фінансовими справами

• Розпорядження бюджетними коштами в обсязі більше 450 мільйонів доларів на рік, включаючи витрати на утримання офісу, фонд заробітної платні суддів, щорічні виплати та видатки, включаючи непередбачені витрати, участь в конференціях, представницькі витрати, витрати на переїзд та відрядження згідно до положень Закону про статус суддів.

• Працівники фінансового управління щороку обробляють приблизно 20000 заявок суддів на відшкодування витрат

Призначення суддів

- 17 Консультативних комітетів, у складі яких представлені:
- Спілка юристів провінцій / територій

- Канадська асоціація адвокатів
- Голови судів провінцій / територій
- Правоохоронні органи
- З представника громадськості, обраних Федеральним Міністром юстиції та Генеральним прокурором Канади

Консультативні комітети з призначення суддів

- Мають трирічний термін дії повноважень
- Функції:
 - – Оцінка поданих заяв на предмет відповідності встановленим критеріям
 - Звітування перед Міністром
 - Щороку надходить більше 500 заяв, 50% кандидатів не рекомендуються до призначення
 - Щороку 40 – 50 кандидатур рекомендуються до призначення

Мовна підготовка суддів

- Офіційні мови
- Постійно діючі курси мовної підготовки (загальна та правова термінологія)
- Заняття за методом повного занурення: 5 разів на рік
- Індивідуальні заняття з викладачами
- Групові заняття з викладачами
- Дистанційне навчання (пілотний проект)
- Володіння обома системами права

Збірки рішень федеральних судів

- Вивчається 2000 рішень на рік
- Публікується 5% з 2000 рішень
- Публікуються збірки витягів з рішень, до яких включається 20% з 2000 рішень

Інформаційно-технологічне забезпечення та підтримка

- Інформаційна мережа з судових справ (JAIN) була запроваджена в рамках пілотного проекту для суддів, що призначаються на федеральному рівні
 - Мережа JAIN призначена тільки для суддів, що призначаються на федеральному рівні, а мережа PJPnet – тільки для суддів провінційних судів
 - Система JUDICOM спільно використовується суддями федеральних та провінційних судів

Міжнародне співробітництво

- Програма міжнародного співробітництва була започаткована у 1996 році за рішенням Голови суду та Міністра юстиції з метою координації діяльності, пов'язаної з участю канадських суддів в програмах міжнародного технічного співробітництва
 - В рамках Програми реалізовано кілька проектів у таких країнах як Україна, Росія, Ефіопія, Китай та Мексика
 - Проекти фінансуються Міністерством закордонних справ та міжнародної торгівлі Канади (DFAIT) та/або Міністерством юстиції

До складу Ради суддів Канади входять 39 членів, які працюють під керівництвом Голови Верховного суду Канади, Високоповажної Беверлі Маклалін. До складу Ради входять голови судів, заступники голів судів і деякі провідні судді вищих провінційних і федеральних судів з різних регіонів країни.

Голови вищих судів провінцій відповідають за поточне адміністрування системи судової влади на території своїх провінцій. Оскільки загальні збори членів Ради неможливо проводити частіше, ніж двічі на рік, система комітетів Ради дає їм членам можливість регулярно працювати у складі невеликих груп над вирішенням конкретних питань, які впливають на роботу судової системи. Деякі комітети діють на постійній основі (постійні комітети). Крім того, час від часу створюються тимчасові комітети для вирішення конкретних питань або реалізації конкретних проектів.

Громадяни Канади справедливо вимагають від своїх суддів високого рівня професіоналізму і належної поведінки. Їм потрібні незалежні судді, здатні виносити рішення, не боячись репресій або покарання. Задля досягнення цієї мети і згідно з Законом про статус суддів, Рада суддів Канади уповноважена розглядати скарги громадян і Генерального прокурора на поведінку (але не на рішення) суддів, призначених на федеральному рівні. За результатами розгляду скарги Рада може надавати відповідні рекомендації, включаючи рекомендацію щодо усунення судді з посади.

Рада суддів наглядає над роботою більш ніж 1100 суддів Канади, призначених на федеральному рівні. Головним її завданням є розробка полі-

тики і інструментів, які допоможуть забезпечити ефективність, однорідність роботи і підзвітність судової системи. Повноваження Ради суддів визначені у Частині II Закону про статус суддів.

Згідно із Законом про статус суддів, Рада суддів Канади має повноваження розглядати скарги на роботу суддів, призначених на федеральному рівні. Маються на увазі судді федеральних судів і вищих судів провінцій.

Наділяючи Раду суддів Канади повноваженнями на розгляд таких скарг, Парламент підтверджує право громадян висловлювати свою стурбованість з приводу роботи суддів. У той же час, судді повинні мати можливість відповідним чином відреагувати на звинувачення у неналежній поведінці. Весь цей процес має бути ефективним, справедливим і об'єктивним.

Рада суддів відіграє важливу роль в роботі судової системи Канади.

Хоча функція розгляду скарг на можливу неналежну поведінку суддів є ключовою, оскільки це забезпечує збереження довіри громадян до судової гілки влади, Рада суддів приймає участь у багатьох інших цікавих і важливих ініціативах.

Значна частина роботи в Раді виконується в комітетах, до складу яких входять голови судів, інші судді, а також експерти і інші партнери з юридичної спільноти, приватного сектору і засобів масової інформації. Ці комітети допомагають Раді здійснювати керівництво діяльністю судової системи і надавати суддям необхідну підтримку. Деякі комітети діють на постійній основі і мають статус постійних комітетів, а інші створюються для вирішення конкретних проблем або питань.





Комітети можуть займатись переглядом політики, розробкою рекомендації та встановленням норм з метою забезпечення ефективної роботи, доступності і підзвітності суддів і судів. Вони також займаються проведенням досліджень, підготовкою публікацій Ради або реалізацією конкретних проектів.

Нижче наведений поточний перелік постійних комітетів Ради. Напрямки роботи комітетів значною мірою визначаються на основі пріоритетів, у формулюванні яких приймають участь всі члени Ради.

Для оперативного виконання певних термінових завдань Рада може створювати спеціальні комітети та інші органи.

Виконавчий комітет

Виконавчий комітет надає рекомендації щодо пріоритетних питань, на яких Рада повинна зосередити свою увагу у процесі здійснення своєї діяльності. Цей комітет може вирішувати питання кадрового або оперативного-технічного забезпечення, а також керувати роботою або ухвалювати рішення щодо створення підкомітетів, постійних або спеціальних комітетів Ради для виконання різних завдань.

Комітет з питань суддівської поведінки

Здійснення розгляду скарг таким чином, щоб забезпечити справедливе ставлення до суддів, які

є об'єктами скарг, чуйність до інтересів скаржників, повагу до суддівської незалежності і довіру до результатів розгляду з боку суддівського корпусу і громадськості є ключовою функцією Комітету з питань суддівської поведінки. З метою забезпечення максимальної ефективності процесу розгляду скарг Комітет може час від часу вносити зміни і доповнення до нормативних актів, процедур і політики Ради.

Комітет з питань суддівської освіти

Громадяни Канади вимагають від суддівського корпусу постійного оновлення знань – зокрема тих, які стосуються питань соціального контексту. Комітет з питань суддівської освіти займається проблемами консультативного і методично-керівного забезпечення для того, щоб судді, призначені на федеральному рівні, мали доступ до системи якісної, ефективної і безперервної суддівської освіти і підвищення кваліфікації. Комітет може надавати рекомендації щодо того, які саме курси, семінари і конференції будуть корисними для членів суддівської спільноти.

Комітет з питань призначень

Надає рекомендації щодо призначення членів різних комітетів Ради з урахуванням вимог щодо забезпечення відповідного регіонального та юрисдикційного представництва.

Комітет з питань інформування громадськості

Забезпечення оперативного доступу до інформації про діяльність Ради для громадян Канади є пріоритетним завданням Комітету з питань інформування громадськості. Не менш важливим пріоритетом є розбудова конструктивних і основаних на повній інформації відносин між ЗМІ і судовою системою. Здійснюючи цільові інформаційні і просвітницькі заходи, Комітет намагається підвищити рівень обізнаності громадськості про роботу суддів і судової системи Канади.

Комітет з питань підвищення кваліфікації

Надає рекомендації щодо реалізації Програми підвищення кваліфікації та діяльності Ради деканів юридичних факультетів Канади.

Крім того, учасники делегації провели низку робочих зустрічей у Раді суддів провінцій Онтаріо та Квебек, під час яких члени делегації ознайомилися зі структурою та обов'язками національної ради суддів і ради суддів провінцій. Члени української делегації також побували у Раді суддів провінції Нью-Брансуік.

Протягом 12-13 травня учасники делегації відвідали Міністерство юстиції Канади та Міністерство закордонних справ, торгівлі і розвитку Канади.

У Міністерстві юстиції Канади учасники делегації обговорили з директором і генеральним радником з судових справ, роботи судів і трибуналів *Джудіт Белліс* та директором Групи міжнародних відносин *Мішелем Дугласом* процес законотворення щодо регулювання питань судочинства та судоустрою.

Українська делегація також відвідала Міністерство закордонних справ, торгівлі і розвитку Канади. Під час цієї зустрічі йшлося про подальші кроки співробітництва України із Урядом Канади та обговорено інші ініціативи, програми, які реалізуються Міністерством закордонних справ Канади.

Також, учасники делегації зустрілись з представниками Канадської асоціації адвокатів, з Головним виконавчим директором *Джоном Хойлзом*, Директором з питань законодавства і правової реформи *Тамраю Томсон*, Директором з питань підвищення кваліфікації *Шейлою Редел*, Головним редактором журналу *National Беверлі Спенсер* та Директором проєктів, програм міжнародного розвитку *Кайт Дарлінг*.

Представники делегації ознайомились з історією та повноваженнями Канадської асоціації адвокатів, яка була створена в 1896 році, і включена в Закон Парламенту 15 квітня 1921 року.

Сьогодні, Асоціація представляє 37000 адвокатів, суддів, нотаріусів, викладачів права і студентів юридичних факультетів з усієї Канади. Приблизно дві третини всіх практикуючих юристів в Канаді є членами Канадська асоціація адвокатів. Канадська асоціація має філії в кожній з провінцій і територій.

Повноваження Канадської асоціації адвокатів полягають у наступному:

- покращення законів;
- покращення відправлення правосуддя;
- покращення і полегшення доступу до правосуддя;
- сприяння рівності в юридичній професії і в системі правосуддя;
- покращення і просування знань, навичок, етичних норм і благополуччя членів юридичної професії;
- представлення юридичної професії на національному та міжнародному рівнях; і
- просування інтересів членів Канадської асоціації адвокатів.

ЗВІТ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ЗУСТРІЧЕЙ В М. МОНРЕАЛЬ

Протягом 14-15 травня учасники делегації ознайомилися з судовою системою провінції Квебек та, зустрівшись з головою вищого суду провінції Франсуа Ролландом, обговорили окремі аспекти судового адміністрування та якості правосуддя.

Квебек перша за площею і друга за населенням провінція Канади. Основна і єдина офіційна мова в Квебеку – французька (більше 80% населення говорить французькою мовою).

Провінція Квебек у своєму житті керується не тією системою права, що інша Канада. Правова система в Канаді заснована на англійському загальному праві, а у Квебеку – на французькому праві.

Конституцію Канади утворюють кілька законодавчих актів. Найважливіші з них – Квебекський закон 1774 року, Конституційний закон 1791 року, Закон про об'єднання Канади 1840 року, Закон про Британську Північну Америку 1867 року і Конституційний закон 1982 року, який став останнім з числа конституційних актів Канади, прийнятих британським Парламентом, надав Канаді право самостійно вносити поправки до Конституції відповідно до встановленої процедури (раніше вони формально підлягали затвердженню англійським Парламентом) та доповнив її Хартією прав і свобод.

Іншими словами, правова система Канади тяжіє до англо-саксонського права. Квебек є вірним

традиціям романо-германського, інакше – кодифікаційного права.

Вища влада в Квебеку належить Національній асамблеї Квебеку в рамках її законодавчих повноважень. У федеральних законах застосовуються лише принципи *common law*, інакше кажучи – англо-саксонської правової сім'ї. Таким чином, всі закони Національної асамблеї Квебеку мають постійну перевагу перед федеральними до такої міри і до тих пір, поки вони відповідають конституційним нормам і не змінюються законодавцями.

Інакше кажучи, кодифікація квебекських законів включає принципи загального права, дозволяючи народу самому встановлювати свої основні судові принципи, завдяки «закону народу» (*law of the land*) – принципом, описаним в Magna Carta 1215 року і в Паризькому звичаї Нової Франції.

У Квебеку існує дуже чітка система судів. Судочинство в Квебеку здійснюється в основному французькою мовою.

Система судів Квебека складається з муніципальних судів, Суду Квебека, Верховного Суду Квебека, Апеляційного суду Квебека та Верховного Суду Канади.

На муніципальному рівні в провінції Квебек є 86 муніципальних судів. Вони створені відповідно до Закону про розташування муніципальних судів. Кожен муніципальний суд очолюється головою.

Муніципальні суди мають обмежену юрисдикцію у цивільних справах, в основному зосереджуючись на справах про муніципальні податки. Також вони розглядають справи про проступки в рамках законів і підзаконних актах Квебека, таких, наприклад, як Кодекс безпеки дорожнього руху.

Наступним за значимістю є Суд Квебека.

Суд Квебека є судом першої інстанції, що володіє юрисдикцією у цивільних і кримінальних питань, а також у питаннях ювенальної юстиції. Також він володіє юрисдикцією щодо адміністративних справ і розгляду апеляцій у випадках, передбачених законом.

У суді Квебека максимум 270 суддів, які призначаються Національною Асамблеєю Квебека довічно. Ним керує Верховний Суддя, Перший Заступник Верховного Судді і чотири асоційованих Верховних Судді. Виконувати обов'язки Верховному Судді та його Першому заступнику допомагають десять асоційованих суддів-координаторів і вісім помічників суддів-координаторів.

Суд Квебека ділиться на три колегії: Колегію у цивільних справах (включає в себе і від-

діл дрібних позовів), Колегію у кримінальних справах та Колегію у справах молоді (ювенальну юстицію).

Верховний Суд Квебека володіє юрисдикційними повноваженнями по всіх округах Квебека. Він складається з 144 суддів, у тому числі Верховного Судді, його Першого Помічника і Асоційованого Верховного Судді. Всі судді Верховного Суду Квебека призначаються федеральним урядом Канади.

У цивільних справах, Верховний Суд Квебека зазвичай розглядає справи в першій інстанції, якщо сума позову становить не менше 70 тисяч канадських доларів. Верховний Суд Квебека має виключну юрисдикцію в сімейних питаннях, таких як розлучення, підтримка та опіка дітей. Матеріали розглядаються в закритому засіданні, імена та прізвища позивача і відповідача не розголошуються.

Верховний Суд Квебека також розглядає за яви про оскарження заповітів.

Верховний Суд може видавати судові заборони певних видів діяльності. Наприклад, він має право зупинити будівельні роботи на земельній ділянці, яка не належить особі, яка виконує будівництво.

Рішення судів або державних органів Квебека, за винятком апеляційного суду, можуть переглядатися Верховним Судом Квебека, за деякими винятками.

У кримінальному судочинстві, Верховний Суд Квебека має виключну юрисдикцію, як суд першої інстанції, розглядати кримінальні справи, які слухаються перед суддею і присяжними, включаючи вбивство і зраду. Верховний Суд також має юрисдикцію щодо справ, за якими обвинувачений вибирає суд присяжних. Нарешті, Верховний Суд має виключну юрисдикцію у питаннях надзвичайних регресних позовів (наприклад, коли особа незаконно утримувалася під вартою у в'язниці або коли законність обшуку оскаржується).

В якості апеляційного суду, Верховний Суд Квебека компетентний розглядати апеляції на рішення, прийняті суддею Колегії з кримінальних справ та Колегії у справах молоді, а також муніципального або мирового судді. Апеляції можуть стосуватися також таких проступків, як дрібна крадіжка, водіння з порушенням правил дорожнього руху, жорстокість по відношенню до тварин, проституція і т.д. Верховний Суд також розглядає апеляції на рішення, що приймаються у відповідності з іншими федеральними законами і законами інших провінцій.

Апеляційний суд є головною апеляційною інстанцією Квебека, і як така вищим судом Квебека. Він складається з двадцяти суддів, які призначаються Урядом Канади. Ці судді засідають у містах Квебек і Монреаль.

У цивільних спорах суд розглядає апеляції на вироки Верховного Суду і Суду Квебека за умови, що сума позову становить 50000 канадських доларів або вище.

Апеляційний суд розглядає й інші скарги, зокрема, щодо питань усиновлення, розлучення і перебування під наглядом особи, яка досягла повноліття.

Інші рішення Верховного Суду та Суду Квебека можуть бути оскаржені, якщо апеляцію приносить суддя Апеляційного суду Квебека.

У кримінальних справах Апеляційний суд розглядає апеляції на вердикт про винність або невинність і приватні апеляції.

Верховний Суд Канади також відіграє певну роль у судовій системі Квебека. Верховний Суд Канади є найвищим судовим органом країни. Він складається з дев'яти суддів, які призначаються Урядом Канади. Принаймні троє з цих суддів повинні обиратися з числа суддів Апеляційного суду або Верховного Суду Квебека, або повинні бути членами Колегії юристів Квебека принаймні десять років до моменту їх призначення. Верховний Суд Канади засідає в Оттаві.

Верховний Суд Канади є органом остаточної юрисдикції в кримінальних, цивільних і кон-

ституційних питаннях. Верховний Суд Канади може тлумачити канадську конституцію, визначати конституційність закону і тлумачити федеральне або провінційне законодавство. Він також компетентний вивчати питання, які стосуються повноважень парламенту і провінційних органів влади, якщо такі передаються на його розгляд Генерал-Губернатором Канади. Іншими словами, Верховний Суд розглядає питання, що представляють національний інтерес. Жоден нижчий суд не може винести рішення, що суперечить рішенню Верховного Суду.

Рішення Верховного Суду Канади завжди є остаточними і оскарженню не підлягають.

Омбудсман провінції Квебек призначається її Національною Асамблеєю. У своїй діяльності він також керується нормами провінційного Закону про омбудсмана, і зобов'язаний здійснювати контроль за діяльністю місцевих міністерств і відомств. Але він же розглядає скарги від громадян, які вважають себе постраждалими від свавілля державних чиновників і вносить свої рекомендації щодо виправлення ситуації. При цьому омбудсман Квебека має свою стратегічну програму, розраховану на термін дії його повноважень. У ній підкреслюється, що керівними принципами його діяльності є законність і справедливість, а також – соціальна солідарність, що дозволяє більш рівномірно розподіляти наявні ресурси провінції, позбавлятися від соціальної маргіналізації, сприяти згуртуванню суспільства.



ГРОМАДИ, ОБ'ЄДНУЙТЕСЬ, ЗВАЖАЮЧИ НА РИЗИКИ

АВТОР

Роман БРЕЗІЦЬКИЙ,
громадський діяч, соціолог

Відповідно до нового підходу в реформуванні місцевого самоврядування пропонується залишити триступеневу структуру органів місцевого самоврядування, проте їхня назва та сутність зазнають змін – замість областей будуть регіони, райони залишаться, сільські ради стануть громадами. Найбільших змін варто очікувати на рівні громад, що, власне, ми й розглянемо у статті, котрих, за оцінками експертів, має утворитись близько 1500 тис. одиниць, тоді як наразі діють 11 338 сільських, селищних та міських рад районного значення.

За роки незалежності в Україні зникло 34 селища та 494 сіл у зв'язку з відсутністю жителів, не враховуючи тих населених пунктів, що об'єдналися чи були включені до інших адміністративно-територіальних одиниць. Починаючи з 1989 року до 2014-го кількість жителів сільської місцевості зменшилася з 17 154,8 тис. (33,3% всього населення) до 14 089,6 тис. (31% всього населення), не беручи до уваги неофіційної міграції, котра ще суттєво зменшить кількість мешканців сільської місцевості. Наявні значні диспропорції населення, що негативно позначається на адміністративному обслуговуванні мешканців, зокрема, у Посіцькій сільській раді Івано-Франківської області кількість мешканців становить 98, з них 12 депутатів, натомість у Туринківській сільраді Львівської області – 3100 мешканців, з них 20 депутатів. Лише 5% жителів України позитивно оцінюють якість надання адміністративних послуг в Україні, що свідчить про неефективність останніх. Хоча є винятки, приміром, села, що існують у приміських зонах великих міст, але мешканці цих населених пунктів отримують основні послуги і проводять свій активний час у самому місті, тому де-юре це – село, а де-факто – частина міста.

Як результат реформи маємо отримати економічно, фінансово спроможні та інфраструктурно розвинені громади; сформувати нові еліти на місцях; встановити горизонтальні відносини між державними органами, місцевим самоврядуванням, приватним сектором; отримати шир-

ші управлінські можливості та ресурсну базу; отримати інструменти для формування інвестиційного середовища; забезпечити вирішення соціальних проблем; сформувати нові світоглядні та культурно-освітні підходи для конструювання регіональних особливостей, що наповнюватимуть єдиний загальноукраїнський контекст.

ПЕРШІ КРОКИ

Останні дії в реформі місцевого самоврядування, зокрема в законодавчій площині, забезпечують реальну можливість переформатування життя сіл, селищ, міст районного значення, але для цього необхідно докласти значних зусиль і консолідувати керівників місцевих рад та, певна річ, активна участь самих мешканців громади.

Початком у реформуванні цієї галузі стало розпорядження Кабінету Міністрів від 1 квітня 2014 р. «Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні», що загалом роз'яснювало основні складові майбутнього реформування місцевого самоврядування. В червні 2014-го був ухвалений Закон України «Про співробітництво територіальних громад», котрий дав можливість здійснити перші кроки щодо об'єднання процесів між територіальними громадами: з'явилися можливості налагодити співпрацю щодо передачі окремих функцій органом місцевого самоврядування іншому, з відповідною передачею ресурсів; з реалізації спільних проектів, їхньої координацією та використанням об'єднаних наявних ресурсів; зі спільного утворення та утримання підприємств, установ та інфраструктурних об'єктів; щодо утворення спільного органу управління над об'єктами обумовлених у рамках співробітництва. Законом відведено значну роль мешканцям громади, зокрема, вони можуть брати участь не лише у процесі узгодження деталей та особливостей співпраці між громадами, а й бути ініціаторами її започаткування чи припинення. На підтримку цих процесів Мінрегіонбуд у серпні того року видав наказ «Про затвердження примірних форм договорів про співробітництво територіальних громад», де оприлюднив п'ять варіантів договорів про укладання співпраць між територіальними громадами. Станом на середину квітня поточного року зареєстровані дев'ять договорів про співробітництво, зокрема, громади між собою уклали договори щодо створення спільного комунального підприємства, утримання місцевої

пожежної охорони, утилізації сміття, реконструкції дошкільного навчального закладу.

ПРОЦЕС ОБ'ЄДНАННЯ

Загальним інструментарієм об'єднання став ЗУ «Про добровільне об'єднання територіальних громад», а основні принципи та характеристики цього процесу закладені в ЗУ «Про засади державної регіональної політики», обидва були схвалені 5 лютого 2015 року.

Власне, 8 квітня 2015-го уряд затвердив «Методику формування спроможних територіальних громад». В цьому документі викладений остаточний набір критеріїв щодо об'єднання громад. Насамперед враховуватиметься їхній соціально-економічний та інфраструктурний потенціал, братимуться до уваги історичні, етнічні, культурні, природні чинники, що можуть відновити межі територій адміністративних одиниць, що існували до цього. Також ключовим буде принципи субсидіарності, що пояснює передачу владних повноважень на найнижчий рівень управління для покращення якості їхньої реалізації.

Визначення адміністративного центру пояснюватиме його інфраструктурний та економічний потенціали. Наприклад, у Естонії для дослідження центрів волостей застосували мобільні технології, визначивши, де найчастіше відбуваються телефонні контакти серед мешканців, тобто їхні соціально-економічні зв'язки.

Також показником, що вплине на визначення центрів громад, буде швидка медична допомога, оскільки згідно з Постановою Кабміну «Про норматив прибуття бригад екстреної (швидкої) медичної допомоги на місце події», вона повинна доїжджати до пункту призначення, з урахуванням ургентних ситуацій, не пізніше ніж за 20 хвилин (дорогою з твердим покриттям). Це, власне, й пояснюватиме те, що відстань від центру громади до її крайньої точки поселення має становити 10-15 км. При об'єднанні населені пункти зберігають свій статус сільської чи міської місцевості, але назва об'єднаної територіальної громади мала б бути похідною від адміністративного центру цієї громади.

На місцях, відповідно до ухваленої «Методикою формування спроможних територіальних громад», розроблятимуться перспективні плани, що пояснюватимуть етапи процесу об'єднання: на першому етапі визначатимуться потенційні адміністративні центри з міст районного та обласного значення; на другому формуватиметься зона доступності населених пунктів до цих центрів; на третьому – визна-

чатимуться адміністративні центри, що знаходяться за межею доступності. Перспективний план надасть змогу детально організувати процес об'єднання територіальних громад, зокрема передбачити не лише адміністративно-управлінську складову, а й розвиток інфраструктури та залучення фінансів.

Мешканці можуть брати широку участь у об'єднувачому процесі, зокрема, бути її ініціаторами, а також ставати учасниками громадських слухань, обговорень, відвідувати консультації робочих груп щодо формування умов об'єднання тощо.

Утім, на законодавчому рівні чіткості щодо процедури громадських слухань бракує, зокрема йдеться про оцінку їхніх результатів, кількість учасників, форму проведення тощо. Вона мала б бути врегульована статутом територіальної громади, що є в небагатьох громадах, а пояснення «громадських ініціатив» у таких статутах суттєво відрізняється.

Формальна процедура об'єднання потребує чимало часу, що в цілому характерно для державного апарату: після ініціювання об'єднання, проведення численних консультацій, обговорень та громадських дискусій-слухань формується робоча група, але правове поле якої чітко не визначене, оскільки невідомою є кількість її обов'язкових учасників, представників від різних середовищ, та інші особливості, оскільки ця група має бути репрезентативною усієї територіальної одиниці, що об'єднується.

Після цього робоча група передає проект об'єднання територіальних громад на затвердження міських (районного значення), селищних, сільських рад. Після схвалення цього проекту останніми він подається обласній державній адміністрації для формування висновку, котрий буде затверджений у розпорядженні голови ОДА.

У разі відповідності проекту з добровільного об'єднання територіальних громад Конституції України та законам України вказані місцеві ради виносять рішення про добровільне об'єднання чи оголошують проведення місцевого референдуму щодо підтримки об'єднання. На сьогодні немає законодавчої основи, котра б пояснювала зміст, принципи та процедуру проведення місцевих референдумів, тому цей пункт потребує доопрацювання. Якщо ж буде позитивне рішення щодо об'єднання, тоді голова ради звертається до Верховної Ради України про утворення об'єднаної територіальної громади. Протягом періоду об'єднання місцеві державні адміністрації здійснюватимуть організаційну, методичну та інформаційно-просвітницьку діяльність цьо-

го процесу. У спрощеному форматі та якщо все відбудуватиметься за планом, така офіційна процедура триватиме щонайменше 130 днів.

Паралельно з рішенням ВР України про утворення об'єднаної громади вона автоматично має призначити проведення місцевих виборів. Тут розкриється скринька Пандори щодо проведення місцевих виборів (необхідність яких досягла своєї точки кипіння внаслідок співпраці з терористами на Донбасі чи дискредитації під час Революції гідності), створення нової системи виборів, дати та синхронності їхнього проведення тощо. Як наслідок рада припиняє свої повноваження після створення новообраних органів об'єднаної громади, розпочинається випробування на довіру голови місцевої ради та її депутатів перед новими виборами. Прийняті поточні бюджети виконуються протягом поточного року, після чого затверджується бюджет об'єднаної громади, а ліквідаційні комісії здійснюють всі необхідні ліквідаційні процедури згідно із законодавством щодо органів місцевого самоврядування територіальних громад, що об'єдналися, та здійснюють процедуру їхньої передачі новоствореному органу самоврядування. Варто пам'ятати, що вихід з об'єднання зараз не передбачений, процедура не розроблена, а отже, він неможливий, тому це квиток в один бік.

Перш ніж розпочинати процес об'єднання, слід надати спрощений варіант (наразі його немає) зміни базової документації (місця реєстрації, будинкової книги, паспортних даних тощо) жителів територіальних громад, що об'єднуються, в іншому випадку це спричинить процедурний колапс. Іншою проблемою, котра потребує вирішення, є казначейське обслуговування місцевих бюджетів, потрібно дозволити радам громад перейти на користування своїми рахунками у банківську систему. Приміром, у Польщі проводяться тендери серед банків на обслуговування конкретного органу місцевого самоврядування. Часто банки, що виграють ці тендери, надають дешеві кредити власникам рахунків на розвиток соціально-економічних проектів. Нині всі надходження йдуть на єдиний загальноукраїнський казначейський рахунок. За потреби система передбачає можливість застосування ручного режиму виплат, за яким часто першочергово виплачуються витрати держбюджету, натомість місцеве самоврядування не отримує коштів, попри те, що, згідно з нормами, виплата має відбуватися протягом п'яти днів. Окрім того, відповідно до ЗУ «Про відкритість використання публічних коштів» мешканці зможуть контролювати

видатки із бюджету на єдиному веб-порталі з використання публічних послуг.

Невирішеним залишається стратегічне питання життя громад – земля, зокрема, право на її використання за межами населеного пункту. Нині це право належить місцевим адміністраціям, які не завжди зважають на думку громади, котра потенційно претендує на цю землю, тому повноваження щодо розпорядження землями за межами населених пунктів має бути передане раді громади.

В об'єднаній громаді також впроваджується інститут старости, що представлятиме інтереси села, селища у виконавчих органах влади, які входять до цієї громади, але адміністративний центр не матиме цієї посади. Також староста надає підтримку щодо комунікації мешканців з органами самоврядування та виконує інші функції, передбачені в положенні, яке затверджується місцевою радою. Назагал, порівнюючи, староста буде своєрідним сільським головою, однак матиме меншу кількість функцій та відповідно нестиме меншу відповідальність, утім, матиме широке представницьке право. Натомість має бути чітка система відкликання старости. Це стосується голови ради громади та депутатів, що необхідно передбачити у новому виборчому законодавстві.

Найважливішим питанням щодо стимулювання та реалізації об'єднання територіальних громад є фінансова підтримка, яка надаватиметься як субвенції для формування інфраструктури згідно зі стратегічними програмами розвитку територій. Запит до Уряду щодо надання таких субвенцій подаватиме обласна державна адміністрація на основі звернення місцевої ради об'єднаної територіальної громади. Ризик в тому, що фінансова підтримка надаватиметься після об'єднання. До того ж субвенція має розподілятися пропорційно площі об'єднаної територіальної громади і кількості сільського населення у ній. Попри це, на фінансування регіональних програм у Державному фонді регіонального розвитку передбачено 3 млрд грн, що стимулює об'єднувачі процеси. Однак сам процес вимагає мобільності, оскільки до 25 квітня 2015 року мали б бути визначені переможці і передані до Мінрегіонбуду, де при повторному перегляді ці програми мають бути профінансовані з 1 червня 2015-го. Така сама процедура запланована на наступний рік. Як приклад можна навести досвід Естонії насамперед щодо здійснення фінансової підтримки новостворених об'єднаних волостей, де із держбюджету надавалась дотація з розрахунку 50 євро на одного

жителя, додатково від 150 до 400 тис. євро одноразової виплати у місцевий бюджет. Крім того, віддається перевага при фінансуванні закордонними донорами саме об'єднаним волостям.

Потребує вирішення питання фінансової компенсації працівникам апаратів місцевих рад та установ, котрі будуть скорочені. У кращому випадку необхідно передбачити трансфер кадрів на інше місце праці, зважаючи на попередню ефективність їхньої роботи. У гіршому випадку варто закласти одноразову фінансову компенсацію за вивільнення бюджетної одиниці. Отже, буде можливість сформувати новий апарат ради громади, котрий потребуватиме попереднього навчання і підготовки, але не матиме сформованих схем. Виконавчий апарат ради об'єднаної громади має бути значно розширений, і для цього вже є відповідна правова основа – постанова, ухвалена Кабміном у листопаді 2014 року «Про визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов», котра пояснює, що починаючи з 1 січня 2015го, виключно місцеві ради мають вирішувати питання чисельності виконавчого апарату ради та витрати на її утримання, зокрема у Польщі, штат гміни (орган самоврядування, який можна порівняти з громадами в Україні) налічує 25–27 працівників.

СТАН ГРОМАД ДО ОБ'ЄДНАННЯ

Повноваження. Нині, після внесення змін у Бюджетний та Податковий кодекси, починаючи з ухвалення бюджету на 2015 рік наприкінці минулого року та внесення поправок до нього протягом першого кварталу 2015-го, здійснено кроки, що безпосередньо спонукають територіальні громади до об'єднання. Сільські, селищні та міські ради районного значення тепер можуть здійснювати видатки лише на власні органи місцевого самоврядування, а також залишають за собою право на загальні видатки, що можуть реалізувати усі місцеві бюджети, що вказані у ст. 91 Бюджетного кодексу. Однак, на жаль, місцеві бюджети, насамперед сільські та селищні, ледь мають змогу оплачувати комунальні послуги та виплачувати зарплати своїм виконавчим апаратам, тому абсолютна більшість не мають коштів на видатки, вказані в цій статті, котра в цілому включає: утримання пожежної охорони, муніципальної дружини, житлово-комунальну сферу, благоустрій, будівництво тощо. Натомість ключові заклади для села, селища, міста районного значення були остаточно передані на утримання до районного бюджету, в оперативне управління відповідних відділів районних державних адміністрацій. Заклади загальної середньої освіти були



переведені ще на початку 2000-х років; первинної медицини (ФАПи, амбулаторії) у 2011-му (ст. 88 БК); дошкільної освіти та культури ще до кінця 2014-го перебували під управлінням місцевої ради. До цього часу, коли ці установи були переведені на баланс району, місцеві ради отримували дотацію на їхнє утримання, що забезпечувало радам повний контроль за функціонуванням останніх, не враховуючи те, що за умови заощадження коштів була можливість спрямування цих дотаційних коштів на інші сфери видатків. Тому місцева рада мала визначальний вплив на своїй території та вирішувала не лише кадрову політику, а й відповідала за належне функціонування цих органів, а отже, й місцевості.

Надходження. Після внесення останніх змін до бюджетного законодавства доходами загального фонду бюджету на сільському, селищному, міському (районного значення) рівні залишився податок на прибуток підприємств та фінансових установ комунальної власності; частина чистого прибутку комунальних підприємств, що визначено рішенням місцевої ради; рентна плата за користування надрами для видобування корисних копалин місцевого значення та спеціального використання води, лісових ресурсів; податок на майно; єдиний податок; туристичний збір та збір за паркування; плата за ліцензії на окремі види господарської діяльності; адміністративні штрафи та інші штрафні санкції; орендна плата за користування комунальним майном і водними об'єктами; плата за адміністративні послуги та держмити; акцизний податок з реалізації суб'єктами господарювання роздрібною торгівлю підакцизних товарів; 25% екологічного податку; плата за розміщення на депозитних рахунках тимчасово вільних коштів; кошти, отримані від учасників процедури та переможців державних закупівель; концесійні платежі щодо установ комунальної власності; 80% коштів, отриманих установами місцевих рад, за зданий брукс та метали, дорогоцінне каміння і 50% коштів за зданий брукс срібла; кошти, отримані від безгосподарного чи спадкового майна.

Доходами ж спеціального фонду є доходи бюджету розвитку (ст. 71 БК); кошти від відшкодування втрат сільськогосподарського та лісогосподарського виробництва; 70% грошових стягнень внаслідок порушення законодавства про охорону довкілля; відрахування 10% вартості питної води від реалізації суб'єктами підприємницької діяльності; цільові добродійні внески, окремі субвенції, власні надходження, повернення кредитів та надання грантів донорами, фондами тощо.

СТАН ГРОМАД ПІСЛЯ ОБ'ЄДНАННЯ

Повноваження. В результаті об'єднання громади матимуть виконувати значно більше функцій та відповідно відповідальності, оскільки до об'єднання вони могли утримувати лише свою установу самоврядування та здійснювати загальні видатки органів місцевого самоврядування (про що згадано вище). Нині отримують:

- дошкільна освіта; загальна середня освіта; загальноосвітні навчальні заклади усіх ступенів, спеціалізовані школи, інтернати, ліцеї, гімназії, вечірні школи, навчально-виховні комплекси, хоча окремі з перерахованих форм можуть перебувати й під юрисдикцією інших органів, за умови затвердження їх Кабміном, навчальні заклади для громадян, які потребують соціальної допомоги, для дітей-сиріт чи дітей, позбавлених батьківського піклування; участь у державних освітніх програмах; позашкільна освіта; вища освіта як оплата послуг з підготовки спеціалістів для роботи в установах об'єднаної громади;

- охорона здоров'я: первинна медико-санітарна та вторинна медичну допомогу;

- соціальний захист і соціальне забезпечення: притулки для дітей, центри соціально-психологічної реабілітації та соціальні гуртожитки для дітей-інвалідів, дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; територіальні центри соціального обслуговування; центри реабілітації інвалідів, допомоги громадянам похилого віку, дітям-інвалідам, хворим, які нездатні до самообслуговування і потребують сторонньої допомоги, реалізація інших державних програм соціального захисту;

- програми підтримки будівництва чи реконструкції житла;

- реалізація програм в секторі дітей, сім'ї, молоді; державні та регіональні культурно-освітні програми, утримання будинків культури, центрів дозвілля, бібліотек, музеїв, шкіл естетичного виховання;

- фізична культура та спорт: утримання дитячо-юнацьких спортивних шкіл та спортивних споруд місцевого значення, реалізація програм з фізичної культури та спорту, надання підтримки осередкам громадських організацій.

У такому випадку громади відчують себе господарем на своїй землі, оскільки впливатимуть безпосередньо на ключові установи, що є на їхній території. Це сприятиме збереженню потенціалів та ресурсів на місцях, сформує зацікавленість та привабливість для розвитку і залучення інвестицій.

Надходження. Натомість доходи громад, що об'єдналися, як прогнозується, значно зростуть.

До загального фонду надходитимуть 60% податку на доходи фізичних осіб (ПДФО), що фактично є одним із ключових податків; 10% податку на прибуток підприємств, крім державної власності. Всі інші податки залишаться тими самими, що нині надходять до необ'єднаних громад, надходження спеціального фонду не змінюватимуться. Ці всі доходи надходитимуть в один спільний бюджет територіальних громад.

Після об'єднання територіальних громад їхній бюджет перейде на прямі відносини із державним бюджетом, оскільки до того бюджет села міг виконувати трансферні функції з районним та обласним бюджетами, що, відповідно, формувало багаторівневу вертикальну залежність і відносини «протягнутої руки». У такому випадку бюджет громади отримуватиме базову дотацію, за умови якщо доходи не перебиватимуть видатків бюджету громади, до того ж у випадку економії коштів останні можуть бути направлені на інші галузі відповідно до рішення сесії ради.

І, що найважливіше, громади отримуватимуть освітню (ст.103.2 БК) та медичну цільові субвенції (ст.103.4) для забезпечення профільних установ та програм; субвенції для соціальних та інвестиційних програм тощо. Попри можливі заощадження цих субвенцій вони не можуть бути розділені на інші галузі, тому вони виключно реалізовуватимуться на чітко визначені статті видатків.

Необхідно врахувати реверсну дотацію, що пояснює повернення коштів (вилучення) до держбюджету за умови перевиконання доходів до бюджету громад. Оскільки бюджети розраховуються згідно з відповідним фінансовим нормативом та індексом податкоспроможності конкретного бюджету (статті 94 та 99 БК). Така ситуація є прикрою, оскільки створює ефект вирівнювання всіх громад в Україні. Тож громади, що зароблятимуть більше від запланованого бюджету, не зможуть реалізувати зароблені кошти на додаткові проекти. Це насамперед може стосуватись громад, території яких лежать неподалік великих міст, чи ж матимуть великі надходження податків від установ, що перебуватимуть на їхній території.

ЗАМІСТЬ ВИСНОВКІВ

Процес реформування місцевого самоврядування ще не набрав обертів і насамперед вимагає ухвалення нових законів та змін до вже наявних. Найважливішими серед них є: ЗУ «Про місцеве самоврядування», «Про адміністративно-територіальний устрій», «Про місцеві дер-

жавні адміністрації» та інші загальні, галузеві та закони, що пояснюватимуть участь громадян, йдеться насамперед про ЗУ «Про вибори до органів місцевого самоврядування». Реалізація добровільного етапу реформи можлива лише за умови активності усіх її учасників, починаючи від уряду та завершуючи пересічним українцем, кожен має бути залученим до цього процесу. Тому найкраще його почитати зараз, оскільки серед урядовців є стійке припущення щодо варіантів примусово-добровільного об'єднання оскільки, як переконає досвід європейських країн, добровільне об'єднання затягується та відбувається у незначній кількості територіальних громад. Така ситуація спричинить значну диспропорцію у розвитку громад, оскільки ті, хто об'єднався, отримують значні повноваження та ресурси для розвитку, а ті, хто не встиг, не отримують такого потенціалу та можливості.

Тому важливо самостійно об'єднатись, оскільки зараз є чимало можливостей щодо варіантів об'єднання, в іншому випадку прийде час, і це зроблять згори. Останній метод є неприйнятний і порушує закон, оскільки він не відповідає змісту регіональної політики, але застосування окремих непрямих адміністративних та фінансових кроків до органів місцевого самоврядування можуть перекрити кисень необ'єднаним громадам, що, ймовірно, змусить їх до швидкого об'єднання.

Проведення форумів місцевого самоврядування, зустрічей експертів результатів не матиме, необхідно проводити широку інформаційну кампанію щодо реформи. Але поза тим варто очікувати нових викликів, оскільки об'єднання вимагатиме дедалі більшої мобілізації ресурсів, раціональних підходів у сфері управління, тому патерналістичні очікування, що притаманні радянській системі, не реалізуються у реформованій громаді, натомість прагматичні підходи, готовність нести відповідальність і покладатись на свої сили забезпечать позитивний результат. Натомість відбудеться формування нових еліт, котрі нарешті будуть зацікавлені у своїй місцевості, формуватимуться горизонтальні зв'язки між територіями та державними структурами. Тому зараз можливі спротиви або ж уникання об'єднання насамперед у малих населених пунктах, а також саботування цього процесу керівниками рад, оскільки ймовірність очолити об'єднану раду буде значно меншою. Важливо не відкладати втілення реформи, позаяк нині відповідний час для змін, в іншому випадку стагнація гарантована.